

ALESSANDRO PAJNO

LA NUOVA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI TRA ESIGENZE DI SEMPLIFICAZIONE, RILANCIO DELL'ECONOMIA E CONTRASTO ALLA CORRUZIONE

Sommario: - **1.** Cultura giuridica e processo economico. La questione della burocrazia. - **2.** Il recepimento delle nuove direttive in tema di contratti pubblici: una necessità ed una opportunità. - **3.** Riforma del mercato e controllo della spesa pubblica. - **4.** Inflazione normativa e necessità della codificazione. - **5.** L'amministrazione tra discrezionalità e vincolo normativo. - **6.** Il contrasto alla corruzione. Il fallimento dei metodi tradizionali. - **7.** Le criticità. Qualificazione delle imprese e qualificazione delle stazioni appaltanti. - **8.** Le aggiudicazioni: criteri e procedure. - **9.** Gli obblighi informativi a carico delle imprese. - **10.** Le concessioni. - **11.** Il procedimento ed il processo. Il "duplice fallimento" del codice dei contratti. - **12.** Le opportunità. Le indicazioni delle nuove direttive. - **13.** La direttiva sulle concessioni. Il rischio operativo e l'esposizione alle fluttuazioni del mercato. - **14.** Il disegno di legge di recepimento approvato dal Senato (A.C. n. 3194). Le disposizioni sull'oggetto, sul metodo e sul procedimento. - **15.** Recepimento delle direttive e riordino delle discipline. - **16.** Il divieto di *gold plating*. - **17.** Gli altri criteri di metodo. - **18.** Le disposizioni riguardanti obiettivi specifici. Il nuovo sistema amministrativo dei contratti pubblici. - **19.** L'ANAC come autorità di regolazione. - **20.** Le disposizioni sulle concessioni. - **21.** Trasparenza, dibattito pubblico e strumenti alternativi di risoluzione delle controversie. - **22.** Il regolamento. - **23.** Il procedimento di adozione del decreto delegato. - **24.** Il recepimento ed il riordino. La complessità dell'opera ed il tempo a disposizione.

- 1.** "In Italia non vedo alcuna politica ragionevole che sia praticamente attuabile. Per fare qualcosa di serio bisognerebbe cominciare a riformare radicalmente la burocrazia, che è ormai uno strumento marcio, il cancro che divora tutto il paese. Ma una totale riforma della burocrazia, con l'organizzazione dei partiti

basata su un sistema elettorale e politico frammentato è impossibile. Quest'ultimo porta alla difesa di tutti gli interessi dei gruppi che hanno, comunque, una influenza politica contro gli interessi generali e di consolidamento delle posizioni privilegiate dei paesi di tutte le classi e di tutti i colori”.

Con queste parole si apre un interessante libro del 2009 di Salvatore Rossi¹ nel quale l'autore esamina la difficile situazione del Paese, alle prese con i problemi antichi che lo bloccano ed impediscono uno sviluppo virtuoso, e per questa ragione colto, appunto in “controttempo” rispetto alla dinamica della crisi del mondo globale. Il volume è ricco di analisi significative sul “fallimento” dello Stato, sul sistema delle imprese e sul mondo della finanza; tuttavia, due sono le cose che maggiormente colpiscono. La prima di esse riguarda proprio le parole con cui si apre il volume; come ci dice l'autore queste parole, salvo alcune modeste interpolazioni, non sono sue ma di Ernesto Rossi, e sono state scritte nell'autunno del 1946 a Gaetano Salvemini.²

Se si tiene presente il dibattito dei nostri giorni, non può non colpire la attualità del giudizio di Ernesto Rossi, al centro del quale campeggia, come elemento negativo, la *burocrazia*. In questa prospettiva la burocrazia non riguarda soltanto i funzionari pubblici, ma assume il valore di un punto di confluenza della frammentazione del sistema politico, della debolezza del quadro istituzionale, della sproporzione tra la quantità di regole minute chiamate a disciplinare il funzionamento della macchina amministrativa e la qualità dei risultati raggiunti e dei servizi erogati.

Il secondo elemento sta nella radicalità del giudizio espresso con riferimento a quelli che, alla radice del problema, sono gli elementi che tengono frenata la società e l'economia del Paese, e che “la costringono da decenni a procedere in controttempo rispetto ai paesi più avanzati”³ tra i quali campeggia, per quel che in questa sede rileva, la *cultura giuridica*.⁴

L'autore esprime un giudizio severo sul rapporto tra cultura giuridica e sviluppo economico in Italia, e ciò perché “una delle più antiche e pervicaci

¹ S. Rossi, *Controttempo. L'Italia nella crisi mondiale*, Roma-Bari, 2009, p. IX

² M. Franzinelli (a cura di), *E. Rossi-G. Salvemini. Dall'esilio alla repubblica: lettere 1944-1957*, Torino, 2004

³ S. Rossi, *Controttempo*, cit. p. XIV

⁴ S. Rossi, *Controttempo*, cit. p. XIV

ragioni dell'irrisolto difetto strutturale di produttività del sistema economico italiano sta proprio nel mancato riconoscimento nelle norme giuridiche e nelle prassi giudiziarie e amministrative presenti nel paese, delle ragioni del mercato e della efficienza economica, se non addirittura in una aperta ostilità a questa".⁵ Alla base della sordità del diritto italiano alle ragioni dell'efficienza, c'è un approccio culturale che vede la giurisdizione come intrinsecamente a-economica, espressione di sovranità e di diritti, dunque senza costo e senza tempo; in questa prospettiva ogni processo ha un valore assoluto, che esclude che possa procedersi ad una valutazione costi-benefici della collettività.⁶

Nel dibattito pubblico, le parole di S. Rossi non sono rimaste prive di seguito. L'economia italiana è stata descritta come caratterizzata da un processo di affondamento inarrestabile, e la burocratizzazione come il terzo angolo del triangolo della morte in cui affonda la società italiana, al cui centro sta la macchina amministrativa pubblica, che impone le sue regole asfissianti al corpo sociale.⁷

In questa ottica è stato osservato che il primo fondamentale dovere di un governo responsabile è quello di evitare la bulimia legislativa,⁸ e che non basta evocare la lotta alla burocrazia, ma che è invece necessario affrontare, con strumenti conoscitivi adeguati, una situazione molto complessa costituita da un reticolo di vincoli normativi, di *routine* amministrative distorte, di resistenze burocratiche all'innovazione.⁹

Lo stesso approccio dei giuristi è timidamente ma progressivamente cambiato, con l'abbandono di una prospettiva che tende a descrivere diritto ed economia come due mondi che non comunicano e non intendono comunicare.¹⁰ Si è così affermato che la funzione giurisdizionale deve certamente garantire i diritti della persona e lo spazio di libertà che il cittadino ha conquistato in modo definitivo,¹¹ ma che la stessa costituisce anche una *risorsa* a disposizione della collettività, che, proprio per tale ragione, deve essere utilizzata attraverso

⁵ S. Rossi, *Controttempo*, cit., p. 163

⁶ S. Rossi, *Controttempo*, cit., p. 168

⁷ A. Panebianco, *La ragnatela del non fare*, in *Corriere della sera*, 14 luglio 2013

⁸ D. Di Vico, *Bagno nella realtà*, in *Corriere della sera*, 7 agosto 2014

⁹ A. Panebianco, *Lo status quo di un paese e le cose che si possono fare*, in *Corriere della sera*, 20 agosto 2014

¹⁰ A. Pajno, *Giustizia amministrativa ed economia*, in www.astridonline.it

¹¹ E. Garcia de Enterría, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, trad. it. Milano, 2010. p. 65 ss.

strumenti e modalità che non finiscano con il pregiudicare la possibilità per gli altri consociati di accedere al medesimo bene.¹²

Più di recente, questo progressivo cambiamento di prospettiva ha trovato un significativo riconoscimento in un intervento del Vice Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura; questi ha autorevolmente affermato che, nel quadro dell'inevitabile rapporto fra vita delle imprese e decisioni dei giudici "non può più essere considerato un tabù cogliere e prevedere le conseguenze delle decisioni giudiziarie ed il loro impatto sull'economia e sulla società".¹³

In un contesto del genere anche la questione della burocrazia ha assunto un contorno più netto e preciso: la lotta contro gli eccessi della burocratizzazione, costituisce una priorità per lo sviluppo economico e per il rilancio del Paese, ma ciò non significa fare a meno dell'amministrazione. Questa, infatti, è, secondo il noto insegnamento weberiano, una struttura fondamentale dello stato razionale, il solo nel quale può affermarsi un corretto capitalismo. Ciò, d'altra parte, è riconosciuto anche dagli economisti più critici della cultura giuridico che lamentano, nel caso italiano, una vera e propria *mancaza dello Stato*, intesa anche come assenza di una adeguata regolazione.¹⁴ Si tratta, allora, di combattere le patologie del comportamento burocratico, per perseguire il ripristino del necessario rapporto fisiologico tra sistema economico e apparato amministrativo. Si sono, così, progressivamente poste le basi per una riflessione più attenta, volta a cogliere, oltre che le antinomie, le interazioni fra diritto ed economia, allo scopo di comprendere come possa essere limitato l'effetto di incertezza che le dinamiche giuridiche e quelle economiche, nel loro rincorrersi, sono capaci di provocare.¹⁵

Questa prospettiva ha già prodotto risultati positivi, come devono essere considerati, proprio con riferimento ai contratti pubblici, quelli volti a limitare drasticamente il formalismo nel riscontro dei requisiti dei partecipanti alle gare ed a ridurre drasticamente i tempi del relativo processo, contenuti nel d.l. n. 90 del 2014. Sullo sfondo rimangono, comunque, le grandi questioni, quelle

¹² A. Pajno, *Giustizia amministrativa ed economia*, cit., p. 42

¹³ G. Legnini, *Giustizia e imprese. Le toghe valutino gli effetti delle scelte*, in *Corriere della sera*, 5 luglio 2015

¹⁴ S. Rossi, *Controtempo*, cit. p. 47

¹⁵ A. Pajno, *Giustizia amministrativa ed economia*, cit., p. 4

dell'*efficienza* della pubblica amministrazione, della *bulimia legislativa*, della difficoltà di assicurare insieme una *tutela* adeguata delle situazioni soggettive e l'*efficienza* del sistema economico.

2. Il dibattito sul rapporto fra diritto ed economia, tra amministrazione e sistema produttivo, è andato progressivamente affinandosi. Sembra, peraltro che tale dibattito, fino ad adesso sia rimasto, per dir così, su linee generali, mettendo in luce problemi altrettanto generali, senza misurarsi in modo puntuale con questioni che, pure ampie e significative, hanno un contenuto specifico. Esiste, adesso l'occasione, per il dibattito pubblico, di misurarsi con un problema assai ampio, ma specificamente identificato, e per i giuristi l'opportunità di mostrare la capacità di tradurre in realtà le esigenze di revisione e di cambiamento più volte manifestatesi.

Questa opportunità è costituita dalla necessità di procedere, entro il 18 aprile 2016 (si tratta del termine indicato dalla disciplina europea) al recepimento delle tre nuove direttive comunitarie in tema di contratti pubblici (n. 2014/24/UE sugli appalti nei settori ordinari, n. 204/25/UE sugli appalti e nei c.d. "settori speciali" e n. 2114/23/UE sui contratti di concessione). Il recepimento di queste direttive, che implicano una profonda rivisitazione della disciplina contenuta nel d.lgs. n. 136 del 2006, a sua volta a più riprese modificato, insieme al regolamento emanato con il D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, costituisce una occasione decisiva non solo per il rilancio dello sviluppo economico del Paese, ma anche per la modernizzazione del sistema amministrativo italiano. Come è stato osservato,¹⁶ le dimensioni economiche del settore, il gran numero di imprese e di operatori economici e finanziari coinvolti, la presenza di un numero relevantissimo di amministrazioni pubbliche, la particolare importanza delle procedure di acquisto richiedono che l'occasione non sia perduta. Si tratta, nel contempo, di tentare di rilanciare un settore vitale per l'economia, di correggere un sistema normativo che si è rivelato troppo complesso e farraginoso, caratterizzato da un formalismo spesso paralizzante e per questa ragione capace, alla fine, non di assicurare l'efficienza ma di incrementare la litigiosità.

Le nuove direttive in materia di contratti pubblici costituiscono una leva decisiva per stimolare la crescita del mercato attraverso lo strumento

¹⁶ A. Pajno e L. Torchia in *Introduzione*, in A. Pajno e Luisa Torchia (a cura di). *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, di prossima pubblicazione su ww.astridonline, p. 4

giuridico, e cioè attraverso la revisione e l'ammodernamento del quadro normativo in materia di contratti pubblici; ciò, mentre l'introduzione di una disciplina tendenzialmente unitaria in materia di concessioni si risolve in una novità importante che conferma la volontà del legislatore europea di pervenire ad una più completa armonizzazione di un settore così rilevante per la vita economica. Dietro le direttive si coglie un obiettivo ad un tempo più generale e più ambizioso: quello, cioè, di perfezionare il mercato unico nel convincimento che crescita ed occupazione si sviluppino in mercati ben collegati, in cui concorrenza ed accessibilità possano stimolare l'attività imprenditoriale e l'innovazione.

Una situazione del genere non deve meravigliare dal momento che, anche per il passato, l'impulso decisivo a modificare la normativa dei contratti pubblici, ed il mercato che li accompagna, è venuto dalla disciplina comunitaria. E' con la legge Merloni n. 109 del 1994, nata peraltro anche sotto la spinta di Tangentopoli (la cui disciplina è stata successivamente modificata) che si è provveduto al recepimento della disciplina 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993; sono state ancora le nuove indicazioni contenute nelle direttive n. 2004/18/CE e 2004/17/CE del 31 marzo 2004 a condurre, nel 2006, al codice dei contratti pubblici. Le nuove direttive comunitarie del 2004 consentivano di coniugare insieme una necessità con una opportunità,¹⁷ ovvero di connettere il loro recepimento con la sistemazione di un quadro normativo interno caratterizzato dalla presenza di un gran numero di leggi speciali, che vedevano la giustapposizione di discipline di settore con diversa struttura, portata ed ispirazione;¹⁸ anche adesso le nuove direttive europee possono aprire al legislatore nazionale un percorso capace di mettere insieme ragioni di necessità e ragioni di opportunità,¹⁹ legate alla possibilità di intervenire su di un complesso normativo di grande rilevanza per il sistema economico e di importanza decisiva per il sistema amministrativo, così confermando la necessaria, strutturale imbricazione del primo con il secondo. Se si guarda a quelle che sono le più rilevanti critiche formulate nei confronti del vigente codice dei contratti pubblici, del suo funzionamento, delle sue

¹⁷ A. Massera, *Relazione*, in *Contratti pubblici*, Roma 2013, p. 93-94, che raccoglie i risultati di tre seminari organizzati da AREL – Agenzia di ricerche e legislazione tra il dicembre 2011 ed il maggio 2013

¹⁸ A. Massera, *Relazione*, cit., p. 94

¹⁹ A. Massera, *Relazione*, cit., p. 99

conseguenze sui mercati e sull'etica pubblica, è possibile comprendere che quella del recepimento delle nuove direttive europee in materia di contratti pubblici non costituisce soltanto una *partita di settore*, ma una vera e propria *partita di sistema*, che riguarda l'intero universo delle amministrazioni pubbliche.

Il vero è infatti che la crisi e le contraddizioni che contrassegnano la domanda e l'offerta in materia di contratti pubblici, e nel complesso le vicende che le riguardano, costituiscono una sorta di *epifenomeno* di una crisi più radicale, che riguarda l'intero sistema amministrativo. I problemi più rilevanti che il legislatore delegato si troverà ad affrontare nell'opera di recepimento delle nuove direttive riguardano infatti alcune questioni più generali che, proprio perché tali, si manifestano nel settore dei contratti pubblici, ma non si esauriscono in esso.

La vicenda ad esso relativa incrocia i grandi temi che stanno alla base delle difficoltà dell'intero sistema istituzionale ed amministrativo: il controllo della spesa pubblica, l'inflazione normativa, la questione dell'amministrazione e della sua discrezionalità, la questione dei controlli e del contrasto alla corruzione.

3. Quello riguardante i contratti pubblici costituisce un settore decisivo, ad un tempo, per il rilancio produttivo ed il controllo della spesa pubblica. Sotto il primo profilo, va ricordato che le dimensioni economiche del settore, il numero di imprese e di operatori, fa di quello dei lavori pubblici un mercato di grande importanza. E' stato calcolato che esistono circa 13.000 stazioni appaltanti, 36.000 imprese di costruzione qualificate per la partecipazione alle gare di importo inferiore a 150.000 euro e 50.000 imprese di costruzioni non qualificate perché sotto la soglia di 150.000 euro. Si tratta, pertanto, di un mercato eccessivamente frammentato sotto il profilo della domanda e nel quale predomina la piccola dimensione.²⁰ Una situazione di questo tipo genera ad un tempo gravi inefficienze e rilevanti dispersioni con riferimento all'accesso al mercato, dovute a diversi fattori, ed anche al sistema automatico di qualificazione adottato dalla disciplina di settore, che tende a favorire i soggetti già presenti nel mercato (gli *incumbent*) ed a rendere difficile per i

²⁰ M. Clarich, *Relazione*, in *Contratti pubblici*, cit., p. 55

nuovi entranti, anche se dinamici, inserirsi rapidamente nel sistema.²¹ La riforma di questo mercato, attraverso la modificazione della disciplina di settore che ne favorisce l'inefficienza, costituisce una priorità per la vita economica del Paese.

Sotto il secondo profilo, va ricordato che quello concernente i contratti pubblici costituisce un aggregato importante della spesa pubblica, il cui valore, calcolato al 2010, ammonta circa a 130 miliardi di euro.²²

In questo aggregato il valore medio dei contratti è molto basso (1.200.000 euro per i lavori; 2.000.000 per i servizi; 1.300.000 per le forniture) e la ripartizione geografica della spesa indica che la stessa è effettuata prevalentemente in periferia (regioni ed enti locali) essendo la spesa imputabile al centro pari a circa il 40%. Si pone, pertanto, il problema particolarmente rilevante in tempi di *spending review*, di assicurare un controllo efficace su questo aggregato di spesa: controllo che, alla stregua dell'ordinamento vigente non risulta soddisfacente per l'assenza, in capo ai relativi sistemi, di una flessibilità adeguata per riflettere le diverse modalità operative degli enti decentrati²³ e per l'incapacità di comunicazione che caratterizza i sistemi di controllo esistenti. Razionalizzare tali sistemi significa, pertanto, contribuire in modo rilevante al controllo della spesa pubblica.

4. La questione dei contratti pubblici intercetta il problema più generale dell'*inflazione normativa*, come è ampiamente dimostrato dalla corsa continua alla correzione, modificazione ed integrazione che ha, nel tempo caratterizzato la relativa disciplina; in proposito Alberto Massera ha ricordato l'aforisma di Montesquieu, secondo il quale una cattiva legge obbliga sempre il legislatore a produrne molte altre, spesso pessime anch'esse, per evitarne gli effetti negativi o almeno per soddisfare le finalità della prima.²⁴

Senza un intervento deciso per l'eliminazione di un gran numero di norme spesso oscure e contraddittorie, senza una significativa opera di riassetto non potrà esservi certezza per i cittadini, per le imprese e per la stessa

²¹ M. Clarich, *Relazione*, in Contratti pubblici, cit., p. 58

²² A. Camanzi, *Relazione*, in Contratti pubblici, cit., p. 20

²³ A. Camanzi, *Relazione*, in Contratti pubblici, cit., p. 20

²⁴ A. Massera, *Relazione*, cit., p. 93

amministrazione, né una significativa riduzione del contenzioso, ed alla fine, una fuoriuscita da una situazione che costituisce un naturale brodo di coltura della corruzione.

La questione dell'inflazione normativa è ormai risalente. *La tela di Penelope* si intitola il primo rapporto di Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica,²⁵ quasi ad indicare non solo la complessità ma anche la probabile inutilità dell'opera. A distanza di cinque anni la situazione non è mutata, se è vero che le procedure di controllo della qualità della regolazione sono state dimenticate o normalizzate dalle pubbliche amministrazioni, o messe nel nulla in nome di specifiche necessità politiche; tutto ciò mentre la produzione normativa ha registrato, non solo con riferimento ai contratti pubblici, una situazione di autentica fibrillazione, che ha visto alternarsi l'affermazione del primato della legge, la fuga dalla legge, la scelta per la delegificazione e per il regolamento, la fuga dal regolamento, la scelta per l'atto non regolamentare, ed infine, paradossalmente, il ricorso sempre più pervasivo al decreto legge. Non a caso il pacchetto della Commissione Juncker sulla *better regulation* si intitola "Legiferare meglio, legiferare meno". La risposta a tale situazione implica l'adozione di iniziative diverse, fra le quali appare imprescindibile una intensa opera di *codificazione*, come segnalato dalla Commissione Bicamerale sulla semplificazione nel documento conclusivo dei propri lavori. Il recepimento delle nuove direttive costituisce, allora, una occasione unica per iniziare a semplificare, un settore che vede adesso la presenza, attraverso il d.lgs. n. 163/2006 ed il DPR n. 256 del 2010, di più di 600 norme.

5. Quella della debolezza dell'amministrazione è una questione da tempo conosciuta, se è vero che ad essa si fa risalire la malattia che, sin dall'unità d'Italia, ha caratterizzato la formazione dello Stato.²⁶

Non è questa, ovviamente, la sede per ripercorrere la difficile vicenda della modernizzazione dello Stato²⁷ né l'importanza che le riforme amministrative, e fra tutte quella di semplificazione, rivestono ancora oggi in Europa;²⁸ qui è invece il caso di concentrare l'attenzione su di un profilo assai rilevante per

²⁵ F. Bassanini e G. Tiberi (a cura di), *La tela di Penelope, Primo rapporto ASTRID sulla semplificazione legislativa e burocratica*, Bologna, 2010

²⁶ G. Melis, *Fare lo Stato per fare gli italiani*, Bologna, 2014, p. 15 ss.

²⁷ A. Savino, *La riforma amministrativa. La parabola della modernizzazione dello Stato*, in Riv. Trim., dir. pubbl. 2015, n. 641 ss.

²⁸ G. Napolitano, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo* in Riv. Trim. dir. pubbl., 2015, p. 611 ss.

l'azione dei pubblici poteri in Italia, che è quella della *discrezionalità* e della *responsabilità*. Amministrare significa scegliere il modo migliore per realizzare, in un determinato momento storico, il fine pubblico indicato dalla legge: val quanto dire che è la discrezionalità, cioè il potere di scelta, il cuore della stessa amministrazione pubblica. Amministrare significa scegliere responsabilmente, utilizzare la flessibilità necessaria per realizzare l'interesse pubblico in contesti diversi; correlativamente il tratto caratterizzante di una burocrazia di qualità dovrebbe riguardare la capacità di selezionare la migliore opportunità per la realizzazione dell'interesse pubblico, assumendosene la responsabilità. Questa, però, non è la via seguita nell'ordinamento nazionale, nel quale la linea di tendenza è, al contrario, quella di limitare la discrezionalità dell'amministrazione, considerata una fonte di possibile arbitrio, con una serie di precetti puntuali che spesso producono l'effetto paradossale di rendere più incerta la stessa disciplina positiva, secondo un approccio che è gradito allo stesso apparato burocratico che preferisce fuggire dall'assunzione di responsabilità. Qui la questione dell'amministrazione e della sua discrezionalità si congiunge con il problema dell'inflazione normativa, dal momento che questa trova la propria origine anche nell'intento di limitare la capacità di scelta dei poteri pubblici, e di fare delle decisioni amministrative una conseguenza vincolata dalla disposizione normativa.

Questo atteggiamento culturale acquista un rilievo del tutto speciale con riferimento ai contratti pubblici. E' stato osservato che in tale settore il problema teorico e pratico è quello di conciliare due valori in possibile conflitto, la *flessibilità* e *discrezionalità* della scelta delle imprese da invitare a presentare l'offerta con *la garanzia della par condicio* nell'accesso al mercato²⁹ e che in Italia, per tradizione, si è sempre preferito privilegiare il vincolo rispetto alla discrezionalità, sospetta perché capace di generare collusione e corruzione, secondo un orientamento che non è condiviso dalla disciplina europea.

Una linea del genere si rivela, alla fine, improduttiva e non può essere, comunque, ulteriormente condivisa, dal momento che, come si vedrà, si pone in sostanziale contrasto con la disciplina delle nuove direttive, che prefigurano una amministrazione capace di interloquire responsabilmente con il sistema

²⁹ M. Clarich, *Relazione*, cit., p. 55

delle imprese. Il recepimento delle nuove direttive può, quindi, contribuire in modo significativo ad una inversione dell'atteggiamento culturale che caratterizza la disciplina che riguarda l'amministrazione: la proliferazione delle norme non può sostituire una adeguata ed efficiente razionale organizzazione amministrativa, mentre l'esperienza ha dimostrato che l'atteggiamento di sfiducia nei confronti della responsabile discrezionalità dell'amministrazione non ha sortito l'effetto di diminuire la complessità e di ridurre il rischio di iniziative collusive o corruttive.

Si tratta allora, di procedere ad una opera di riorganizzazione dei soggetti pubblici chiamati ad intervenire, anche attraverso una drastica riduzione delle stazioni appaltanti e l'intrapresa delle necessarie iniziative formative.

6. Quello della corruzione non è un tema esclusivo del caso italiano: già nel 1989 J. A. Wilson, con riferimento all'esperienza degli Stati Uniti d'America, rilevava che come limitare gli sprechi e la corruzione della burocrazia costituiva una delle *big questions* che si ponevano per il sistema amministrativo americano,³⁰ quel che è certo, però, è che la questione della corruzione assume un connotato del tutto specifico nel nostro Paese, dal momento che, nonostante le iniziative, anche legislative, adottate, questa non accenna a diminuire.

Di fronte ad una situazione del genere occorre affrontare con coraggio il problema, e porsi il problema dell'efficacia dei controlli tradizionali, e, più in generale, dei criteri seguiti per prevenire la corruzione, specie in un settore delicatissimo come quello degli appalti pubblici.

Sotto il primo profilo occorre riconoscere che i tradizionali controlli di legittimità non hanno sortito gli effetti sperati, ed hanno spesso aggiunto un formalismo ai formalismi già previsti dalla disciplina sostanziale. In questo settore sono stati compiuti passi in avanti significativi con la legge n. 190 del 2012, con il d.lgs. n. 33 del 2013, e più in generale con l'istituzione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, che obbedisce allo scopo di introdurre un controllo di tipo diverso, che accompagni la stazione appaltante verso l'aggiudicazione, e segua, più in generale, il *ciclo di vita* del contratto. Occorre tuttavia andare oltre, e disegnare l'Autorità come luogo qualificato di prevenzione, di consulenza, di vigilanza sulle qualità delle imprese e

³⁰ J. A. Wilson, *Burocracy: What government agencies do and why they do it*, New York, 1989, p. 375; M. Savino, *Le riforme amministrative*, cit., p. 641

sull'efficienza delle stazioni appaltanti. Il recepimento delle nuove direttive comunitarie costituisce una occasione da non perdere per portare a compimento questo processo.

Sotto il secondo profilo -che è, peraltro, strettamente connesso con il primo- occorre aprire una riflessione sull'efficacia del sistema di prevenzione che è tradizionalmente legato alla presenza di norme specifiche e di previsioni puntuali e chiedersi se un approccio del genere non finisca col favorire, piuttosto che reprimere, i fenomeni corruttivi e collusivi. Ancora di recente è stato osservato nel dibattito pubblico, che il contrasto alla corruzione, per essere efficace, “deve superare l'ostacolo forse più insidioso rappresentato dal neoformalismo legislativo, vale a dire la tendenza a ritenere che una maggiore tutela della legalità possa essere conseguita prevalentemente, se non esclusivamente, con l'emanazione di nuove norme”, rendendo più difficile e pesante il processo decisionale”, e che, se è vero che la corruzione è un male terribile, “è altrettanto vero che l'obesità dei processi decisionali rischia di tagliare fuori dalla sfida globale il nostro sistema paese”.³¹

E' noto che, con riferimento alla prevenzione della corruzione, esistono diverse strategie normative. La prima di esse riguarda l'utilizzazione di norme generali che impongono obblighi a soggetti pubblici e privati che negoziano e concludono contratti, tra i quali gli obblighi di ostensione e di *disclosure*; la seconda l'utilizzo di norme settoriali per innalzare il “costo” della corruzione, come quelle che realizzano la compressione della discrezionalità della stazione appaltante; la terza l'utilizzazione di norme sulla formazione etica dei dirigenti e sulla formazione specifica dei funzionari degli uffici ad alto rischio di corruzione.³²

L'utilizzo della strategia legata allo svilimento del momento discrezionale nell'aggiudicazione non è, da sola, capace di contrastare i fenomeni corruttivi; occorre, invece, affidare la prevenzione all'uso contemporaneo di diverse strategie. Non a caso, le nuove direttive europee mischiano la prima e seconda strategia, prevedendo norme di portata generale (sul conflitto di interesse) e disposizioni specifiche (certificazioni di moralità). L'Italia ha già avviato un

³¹ (G. Villanelli, *Troppa burocrazia nella lotta alla corruzione*, in *Corriere della sera*, 18 agosto 2015).

³² (R. Di Cristina, *Prevenire la corruzione e l'illegalità negli appalti pubblici: verso una nuova via europea?* in A. Del Vecchio e P. Severino (a cura di) *Contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, 2014, n. 325 ss.

processo di cambiamento con la legge n. 190 del 2012 e con il d. lgs. n. 33 del 2013; occorre portare, con il recepimento delle nuove direttive, ad ulteriore compimento questo processo.

7. Il recepimento delle nuove direttive in materia di contratti pubblici rappresenta, quindi, una occasione irripetibile per introdurre significativi elementi di modernizzazione nel sistema amministrativo e per incrementare la competitività del sistema economico. Sembra, allora, opportuno, nel quadro delle più generali e più ampie criticità “di sistema” sopra rilevate, cercare di identificare i più rilevanti elementi di difficoltà che sono stati nel concreto riscontrati, per poi verificare le opportunità di cambiamento offerte dalla nuova disciplina europea.

Il primo profilo di criticità, sul quale convengono giuristi ed economisti, si realizza sul lato della *domanda*, e riguarda *le stazioni appaltanti*, di cui si lamenta l'eccessiva polverizzazione e la conseguente, fortissima frammentazione del processo di *procurement*.³³

A tale situazione fa riscontro, con riferimento all'*offerta*, un sistema di qualificazione automatico delle imprese (sistema di qualificazione preventiva obbligatoria) che favorisce, in realtà, controlli formali, l'incremento del contenzioso e rischia di risolversi in una difficoltà di accesso al mercato. A fronte di tale modo di procedere viene evidenziata l'opportunità di scegliere un sistema di qualificazione “gara per gara” (in vigore nella maggior parte dei paesi dell'U.E) che potrebbe consentire alle amministrazioni un esame di sostanza dei requisiti dell'impresa.³⁴ Un sistema del genere suppone, naturalmente, una specifica competenza, discrezionalità e responsabilità delle stazioni appaltanti, ed una centralità del progetto ed in generale degli atti tecnici che non è presente nel sistema attualmente vigente.

E' stato, così, icasticamente osservato che, se si considerano, nei paesi dell'Unione europea, le diversità di approccio al tema della qualificazione delle imprese che, per l'Italia e per i paesi a sistema di qualificazione preventiva obbligatoria l'accesso al mercato è “affare da avvocati”, per la Germania e per i paesi in cui ha rilievo significativo il momento tecnico, è “affare da ingegneri”, e per il sistema anglosassone, basato su profili

³³ F. De Carolis, *Relazione*, in *Contratti pubblici*, cit., p. 110. C. Rangona, *Relazione*, in *Contratti pubblici*, cit., p. 65.66

³⁴ C. Rangone, *Relazione*, cit., p. 61

innovativi di negoziazione, è “affare da manager”.³⁵ Si tratta, alla fine di optare per un sistema che si fondi sulla qualificazione non solo degli operatori economici, per farne interlocutori affidabili sul lato dell’offerta, ma anche su quella delle amministrazioni, per farne interlocutori autorevoli sul lato della domanda.³⁶ Una situazione del genere consentirebbe di fondare la qualificazione delle imprese anche sulla responsabilità di stazioni appaltanti ridotte nel numero e competenti, e di rilanciare la centralità del progetto tecnico.³⁷

Questo incremento di flessibilità potrebbe, d’altra parte consentire, attraverso una regolazione variegata, di superare l’equivoco derivante dall’idea che le amministrazioni pubbliche si rivolgano sempre a mercati in concorrenza perfetta, dimenticando che la concorrenza reale è fatta, invece, di offerte differenziate, di innovazioni, di informazioni aziendali riservate.³⁸

8. Sempre nell’area del formalismo e dell’eccessiva rigidità si collocano alcune questioni riguardanti l’aggiudicazione degli appalti. Il sistema mette di fronte ad un grandissimo numero di gare, bandite in larga parte dagli enti locali; gare il cui valore è spesso modesto, risultando l’appalto medio tra 500.000 ed i 700.000 euro.

Una situazione del genere produce una grande frammentazione del processo di *procurement*;³⁹ essa è aggravata, secondo il pensiero di molti economisti, dalla presenza, nella disciplina di settore, dal criterio di aggiudicazione al prezzo più basso e dall’introduzione di meccanismi di gara con esclusione automatica.

Le conseguenze di un sistema del genere si proiettano sui procedimenti di verifica dell’anomalia dell’offerta, necessari per stabilire se l’offerta risulti anormalmente bassa.

E’ stato osservato che molti committenti, ad esempio i piccoli comuni, si trovano privi delle competenze necessarie per porre in essere le relative

³⁵ C. Rangone, *Relazione*, cit., p. 63

³⁶ A. Massera, *Relazione*, cit., p. 100

³⁷ Sulla necessaria centralità del progetto tecnico si veda C. Rangone, *Relazione*, cit., p. 63 e ss.

³⁸ M. Libertini, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’attività ed autonomia statutaria*, in *Federalismi*, n. 8 del 2010

³⁹ F. De Carolis, *Relazione*, in *Contratti pubblici* cit., p. 110

valutazioni, ed è stata proposta una centralizzazione della funzione di verifica dell'anomalia.⁴⁰

Quel che tuttavia colpisce è l'effetto paradossale che un sistema di questo tipo genera nei confronti della discrezionalità della p.a.. Questa è limitata con riferimento ai bandi di gara, ed è amplissima e sostanzialmente non censurabile con riferimento al giudizio di anomalia, dal momento che la giurisprudenza del giudice amministrativo considera il relativo giudizio come espressione di discrezionalità tecnica.

Un altro profilo di criticità, legato al sospetto "strutturale" nei confronti della discrezionalità dell'amministrazione, riguarda la questione delle procedure di aggiudicazione in tema di lavori, ed in particolare, le procedure ristrette, le procedure negoziate, il dialogo competitivo. E' stato osservato che, nonostante tali istituti siano formalmente previsti nel codice dei contratti (artt. 54 ss.), buona parte delle relative disposizioni risultano sostanzialmente inapplicate.

In particolare, è stato rilevato che la presenza di una disposizione come l'art. 55 c. 6, alla stregua della quale alle procedure ristrette sono invitati *tutti* i soggetti che ne abbiano fatto richiesta, vincolante anche per i settori speciali, produce un effetto paradossale; secondo questo modo di pensare, le procedure ristrette dovrebbero trovare applicazione allorchè l'amministrazione stimi la presenza sul mercato di un ampio numero di operatori interessati, mentre quando vi sia una aspettativa di segno opposto, con rischio di chiusura della concorrenza, dovrebbe essere preferita la procedura aperta. La scelta del legislatore, di prevedere l'invito di tutte le imprese che ne facciano richiesta nelle fasce di mercato dove opera un numero significativo di imprese, si risolve, di fatto, nella rinuncia ai vantaggi della procedura ristretta, con gare affollate e dagli esiti problematici.

Considerazioni analoghe possono essere fatte per le procedure negoziate, per le quali l'art. 56, c. 6 del d.lgs. n. 153/2006 prevede che la stazione appaltante scelga l'operatore economico sulla base di modalità di aggiudicazione in cui l'offerta è predeterminata e fissa (prezzo più basso o offerta più vantaggiosa) senza possibilità di negoziare i contenuti.

Quanto al dialogo competitivo, la speciale assunzione di responsabilità che esso comporta ne ha fatto un istituto privo di effettiva applicazione.

⁴⁰ F. De Carolis, *Relazione*, in *Contratti pubblici* cit., p. 118

9. Un altro fattore di criticità, direttamente connesso con l'alluvionale legislazione in tema di contratti pubblici, è legato alla presenza degli obblighi informativi previsti a carico delle imprese che partecipano a gare di appalto. E' stato osservato che, mentre alcuni di questi obblighi possono essere considerati necessari in quanto facenti capo a dati e situazioni di esclusiva conoscenza dell'impresa, altri riguardano informazioni che le stazioni appaltanti sono in grado di verificare autonomamente e che, dunque, potrebbero essere acquisite d'ufficio, anche in coerenza con quanto già previsto da normative di carattere generale (art. 18, c. 2 l. n. 241 del 1999; art. 43 d.P.R. n. 445 del 2000).

In una ottica di semplificazione, è stata poi proposta una applicazione più ampia del soccorso istruttorio (peraltro, recentemente riletto in modo non formalistico da Ad. Plen., n. 9 del 2014) ed una sanzione per l'amministrazione che colpevolmente non faccia ricorso ad esso.

10. Un discorso a parte merita la questione delle concessioni. La direttiva n. 2014/23/UE sui contratti di concessione costituisce, in qualche modo, la novità più rilevante nel pacchetto europeo dedicato ai contratti pubblici. E' noto che la direttiva 2004/CE sui "settori classici" si era limitata a disciplinare la sola materia dell'affidamento delle concessioni dei lavori, ove di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria, ed a recare una definizione della concessione di servizi. Mancava, dunque, una disciplina generale uniforme in tema di affidamento delle concessioni, sicché, la giurisprudenza europea aveva chiarito che la materia -in particolare per quanto riguarda le concessioni di servizi- risultava disciplinata dai principi generali di parità di trattamento, di mutuo riconoscimento, di proporzionalità.

In coerenza con tale impostazione la disciplina nazionale (d.lgs. n. 163 del 2006) aveva posto una norma che provvedeva a definire la concessione di servizi (art. 30, c. 2) stabilendo, nel contempo, l'inapplicabilità in via generale, e salvo le eccezioni previste, della disciplina del codice; per converso, lo stesso codice aveva introdotto una serie di disposizioni generali riguardanti le concessioni di lavori pubblici (artt. 142-151) ed una disciplina specifica (capo III, artt. 152 ss.) per le figure del promotore finanziario, della società di progetto, della locazione finanziaria, e del contratto di disponibilità, per le quali era stata identificata la normativa comune applicabile (art. 152).

Una situazione del genere ha in qualche modo provocato una serie di difficoltà, sia con riferimento all'esatta determinazione del carattere distintivo delle concessioni rispetto agli appalti costituito dal trasferimento del c.d. *rischio operativo*, sia con riferimento all'esigenza di modelli più flessibili nella scelta del *partner* privato nelle procedure di aggiudicazione, allo scopo di superare l'asimmetria informativa tra amministrazione e privato. A ciò si aggiunge una scarsa attenzione al momento dell'esecuzione del contratto (con una critica riferibile, peraltro, non soltanto alle concessioni ma anche agli appalti) ed alla sua gestione che, proprio con riferimento alle concessioni, può protrarsi per tempi molto lunghi.⁴¹ Proprio a proposito della tradizionale distinzione, nell'ordinamento nazionale, tra fase di affidamento del contratto e fase di esecuzione, conseguenza di una impostazione "bifasica" della vicenda contrattuale, frutto, più che della realtà, di una sorta di concordato giurisprudenziale sulla materia,⁴² è stato rilevato che tale impostazione ha conseguenze negative anche sul piano amministrativo, con l'affidamento delle due diverse fasi a due diverse strutture amministrative dell'amministrazione concedente, con deresponsabilizzazione dei funzionari rispetto al raggiungimento dell'unitaria operazione, costituita dalla progettazione, dall'affidamento e dalla esecuzione del contratto.⁴³

Una situazione del genere ha, in qualche modo, reso più difficile, per il legislatore nazionale, abbandonare il tradizionale orientamento secondo il quale il concessionario è pur sempre un soggetto che si sostituisce all'amministrazione nell'esercizio di compiti a questa attribuibili, con la conseguente permanenza nella sua attività, di rilevanti profili pubblicistici.

11. Molte altre osservazioni sono state formulate in ordine a vari aspetti della attuale disciplina dei contratti pubblici. Non possono, tuttavia, essere trascurate alcune difficoltà che, pur riguardando la disciplina sostanziale, finiscono con il proiettarsi sul processo giurisdizionale riguardante i contratti pubblici. La rilevanza di tale materia con riferimento alla tutela giurisdizionale ha trovato un esplicito riconoscimento nel codice del processo amministrativo, con la previsione di un rito accelerato, sul quale il legislatore

⁴¹ G. Fidone, *Le concessioni di lavori e servizi alla origine del recepimento della direttiva n. 2014/23/UE*, in *Riv. It. Dir. pubb., comm. I*, 2015, 101 ss.

⁴² A. Massera, *Relazione*, cit., p. 97

⁴³ G. Fidone, *Le concessioni di lavori*, cit., p. 163

è di recente ulteriormente ed efficacemente intervenuto con il d.lgs. n. 90 del 2014. Nel complesso, il processo sugli appalti pubblici, specie a confronto con il contenzioso civile, appare dotato di una grande rapidità, anche se su di esso si concentrano alcune incertezze interpretative riguardanti, tra l'altro, l'avvalimento, l'applicazione delle sanzioni, la dichiarazione di inefficacia del contratto, il risarcimento del danno e gli esiti dello stesso giudizio cautelare. Spesso, infatti, le stazioni appaltanti preferiscono attendere l'esito finale del giudizio per il timore di assumere decisioni che potrebbero essere smentite dalla sentenza. Non può tuttavia, essere sottovalutato il fatto che una certa organizzazione del procedimento di aggiudicazione finisca, con il proiettarsi sul processo, favorendo una crescita espansionale ed una complicazione del contenzioso giurisdizionale.

E' stato rilevato di recente⁴⁴ che il contenzioso in materia di appalti si concentra prevalentemente sulle questioni riguardanti la sussistenza dei requisiti soggettivi dei partecipanti alle gare, sui requisiti di qualificazione, di moralità, di capacità, anche se ciò avvenga dopo l'intervenuta aggiudicazione. L'attuale struttura del procedimento -che prevede la necessità di una verifica dei requisiti dopo l'aggiudicazione- pone dinanzi alla situazione paradossale alla stregua della quale, anche dopo la conclusione della gara, può discutersi dell'esistenza dei requisiti soggettivi, dando luogo ad una perversa spirale di impugnazioni incidentali (proposte dall'aggiudicatario) volte a contestare, a loro volta, il requisito soggettivo del ricorrente principale.

A tale paradossale situazione potrebbe, forse, porsi rimedio con una diversa organizzazione del procedimento, che veda una fase dedicata alle ammissioni ed esclusioni di tutti i partecipanti alla gara, ed una diretta impugnabilità, entro un termine breve, in quanto atti immediatamente lesivi, dei provvedimenti di ammissione e di esclusione. Si tratterebbe, in altri termini, di evitare che eventuali illegittimità verificatesi in una fase preparatoria possano riverberarsi sull'esito conclusivo del procedimento di gara, sulla scorta di quanto è stato previsto per il processo elettorale, attraverso l'immediata impugnabilità degli atti di esclusione. Il processo si svolgerebbe, così sulle condizioni di legittimazione e di partecipazione alla procedura di aggiudicazione, mentre la circostanza che le imprese dovrebbero impugnare

⁴⁴ F. Franconiero, *Il recepimento delle nuove direttive sui contratti pubblici. La giurisprudenza amministrativa sulle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *www.italiadecide*, 1, 2015

senza aver alcuna certezza sull'esito della gara, ridurrebbe significativamente le possibilità di contenzioso, scoraggiando la proposizione di gravami di dubbia fondatezza. Il procedimento potrebbe poi proseguire con le imprese la cui partecipazione è sicuramente legittima, e concentrarsi solo sulla valutazione della offerta, sicchè solo di quest'ultima potrebbe, alla fine, eventualmente discutersi in sede giurisdizionale.⁴⁵

Nel complesso, la presenza dei fattori di criticità sopra ricordati ha fatto parlare di un vero e proprio duplice fallimento del codice dei contratti pubblici rispetto all'obiettivo sistemico di eliminare le antinomie tra le componenti della disciplina,⁴⁶ e con riferimento all'intento di porsi come regolazione unitaria dell'intero ciclo di vita del contratto.⁴⁷

Per converso, la considerazione di tali criticità ha dato luogo, anche alla luce dell'esperienza degli altri paesi europei, all'indicazione di una serie di suggerimenti per il recepimento della nuova disciplina comunitaria, e per la nuova opera di codificazione. E' stata, così, segnalata l'opportunità di puntare ad una riduzione quantitativa del testo, sulla scorta dell'esempio della *Public contract regulation* adottata nell'ordinamento anglosassone, attraverso la presa d'atto dell'esistenza di una serie di clausole generali comuni tra diritto pubblico e diritto privato, con la configurazione di una area normativa a vocazione generale, con l'intento di superare i "miti" disciplinari propri del diritto pubblico e del diritto privato e cioè la supremazia dell'interesse pubblico e la "santità" del contratto;⁴⁸ valorizzando la presenza di specifiche normative generali, pubblicistiche o privatistiche, che, in assenza di disposizioni ad hoc, dovrebbero trovare applicazione; dando spazio a leggi settoriali, in ragione della prevalenza sui profili ordinari degli oggetti contrattuali; integrando la disciplina primaria con la valorizzazione della funzione regolatoria dell'Autorità sui contratti pubblici; accompagnando, infine, le iniziative sul versante della domanda con la predisposizione e circolazione di *handbooks*, volti a individuare *best practicies* con riferimento

⁴⁵ A. Pajno, *Il processo*, in A. Pajno e L. Torchia (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Le regole, i controlli, il processo, di prossima pubblicazione* su www.astridonline

⁴⁶ A. Massera, *Relazione*, cit., p. 96; si veda anche A. Benedetti, *Il codice dei contratti pubblici e il diritto speciale delle amministrazioni contraenti*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2006, p. 553 ss.

⁴⁷ A. Massera, *Relazione*, cit., p. 96-97

⁴⁸ A. Massera, *Relazione*, cit., p. 104

all'individuazione di bisogni, di modalità di realizzazione dei progetti, di preparazione dei documenti di gara, formulazione di clausole contrattuali.

12. Se quelle sopra ricordate sono alcune delle criticità riscontrate nella disciplina del codice degli appalti, occorre adesso verificare quali sono le opportunità che le nuove direttive in materia di contratti pubblici mettono a disposizione del legislatore nazionale.

Non è possibile in questa sede ricordare tutte le numerose e complesse disposizioni delle tre direttive; si cercherà, invece, di indicare le linee di tendenza che le contrassegnano e di cercare di individuare alcuni degli istituti più rilevanti che fanno riferimento ad esse. Sarà possibile, in questo modo, cogliere anche la *distanza* che separa la disciplina vigente da quella europea, ed il salto, il *cambio di paradigma* che il loro recepimento richiede al legislatore nazionale.

Lo scopo perseguito dalle nuove direttive è quello di colmare la distanza tra il sistema della negoziazione pubblica ed il mondo delle imprese, al fine di garantire un mercato più efficiente e la realizzazione di opere di qualità nel minor tempo, con la massima trasparenza possibile. Si comprende, allora, come le linee guida della nuova disciplina europea siano in via generale, quelle della *semplificazione*, della *riduzione dei formalismi* e dell'*incremento della flessibilità* nella scelta del contraente, del rilancio della *discrezionalità* e *responsabilità delle stazioni* appaltanti: profili, tutti, che si pongono obiettivamente in controtendenza rispetto agli indirizzi della disciplina nazionale.

Costituiscono strumenti per la realizzazione di tali finalità l'utilizzazione dei *cataloghi elettronici*, e più in generale, di misure volte a favorire il processo di *informatizzazione* attraverso la *Banca Nazionale dei contratti pubblici*. In questa prospettiva, acquista rilevanza specifica il *documento di gara unico europeo* (art. 59 direttive appalti). Coopera ad una più agevole svolgimento delle attività di preparazione e gestione dell'appalto, nel segno dell'incremento della discrezionalità dell'amministrazione e dalla flessibilità procedurale l'istituto delle *consultazioni preliminari di mercato* (art. 40 direttive appalti e 58 direttive settori speciali). Un ruolo significativo è poi, svolto dalle nuove regole del *soccorso istruttorio*, che, superando i passi in avanti compiuti con l'art. 39 del d.l. n. 90 del 2014, consente agli operatori

interessati, salvo diverse disposizioni nazionali, di presentare e integrare documenti mancanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e parità di trattamento.

Nel quadro delle esigenze di semplificazione e flessibilità delle procedure di appalto si inseriscono le disposizioni che tendono ad offrire alle stazioni appaltanti gli strumenti ritenuti più adeguati. Sono previste due procedure di base (aperta e ristretta) a cui si aggiungono, per la direttiva 2014/25/UE, la procedura negoziata, con o senza gara, ed il nuovo partenariato per l'innovazione, e per la direttiva n. 2014/24 UE, la procedura competitiva con negoziazione, la procedura negoziata senza pubblicazione preventiva, il dialogo competitivo ed il partenariato per l'innovazione. In questa ottica, rilevanti sono le disposizioni (art. 31 direttive appalti e 49 della direttiva settori speciali) che non prevedono più, per le discipline nazionali, la possibilità di veto per il dialogo competitivo.

Attraverso il ricorso al partenariato è possibile sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi per il successivo acquisto da parte delle amministrazioni, senza necessità di procedure di appalto distinte per l'acquisto, a condizione che corrispondano ai costi massimi concordati con le amministrazioni aggiudicatrici ed i partecipanti. Nella medesima ottica di *incremento della flessibilità* e della *discrezionalità* si inserisce, poi, la possibilità riconosciuta alle amministrazioni, nelle procedure aperte, di *esaminare l'offerta prima di verificare l'esistenza dei motivi di esclusione* ed il rispetto dei criteri di scelta, ferma restando la possibilità per il legislatore nazionale di escludere o limitare il ricorso a tale procedura per determinati tipi di appalti. E' poi volto a privilegiare gli obiettivi sopra indicati il ruolo centrale e decisivo riconosciuto al metodo dell'*offerta economicamente più vantaggiosa*. L'utilizzazione di criteri di aggiudicazione o condizioni di esecuzione riguardanti lavori, servizi o forniture concernenti ogni aspetto dell'appalto e concernente ogni fase del *ciclo di vita* del contratto costituisce una opportunità significativa per la amministrazione aggiudicatrice. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è così chiamato ad includere il miglior rapporto qualità-prezzo, determinato sulla base di aspetti qualitativi ambientali e sociali connessi con l'appalto medesimo.

Si muovono, invece, nell'ottica della realizzazione di un *migliore accesso al mercato* e di una più ampia concorrenza, le misure riguardanti i requisiti di fatturato, che devono, comunque, essere proporzionati all'oggetto dell'appalto. Nell'ottica di evitare la compressione del *favor participationis* viene previsto il divieto di fissare valori di fatturato superiori al doppio del valore dell'appalto; misura, questa, che obbedisce anche allo scopo, espressamente indicato nella nuova disciplina europea, di favorire la partecipazione alle gare delle *piccole e medie imprese*, a sostegno delle quali viene, altresì, previsto, conformemente a misure già presenti nell'ordinamento nazionale, l'obbligo di espressa motivazione circa la scelta di non suddividere l'appalto in lotti.

Con riferimento alla domanda, la disciplina delle nuove direttive si muove nell'ottica di favorire i processi di *centralizzazione degli acquisti* e di *riduzione delle stazioni appaltanti*, secondo una logica volta, peraltro, ad evitare rischi di fenomeni discorsivi connessi all'aggregazione della domanda.

13. Le novità più rilevanti vengono, probabilmente, dalla nuova direttiva in materia di concessioni, rispetto alla quale il primo aspetto significativo è costituito proprio dall'introduzione di una disciplina ad essa appositamente dedicata. La tradizionale e storica collocazione delle concessioni nel quadro dei profili pubblicistici, connessi alla sua natura di mezzo idoneo a trasferire al privato poteri e facoltà dell'amministrazione, ha fatto di esse uno strumento penetrante di intervento pubblico nell'economia, ed è, probabilmente, la causa del ritardo con cui il legislatore europeo è intervenuto nel settore⁴⁹.

La nuova direttiva mira, adesso, ad introdurre una disciplina volta a superare carenze definitorie ed asimmetrie informative, nella consapevolezza che l'incertezza del diritto è un ostacolo alla libera fornitura di servizi. L'obiettivo è quello di favorire gli investimenti pubblici e privati in infrastrutture particolarmente rilevanti in periodi di crisi economica, utilizzando l'*expertise* ed i capitali del settore privato. La nuova disciplina è quindi volta ad incrementare una ottica di mercato, nella quale la concessione (di lavori e di servizi) è innanzi tutto uno *strumento contrattuale*.

⁴⁹ V. Ferraro, *La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comm.*, fasc. 3-4, p. 835 ss.

L'approccio sopra indicato può facilmente essere colto volgendo l'attenzione verso quelle che sono state definite⁵⁰ le direttrici fondamentali della nuova disciplina: la definizione di un più chiaro quadro giuridico delle concessioni, con la precisazione dello scopo dell'istituto; una più chiara ed efficace distinzione tra concessione ed appalto; un riconoscimento esplicito della concessione come contratto di lunga durata, con conseguente possibilità di una significativa rinegoziazione del rapporto.

In una ottica volta a valorizzare le concessioni come strumenti di mercato, acquistano altresì un ruolo specifico il progetto economico finanziario, la c.d. *bancabilità* dell'iniziativa e la previsione di strumenti più flessibili nell'aggiudicazione delle concessioni.

Nella nuova disciplina europea la concessione è con chiarezza, non uno strumento di attribuzione di diritti esclusivi, ma uno strumento integralmente rivolto alle esigenze del mercato: il concessionario è un partner dell'amministrazione che si confronta con il mercato e con le regole della concorrenza.

Connessa con tale impostazione è la questione del *rischio operativo*, quale elemento idoneo a distinguere la figura della concessione da quella dell'appalto. Il trasferimento dall'alea economico finanziaria al concessionario era già presente nella disciplina vigente; la nuova direttiva prevede che il fattore del rischio di gestione costituisca l'elemento qualificante del contratto, e che proprio per questo occorre che le parti ne definiscano con precisione la grandezza economica.⁵¹ La direttiva n. 2014/23/UE, superando la tipologia determinata da Eurostat per la concessione di lavori e di servizi,⁵² precisa che quello operativo deve essere inteso come *rischio di esposizione alle fluttuazioni del mercato*, che possono derivare dal lato della domanda e dal lato dell'offerta, (considerando n. 20); nel medesimo senso si muove l'art. 5, c. 1 della direttiva.

Il rischio viene, così, individuato in relazione al *mercato* oggetto del contratto, costituito appunto da una domanda e da una offerta.⁵³ Quanto al rischio sul lato della domanda, è stato osservato che esso dovrebbe essere individuato

⁵⁰ M. Macchia, *Il "rischio" come elemento connotato alla concessione*, in A. Pajno-L. Torchia (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit.

⁵¹ M. Macchia, *Il rischio come elemento connotato alla concessione*, cit.

⁵² G. Fidone, *Le concessioni di lavori e servizi*, cit., p. 118 ss.

⁵³ G. Fidone, *Le concessioni di lavori e servizi*, cit., 123

esclusivamente con riferimento alle oscillazioni derivanti dalla domanda che proviene dagli utenti del servizio; ciò per evitare che si verifichi il trasferimento al concessionario anche del rischio derivante dalla domanda della stessa amministrazione.⁵⁴

Quanto al rischio dal lato dell'offerta, la direttiva lo identifica, in particolare, con il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda.

Si tratta, quindi, di un rischio comprendente quello c.d. di costruzione e di disponibilità, nonché il rischio che l'offerta si riveli insufficiente a far fronte alla domanda degli utenti nel caso di c.d. opere o servizi a caldo.⁵⁵

La speciale rilevanza del rischio rende palese la particolare importanza del *piano economico finanziario*, che deve essere redatto prima dell'intrapresa dell'iniziativa e che costituisce ad un tempo strumento di valutazione economica e documento di valutazione finanziaria, e che deve prevedere la capacità del progetto di servire il suo debito. Una adeguata considerazione del PEF può portare ad una adeguata più attenta considerazione del tema della *bancabilità* della concessione, decisiva perché le concessioni siano effettivamente portate a compimento; la nuova direttiva, tuttavia, omette di affrontare in modo completo il tema.⁵⁶

La questione del PEF è connessa con quella della *durata*, che deve essere tale da determinare l'equilibrio del piano. Essa, peraltro, non può essere arbitrariamente sovradimensionata, allo scopo di garantire profitti al concessionario: la direttiva stabilisce, pertanto, che per le concessioni ultraquinquennali, la durata massima non può superare il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell'esecuzione dei lavori e dei servizi, con un ritorno sul capitale investito (art. 18). Si tratta di una misura destinata a pesare in modo significativo sul quadro nazionale.

Quanto alla scelta del concessionario, la nuova direttiva conferma la precedente opzione comunitaria di non assoggettare tale scelta all'espletamento delle tradizionali procedure di gara previste per gli appalti pubblici, disciplinate dalla direttiva 2014/24/UE. Le stazioni appaltanti

⁵⁴ G. Fidone, *Le concessioni di lavori e servizi*, cit. p. 124

⁵⁵ G. Fidone, *Le concessioni di lavori e servizi*, cit. p. 124-126

⁵⁶ Fidone, *Le concessioni di lavori e servizi*, cit. p. 126 ss.

devono, infatti, essere libere di aggiudicare la concessione, a fronte della complessità dei contratti e del rischio del concessionario, con procedure competitive flessibili e negoziate, anche al fine di colmare l'asimmetria informativa a carico dell'amministrazione, e perciò finalizzate al miglioramento del proprio bagaglio informativo.

Per i contratti complessi⁵⁷ e (normalmente) di lunga durata, acquista un rilievo significativo la *fase di esecuzione*, e con riferimento a quest'ultima, la questione della modificazione dei contratti in corso, e più in generale della loro rinegoziazione; essi, infatti, rientrano nei c.d. contratti "incompleti", che non possono contenere sin dall'inizio tutta la disciplina di dettaglio del rapporto. Occorre, tuttavia, evitare che un aspetto fisiologico del contratto, possa trasformarsi in una occasione di collusione.

Sul punto, la direttiva 2014/23/UE appare innovativa rispetto alla vigente disciplina nazionale; sulla base delle considerazioni contenute nel considerando n. 76, la direttiva prevede all'art. 43, con il limite generale del divieto di alterare la concessione, la facoltà di introdurre modifiche alla stessa, a prescindere dal valore monetario.

Merita, infine, di essere segnalato, con riferimento al rapporto tra concessioni ed utenti, la previsione contenuta nel considerando 122, che riconosce ai cittadini interessati, che non hanno accesso alla procedura di ricorso di cui alla direttiva n. 89/665/CE, un interesse legittimo, in qualità di contribuenti, alla segnalazione di eventuali violazioni all'autorità competente, ad un corretto svolgimento della procedura di appalto, "senza che ciò comporti necessariamente" una loro azione, dinanzi a corti e tribunali. Il considerando, rischia di introdurre ulteriori profili di contenzioso, qualora la facoltà riconosciuta non venga configurata come un mero potere di segnalazione, senza ulteriori conseguenze sul piano della tutela. Il recepimento della direttiva sulle concessioni non potrà risolversi in un mero aggiornamento della disciplina esistente.

E' stato, così osservato che la forte asimmetria informativa dell'amministrazione rispetto al privato che caratterizza le concessioni rende preferibile l'utilizzazione di procedure flessibili, volte a colmare tale asimmetria; che nell'opera di recepimento occorrerà evitare l'errore di

⁵⁷ Sui contratti complessivi si veda M. Capagno, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi* in *Riv. It. Dir. pubbl. comm.*, 2013, p. 991 ss.

tradurre una quantità relativamente modesta di norme europee in centinaia di principi puntuali; che non si dovrà commettere l'errore di combattere la corruzione con la rinuncia all'efficienza delle procedure e dei contratti; che l'uso della discrezionalità da parte dell'amministrazione dovrà comportare la responsabilizzazione dei funzionari con riferimento al raggiungimento dei risultati dell'intera operazione amministrativa costituita da progettazione, affidamento ed esecuzione del contratto, con il ripensamento del relativo *management* e l'unificazione della responsabilità delle varie fasi in un unico centro decisionale.⁵⁸ Si tratta di indicazioni precise e pertinenti, che dovranno trovare spazio in sede di recepimento delle direttive.

14. Le nuove direttive comunitarie contengono disposizioni che potrebbero venire incontro a molte delle criticità riscontrate nel settore degli appalti pubblici. Quelle del recepimento di tali direttive costituisce, pertanto una partita di enorme rilievo per il Paese.

Si tratta di una partita assai complessa, se si pensa che si è di fronte ad un corpo normativo di ben 259 articoli (204 per gli appalti e 55 per le concessioni) e che le direttive del 2004, che hanno dato luogo al vigente codice degli appalti ed al regolamento si compongono di 159 articoli. Le preoccupazioni sono destinate ad aumentare se si pensa che a tale opera di recepimento si deve accompagnare non solo l'adattamento, ma il riordino della complessa disciplina vigente affidata ai 257 articoli del codice ed ai 359 articoli del regolamento approvato con D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207.

La qualità dell'operazione appare, pertanto, affidata in larga parte alle modalità di tale recepimento. L'operazione appare non priva di difficoltà, se si pensa che a distanza dei pochi mesi dal termine previsto dalla disciplina europea (18 aprile 2016) l'apposito disegno di legge di delegazione non è stato ancora approvato; tuttavia significative indicazioni provengono dal disegno di legge approvato dal Senato il 18 giugno 2015, ed attualmente all'esame della Camera (A.C. n. 3194).

Il disegno di legge ha una struttura assai complessa, se si pensa che esso contiene, all'art. 1 c. 1, ben 52 criteri e principi direttivi, e che alcuni di essi si articolano in ulteriori specifiche indicazioni (si veda l'art. 1, c. 1, lett. e, riguardante l'armonizzazione delle norme in materia di trasparenza,

⁵⁸ G. Fidone, *Le concessioni di lavori e di servizi*, cit., p. 163

tracciabilità, pubblicità delle procedure di gara e l'art. 1, c. 1, lett. a, riguardante l'albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici). Nell'insieme, una prima lettura del disegno di legge sembra avvalorare l'idea che in esso siano lodevolmente entrate buona parte delle preoccupazioni manifestate dagli economisti e dai giuristi con riferimento alla disciplina del codice degli appalti e che in esso siano indicati, sia pure con qualche incertezza, gli ambiti significativi della disciplina europea da recepire; permane, tuttavia, il rischio che il disegno di legge possa risolversi in una sorta di giustapposizione di ambiti tematici, di problemi ed esigenze e che l'assenza di indicazioni specifiche sulle tecniche di recepimento possa, alla fine, dare luogo ad un risultato non del tutto soddisfacente rispetto alle premesse correttamente poste.

Il disegno di legge presenta una struttura all'interno della quale sembra possibile distinguere disposizioni riguardanti l'*oggetto* della delega, disposizioni riguardanti il *metodo* per la realizzazione delle operazioni che costituiscono l'oggetto della delega, disposizioni riguardanti gli *istituti* da recepire e rivisitare, disposizioni riguardanti il procedimento di *recepimento* e di *riordino*. Nell'ambito delle disposizioni riguardanti i *contenuti* dell'operazione di riordino e recepimento trovano, così, posto, previsioni volte ad affrontare singole criticità (riduzione delle stazioni appaltanti, qualificazioni delle imprese, fase di gestione del contratto, avvalimento) non sempre in materia soddisfacente; previsioni di grande rilievo, riguardanti una vera e propria *organizzazione* del sistema amministrativo degli appalti e dei relativi controlli, fra le quali hanno un ruolo specifico quelle volte a porre un vero e proprio nuovo statuto dell'Autorità Nazionale Anticorruzione; previsioni volte a fornire indicazioni per problemi generali affrontando questioni particolari (quali quelle volte a stabilire contenuti e limiti della discrezionalità dell'amministrazione, sia pure con riferimento a singole fattispecie; *previsioni* riguardanti le concessioni sia con riferimento alla disciplina generale, sia con riferimento a problemi e situazioni specifiche della situazione italiana (concessioni autostradali); previsioni riguardanti le garanzie anche partecipative degli utenti (disciplina riguardante i portatori di interessi; dibattito pubblico) e la fase precontenziosa; previsioni riguardanti discipline specifiche (servizi sostitutivi di mensa; contratti relativi a beni

culturali; subappalti) previsioni riguardanti la disciplina regolamentare. Sembrano, invece, assenti, come si è detto, indicazioni circa la tecnica di recepimento, anche se l'impostazione complessiva sembra richiamare le modalità tradizionalmente seguite nell'esperienza italiana.

15. Non è, ovviamente, possibile affrontare in questa sede tutti i problemi riguardanti la delega; qui sarà, invece opportuno richiamare l'attenzione su alcuni profili più generali che appaiono particolarmente significativi per la realizzazione dell'operazione complessiva. Sotto questo profilo, acquistano un valore specifico le disposizioni riguardanti lo *scopo* della delega legislativa. Tale scopo è con chiarezza e con puntualità indicato dall'art.1: si tratta di procedere a due distinte operazioni, e cioè al *recepimento* della disciplina europea (“attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE/2014/25/UE”), nonché al “*riordino* complessivo della disciplina vigente in materia di contratti pubblici”.

Si pone, allora, il problema del rapporto fra queste due diverse operazioni, ed in particolare se il recepimento debba, almeno logicamente, precedere il riordino della disciplina della materia. Si tratta, in realtà, di due operazioni distinte ma intrinsecamente collegate, dal momento che, nell'ottica del disegno di legge, sia l'una che l'altra sono destinate ad essere realizzate attraverso la realizzazione di un unico testo normativo e l'abrogazione di quello vigente. In ogni caso, appare decisiva la qualità dell'operazione di recepimento; se le nuove direttive saranno recepite in modo semplice e chiaro, evitando di parcellizzare le già numerose disposizioni in un numero cospicuo di disposizioni puntuali, sarà più semplice l'operazione di riordino.

L'art. 1 del disegno di legge delega prevede il “riordino complessivo” della disciplina vigente in materia di contratti pubblici: si pone, pertanto, il problema se tale operazione riguardi immediatamente anche la normativa regolamentare, dal momento che anche questa è disciplina vigente. La disposizione di cui all'art. 1 c. 1 deve, però, essere riferita alla normativa primaria presente del codice del 2006, come è reso evidente dalla disposizione di cui all'art. 1, c. 1, lett e e c) che prevede l'emanazione di un nuovo regolamento destinato a prendere il posto del D.P.R. n. 207 del 2010.

Che le due operazioni -attuazione delle direttive e riordino della disciplina- siano intrinsecamente ed indissolubilmente collegate appare, reso palese dal

fatto che per entrambe, l'art. 1, c. 1 prevede espressamente gli stessi criteri e principi direttivi. Tale esito è al di là di ogni dubbio confermato dalla previsione di cui all'art. 1 c. 1, lett. b, che costituisce ad un tempo una disposizione relativa all'*oggetto* ed una disposizione relativa al *metodo* dell'operazione. L'art. 1 c. 1 lett. b chiarisce che attuazione e riordino devono essere effettuate attraverso la compilazione di un unico testo normativo, destinato a sostituire il codice del 2006, che quindi rappresenta anche il risultato finale dell'opera. Il legislatore compie così, in coerenza con la previsione dell'adozione di un solo decreto delegato (art. 1, c. 1) una scelta che conferma quella già fatta in precedenza, e cioè quella di raccogliere in un unico testo tutte le disposizioni riguardanti i contratti pubblici, secondo una logica che obbedisce anche ad esigenze di semplificazione e, correlativamente una precisa opzione di merito: l'opera di attuazione delle direttive dovrà avvenire non attraverso l'interpolazione e la correzione del vigente codice degli appalti, ma per il tramite di un nuovo codice, con abrogazione di quello vigente. Si tratta di una scelta astrattamente condivisibile, anche per ragioni di efficienza, chiarezza e trasparenza, considerato anche che i numerosi interventi successivi al 2006 avevano enormemente complicato le già numerosi disposizioni del codice. Tale modo di procedere è destinato a rendere più facile l'opera di riduzione complessiva delle disposizioni riguardanti i contratti pubblici.

Quanto, infine, all'utilizzazione della espressione "compilazione di un unico testo normativo" (art. 1, c. 1 lett. b) è appena il caso di osservare che la stessa non può evocare l'idea di un testo unico compilativo: si tratta di un esito che si porrebbe in contrasto sia con l'insieme dei criteri e principi direttivi, che autorizzano profonde innovazioni nella disciplina vigente ed addirittura la sua abrogazione.

- 16.** Una ulteriore, importante disposizione di *metodo* è contenuta nell'art. 1, c. 1, lett. a, del disegno di legge, che espressamente pone il divieto di introduzione o mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive. Il divieto di *gold plating* è già previsto nell'ordinamento nazionale quale criterio di recepimento delle direttive, e non a caso vengono richiamati gli artt. 24 ter e 24 quater della l. n. 246 del 2005; l'espresso richiamo di tale divieto quale primo criterio generale dell'opera di

recepimento conferisce allo stesso una importanza particolare. Il criterio in questione impedisce non solo il recepimento, ma anche il mantenimento di livelli di regolazione superiori ai minimi: val quanto dire che la norma dovrà operare sia come *indicazione* per l'introduzione della nuova disciplina, sia come regola di *eliminazione* di quella già esistente. Si dovrà partire dalle nuove direttive e non dalla disciplina vigente.⁵⁹

La determinazione in concreto dei livelli minimi di regolazione, quali definiti dagli artt. 24 ter e 24 quater della legge n. 246 del 2005, porrà problemi non indifferenti. Potrà essere utile, in proposito, il ricorso alla direttiva della Presidenza del Consiglio dei ministri del 16 gennaio 2013; in ogni caso, la speciale rilevanza attribuita dal disegno di legge a tale criterio, suggerisce di adottare, nei casi dubbi, l'opzione più rigorosa.

- 17.** Rientrano nel quadro dei criteri che ad un tempo danno indicazioni di *metodo* e definiscono un obiettivo generale quelli contenuti nelle lettere c, d, e, f, che fanno riferimento ai compiti di ricognizione, riordino e semplificazione non in relazione a situazioni specifiche, ma a finalità generali dell'intera operazione. Qui i compiti di riordino, semplificazione, razionalizzazione sono richiamati in funzione di obiettivi che riguardano non l'uno o l'altro istituto, ma l'intero codice e cioè per il conseguimento di una drastica riduzione e razionalizzazione delle disposizioni vigenti, (art.1, c. 1, lett. c), allo scopo di predisporre procedure non derogabili e di conseguenza riduzione e certezza dei tempi (art. 1, c. 1, lett. d), allo scopo di conseguire la progressiva digitalizzazione delle procedure in materia di affidamento dei contratti di appalto e di concessione (art. 1, c. 1, lett. c). Possono essere iscritte fra le disposizioni volte ad ottenere una generale semplificazione quelle contenute nella lett. e, riguardante il recepimento degli strumenti di flessibilità previsti dalle direttive e quelli che richiedono l'armonizzazione delle norme in materia di trasparenza, pubblicità e tracciabilità della procedura di gara e delle fasi prodromiche e successive. Queste disposizioni indicano il risultato finale che il legislatore si prefigge: in un certo senso, la qualità dell'operazione dipenderà dal fatto che tali disposizioni vengano prese sul serio in sede di elaborazione dei decreti delegati. Riduzione delle disposizioni legislative, riordino del quadro normativo vigente, digitalizzazione delle procedure e

⁵⁹ G. Bruzzone, M. Cassella, R. Marzulli, *Il divieto di gold plating in A. Pajno-Luisa Torchia (a cura di), La nuova disciplina dei contratti pubblici, cit.*

soprattutto l'effettivo puntuale recepimento di tutti gli strumenti di flessibilità sono elementi capaci di disegnare un codice diverso da quello vigente, caratterizzato da discipline generali e non da disposizioni specifiche e puntuali.

Nell'adottare gli obiettivi generali sopra richiamati, il legislatore indica espressamente i profili che richiedono una caratterizzazione più specifica (considerazione degli aspetti peculiari dei contratti relativi ai vari settori; normative per i servizi sostitutivi di mense; sviluppo infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici): Se ne dovrebbe dedurre che ulteriori eccezioni non dovrebbero essere possibili, anche se tale assunto sembra smentito da alcuni degli ulteriori criteri di delega; l'espressa menzione delle infrastrutture strategiche evidenzia peraltro che nel codice potranno trovare posto materie non disciplinate in sede europea, con un conseguenziale problema di coordinamento fra tale disciplina e quella di rilevanza comunitaria.

Fra le indicazioni generali un posto significativo merita l'espresso divieto di discipline derogatorie (lett. d, lett. g), con l'unica eccezione riguardante le fattispecie connesse alle urgenze di protezione civile.

- 18.** Gli altri numerosi criteri di delega riguardano istituti specifici oggetto di disciplina in sede europea ed in larga parte corrispondenti alle criticità più volte riscontrate nel dibattito sul codice dei contratti pubblici.

Non è ovviamente possibile procedere all'esame di tutte le previsioni: qui si possono ricordare quelle riguardanti i criteri di sostenibilità energetica, la definizione dei requisiti di capacità tecnica, organizzativa e professionale degli operatori economici, la pubblicità dei bandi di gara, la riduzione degli oneri documentali ed economici, la semplificazione delle procedure di verifica da parte delle stazioni appaltanti dei requisiti generali (e con riferimento a tale criterio potrebbe essere introdotta la modificazione del procedimento destinata a dare un rilievo peculiare, anche ai fini della riduzione del contenzioso, alle ammissioni ed alle esclusioni), la previsione dell'utilizzabilità del documento di gara unico europeo (lett. gg); la rilevanza della fase di esecuzione del contratto (lett. z; lett. ee) il ricorso come criterio fondamentale di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa, (lett. aa), la valorizzazione della fase progettuale (lett. gg), la revisione dei sistemi di

garanzia per l'aggiudicazione degli appalti (hh), la revisione del sistema di qualificazione degli operatori economici (e cioè la qualificazione del mercato dal lato della domanda: lett. nn), l'avvalimento (lett. oo), il miglioramento delle condizioni di accesso al mercato per le piccole e medie imprese (lett. gg), la valorizzazione delle esigenze di sostenibilità ambientali lett. ss), l'affidamento in *house* (lett. tt).

Fra le disposizioni riguardanti obiettivi specifici acquistano, peraltro, un rilievo del tutto speciale quelle che, nel loro complesso, appaiono indirizzate alla realizzazione di un vero e proprio *sistema amministrativo dei contratti pubblici*, in una ottica che tende a valorizzare i profili di discrezionalità amministrativa ed a configurare una vera e propria *autorità* per il governo complessivo del settore.

Rientrano fra le disposizioni sull'organizzazione amministrativa del settore ,anche ai fini della verificabilità di flussi finanziari, quelle riguardanti la qualificazione delle stazioni appaltanti (lett. c), la centralizzazione delle committenze e la riduzione del numero delle stazioni appaltanti (lett. v), la costituzione presso il Ministero delle infrastrutture di una nuova banca dati centralizzata e la revisione e semplificazione del sistema AVC pass (lett. z), la revisione del sistema CONSIP e delle relative procedure di appalto, l'attribuzione alle stazioni appaltanti di più penetranti poteri di verifica e di controllo, anche con riferimento alla fase di esecuzione del contratto.

- 19.** Le altre disposizioni su quello che è stato indicato come *il sistema amministrativo degli appalti* riguardano l'ANAC, il cui ruolo viene integralmente rivisitato.

Il disegno di legge delega configura l'ANAC come il luogo decisivo per la realizzazione di importanti innovazioni, con riferimento alla prevenzione della corruzione quali l'unificazione presso di essa delle banche dati esistenti (lett. l, n. 2) e la realizzazione di un sistema di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese (lett. i, n. 2).

Della stessa ANAC il legislatore fa, peraltro, il luogo qualificato di esercizio di poteri e funzioni assai estesi, che superano i compiti di prevenzione della corruzione, che fanno di essa un vero e proprio *strumento amministrativo di regolazione* del sistema. Si tratta di poteri e funzioni di promozione

dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo di *best practices*, di facilitazione dello scambio di informazioni tra stazioni appaltanti, di vigilanza, di controllo, di raccomandazione, di adozione di atti di indirizzo e linee guida; bandi e contratti tipo, di strumenti di segnalazione flessibile, di atti di intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio (lett. o) di invio di relazioni alla Camera (lett. p). All'ANAC viene affidato il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti (lett. t), la tenuta di un nuovo albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici (lett. c c) con potere di adottare essa stessa la disciplina generale dell'albo; all'ANAC viene attribuito il compito di predisporre una disciplina generale delle misure di premialità riguardanti il sistema di qualificazione degli operatori economici (lett. uu), quello di prescrivere alla stazione appaltante le condizioni per procedere in autotutela prima di procedere all'applicazione delle previsioni dell'art. 32 del d.l. n. 90 del 2014 (lett rr), nonché la tenuta di un elenco, di nuova istituzione, di enti aggiudicatari di affidamento *in house*. Si tratta, nel complesso, di poteri amplissimi, sicchè si può dire che l'A.C. n. 3194 costituisce non solo il disegno di legge di recepimento delle direttive comunitarie e di riordino della disciplina di settore, ma anche un provvedimento sull'istituzione di una vera e propria autorità di regolazione del sistema dei contratti pubblici. Toccherà al legislatore delegato il difficile compito di provvedere ad una puntuale specificazione e puntualizzazione di tali poteri, amplissimi e non pienamente definiti nell'interesse delle stazioni appaltanti, degli operatori del settore e della stessa Autorità, così da rendere chiaro il suo intervento ed efficiente il suo operato. Alla giurisprudenza ed al contributo dalla riflessione giuridica toccherà, poi, il compito di stabilire l'esatta natura e portata del potere normativo attribuito all'ANAC.

20. Il disegno di legge approvato dalla Camera dei deputati il 18 giugno 2014 prevede anche il recepimento della nuova direttiva comunitaria n. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; il contenuto di questa è destinato a confluire nel nuovo codice dei contratti pubblici. Considerata la scelta per un unico testo normativo, a tale necessità il disegno di legge provvede sia con norme riguardanti gli appalti e le concessioni (si vedano, ad esempio le disposizioni di cui all'art. 1, c. 1, lett. z, oo, dd, gg, tt), sia con misure riguardanti il partenariato pubblico (art. 1, c. 1 lett. ee ed mm), con

riferimento alla necessità della predisposizione di studi di fattibilità che consentano di porre a gara progetti con accertata copertura finanziaria derivante dai livelli di bancabilità dell'opera), sia con un criterio di delega, ad esse specificamente dedicato (art. 1, c. 1, lett. zz ed aa), sia infine con disposizioni riguardanti un problema puntuale, quello cioè delle concessioni autostradali ed in particolare quelle nuove (art. 1, c. 1, lett. bbb) sia quelle scadute o prossime alla scadenza alla data di entrata in vigore della direttiva (art. 1, c. 1, lett. ccc), per le quali viene prevista una apposita disciplina transitoria.

Come è stato osservato, il carattere innovativo della nuova direttiva provocherà un impatto significativo sui contratti di concessione già in essere e sui nuovi;⁶⁰ desta, pertanto qualche perplessità la disposizione di cui all'art. 1, c. 1 lettera rr, che sembra affidare l'introduzione di una disciplina organica all'armonizzazione e semplificazione della (sola) disciplina già vigente, ed alla previsione di criteri riguardanti le concessioni indicate nella sez. II del Capo I del titolo I della direttiva, e degli ulteriori criteri nella stessa norma prevista.

21. Meritano, altresì, di essere segnalate, quelle che possono essere considerate previsioni poste a garanzia degli interessi generali della collettività, riguardanti forme di dibattito pubblico (art. 1, c. 1, lett. ggg) e misure di trasparenza (art. 1, c. 1, lett. fff). Quanto alla prima, le forme di dibattito pubblico risultano limitate alle comunità locali dei territori interessati alla realizzazione di grandi progetti infrastrutturali aventi impatto sull'ambiente e sul territorio; quanto alle misure di trasparenza, il criterio di delega appare, per un verso, più prudente rispetto alla disciplina europea che prevede espressamente forme di intervento dei portatori di interessi qualificati anche non giudiziari, e per l'altro significativo perché le misure di trasparenza e di partecipazione sono previste sia per l'intero ciclo di vita del contratto di appalto o della concessione (programmazione, aggiudicazione, esecuzione). Qualche riflessione merita poi il criterio di delega di cui all'art. 1, c. 1, lett. pp. Il disegno di legge non prevede disposizioni sul contenzioso giurisdizionale (disposizioni del genere esistono nel *Public contract regulation 2015*, con cui si è proceduto al recepimento delle direttive nel

⁶⁰ M. Ricchi, *La nuova direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 7, 2014 p. 741 ss.);

Regno Unito); sono presenti invece, disposizioni sui metodi di risoluzione alternativa delle controversie. L'assenza di disposizioni sul processo si deve, probabilmente, alla considerazione che le stesse sono ormai contenute nel codice del processo amministrativo, sicchè si sarebbe dovuto procedere alla modificazione di esso; non si vede, peraltro, come una limitazione del genere avrebbe potuto vincolare il legislatore nella configurazione della delega. Quanto alle misure alternative, la previsione sembra, in qualche modo contraddittoria: essa, per un verso, sembra limitare l'intervento alle procedure esistenti (e cioè all'accordo bonario e all'arbitrato) di cui prevede la *razionalizzazione*, e per l'altro sembra, innovativamente, prevedere misure alternative con riferimento alla fase di aggiudicazione del contratto (come si evince dall'espressione "*anche* in materia di esecuzione del contratto". Si pone allora il problema se la locuzione "razionalizzazione" possa essere intesa come idonea a consentire una complessiva rivisitazione del panorama relativo a tali misure.

Tale opportunità andrebbe esplorata, anche tenendo presente la accennata possibilità (normativa) di introdurre misure alternative per la fase precedente l'aggiudicazione. Una interessante innovazione potrebbe, ad esempio, riguardare la fase dell'autotutela delle stazioni appaltanti.⁶¹

22. Come si è visto, il disegno di legge estende l'opera di revisione e razionalizzazione anche al regolamento: sono pertanto presenti sia disposizioni generali per il riordino del quadro normativo, anche regolamentare (art. 1, c. 1, lett. c e d), sia disposizioni, parallele a quelle previste dal codice dei contratti, riguardanti l'abrogazione del regolamento vigente (art. 1, c. 1, lett. ll) e l'entrata in vigore del nuovo, con la previsione di una apposita disciplina transitoria (art. 1, c. 1, lett. mmm). Il nuovo regolamento, recante una disciplina attuativa ed esecutiva, è ispirato a principi di razionalizzazione e semplificazione amministrativa, sicchè è palese che tutte le previsioni generali che si muovono in tale ottica contenute nel disegno di legge, devono essere ritenute estensibili anche alla disciplina regolamentare.

A quest'ultima risulta, poi, espressamente affidato il compito specifico di determinare annualmente i *costi standard* per tipi di lavori, servizi e forniture:

⁶¹ M. Ramajoli, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 481 ss.

operazione che, in quanto da effettuarsi con cadenza annuale, non potrà che essere affidata dal regolamento ad un atto amministrativo.

L'emanazione del nuovo regolamento può costituire l'occasione per una opera di drastica semplificazione e riduzione normativa, e per l'introduzione di strumenti innovativi già conosciuti in esperienze di altri paesi dell'Unione, quali la predisposizione di appositi manuali (*handbooks*) destinati alle stazioni appaltanti ed agli operatori del settore. Molte delle disposizioni oggi contenute nel regolamento potrebbero da questo essere espunte e trovare posto in tali innovativi strumenti operativi.

- 23.** Il disegno di legge delinea un articolato procedimento per l'adozione del decreto delegato, che è destinato a provocare non poche apprensioni in considerazione della complessità delle procedure e del ristretto termine per tale adozione (sei mesi dalla entrata in vigore della legge). Tale procedimento prevede una *fase preliminare* alla redazione dello schema di decreto, destinata allo svolgimento di apposite consultazioni con le principali categorie di soggetti pubblici e privati destinatari della normativa (art. 1, c. 2). Questa, peraltro, prevede anche un momento preliminare alla consultazione, riguardante la definizione delle relative modalità operative e di metodo. Sono previste forme di partecipazione attiva a cura dei soggetti interessati, dovendo le modalità operative prevedere la presentazione di documentazione riguardante i principi e criteri direttivi da rispettare nell'esercizio della delega.

Nel silenzio della norma, si deve ritenere che la predisposizione di tali modalità competa alla Presidenza del Consiglio, di concerto con il Ministro delle infrastrutture, essendo affidata alla prima il coordinamento delle consultazioni. La fase di consultazione suppone, evidentemente, l'approvazione della legge di delega, essendo legata a tale approvazione la definizione dei criteri e dei principi direttivi.

La norma prevede, poi, una *fase successiva* alla redazione del decreto ed anteriore alla sua emanazione, dedicata all'acquisizione dei pareri della Conferenza unificata di cui all'art. 8 del d.l. n. 281 del 1997, del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari della Camera e del Senato, competenti per materia e per i profili finanziari. Il decreto può essere adottato ove gli organi sopra indicati non si pronuncino nel termine loro assegnato.

Qualora non intenda conformarsi ai rilievi delle Commissioni parlamentari, il Governo è tenuto a trasmettere nuovamente il testo alle Camere con le proprie osservazioni; ma, decorsi venti giorni il decreto può comunque essere adottato in via definitiva. Disposizioni integrative e correttive di questo possono essere adottate dal Governo entro un anno dalla data di entrata in vigore del decreto.

- 24.** Le nuove direttive delineano una disciplina che intercetta molte delle criticità che sono state prospettate con riferimento al vigente codice dei contratti pubblici. Nonostante ciò, il disegno di legge presenta alcuni aspetti problematici che sembra opportuno evidenziare.

Il primo riguarda la difficoltà dell'operazione complessiva richiesta (recepimento delle nuove direttive e semplificazione della disciplina sui contratti pubblici) in rapporto all'esiguità del tempo a disposizione (sei mesi dalla data di approvazione della legge) per l'emanazione del decreto delegato ed alla particolare, complessa, articolazione del procedimento previsto come necessario per pervenire a tale esito.

Occorrerebbe, forse, chiedersi con franchezza se sia possibile pervenire, nel termine assegnato, al duplice risultato perseguito, e cioè al recepimento ed al riordino ed alla semplificazione dell'intera disciplina di settore. In una situazione del genere, potrebbe essere esaminata l'opportunità di scomporre -almeno cronologicamente- le due operazioni, prevedendo nei termini previsti, l'adozione di un primo decreto di esclusivo recepimento delle direttive da attuarsi possibilmente con la tecnica del *copy out* nei termini previsti e di un successivo decreto di riordino e di semplificazione della disciplina complessiva di settore. Una operazione del genere potrebbe anche rendere meno difficile l'operazione di semplificazione, dal momento che avrebbe il pregio di indicare ed isolare con chiarezza la disciplina fondamentale -quella oggetto del recepimento- attorno alla quale effettuare il riordino. Una opzione del genere richiederebbe, come è ovvio, una rivisitazione del disegno di legge da parte della Camera dei Deputati e porrebbe qualche problema di coordinamento, peraltro di non impossibile soluzione, tra la disciplina oggetto del recepimento e quella contenuta nel codice dei contratti pubblici nel testo in vigore prima dell'operazione di riordino.

La seconda criticità è connessa alla prima, ed è legata alla previsione, nel disegno di legge, di criteri (genericamente) comuni per il recepimento e per il

riordino. Una situazione del genere potrebbe risolversi in una certa indeterminatezza dei punti della disciplina dalle direttive destinate a costituire oggetto di recepimento e potrebbe favorire il mantenimento oltre misura di discipline specifiche. Anche in questo caso sarebbe necessaria una rivisitazione di alcune delle disposizioni del disegno di legge approvato dal Senato della Repubblica.

La terza osservazione riguarda la disciplina sulle misure alternative alla tutela giurisdizionale e l'assenza di un criterio esplicito volto ad introdurre eventuali disposizioni processuali che, senza abbandonare l'impianto di fondo, potrebbero comunque semplificare le eventuali fasi contenziose. Se la scelta operata (condivisibilmente) dal disegno di legge, è quella della configurazione di un sistema amministrativo degli appalti, con al centro l'ANAC quale autorità di regolazione, occorrerebbe superare la timidezza ed accompagnare in modo deciso tale scelta con un complesso di misure alternative, affidate ad organismi indipendenti ed eventualmente a composizione mista, con la presenza di tecnici di settore, capaci di fornire una risposta autorevole.

Le norme del decreto delegato potrebbero, poi, assicurare il raccordo con l'indispensabile tutela giurisdizionale.

Al di là delle osservazioni che precedono, occorre comunque cercare di capire come potrà procedersi alla complessa opera di recepimento e riassetto *lasciando invariato* l'impianto del disegno di legge approvato dal Senato.

Nonostante le indicazioni avanzate in dottrina circa l'opportunità di adottare modalità più vicine all'esperienza anglosassone, il legislatore sembra muoversi nel solco tradizionale dei paesi a diritto amministrativo, caratterizzato da una concezione del codice come luogo destinato a raccogliere non solo i principi o la disciplina generale, ma anche la disciplina puntuale di tutte le forme possibili di contratti pubblici, anche attinenti a settori specifici. I criteri di delega riguardano, infatti, come si è visto, non soltanto normative generali, ma anche diverse discipline di settore (contratti relativi ai beni culturali; servizi sostitutivi di mensa; servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica; servizi di architettura ed ingegneria e servizi professionali dell'area tecnica; servizi ad alta intensità di manodopera), sicchè appare problematico sia il coordinamento fra gli stessi criteri di delega, sia la realizzazione dell'auspicata drastica opera di riduzione

normativa. Sotto questo profilo, non può non essere evidenziata una certa incoerenza del disegno di legge, che da una parte enuncia severi criteri generali (divieto di *gold plating*; drastica riduzione e razionalizzazione della disciplina di settore) e dall'altra prevede l'emanazione di discipline riguardanti sub settori ovvero istituti privi di rilevanza comunitaria.

In una situazione del genere, l'intento, astrattamente condivisibile, di sostituire con il nuovo il vecchio codice dei contratti potrebbe indurre a configurare tale codice in qualche modo come integralmente *coesteso* a tutto il contenuto di quello previgente ed a tutta la materia da questo regolata.

La configurazione della delega rende difficilmente utilizzabile il metodo del *copy out* proprio dell'esperienza anglosassone; poiché però il riordino della disciplina deve avvenire *attorno* ai contenuti delle nuove direttive comunitarie, potrebbe comunque procedersi identificando prima un corpo ridotto di norme riguardanti espressamente la disciplina europea da recepire, e provvedendo successivamente a realizzare attorno a tale corpo di norme la razionalizzazione e semplificazione della disciplina vigente. Dovrà, in ogni caso procedersi ad una applicazione rigorosa dei criteri generali della delega, ed occorrerà evitare l'errore commesso in sede di recepimento della direttiva 2004/18/Ce, e cioè quello di tradurre una quantità relativamente limitata di norme in un numero ridondante di ipertrofici articoli del codice.⁶²

Occorrerà, poi, stabilire preventivamente con chiarezza ciò che è destinato a trovare posto nel codice e ciò che invece dovrà trovare posto nel regolamento; quanto a quest'ultimo, potrebbe costituire una significativa innovazione la scelta di ricomprendere in esso un numero assai limitato di norme e di ricomprendere, invece, buona parte delle ulteriori disposizioni in appositi manuali operativi.⁶³

Nel nuovo sistema delineato dal disegno di legge delega il peso della amministrazione e della sua discrezionalità è destinato ad aumentare. Ciò suppone una puntuale definizione dei compiti dell'ANAC, configurata come vera e propria autorità di regolazione di settore e, su di un piano più generale, una diversa cultura dell'azione amministrativa non solo con riferimento all'amministrazione attiva, ma anche agli organi deputati al controllo. La

⁶² G. Fidone, *Le concessioni di lavori e di servizi*, cit., p. 189

⁶³ Si veda G. Fidone, *Le concessioni di lavori e di servizi*, cit., p. 189-190

nuova disciplina europea suppone un rapporto diverso tra legge ed amministrazione.⁶⁴

Come tutte le riforme, quella relativa ai contratti pubblici non si risolve nella mera predisposizione delle norme, ma in un processo lungo e difficile riguardante anche la formazione degli operatori e le prassi amministrative. La partita del cambiamento è aperta, ma il suo esito è tutt'altro che scontato*/-; tuttavia, poiché il presupposto del cambiamento è costituito da una disciplina ridotta e semplificata, sembra opportuno ricordare ai giuristi le parole di Grant Gilmore: “in heaven there will be no law”, ma “in hell there will be nothing, but law and due process will be meticulously observed”⁶⁵.

&%&%&%&%&

⁶⁴ G. Fidone, *Le concessioni di lavori e di servizi*, cit., p. 192

⁶⁵ Grant Gilmore, *The Ages of American Law*, Yale University Press, 1977, p. 110-111

