

Luisa Torchia

La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*

Sommario

1. Disciplina europea e disciplina nazionale dei contratti pubblici: diversità di approccio e convergenze possibili

2. Nuovi istituti e nuove regole

2.1 L'ambito di applicazione. Profili soggettivi ed oggettivi

2.1.1 Libertà di forme e tipizzazione degli operatori economici.

2.1.2 Le nuove procedure

2.1.3 Non solo aggiudicazione: le condizioni di esecuzione del contratto

2.2 Doveri, obblighi e facoltà delle amministrazioni

2.2.1 Gli obblighi a favore della partecipazione delle PMI

2.2.2 I criteri di esclusione, gli oneri dichiarativi e i criteri di aggiudicazione

2.3 Le misure organizzative

3. Il processo di recepimento in Italia: l'oggetto del disegno di legge di delega e i criteri direttivi.

3.1 Il divieto di *gold plating*

3.2 Le regole e le deroghe

3.3 L'aggregazione degli appalti e le centrali di committenza

3.4 La gestione della procedura: criteri, requisiti, oneri dichiarativi

3.4.1 I criteri di aggiudicazione e le misure premiali

3.4.2 I requisiti e i sistemi di qualificazione e di controllo

3.4.3 Alcune misure specifiche per i lavori

3.5 L'autorità di vigilanza e la promozione della capacità amministrativa

3.6 Le norme estranee e le norme che mancano. La *governance* e i controlli

4. Fiducia, regolazione e amministrazione nella disciplina dei contratti pubblici

* Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su "La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione", Varenna 17-19 settembre 2015.

1. Disciplina europea e disciplina nazionale dei contratti pubblici: diversità di approccio e convergenze possibili

La disciplina dei contratti pubblici è stata oggetto, a partire dagli anni Settanta¹, di un progressivo processo di integrazione europea, che trova nelle direttive del 2014² un nuovo punto di approdo grazie al quale – pur restando ancora al di qua della piena armonizzazione – si estendono contemporaneamente gli elementi di uniformità e di omogeneità applicabili in tutti gli ordinamenti nazionali e l’ambito di applicazione della disciplina europea, come dimostrano, per fare solo due esempi, le norme in materia di esecuzione dei contratti e la nuova direttiva in materia di concessioni.

Le nuove direttive sono ancora largamente ispirate, peraltro, alla *ratio* originaria, basata sulla volontà di garantire la concorrenza in un settore – quello dei contratti pubblici, appunto – qualificato come un mercato, all’interno del quale è importante, innanzitutto, garantire l’accesso a tutti gli operatori e assicurare ai medesimi operatori condizioni di parità, trasparenza e imparzialità. Le direttive europee si rivolgono, come sempre, agli Stati, ma gli obblighi imposti e le facoltà consentite sono giustificate *in primis* dalla tutela della concorrenza in tutto il mercato interno e dalla convinzione che proprio la tutela della concorrenza sia il primo e più importante strumento per assicurare l’efficienza del processo di acquisizione di lavori, servizi e forniture da parte delle amministrazioni pubbliche³.

¹ A partire dalla direttiva 70/32/CEE della Commissione, del 17 dicembre 1969.

² Il processo di revisione delle direttive del 2004 è iniziato con la pubblicazione da parte della Commissione del Libro verde del 27 gennaio 2011, intitolato “*Modernizzazione della politica dell’UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*”. Già nel Libro verde si individua come finalità della nuova disciplina la creazione delle condizioni affinché gli appalti pubblici possano svolgere un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020. La medesima finalità è ripresa nel considerando n. 2 della dir. 24/2014, ove si indica l’obiettivo “di accrescere l’efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale”.

³ V. l’ampia ricostruzione di A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa, Plus, 2011.

Non a caso proprio nella direttiva n. 24/2014, dedicata in generale agli appalti pubblici, il legislatore europeo ricorda che la disciplina si applica ai soggetti che agiscono in base ad incentivi diversi da quelli che valgono per l'attività degli operatori di mercato ed esclude, invece, dall'applicazione della medesima disciplina, gli organismi di diritto pubblico che operino in condizioni normali di mercato⁴. Il “mercato dei contratti pubblici” è, quindi, il prodotto di una regolazione che impedisce l'abuso del potere pubblico in assenza di concorrenza e mima, per così dire, le condizioni nelle quali gli operatori si troverebbero se negoziassero fra di loro, e non invece con un soggetto pubblico, le cui risorse provengono dalla fiscalità generale.

L'orientamento storicamente prevalente nell'ordinamento italiano è diverso. Dalle regole della contabilità pubblica degli anni '20 in poi, la disciplina dei contratti pubblici è sempre stata prevalentemente finalizzata alla tutela dell'interesse pubblico: interesse pubblico alla buona gestione delle risorse, interesse pubblico all'imparzialità, interesse pubblico alla realizzazione delle opere, e così via. Più che alla disciplina di un mercato, la normativa italiana ha assunto i caratteri di una disciplina amministrativa di settore⁵, con l'obiettivo prevalente di controllare le amministrazioni, contenere la loro discrezionalità, ridurre al massimo l'interazione con i concorrenti per evitare favoritismi, introdurre criteri il più possibile (illusoriamente, come sa qualsiasi osservatore della materia) automatici, meccanici, oggettivi. Contraddittoriamente, a questa tendenza alla neutralizzazione e sterilizzazione delle scelte di mercato dell'amministrazione pubblica, si sono accompagnate ripetute deroghe, norme speciali, clausole di salvaguardia per questo o quel settore o microsettore, regole specifiche per tipi di opere o addirittura per singole opere e, soprattutto, un uso reiterato – da parte del legislatore come delle amministrazioni – della principale

⁴ V. il considerando 10.

⁵ Come ricorda M.S. Giannini, il contratto ad evidenza pubblica è stato introdotto principalmente per “porre un freno agli abusi dei fornitori dello Stato, specie militari” e “per una ragione di coerenza con il sistema del diritto amministrativo. In particolare con il principio di legalità” (Diritto amministrativo, Milano, Giuffrè, 1970, vol. I, p. 677).

valvola di sfogo di un ordinamento ingessato: l'emergenza come causa giustificatrice della disapplicazione delle regole ordinarie.

Naturalmente la rimozione delle paratie di separazione fra gli ordinamenti realizzata grazie al processo d'integrazione europea non è rimasta senza conseguenze e l'ordinamento italiano ha seguito negli ultimi decenni una rotta di avvicinamento alla disciplina europea dei contratti, recependone almeno sulla carta i principali istituti, uniformando la struttura delle procedure di evidenza pubblica, adeguando gli strumenti di tutela e le regole processuali. E' sempre rimasto, però, un significativo grado di differenziazione, nella interpretazione di alcuni istituti – si pensi all'avvalimento, o all'*in house* – e, soprattutto, l'idea che la gara pubblica non serve solo a scegliere il migliore offerente, ma è uno strumento di politica pubblica, da finalizzare, di volta in volta, ad obiettivi di finanza pubblica, o sociali, o di ordine pubblico.

La nuova direttiva n. 24/2014 in materia di appalti, servizi e forniture nei settori ordinari costituisce, allo stesso tempo, una ulteriore prova di questa differenza di impostazione fra regolazione europea e regolazione nazionale in materia di contratti pubblici, e l'occasione per una nuova e più stretta convergenza.

La nuova disciplina europea dei contratti pubblici ha come prima e generale finalità, infatti, il collegamento con gli obiettivi di Europa 2020: anche il mercato dei contratti pubblici deve contribuire ad una crescita "intelligente, sostenibile ed inclusiva". Nella direttiva compaiono così, accanto alla tutela della concorrenza, la tutela dell'ambiente, la garanzia di misure sociali e del lavoro, la promozione dell'innovazione, il *favor* per la partecipazione delle piccole e medie imprese (Pmi). Non si tratta, peraltro, di una mera enunciazione, perché l'attenzione a queste politiche pubbliche si riflette, ad esempio, nelle regole sulla struttura del bando, sulla determinazione delle specifiche tecniche, sui criteri di aggiudicazione e sulle condizioni di esecuzione del contratto⁶. L'ordinamento

⁶ V., ad esempio, l'art. 18 per l'inclusione del rispetto degli obblighi in materia ambientale e sociale fra i principi generali per l'aggiudicazione degli appalti e l'art. 57 per l'inclusione delle violazioni dei medesimi obblighi fra le cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure di appalto.

europeo e l'ordinamento italiano diventano, sotto questo profilo, meno distanti, perché la disciplina dei contratti pubblici non è più ispirata soltanto alla tutela della concorrenza, ma è finalizzata anche alla realizzazione degli obiettivi delle politiche pubbliche in materia di ambiente, sicurezza sociale e lavoro⁷.

Si tratta, per altro verso, di una convergenza che dovrà realizzarsi assai più sul piano amministrativo che non sul piano legislativo, perché le nuove regole dovranno concretizzarsi ed essere applicate nelle singole procedure di gara. Sotto questo profilo, come sotto altri esaminati in seguito, il problema principale dell'ordinamento italiano è costruire e garantire la capacità amministrativa delle stazioni appaltanti, per evitare che i diversi obiettivi di politica pubblica vengano utilizzati come altrettante barriere o misure restrittive della concorrenza.

Rimane, infatti, e anzi si approfondisce, sotto questo profilo, la differenza nelle modalità con le quali si regolano i comportamenti dell'amministrazione e degli operatori sul mercato dei contratti pubblici. Queste modalità sono in larga misura lasciate, nella disciplina europea, alla libertà di scelta delle amministrazioni come degli operatori: le regole stabiliscono un obiettivo o un principio, ma spesso non tipizzano l'adempimento attuativo. Nell'ordinamento italiano si tende, invece a riconoscere come ammissibili solo scelte, condotte, comportamenti, mezzi di prova previamente tipizzati, per i quali è quindi sempre possibile operare un controllo di conformità. Manca, peraltro, una valutazione sul piano dell'efficacia di questo minuto apparato regolamentare, che anzi finisce per contribuire a produrre, proprio in ragione della sua pesantezza e farraginosità, deroghe e regole speciali caso per caso.

Il processo di recepimento delle direttive nell'ordinamento italiano sarà, quindi, un banco di prova del confronto fra diverse filosofie ispiratrici, principi ordinatori della materia e tecniche attuative⁸. Per meglio individuare alcuni nodi

⁷ L'art. 2, c. 2, del Codice dei contratti già prevede che "il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile".

⁸ V. anche le osservazioni di A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Varenna 2015, in corso di pubblicazione.

essenziali di questo confronto, di seguito si esamineranno prima le principali novità introdotte dalla direttiva in materia di appalti, poi le regole e lo stato di avanzamento del processo di recepimento nell'ordinamento italiano, e, infine, alcuni elementi di contesto – ad esempio in materia di controlli – condizionanti per il successo, o l'insuccesso, dell'operazione di recepimento e riordino della disciplina nazionale.

2. Nuovi istituti e nuove regole

La nuova direttiva non modifica in profondità l'assetto preesistente, ma lo aggiorna anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, lo completa con nuovi istituti e introduce nuove regole per aspetti precedentemente non sottoposti alla disciplina degli appalti. Più che un'esegesi minuta delle singole disposizioni – del resto già svolta nei primi commenti alle tre nuove direttive⁹ – conviene esaminare le novità introdotte con la direttiva appalti con riferimento a tre questioni generali: l'ambito di applicazione; il ruolo, in termini di doveri e facoltà, delle amministrazioni aggiudicatrici; le misure organizzative o, come sono definite nella direttiva, di *governance*.

2.1 L'ambito di applicazione. Profili soggettivi ed oggettivi

La nuova direttiva estende, amplia e completa l'ambito di applicazione della disciplina sia sotto il profilo soggettivo, sia sotto il profilo oggettivo.

2.1.1 Libertà di forme e tipizzazione degli operatori economici.

Quanto al primo profilo, viene ribadita e rafforzata la natura neutrale della definizione di operatore economico, applicabile indipendentemente da una

⁹ Cfr. C.E. Gallo (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Giappichelli, Torino, 2014; H. Caroli Casavola, *Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12, 2014, pp. 1135 ss.; C. Lacava, *Le nuove procedure, la partecipazione e l'aggiudicazione*, *ibidem*, pp. 1241 ss.; M. Urbani, *L'efficienza della committenza pubblica e il mercato unico*, *ibidem*, pp. 1150 ss.; F. Di Cristina, *La prevenzione dell'illegalità e l'interazione tra le amministrazioni*, *ibidem*, pp. 1160 ss.; C. Franchini, F. Sciaudone (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, ES, Napoli, 2015; C. Contessa, D. Crocco, *Appalti e concessioni. Le nuove direttive europee*, DEI, Roma, 2015.

specifica forma giuridica ed esente da obblighi di tipizzazione. Traspare, così, la preferenza del legislatore europeo per la libertà di forme del diritto privato, qui declinata come libertà di scelta – quanto alla forma giuridica e alla struttura da assumere – dei soggetti che intendono partecipare alle gare. Nell’ordinamento italiano permane ancora, invece, anche se attenuata proprio dall’influenza europea, la preferenza per le forme tipiche del diritto pubblico, con conseguenti obblighi di ammissione ed esclusione dalle procedure: basti pensare, da una parte, al tentativo ricorrente di escludere alcune figure giuridiche e, dall’altra, alla tipizzazione delle figure di raggruppamento temporaneo¹⁰. La tipizzazione dei soggetti è, se si passa il gioco di parole, tipica di un ordinamento a diritto amministrativo, che cerca nella definizione *ex ante* del tipo di operatore le necessarie garanzie. L’ordinamento europeo impone, invece, di verificare la sussistenza delle medesime garanzie in concreto, volta per volta, indipendentemente dalla forma che l’operatore economico ha liberamente scelto di assumere, secondo le proprie convenienze. E, del resto, basta pensare alla varietà di caratteristiche che ciascun tipo di persona giuridica può assumere – fondazioni senza fondatori, enti *no profit* che operano sul mercato, società che non perseguono fini di lucro – per convincersi che all’obbligo di forma giuridica non sempre corrisponde l’effetto di garanzia che si vorrebbe presunto.

Su di un piano più nominalistico e con riferimento ai soggetti pubblici, la direttiva modifica la denominazione delle amministrazioni che non rientrano negli apparati statali centrali, qualificandole tutte indistintamente come “subcentrali”¹¹.

Sempre per quanto riguarda i soggetti pubblici, la direttiva richiama le definizioni di organismo di diritto pubblico e di società *in house* ormai consolidate nella giurisprudenza europea, chiarendo, però, come si è già detto, che la disciplina non si applica agli organismi di diritto pubblico che operano “in condizioni di mercato” – a riprova della natura funzionale della nozione, valida ad includere come ad escludere gli organismi di diritto pubblico dal novero di

¹⁰ L’indicazione tassativa delle figure giuridiche ammissibili nel Codice dei contratti è stata oggetto della procedura d’infrazione 30.1.2008, n. 2007/2309-C(2008)018 da parte della Commissione europea nei confronti dell’Italia, in esito alla quale la disciplina è stata modificata

¹¹ V. art. 2, par. 1, n. 3.

soggetti tenuti a ricorrere alle procedure di evidenza pubblica – e che è possibile l'affidamento diretto a società *in house* anche quando ad esse partecipano, sia pure a determinate condizioni, soci privati¹².

2.1.2 Le nuove procedure

Sotto il profilo oggettivo, l'ambito di applicazione della direttiva viene modificato con tre diversi interventi¹³.

Viene ampliato, innanzitutto, il novero delle procedure di evidenza pubblica, con l'introduzione, obbligatoria per gli Stati, della procedura competitiva con negoziazione e del partenariato per l'innovazione¹⁴.

La prima procedura è attivabile solo per gli appalti relativi ai settori ordinari e sostituisce la procedura negoziata con pubblicazione del bando, con riferimento a tutte le tipologie di appalto e non più, come avveniva in precedenza, per singole categorie. Ad essa, come al partenariato per l'innovazione, l'amministrazione può ricorrere, innanzitutto, per lavori, forniture o servizi che richiedano progetti o soluzioni innovativi e presentino caratteristiche tali da non poter essere aggiudicati senza preventive e progressive negoziazioni, anche per l'impossibilità di definire *ex ante* le specifiche tecniche mediante il riferimento a norme, valutazioni o riferimenti tecnici già esistenti. Oggetto della negoziazione fra l'amministrazione e i concorrenti invitati sono le offerte iniziali, mentre sono esclusi dalla negoziazione i requisiti minimi e i criteri di aggiudicazione. La negoziazione è finalizzata a migliorare il contenuto delle offerte iniziali, con conseguente presentazione di offerte successive e progressiva riduzione del numero di offerte da negoziare, sino a che l'amministrazione non decide di chiudere le negoziazioni e stabilisce un termine entro il quale devono essere

¹² Per l'esame della disciplina delle società *in house* si rinvia alla relazione di C. Volpe, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, Varenna 2015, in corso di pubblicazione.

¹³ Vengono anche ridefiniti i valori di soglia, ora previsti in 5.186.000 euro per gli appalti pubblici di lavori, in 134.000 euro per gli appalti di servizi e forniture e per i concorsi di progettazione delle autorità governative centrali, in 207.000 euro per appalti di servizi e forniture e concorsi di progettazione delle amministrazioni sub-centrali, in 750.000 euro per gli appalti di servizi sociali e altri servizi specifici indicati nell'allegato XIV.

¹⁴ V. gli articoli. 29 e 31.

presentate le offerte finali. Fra queste, previa verifica della conformità ai requisiti minimi, si aggiudica l'appalto secondo i criteri di aggiudicazione già stabiliti.

Anche per il partenariato per l'innovazione – procedura da recepire obbligatoriamente¹⁵ – l'amministrazione deve indicare i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non negoziabili che tutti gli offerenti devono soddisfare e deve negoziare progressivamente il miglioramento dell'offerta iniziale sino all'offerta finale, sulla base della quale dovrà concordare i livelli di prestazione attesi e i costi massimi da sostenere per la realizzazione e lo sviluppo del processo di ricerca e di innovazione. La sequenza delle fasi di questo processo, con la determinazione di obiettivi e pagamenti intermedi, è doppiata dalle fasi della procedura amministrativa e l'amministrazione può decidere di risolvere il contratto dopo ogni singola fase, purchè abbia previsto e disciplinato questa possibilità nei documenti di gara.

Le due nuove procedure sono disegnate, quindi, per rispondere ad esigenze che non possono essere soddisfatte secondo lo stato dell'arte esistente, ma richiedono la progettazione e lo sviluppo di nuove soluzioni. Si presume, così, che l'amministrazione sia capace di definire l'esigenza, di verificare che essa non possa essere soddisfatta sul mercato, di individuare i requisiti minimi e di essere un soggetto attivo nella definizione e nella promozione di progetti innovativi, basati sullo svolgimento di attività di ricerca ed esposti anche, quindi, inevitabilmente al rischio che la ricerca non dia i risultati sperati.

La direttiva sembra disegnare l'amministrazione come un soggetto che conosce il mercato dei beni (in senso lato) che vuole acquisire e che, anzi, è in grado di porsi come un soggetto innovatore, capace di immaginare e progettare prodotti e soluzioni che il mercato non offre. La scelta e il rapporto con l'operatore al quale si chiede di impegnarsi nella progettazione e nella realizzazione dell'innovazione sono configurati come una “*partnership*” o comunque una collaborazione stretta, ben diversa dal rapporto contrattuale che ordinariamente lega l'amministrazione all'aggiudicatario. Questo rapporto viene

¹⁵ V. l'art. 31, ove si stabilisce che gli Stati membri “prevedono” (e non “possono prevedere”) la possibilità ricorrere ai partenariati. Anche l'introduzione del dialogo competitivo non è più rimessa alla facoltà degli Stati, ma deve essere obbligatoriamente recepita (art.30).

in esistenza, appunto, tramite la negoziazione progressiva delle condizioni dell'offerta finale ed è soggetto più ad una verifica di risultato (ad esempio mediante la definizione di obiettivi intermedi) che non al controllo di conformità valido per i contratti pubblici aggiudicati con le procedure tradizionali. E' lo stesso parametro di conformità, infatti, a mancare o comunque ad essere ridotto ai pochi elementi non negoziabili, come i requisiti minimi e i criteri di aggiudicazione.

Se a questo si aggiungono le disposizioni in materia di consultazioni preliminari di mercato¹⁶ e la possibilità di promuovere o addirittura esigere la proposta di varianti da parte dei concorrenti¹⁷ si delinea un quadro di rapporti fra le amministrazioni e gli operatori continui e largamente retti dal principio di informalità che, come è facile subito rilevare, contrasta in misura significativa con le regole che nell'ordinamento italiano tentano di limitare al minimo i rapporti fra amministrazione e concorrenti e, comunque, li sottopongono a vincoli e regole rigidi e li circondano di adempimenti formali.

Anche il disegno di legge di delega in materia, nel testo approvato dal Senato, non si discosta da questo secondo approccio, in genere giustificato con l'idea che i rapporti fra amministrazione e concorrenti, specie prima e durante la gara, siano l'occasione per condotte arbitrarie e a volte corruttive. E' facile osservare, naturalmente, che la moltiplicazione dei vincoli, delle regole e degli adempimenti non sembra aver in alcun modo limitato i casi di corruzione o anche di semplice inefficienza nella gestione dei contratti pubblici: ma sul punto, dato il suo carattere generale, si tornerà in sede di considerazioni finali.

Per concludere sulla disciplina delle procedure, si può dire che nel complesso le amministrazioni hanno a disposizione nei settori ordinari sei tipi di procedure, alle quali possono ricorrere con un ampio grado di flessibilità: la procedura aperta, la procedura ristretta, la procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione, la

¹⁶ V. l'art. 40.

¹⁷ V. l'art. 45.

procedura negoziata senza previa indizione di gara¹⁸. Per la procedura aperta la direttiva introduce, inoltre, una ulteriore innovazione, consentendo che l'amministrazione esamini le offerte prima di verificare l'assenza di cause di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione, purchè sia garantito che l'appalto non sia aggiudicato ad un concorrente privo dei requisiti o che non soddisfa i criteri di selezione. Si tratta di una modalità di gestione della procedura sinora considerata sempre illegittima nell'ordinamento italiano e che può essere esclusa dalla disciplina nazionale per determinati tipi di appalti o in relazione a specifiche circostanze¹⁹.

2.1.3 Non solo aggiudicazione: le condizioni di esecuzione del contratto

Le condizioni di esecuzione del contratto, rimaste sinora affidate alla specifica disciplina di ogni ordinamento nazionale, entrano invece nel campo di applicazione della nuova direttiva, che dedica alla questione un intero Capo (il Capo IV del Titolo II) e introduce nuove disposizioni relative alle modifiche dei contratti durante il periodo di validità e alla risoluzione del contratto, largamente tributarie della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia.

Seguendo, appunto, gli indirizzi della giurisprudenza europea, si afferma il principio per cui tutte le modifiche del contratto devono essere valutate quanto alla loro compatibilità con il principio di concorrenza che regge le gare in esito alle quali i contratti sono stati aggiudicati. Le modifiche possono anche essere previste, con clausole chiare ed inequivocabili, nei documenti di gara. Sono ammissibili, quindi tutte le modifiche – concordate con il soggetto aggiudicatario – necessarie per far fronte ad eventuali sopravvenienze²⁰ (ivi compreso il caso di lavori, servizi e forniture supplementari), purchè esse non siano tali da alterare la

¹⁸ Per quest'ultima la direttiva ribadisce le condizioni specifiche già previste in precedenza (procedure andate deserte, esistenza di un unico operatore idoneo, esclusive, urgenza derivante da eventi imprevedibili) alle quali aggiunge, però, il caso di nuovi lavori o servizi complementari, se già indicati nell'avvio del confronto competitivo, con un limite triennale.

¹⁹ V. art. 56, par. 2, commi 1 e 2. Per la possibilità di recepire la previsione in esame solo per i requisiti tecnico-organizzati ed economico-finanziari, ma non per i requisiti generali, v. C. Contessa, D. Crocco, *Appalti e concessioni*, cit., pp.22-23.

²⁰ Ivi compreso il caso della sostituzione di un nuovo contraente quando questi sia succeduto all'aggiudicatario iniziale a seguito di operazioni di ristrutturazioni societarie (art. 72).

natura generale o i caratteri sostanziali del contratto originario. Se le modifiche sono, invece, essenziali o superano una determinata soglia di valore (il 15% per i lavori, il 10% per servizi e forniture) o di aumento del prezzo (il 10% del valore originario del contratto), è necessaria una nuova procedura.

Al fine di evitare che mediante le modifiche in corso di esecuzione si possa eludere la disciplina dell'evidenza pubblica, la direttiva aggiunge alle condizioni sinora esaminate l'obbligo, per la stazione appaltante che abbia proceduto alla modifica di un contratto, di pubblicare un avviso *ex post* sulla GU dell'Unione europea. La fase dell'esecuzione esce almeno in parte, così, da una disciplina puramente civilistica, per essere oggetto di obblighi di pubblicità tipicamente connessi all'attività amministrativa.

Anche i poteri unilaterali di risoluzione del contratto devono essere utilizzati per porre rimedio ad eventuali violazioni delle regole concorrenziali o a seguito della commissione dei reati definiti da atti delle istituzioni europee e previsti come causa di esclusione dalle procedure contrattuali pubbliche²¹.

2.2 Doveri, obblighi e facoltà delle amministrazioni

Si è già visto in precedenza come la direttiva abbia ampliato la possibilità di scelta della procedura da parte dell'amministrazione. Occorre ora esaminare entro quali vincoli e con quali facoltà l'amministrazione possa giungere all'aggiudicazione.

2.2.1 Gli obblighi a favore della partecipazione delle PMI

Rilevano, innanzitutto, alcuni vincoli di carattere generale, che, pur non essendo assoluti, richiedono che le eventuali deroghe siano specificamente motivate.

Il primo vincolo di questo tipo deriva dall'espresso *favor* per la partecipazione delle PMI alle procedure di gara e si è tradotto in alcune specifiche previsioni, relative alla suddivisione in lotti, alla determinazione del fatturato

²¹ V. l'art. 73.

minimo annuo, alla gestione dei sistemi dinamici e al pagamento diretto dei subappaltori.

Quanto alla prima questione, la direttiva rimette, in verità, agli Stati la possibilità di rendere obbligatoria la suddivisione in lotti²², ma impone comunque alle amministrazioni aggiudicatrici di giustificare l'eventuale decisione di non prevedere la suddivisione in lotti. La suddivisione in lotti viene configurata, così, quand'anche non resa obbligatoria dalla disciplina nazionale, come l'evenienza ordinaria, tanto che scelte diverse devono essere espressamente giustificate²³.

La direttiva incide direttamente, invece, sui criteri di selezione, stabilendo che il requisito del fatturato minimo annuo non debba essere superiore al doppio del valore stimato dell'appalto e che questo criterio di selezione si applichi per ogni singolo lotto²⁴. Anche in questo caso ogni diversa decisione deve essere espressamente motivata in relazione alle concrete circostanze e ai rischi specifici connessi alla natura dei lavori, servizi o forniture²⁵.

Sempre al fine di garantire una maggiore partecipazione alle gare da parte delle PMI è prevista la possibilità, per le amministrazioni aggiudicatrici, di articolare il sistema dinamico di acquisizione in categorie di lavori, prodotti o servizi definiti oggettivamente, con fissazione dell'importo o del quantitativo massimo degli appalti specifici da aggiudicare entro una categoria o un'area territoriale.

Si tratta, per la verità, di misure in parte già previste nell'ordinamento italiano²⁶, ma che trovano ora nella disciplina europea sia un fondamento più certo, sia una più precisa determinazione e articolazione.

²² V. l'art. 46, par. 4.

²³ Nell'ordinamento italiano la previsione è già presente, anche se in termini meno cogenti, nell'art 2, comma 1bis del Codice dei contratti, introdotto nel 2011 e modificato nel 2012.

²⁴ Si introduce così un obbligo ben più stringente rispetto a quello oggi vigente nell'ordinamento italiano, secondo il quale non possono essere richiesti requisiti finanziari sproporzionati rispetto al valore dei beni e dei servizi oggetto dell'appalto (art. 13, comma 54, della legge n. 180/2011).

²⁵ V. l'art. 58, par. 3, secondo periodo.

²⁶ V., in particolare, l'art. 13 della legge n. 180/2011, che prevede, tra l'altro, al comma 4 che nel caso di micro, piccole e medie imprese si possa chiedere la documentazione probatoria dei requisiti solo all'impresa aggiudicataria (ove l'impresa non riesca a comprovare i requisiti è prevista una sanzione pecuniaria e la sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento per un periodo di un anno).

A fronte di questi nuovi vincoli e obblighi, all'amministrazione vengono attribuite più ampie facoltà in materia di criteri di esclusione e di valutazione delle informazioni fornite dai concorrenti, mentre viene ridotto lo spazio di scelta in ordine ai criteri di aggiudicazione.

2.2.2 I criteri di esclusione, gli oneri dichiarativi e i criteri di aggiudicazione

La direttiva distingue i casi di esclusione obbligatoria dai casi di esclusione facoltativa, ampliando sia gli uni, sia gli altri.

Un operatore deve essere obbligatoriamente escluso quando sia stato condannato con sentenza definitiva per alcuni reati: partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode, terrorismo, riciclaggio connesso ad attività criminali o al terrorismo, tratta di esseri umani e sfruttamento del lavoro minorile. La direttiva amplia, rispetto al passato, l'ambito di applicazione dell'esclusione sotto il profilo soggettivo, estendendolo ai membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa concorrente e alle persone dotate di poteri di rappresentanza, di decisione o di controllo.

Fra le cause di esclusione obbligatoria entra, inoltre, la violazione degli obblighi in materia tributaria e previdenziale, sempre che tale violazione sia stata accertata in via definitiva con decisione giudiziaria o amministrativa. La causa di esclusione cessa, però, se l'operatore ottempera all'obbligo di pagamento o si impegna in modo vincolante ad ottemperare e, per altro verso, agli Stati è data facoltà di indicare i casi in cui una esclusione sarebbe sproporzionata, ad esempio in ragione della natura bagatellare del mancato pagamento o dell'impossibilità dell'operatore di provvedere prima della partecipazione alla gara.

L'amministrazione deve, quindi, in relazione alle cause obbligatorie di esclusione, limitarsi a rilevarne la sussistenza ed esse sono definite in modo sufficientemente netto da lasciare uno spazio assai limitato a valutazioni discrezionali. Si può sin d'ora osservare che il novero delle cause di esclusione obbligatoria è più ampio nell'ordinamento italiano rispetto all'elenco contenuto nell'art. 57 della direttiva e occorrerà, quindi, in sede di recepimento, valutare se

la disciplina nazionale sia giustificata e non contrasti con il divieto di *gold plating*, valido in generale per gli atti di recepimento e richiamato specificamente, come vedremo, quale primo criterio nel disegno di legge di delega.

L'applicazione delle cause facoltative di esclusione richiede, invece, sempre una valutazione non solo sulla sussistenza, ma anche sulla rilevanza della causa ai fini dell'esclusione. L'amministrazione è così chiamata, ad esempio, a dimostrare e valutare la violazione degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale o del lavoro, o la commissione di gravi illeciti professionali, o il collegamento con altri operatori per falsare la concorrenza, o precedenti carenze nell'esecuzione di un contratto, o la falsità di dichiarazioni rese, o eventuali tentativi di influenza indebita sulla gara. A queste cause facoltative si aggiunge lo stato di fallimento, insolvenza o liquidazione dell'impresa, che non sembra però potersi rimettere ad un giudizio volta per volta dell'amministrazione, ma piuttosto ad una decisione legislativa nazionale.

Un'ulteriore ipotesi di causa di esclusione, anch'essa facoltativa, si verifica in caso di conflitto d'interesse riconosciuto in capo ad un operatore economico. La direttiva obbliga gli Stati ad assicurare che le amministrazioni adottino misure adeguate a prevenire, individuare e porre rimedio ai casi di conflitto d'interesse, al principale fine di evitare distorsioni alla concorrenza e garantire la parità di trattamento fra tutti i concorrenti. La direttiva definisce, per così dire, il livello minimo del conflitto di interesse, individuandolo nella sussistenza di interessi personali, anche di natura economica o finanziaria, in capo a soggetti che intervengono nella procedura o possono influenzarla e che possa *“essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto”*²⁷. Il conflitto di interesse può operare, però, come causa di esclusione solo se, per l'appunto, l'esclusione è l'unica misura efficace in grado di risolverlo, al pari delle distorsioni alla concorrenza derivanti dal precedente coinvolgimento di un operatore economico nella preparazione della procedura²⁸.

²⁷ V. l'art. 24.

²⁸ V. l'art. 57, par. 4, lettere e) ed f).

Si indica, così, una specifica applicazione del principio di proporzionalità, che vale comunque in generale per tutte le cause facoltative di esclusione.

Tanto per le cause obbligatorie, come per le cause facoltative di esclusione vale il principio di cosiddetto *self cleaning*, in base al quale l'operatore non può essere escluso se è in grado di provare che ha adottato misure sufficienti ed adeguate a dimostrare la sua affidabilità. Anche per questo profilo, dunque, la direttiva rimette all'amministrazione la valutazione delle prove fornite dall'operatore, con la conseguenza che non possono esservi, almeno in via di ipotesi, decisioni di esclusione allo stesso tempo automatiche e non rimediabili.

Più ridotto è, invece, lo spazio lasciato alle amministrazioni per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione.

La direttiva introduce un vero e proprio *favor* per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, basata sul miglior rapporto qualità/prezzo²⁹. Elemento centrale di questo rapporto è il costo del ciclo di vita, che comprende, secondo l'art. 68 della direttiva, tutti i costi legati al ciclo di vita di un prodotto, un servizio o un lavoro, ivi compresi i costi imputabili ad "esternalità ambientali".

La relativa novità di questo elemento e la sua centralità ai fini della decisione di aggiudicazione richiederà, probabilmente, l'elaborazione di metodi e modelli di calcolo e valutazione capaci di coprire ampie categorie di lavori, prodotti e servizi, che orientino e supportino l'attività delle amministrazioni aggiudicatrici, anche per evitare il calcolo del costo di vita *ad hoc*, "inventato" volta per volta entro ogni singola procedura. Considerazioni analoghe possono farsi per la valutazione delle "esternalità ambientali" e per il necessario coordinamento fra la valutazione di questo elemento all'interno del calcolo del costo di vita e la più generale valutazione del rapporto qualità/prezzo alla luce di profili ambientali e sociali connessi all'oggetto dell'appalto³⁰. Sempre in base a questo articolo e ai fini dell'applicazione del criterio dell'offerta economicamente

²⁹ Il criterio è qualificato come "concetto prioritario" nel considerando 89.

³⁰ V. l'art. 67, par. 2. Rileva in proposito la Comunicazione "*Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale*" (COM (2003)302), con la quale gli Stati membri sono stati invitati a predisporre specifici piani d'azione per l'integrazione delle esigenze ambientali negli appalti pubblici.

più vantaggiosa, le amministrazioni dovranno valutare, insieme al costo del ciclo di vita, la qualità dell'offerta, l'organizzazione dell'operatore economico, l'organizzazione e le qualifiche del personale, i servizi post vendita e l'assistenza (si tratta, peraltro, di elementi indicati in via esemplificativa e l'elenco non è, quindi, né esaustivo né tassativo). Particolare rilevanza assume la qualità del personale addetto, che può entrare fra i criteri di aggiudicazione per il suo collegamento con la qualità della prestazione e l'esecuzione dell'appalto³¹: anche qui si amplia la flessibilità e la capacità di scelta delle stazioni appaltanti.

Le amministrazioni possono, inoltre, individuare un prezzo o un costo fisso, rispetto al quale il confronto concorrenziale si svolge sui criteri qualitativi.

Naturalmente, l'effetto della prevalenza del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, se riduce lo spazio lasciato all'amministrazione quanto alla individuazione dei criteri di aggiudicazione, richiede, invece, una maggiore capacità dell'amministrazione sia di definire, sia di valutare elementi qualitativi e rende più difficile ricorrere agli automatismi basati sul criterio del prezzo più basso. La direttiva consente del resto agli Stati di escludere, per alcune categorie di appalti, il criterio di aggiudicazione basato sul prezzo e, come vedremo, il legislatore italiano sembra intenzionato ad utilizzare questa facoltà.

Venendo, infine, agli oneri dichiarativi, la direttiva prevede una generale possibilità di autocertificazione, già da tempo sperimentata nel nostro ordinamento, da sviluppare mediante il ricorso generalizzato al Documento di gara unico europeo (DGUE), quale strumento di prova preliminare sul possesso dei requisiti da parte delle imprese partecipanti alla gara. Il DGUE può essere riutilizzato anche in diverse procedure, con conferma da parte dell'impresa sulla validità e l'aggiornamento delle informazioni così fornite. Spetta alla Commissione europea predisporre, mediante atti di esecuzione, un *format* di dichiarazione in formato elettronico, mediante il quale le imprese possono dichiarare la sussistenza dei requisiti previsti dagli articoli 57 e 58. Una volta definito, occorrerà conciliare l'eventuale previsione di requisiti ulteriori nell'ordinamento nazionale con la struttura data al DGUE.

³¹ V. l' art. 67, par. 2, lett. b).

Se ai fini della partecipazione è sufficiente l'autocertificazione, la direttiva contiene anche una specifica disciplina degli oneri dichiarativi e dei relativi controlli in corso di gara, finalizzata a contemperare le esigenze di una gestione efficiente e corretta della procedura e la semplificazione e la riduzione degli oneri a carico dei concorrenti. Alle amministrazioni è quindi consentito di richiedere la presentazione di tutti o parte dei documenti complementari aggiornati in qualsiasi momento della gara, ma con l'esclusione (qualificata espressamente come deroga e assistita da un e vero e proprio divieto³²) dei certificati e delle informazioni ottenibili mediante l'accesso ad una banca dati nazionale o dei documenti dei quali l'amministrazione sia già in possesso, ad esempio, in ragione di una precedente gara. Le banche dati nazionali devono essere accessibili anche per le amministrazioni aggiudicatrici di altri Stati e l'elenco delle banche dati o archivi elettronici nazionali deve essere messo a disposizione sul sistema E-Certis della Commissione europea. Mentre questo obbligo deve essere soddisfatto entro il termine di recepimento, l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di utilizzare E-Certis può essere rinviato dagli Stati membri al 18 ottobre 2018.

La direttiva ribadisce e anzi amplia, rispetto alle direttive del 2004, la possibilità di ricorrere al c.d. soccorso istruttorio, prevedendo che le amministrazioni possano chiedere agli operatori economici non solo di fornire chiarimenti e completare le informazioni, ma anche di presentare e integrare specifici documenti mancanti, purchè la richiesta sia rispettosa dei principi di trasparenza e di parità di trattamento. Si tratta, perlappunto, di una facoltà e non di un obbligo, che vale, però, in generale, salva espressa disposizione contraria del diritto nazionale. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, il ricorso al soccorso istruttorio è stato tradizionalmente visto con sospetto – come tutti i rapporti fra amministrazioni e operatori non rigidamente e formalmente codificati – sino alle prime aperture della giurisprudenza, seguite poi dal recente intervento del legislatore nel 2014³³, che non ha, però, risolto tutte le numerose questioni controverse, anche perché non si è voluto fare una scelta netta e si sono invece

³² V. l'art. 59, par. 4.

³³ Con le disposizioni dell'art. 39 del d.l. n. 90 /2014, sulle quali si tornerà in seguito, analizzando il disegno di legge di delega per il recepimento.

mescolati elementi della tradizione formalistica con elementi dell'impostazione europea, decisamente più sostanzialistica (v. *infra*, par. 3.4). Si tratta, anche in questo caso, di una diversità di impostazione che andrebbe affrontata e risolta con una scelta chiara in sede di recepimento e accompagnata, come si dirà oltre, con misure relative al contenzioso, che sul punto è particolarmente frequente.

2.3 Le misure organizzative

La direttiva disciplina, infine, nel Capo II dedicato alle tecniche e agli strumenti per gli appalti elettronici ed aggregati, strumenti vecchi e nuovi, come gli accordi quadro, i sistemi dinamici di acquisizione, le aste elettroniche e i cataloghi elettronici, ai quali si aggiungono le centrali di committenza, per le quali viene ribadito il duplice ruolo di intermediari e di grossisti³⁴, con l'obbligo di svolgere tutte le procedure di aggiudicazione mediante mezzi di comunicazione elettronici. Le centrali di committenza possono anche fornire attività ausiliarie, fra le quali rientrano compiti di sostegno e supporto, la costruzione di infrastrutture tecniche, la consulenza e la preparazione della gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante³⁵.

L'intero processo di applicazione della direttiva deve essere inoltre sottoposto al controllo di autorità o strutture di controllo che gli Stati devono indicare alla Commissione e alle quali spetta un generale potere, direttamente attribuito dalla direttiva, di segnalare "violazioni specifiche o problemi sistemici" alle autorità competenti in ciascun ordinamento³⁶. I risultati del controllo devono essere messi a disposizione del pubblico.

Entro un anno dal termine di recepimento, e poi ogni tre anni, gli Stati membri devono inoltre presentare alla Commissione una relazione con informazioni sui problemi di attuazione, sul livello di partecipazione delle PMI e sulle irregolarità gravi rilevate. Le amministrazioni aggiudicatrici devono a loro volta conservare copia dei contratti (almeno per la loro durata), da rendere accessibili secondo le regole del diritto nazionale. Esse devono inoltre redigere,

³⁴ V. il considerando 60 e l'art. 37.

³⁵ V. l'art. 37, par. 4 e art. 2, par. 15, lettere a), b) e c).

³⁶ V. l'art. 83, par. 2.

per ciascun appalto, o accordo quadro, o attivazione di un sistema dinamico di acquisizione, una relazione il cui contenuto è definito dettagliatamente dall'art. 84 della direttiva.

Fra gli obblighi degli Stati finalizzati all'attuazione della direttiva rientra anche la messa a disposizione delle stazioni appaltanti e degli operatori economici di orientamenti e informazioni sulla interpretazione e l'applicazione del diritto in materia di appalti pubblici e il supporto alle stazioni appaltanti per quanto riguarda la pianificazione e la gestione delle procedure³⁷.

3. Il processo di recepimento in Italia: l'oggetto del disegno di legge di delega e i criteri direttivi.

Il processo di recepimento della direttiva nell'ordinamento italiano è iniziato da tempo e ha coinvolto, mediante numerosi tavoli tecnici, audizioni, consultazioni, seminari, gruppi di studio e altre iniziative, più o meno tutti i soggetti interessati, che hanno avuto modo di esprimere le proprie opinioni e preferenze. L'iniziale disegno di legge di delega, presentato dal governo al Senato, conteneva poche disposizioni essenziali, ma si è molto ampliato, articolato, arricchito e anche complicato nel corso del dibattito parlamentare, per ora concluso al Senato con l'invio del testo alla Camera³⁸.

Trattandosi, appunto, di un disegno di legge ancora in corso di discussione e che presumibilmente potrebbe subire significative modificazioni, non sembra utile un'analisi del testo disposizione per disposizione, tanto più che si tratta di criteri direttivi, se pure spesso formulati in modo da apparire, invece, come norme applicative. Si tenterà, invece, di seguito, di esaminare il testo nei suoi elementi costitutivi, per verificarne l'ampiezza, la logica, la coerenza, le carenze e anche, per dir così, le sovrabbondanze.

³⁷ V. l'art. 83, par. 4.

³⁸ L'analisi svolta di seguito è riferita, quindi, al disegno di legge approvato dal Senato il 18 giugno 2015 e ora AC n. 3194.

L'analisi deve muovere dall'individuazione dell'oggetto della delega, che include, oltre al recepimento di tutte e tre le direttive³⁹, il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici, con conseguente riscrittura (almeno) del Codice dei contratti pubblici del 2006 e del suo regolamento attuativo del 2010. Nell'opera di riordino occorrerà, peraltro, necessariamente tenere conto di altri plessi normativi, esterni al Codice, ma che pure incidono sulla materia dei contratti pubblici – dalla disciplina in materia di *rating* di legalità, alla disciplina delle c.d. *white lists* nella legislazione antimafia, alle misure a favore delle piccole e medie imprese, alle norme speciali di settore, ad esempio in materia di bonifiche – e che a loro volta saranno incise, in qualche misura, dal nuovo testo unico, che dovrebbe quindi contenere le misure di raccordo e di rinvio.

Emerge qui una prima possibile contraddizione. Il recepimento delle direttive è stato più volte indicato, in sede governativa come in sede parlamentare, come l'occasione per la semplificazione della disciplina, l'emanazione di un Codice "snello", facilmente comprensibile, fruibile e applicabile. Si tratta, però, di un obiettivo *ictu oculi* difficilmente raggiungibile se si considera che si intende includere in un medesimo testo anche il recepimento della nuova direttiva in materia di concessioni e che la contestualità fra recepimento e riordino non è definita, come forse avrebbe dovuto, in termini di funzionalità, stabilendo ad esempio che il riordino fosse funzionale al miglior recepimento e la disciplina fosse, quindi, depurata di tutte le disposizioni non necessarie ai fini del recepimento. In questa direzione potrebbe essere utile, come si vedrà, il criterio direttivo che stabilisce il divieto di *gold plating*, al quale, però, il legislatore delegante per primo non sembra davvero intenzionato ad attenersi.

E' comprensibile, peraltro, la scelta di disporre di un testo unico, come lo definisce il disegno di legge, che contenga tutte le disposizioni rilevanti in materia di appalti. Si potrebbe però immaginare, innanzitutto, di estrarre da questo testo

³⁹ Si esamineranno di seguito, solo le disposizioni del disegno di legge di delega relative agli appalti di lavori, servizi e forniture, con esclusione quindi delle disposizioni in materia di concessioni, per le quali si rinvia alla relazione di G. Greco, *La direttiva in materia di concessioni*, Varenna 2015, in corso di pubblicazione.. V. anche G. Fidone, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Rivista italiana del diritto pubblico comunitario*, n. 1. 2015.

unico i complessi di disposizioni dotati di propria autosufficienza, quali ad esempio le concessioni e le opere strategiche⁴⁰.

Nel primo caso, trattandosi del recepimento della prima direttiva in materia e tenendo conto della natura generale e trasversale delle disposizioni che essa contiene rispetto alla varietà di procedimenti e rapporti concessori esistenti nel nostro ordinamento, potrebbe essere un vantaggio disporre di un Codice delle concessioni, e magari di un suo regolamento attuativo, che riconducano ad unità e a sistema il frammentato sistema dei procedimenti e dei provvedimenti concessori.

Nel secondo caso, trattandosi di una disciplina di specie applicabile solo alle opere strategiche, che consiste in parte di deroghe alle regole generali e in parte di regole speciali, si potrebbe immaginare un testo nel quale possono confluire anche altri plessi normativi relativi alle opere strategiche: basti pensare alla disciplina del dibattito pubblico, che al momento è infelicemente inserita nel disegno di legge di delega con un criterio per la verità del tutto distinto ed estraneo rispetto agli altri.

Una seconda direzione di semplificazione effettiva potrebbe essere percorsa definendo un migliore assetto delle fonti e individuando materie e questioni che non necessitino di essere definite nella normativa primaria, ma possono essere rinviate alla fonte regolamentare o anche a fonti di *soft law*, specie per quanto riguarda indirizzi operativi e attuativi. Sul punto il disegno di legge tace. Le fonti di *soft law* non vengono neanche citate, tranne un generico riferimento nei criteri direttivi relativi ai poteri dell'Anac, sui quali si tornerà in seguito e il richiamo del regolamento attuativo nulla dice circa i contenuti del regolamento stesso, tranne attribuire ad esso la determinazione annuale dei costi standardizzati.

Sempre al fine di una maggiore chiarezza sul piano delle fonti vigenti, sarebbe utile, inoltre, chiarire meglio la portata e l'ambito dell'effetto abrogativo. Per fare un solo esempio, nonostante l'adozione del Codice dei contratti pubblici

⁴⁰ Nello stesso senso v. A. Police, *Contratti pubblici: tra ultime novità legislative ed esigenze di semplificazione*, in C. Franchini, F. Sciaudone (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, cit. pp. 175 ss.

nel 2006 abbia prodotto l'abrogazione di un lungo elenco di norme indicate nell'art. 256, rimane ancora oggi in vigore una parte almeno delle norme in materia di contabilità generale dello Stato risalenti agli anni '20, appunto perché non fatte oggetto di espressa abrogazione. Sotto altro profilo, andrebbero disciplinati in modo chiaro i tempi e le modalità di entrata in vigore, tenendo conto anche della giurisprudenza che ha affermato la immediata applicabilità della direttiva n. 24/2014, in ragione della natura sufficientemente dettagliata della maggior parte delle sue disposizioni⁴¹.

Infine, sempre sul piano delle osservazioni generali, occorre rilevare come il testo unico non possa essere qualificato come "compilativo", come fa il disegno di legge, perché tanto il recepimento come il riordino non possono che avere forza novativa sulla disciplina vigente. Il legislatore non ha lesinato, peraltro, sugli aggettivi qualificativi del testo unico, disponendo che esso debba assicurare un effettivo coordinamento, una drastica riduzione e razionalizzazione delle disposizioni vigenti, una significativa riduzione e certezza dei tempi di realizzazione delle opere pubbliche, un maggior livello di certezza del diritto e, *last but not least*, una ordinata transizione dal vecchio al nuovo regime.

A questi risultati il legislatore delegato dovrebbe pervenire applicando numerosi criteri direttivi, esaminati di seguito.

3.1 Il divieto di *gold plating*

Il primo criterio direttivo è il divieto di *gold plating*, già vigente in generale per il recepimento del diritto europeo, secondo le disposizioni dell'art. 32 della legge n. 234/2012⁴². Il richiamo di questo criterio impone al legislatore

⁴¹ Cons. St., sez. II, n. 298/2015; *contra* v. Cons. St.. A.P., n. 16/2014 e Tar Lazio, sez. III, n. 4090/2015. In ogni caso incombe sullo Stato membro l'obbligo di astenersi dall'introdurre normative nazionali in contrasto con le direttive di prossimo recepimento.

⁴² Il legislatore nazionale afferma spesso principi basati sul "minimo mezzo", ma più raramente li osserva. Come esempio della tendenza si può citare anche il divieto di *overdesign* introdotto con l'articolo 14 del d.l. 133/2014 (c.d. "sblocca Italia"), secondo il quale non possono essere richieste modifiche dei progetti delle opere pubbliche rispondenti a standard tecnici più stringenti rispetto a quelli definiti dal diritto europeo e prescritti dagli organi europei, senza che le stesse siano accompagnate da una stima dei sovracosti necessari e da una analisi di sostenibilità economica e finanziaria per il gestore dell'infrastruttura o dell'opera, corredata da stime ragionevoli anche in termini di relativi tempi di attuazione.

delegato di non introdurre livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla direttiva europea e quindi di restare entro i limiti già definiti, sempre in via generale, con l'art. 14, comma 24 ter della l. 246/2005. Secondo questa disposizione costituiscono livelli di regolazione sovrabbondanti rispetto a quelli minimi: l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive, l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole, l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive.

Una corretta e seria applicazione del divieto di *gold plating* richiederebbe che il legislatore delegato individuasse prima i livelli minimi e necessari di regolazione e misurasse contro questa ricognizione sia le misure già esistenti, per eliminare quelle sovrabbondanti, sia le misure di riordino e razionalizzazione, per evitare che esse riproducano un eccesso di regolazione⁴³. Il divieto si dovrebbe applicare, inoltre, alle norme di recepimento come a quelle di riordino, verificando anche se queste ultime siano tutte necessarie ai fini del recepimento o trovino comunque una loro specifica giustificazione. Le norme andrebbero valutate, inoltre, per l'impatto prodotto in passato (o, quando possibile, per l'impatto presumibile in futuro, ma questa seconda è una operazione assai più difficile). Per fare solo un esempio: l'approccio restrittivo e formalistico del legislatore italiano in materia di requisiti generali e di oneri dichiarativi ad essi connessi ha prodotto un ingente contenzioso, con pesanti ricadute in termini di costi e di tempi di realizzazione delle gare⁴⁴. Né sembra che questi costi siano bilanciati da vantaggi significativi in termini di legittimità e correttezza delle

⁴³ Sarebbe utile prendere in considerazione esperienze di altri paesi in proposito. Ad esempio, nel Regno Unito, il governo ha pubblicato nell'aprile 2013 un documento intitolato "*Transposition Guidance: how to implement European Directives effectively*", nel quale si stabilisce che ogni deroga al divieto di *gold plating* deve essere sottoposta, per l'approvazione, al *Reducing Regulation Committee*.

⁴⁴ Sul "peso" del contenzioso in relazione a specifiche disposizioni del Codice, specie in materia di oneri dichiarativi, v. G. Mastrandrea, *La legge delega per il recepimento delle direttive tra continuità e innovazione*, in C. Franchini, F. Sciaudone (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, cit., p. 118; F. Franconiero, *La giurisprudenza amministrativa sulle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, 2015, consultabile su http://www.italiadecide.it/public/documenti/2015/1/19012015_casistica_giurisprudenziale.pdf.

medesime procedure e anche per questa ragione il legislatore italiano è già intervenuto sia ad attenuare il formalismo della normativa (prima con un articolo la cui rubrica è stata significativamente intitolata “Divieto di caccia all’errore”⁴⁵ e poi con un ulteriore ampliamento del soccorso istruttorio nel 2014⁴⁶).

Occorre, in casi come questi, che il legislatore delegato assuma (e dia alle stazioni appaltanti) un indirizzo preciso e netto: o si indicano in modo tassativo (e non altrimenti interpretabile) i casi di violazioni formali che comportano l’esclusione o si consente, come la direttiva prevede, la possibilità di rimediare alle violazioni mediante il soccorso istruttorio. La garanzia del formalismo e l’efficienza del sostanzialismo hanno ambedue, sia costi, sia vantaggi, ma soccorre scegliere l’opzione migliore, sapendo che non sarà ottima, in un caso perché consente, appunto, la caccia all’errore anche indipendentemente dalla qualità dell’offerta e dell’operatore, nel secondo caso perché consente agli operatori di correggere errori e mancanze che non avrebbero dovuto commettere⁴⁷.

L’applicazione del divieto di *gold plating* non può esaurirsi, inoltre, sul piano legislativo, ma deve portare allo sviluppo di sistemi amministrativi di indirizzo e supporto. Non bisogna dimenticare, infatti, che il divieto è rivolto, ancora prima che al legislatore, alle amministrazioni aggiudicatrici. Queste dovrebbero disporre, allora, di una elaborazione in materia che le aiuti ad individuare i casi di *gold plating* e che suggerisca come si possono ottenere gli stessi risultati applicando, invece, i livelli minimi di regolazione, che costituiscono, del resto, la prima garanzia di chiarezza e di non distorsione della concorrenza. L’attività di indirizzo e di supporto può essere affidata ad uno specifico soggetto, come l’Anac o un’amministrazione centrale, o essere il prodotto di una rete collaborativa fra le stazioni appaltanti più capaci ed attrezzate, ma richiederebbe forse una previsione almeno nella fonte regolamentare, per avviare un’attività tanto nuova quanto necessaria.

⁴⁵ V. l’art. 4 del d.l. n. 70/2911, conv. con l. n. 106/2011, che ha inserito il comma 1 bis all’art. 46 del Codice dei contratti.

⁴⁶ V. l’art. 39 del d.l. n. 90/2014.

⁴⁷ Sul punto v. anche *infra* par. 3.4.

Non rassicura, in proposito, il fatto che nella lettera relativa al criterio in esame sia stato aggiunto, in sede parlamentare, il richiamo del comma 24 quater dell'art. 14, che pur nell'imporre all'amministrazione di dare conto delle circostanze eccezionali per le quali si ritiene di superare il livello minimo di regolazione europea, valutate nell'analisi d'impatto della regolamentazione, consente in effetti una deroga illimitata, purchè giustificata, al divieto.

Sempre in contrasto con il divieto di *gold plating* – che il legislatore delegante dovrebbe seguire – appaiono peraltro i criteri direttivi che irrigidiscono, rispetto alla direttiva, alcune regole, ad esempio in materia di avvalimento o di appalti sottosoglia (lettera dd).

3.2 *Le regole e le deroghe*

Si è visto in precedenza come la direttiva introduca un più ampio grado di flessibilità nella possibilità di scelta delle procedure. Nulla si trova nel disegno di legge di delega sulle nuove procedure, tanto da far presumere che il legislatore delegato potrebbe ricorrere, sul punto, alla tecnica di *copy out* con la quale la direttiva è stata recepita nel Regno Unito⁴⁸.

Nel disegno di legge di delega si ribadisce, invece, l'eccezionalità del ricorso alla procedura negoziata senza bando, anche se non sembra che da questo criterio direttivo possano derivare modifiche o integrazioni alla disciplina vigente, né che esso aggiunga elementi nuovi rispetto alle norme della direttiva sul punto. Resta da verificare, peraltro, se non siano da modificare, sempre in applicazione del divieto di *gold plating*, le norme del Codice che prevedono una disciplina della procedura ristretta che, a differenza della disciplina comunitaria, riduce in misura significativa la discrezionalità della stazione appaltante nel rivolgere gli inviti, cancellando così la principale differenza rispetto alla procedura aperta⁴⁹.

⁴⁸ V. P. Patatini, *Il processo di recepimento delle direttive europee in Gran Bretagna*, in A. Pajno, L. Torchia (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli il processo*, settembre 2015, www.astrid.eu.

⁴⁹ V. l'art. 62 del Codice.

Si introducono, invece, due divieti relativi alle procedure in deroga, formulati per la verità più come norme direttamente applicabili che come criteri direttivi.

Il primo divieto si trova alla lettera d), ove si fa riferimento alla non derogabilità delle procedure riguardanti i contratti pubblici, mentre il secondo divieto si trova alla lettera g), ove si vieta l'affidamento in deroga rispetto alle procedure ordinarie, salvo i casi di urgenza connessi alle esigenze della protezione civile per far fronte a calamità naturali.

Non è chiaro, innanzitutto, se i due divieti abbiano portata diversa, mentre è chiaro che la flessibilità consentita dalla direttiva europea può esercitarsi solo fra le procedure espressamente disciplinate, ivi compresa, alle specifiche condizioni che la consentono, la procedura negoziata senza bando di gara. Un richiamo di questo principio sarebbe forse più utile della moltiplicazione di divieti di deroghe che rischiano di restare, peraltro lettera morta, in quanto rivolti alle stazioni appaltanti, mentre è noto che le maggiori deroghe – si pensi al caso dell'Expo – sono state sempre consentite con norme speciali.

Quanto al richiamo delle esigenze connesse all'attività di protezione civile, è facile ricordare come queste attività, definite in sedi diverse rispetto al Codice dei contratti, possono essere – e sono state in passato – dilatate a dismisura, con la conseguente dilatazione anche dell'ambito delle deroghe. Data la ricorrenza, o comunque, purtroppo, la non eccezionalità delle calamità naturali sul territorio italiano, sarebbe forse utile immaginare l'adattamento di strumenti e tecniche già previsti nella direttiva, per creare un sistema a sportello, di operatori, prodotti, servizi e attività, tutti qualificati, che consenta di aggiudicare in tempi molto brevi le gare senza dover ricorrere ad una deroga che da eccezionale si trasforma facilmente in ordinaria.

3.3 L'aggregazione degli appalti e le centrali di committenza

I criteri direttivi in materia di aggregazione delle stazioni appaltanti e di centrali di committenza si aggiungono a ripetuti recenti interventi del legislatore in materia. Nessuno sa se davvero le stazioni appaltanti siano trentamila, ma è

diffusa e condivisa l'opinione che siano troppe e che esse costituiscano un fattore di frammentazione e inefficienza, oltre che di possibile corruzione.

L'assetto attuale è composto da almeno tre diversi plessi normativi e si gioverebbe sicuramente di un riordino e di una razionalizzazione: ma non necessariamente il testo unico oggetto della delega è la sede migliore per questo riordino.

E' stata costituita, innanzitutto, l'Anagrafe delle stazioni appaltanti⁵⁰ presso la banca dati nazionale dei contratti pubblici⁵¹. Si sono introdotte, poi, misure volte a favorire o rendere obbligatoria l'aggregazione della domanda pubblica per categorie di enti, appunto per tentare di superare la frammentazione delle stazioni appaltanti e di far convergere prezzi e costi. Si sono introdotte, infine, misure di rafforzamento delle centrali di committenza esistenti, come la Consip e la figura dei soggetti aggregatori: oltre alla Consip, le centrali regionali⁵² e le Stazioni uniche appaltanti⁵³. L'elenco dei soggetti aggregatori⁵⁴ è tenuto presso l'Anagrafe unica.

Sono state previste, inoltre, misure per promuovere la professionalizzazione dei dipendenti pubblici responsabili per l'attività contrattuale⁵⁵.

L'attuazione di questo complesso di disposizioni sta procedendo – seppure lentamente - anche sul piano amministrativo, mediante l'istituzione con DPCM di un tavolo tecnico dei soggetti aggregatori e l'individuazione di categorie di beni e di servizi e delle soglie al superamento delle quali le amministrazioni pubbliche,

⁵⁰ V. l'art. 33 ter, del d.l. n. 179/2012, conv. con l. n. 221/2012.

⁵¹ A sua volta istituita presso l'Anac dall'art. 62 bis del Codice dell'amministrazione digitale (d.lg. n. 82/2005 e s.m.i.).

⁵² Previsto dall'art. 1, c. 455, della l. n. 296/2006, In caso di mancata istituzione della centrale regionale entro la fine del 2014, le regioni possono stipulare con il Ministero dell'economia e delle finanze apposite convenzioni sulla cui base la Consip svolge attività di centrale di committenza per gli enti del territorio regionale.

⁵³ Anch'esse operanti come centrali di committenza, istituite in ambito regionale e infraregionale soprattutto in funzione di prevenzione del rischio di infiltrazioni mafiose dall'art. 13, l. n. 136/2010, e tra le quali vanno annoverate anche le province riformate e i provveditorati alle opere pubbliche.

⁵⁴ In numero complessivo non superiore a 35, secondo le disposizioni dell'art. 9 del d.l. n. 66, conv. in l. n. 89/2014.

⁵⁵ V. l'art. 1, c. 11, della l. n. 190/2012.

centrali e subcentrali, ricorrono alla Consip o agli altri soggetti aggregatori per lo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica⁵⁶.

Il disegno di legge di delega contiene, in proposito, criteri di delega che sembrano affiancare al sistema esistente nuovi istituti che, se pur condivisibili, richiederebbero sia una migliore specificazione delle modalità attuative, sia la determinazione delle modalità di collegamento con gli istituti esistenti.

E' questo il caso, ad esempio, del criterio direttivo (lettera t) che lega la "razionalizzazione delle procedure di spesa attraverso l'applicazione di criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle stazioni appaltanti" alla introduzione "di un apposito sistema, gestito dall'ANAC, di qualificazione delle medesime stazioni appaltanti, teso a valutarne l'effettiva capacità tecnica e organizzativa, sulla base di parametri obiettivi". Si tratta di una novità significativa⁵⁷, perché si abbandona l'idea che qualsiasi ente pubblico possa svolgere le funzioni di stazione appaltante, a favore dell'idea che l'esercizio di quelle funzioni richieda specifiche capacità e competenze, la cui sussistenza va verificata – e costruita - in concreto. Un processo di qualificazione così nuovo e complesso non può, però, essere solo enunciato, ma richiederebbe di essere provvisto di gambe su cui camminare, ad esempio prevedendo che esso sia introdotto in via sperimentale in una prima fase, su base volontaria o con l'individuazione di un gruppo o categoria di soggetti ai quali sia obbligatoriamente applicabile, che sulla base dell'esperienza svolta dopo un primo periodo, l'Anac riveda le regole di qualificazione e queste regole possano essere via via estese a tutto il sistema amministrativo.

La necessità di individuare almeno i caratteri generali del sistema di qualificazione è tanto più importante se si tiene conto del successivo criterio direttivo di cui alla lettera v), ove si funzionalizza il sistema di qualificazione al "contenimento dei tempi e piena verificabilità dei flussi finanziari, anche

⁵⁶ V. L. Fiorentino, *Gli acquisti delle pubbliche amministrazioni. Il modello organizzativo*, in A. Pajno, L. Torchia (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit.

⁵⁷ Per una proposta sui caratteri che il sistema di qualificazione potrebbe avere, anche sulla base di esperienze in altri ordinamenti, v. G. Mariani *La riorganizzazione e lo sviluppo delle stazioni appaltanti: per un rating di capacità*, in A. Pajno, L. Torchia, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit. pp. 13 ss

attraverso forme di centralizzazione delle committenze e di riduzione del numero delle stazioni appaltanti”. Qui il legislatore prevede anche che, a seconda del grado di qualificazione conseguito si possano gestire appalti di importo diverso: ma nel criterio che introduce il sistema di qualificazione nulla si dice sulla possibilità che la qualificazione non sia una mera abilitazione, ma dia invece margini di azione diversi a seconda del grado raggiunto.

All’attuale sistema di aggregazione si aggiunge, poi, sempre con la lettera v), la previsione di ulteriori livelli di subaggregazione provinciali, da determinare (non è specificato da quale soggetto) secondo “ambiti ottimali territorialmente omogenei e garantendo la tutela dei diritti delle minoranze linguistiche”. Più che un riordino, questi criteri direttivi introducono nuove regole, peraltro di difficile coordinamento con quelle esistenti e meriterebbero, quindi, una revisione, almeno a fini di chiarificazione degli effetti, nel prossimo passaggio parlamentare.

Sarebbe utile, allora, distinguere, fra le norme di natura organizzativa o con finalità di finanza pubblica e di contenimento della spesa, che non dovrebbero trovare posto nel testo unico e le norme che, invece, incidono direttamente sul ruolo e sulle funzioni delle centrali di committenza, la cui collocazione nel testo unico appare giustificata. Le norme di questo secondo tipo sono, però, in numero limitato e probabilmente non vanno molto oltre quanto è già previsto nella direttiva in materia.

3.4 La gestione della procedura: criteri, requisiti, oneri dichiarativi

Nonostante il criterio direttivo di cui alla lettera e), che impone il recepimento degli strumenti di flessibilità previsti dalle tre direttive, la delega contiene, per quanto riguarda la gestione delle procedure, numerosi criteri direttivi che mantengono le rigidità attuali o, in alcuni casi, ne aggiungono altre.

3.4.1 I criteri di aggiudicazione e le misure premiali

Per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione, la lettera aa) richiama la definizione di offerta economicamente più vantaggiosa della direttiva e richiede una disciplina espressa dei casi e delle soglie di importo entro i quali si può

aggiudicare sulla base del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta. E' rimessa quindi al legislatore, e non alle stazioni appaltanti – come invece è previsto nella direttiva – la scelta in ordine al criterio di aggiudicazione da utilizzare ed è facile profezia che le norme in materia non saranno né facili da scrivere, né agevoli da applicare in concreto. Rimettere quella scelta alla stazione appaltante, con l'obbligo di espressa motivazione nei casi in cui non si utilizza il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sarebbe forse più rispettoso del divieto di *gold plating* e renderebbe più facile controllare – in sede amministrativa, con ricorso all'Anac o in sede giurisdizionale, con ricorso al giudice amministrativo – le scelte operate nelle concrete circostanze e le ragioni addotte dalle stazioni appaltanti⁵⁸.

Il legislatore si è poi incaricato di individuare direttamente, con criteri direttivi che sembrano immediatamente applicabili, più che traducibili in norme delegate, i casi in cui non si può aggiudicare secondo il prezzo più basso o il massimo ribasso d'asta: i servizi sociali e di ristorazione ospedaliera assistenziale e scolastica, i servizi ad alta densità di manodopera (lettera uu, che prevede anche, per quest'ultima categoria di servizi, che il legislatore delegato provveda ad una specifica disciplina, con l'introduzione di clausole sociali⁵⁹), i servizi di ingegneria e di architettura e tutti i servizi di natura tecnica (lettera qq). Nella stessa direzione, si è previsto che anche nelle procedure telematiche di acquisto si persegua l'obiettivo del miglior rapporto qualità/prezzo, piuttosto che l'indicazione di uno specifico prodotto (lettera eee).

La connessione fra disciplina dei contratti pubblici e le politiche sociali e di tutela dell'ambiente traspare in due criteri direttivi. Il legislatore delegato dovrà, infatti, introdurre misure volte a garantire il rispetto dei criteri di sostenibilità energetica e ambientale nell'affidamento dei appalti (lettera i) e

⁵⁸ Come l'esperienza si è incaricata di dimostrare, qualsiasi criterio di aggiudicazione può prestarsi a condotte collusive e distorsive della concorrenza, sia fra gli operatori (soprattutto per il criterio del prezzo più basso), sia fra gli operatori e le stazioni appaltanti (soprattutto per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa). La scelta del criterio andrebbe fatta, allora, secondo parametri di efficienza e di idoneità rispetto al tipo di appalto e al suo oggetto, lasciando la prevenzione e la punizione delle condotte collusive o corruttive alle autorità di controllo e al giudice penale, quando necessario.

⁵⁹ Una specifica disciplina è prevista anche per il settore dei beni culturali con la lettera h.

prevedere criteri e modalità premiali di valutazione delle offerte a fronte dell'impegno da parte dell'impresa di utilizzare manodopera locale (lettera ss). L'ultima parte di questo secondo criterio direttivo contiene, per la verità, un riferimento difficilmente comprensibile alla "territorialità e alla filiera corta" e alle "ricadute occupazionali sottese alle procedure di accesso al mercato dei lavori pubblici" che, nonostante il richiamo di stile al rispetto del diritto europeo, può facilmente prestarsi a distorsioni e alla violazione dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione sia fra imprese italiane, sia per imprese di altri paesi europei.

Di nuovo, può osservarsi che la direttiva europea si rivolge, in proposito, alle stazioni appaltanti e non al legislatore, anche perchè è sicuramente più facile individuare nei bandi, rispetto allo specifico appalto, le misure e i criteri premiali, da utilizzare all'interno del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁶⁰, per offerte caratterizzate da sostenibilità ambientale e sociale, che non dettare norme generali che corrono il rischio di essere, in effetti, generiche. Anticipando qui un tema che verrà ripreso nelle considerazioni conclusive, sarebbe forse più opportuno rimettere alle stazioni appaltanti la scelta in materia e costruire, contestualmente, un sistema di elaborazione, confronto e supporto fra le amministrazioni pubbliche, che prenda l'avvio dallo studio delle esperienze più avanzate in Italia e altri paesi europei.

Un diverso tipo di misura premiali è evocato, ma non definito, per le imprese che coinvolgono nelle gare piccole e medie imprese, giovani professionisti o imprese di nuova costituzione. Il *favor* per le piccole e medie imprese si traduce anche in un divieto di aggregazione artificiosa degli appalti (lettera qq).

3.4.2 I requisiti e i sistemi di qualificazione e di controllo

Il solo criterio direttivo dedicato espressamente alla definizione dei requisiti di capacità economico- finanziaria, tecnica e professionale degli operatori

⁶⁰ La direttiva prevede la valutazione mediante "criteri quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto pubblico" (articolo 67, paragrafo 2).

si trova alla lettera m) e si limita a prevedere, appunto, che i requisiti siano definiti, con l'unica qualificazione del *favor participationis*. Se ne desume, quindi, che la revisione della disciplina attualmente vigente dovrebbe essere semplificata ed avvicinarsi a quella europea, con il divieto di prevedere requisiti sproporzionati o restrittivi della concorrenza.

Quanto alla qualificazione degli operatori, è prevista un'operazione di revisione dell'attuale sistema di qualificazione degli operatori, previsto dalla lettera nn), in base a criteri di "omogeneità, trasparenza e verifica delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite". A questa revisione del sistema di qualificazione vigente si aggiunge un sistema di premialità – la cui disciplina è rimessa all'Anac – connesso a criteri reputazionali. La reputazione delle imprese deve essere misurata, secondo il legislatore, in base a parametri oggettivi e misurabili e ad accertamenti definitivi relativi al rispetto dei tempi e dei costi dei contratti. Entra nel novero di tali parametri e accertamenti, un po' misteriosamente, anche "la gestione dei contenziosi", che se riferita all'esercizio del diritto di difesa da parte delle imprese nel corso delle procedure o nel corso dell'esecuzione del contratto è sicuramente un criterio altamente problematico. Il legislatore non dimentica che già esiste una disciplina in materia di *rating* di legalità, ma si limita in proposito a prevedere l'obbligo di assicurare "gli opportuni raccordi"⁶¹. Le attestazioni prodotte da questo complesso sistema sono comunque soggette a decadenza, secondo il medesimo criterio direttivo, in caso di fallimento e a sospensione in caso di concordato con riserva o con continuità aziendale.

Il legislatore ha dedicato molto spazio, inoltre, a misure di controllo funzionali alla lotta alla corruzione, alla prevenzione dei conflitti d'interesse e alla trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara (lettera l). La prevista armonizzazione della disciplina nelle materie in questione richiederebbe, per la verità, un intervento normativo esteso ben oltre i confini del Codice dei contratti

⁶¹ Si veda, in proposito, l'audizione del Presidente dell'Anac al Senato, che è intervenuto anche sul collegamento necessario con la normativa in materia di *rating* di legalità, che prevede una specifica competenza dell'AGCM.

vigente⁶². Esso dovrebbe realizzarsi, comunque, ad opera del legislatore delegato, mediante una serie davvero eterogenea di misure, che vanno dalla individuazione espressa dei casi in cui è possibile ricorrere alla procedura negoziata senza bando – per i quali basterebbe, in effetti, un recepimento secco delle norme della direttiva – alla unificazione delle banche dati esistenti presso l’Anac, alla previsione di una (ulteriore) disciplina delle procedure e, addirittura, delle loro fasi, con connessa previsione di poteri di vigilanza e controllo anche relativi alla fase di esecuzione, alla digitalizzazione delle procedure (non a fini di efficienza, ma di tracciabilità), al rispetto della regolarità contributiva, fiscale e patrimoniale dell’impresa, sino, da ultimo, all’imposizione di conti dedicati per gli appalti,

A questa congerie di misure si aggiunge un “sistema amministrativo” di penalità e premialità collegato alla denuncia obbligatoria da parte delle imprese di richieste estorsive e corruttive. Il sistema dovrebbe essere, secondo una formula un po’ contorta, “regolato sotto la direzione dell’ANAC”. Anche a prescindere dalle difficoltà interpretative, la cui soluzione è del resto rimessa al legislatore delegato, è necessario ricordare che l’obbligo di denuncia nell’ordinamento italiano è tipizzato nel codice penale e occorrerà quindi verificare se questa nuova ipotesi di denuncia obbligatoria – peraltro valida solo per chi partecipa a gare pubbliche - dovrà anche essere, in caso di violazione, sanzionata penalmente.

Venendo, infine, alla disciplina degli oneri dichiarativi, si prevede che agli operatori sia data la “piena possibilità di integrazione documentale”. L’ampiezza della formula sembra richiamare e consolidare la versione più ampia e sostanzialista del c.d. soccorso istruttorio, fino a consentire la presentazione di documenti ulteriori, come del resto prevede la direttiva. L’integrazione documentale non deve essere onerosa – quindi sparirà l’attuale previsione

⁶² Una delega in materia è peraltro prevista nella legge n. 124/2015, all’art. 7, ove si prevedono anche misure specifiche sulla trasparenza delle fasi di aggiudicazione e di esecuzione dei contratti pubblici. Occorrerebbe, inoltre, una disciplina coordinata dei cosiddetti Protocolli di legalità e della possibilità per stazioni appaltanti di prevedere come causa di esclusione la mancata dichiarazione di impegno alla sottoscrizione del Protocollo (mentre la violazione dello stesso Protocollo è in genere rimessa, se penalmente rilevante, all’autorità giudiziaria: v., in proposito, F. Saitta, *I protocolli di legalità al vaglio dei giudici europei*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 1, 2015, p. 244 e, in relazione al caso Expo, la sentenza del Consiglio di Stato n. 143/2015.

sanzionatoria – e, per altro verso, non può estendersi ad elementi dell’offerta oggetto di valutazioni di merito. Il legislatore delegato dovrà tenere conto, nell’attuare questo criterio direttivo, dell’orientamento restrittivo della giurisprudenza, che ancora recentemente ha ribadito la legittimità delle esclusioni dalla gara per dichiarazioni non veritiere (perché omissive o incomplete)⁶³ e dovrà chiarire con nettezza se qualsiasi dichiarazione “non veritiera” può essere integrata o se l’integrazione documentale incontra comunque dei limiti⁶⁴. La necessità di una norma chiara in materia è comprovata dalle difficoltà interpretative ed applicative relative all’ultimo intervento legislativo⁶⁵, che, con un lessico definito “infelice” dal giudice ⁶⁶, ha introdotto una distinzione fra irregolarità essenziali e irregolarità non essenziali, accompagnandola alla mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, già oggetto di rinnovato contenzioso e dibattito su aggettivi definiti in via di negazione. Si corregge, così, solo in parte l’impostazione formalistica, sia perché nella formula “irregolarità essenziale” l’aggettivo non sembra potersi applicare al sostantivo (almeno per come qualificato in genere nel nostro ordinamento), sia perché resta da chiedersi se la stazione appaltante possa – sempre in base al principio del minimo mezzo – in effetti chiedere dichiarazioni non indispensabili.

⁶³ V. Cons. St., sez. V, sentenza 7 agosto 2015 n. 3884, ove la legittimità dell’esclusione per la mancata dichiarazione di una condanna definitiva del direttore tecnico per il reato di partecipazione a giochi d’azzardo è stata giustificata con una lettura comparata dell’art. 38 codice dei contratti pubblici e dell’art. 75 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, secondo cui «il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera». Il giudice ha inoltre ribadito il carattere di «ordine pubblico economico» delle disposizioni di cui all’art. 38 del codice appalti, con la conseguente impossibilità di integrazione postuma della mancata dichiarazione del pregiudizio penale e l’ulteriore conseguenza dell’esclusione dalla gara, anche in difetto di espressa previsione della *lex specialis*.

⁶⁴ Il coordinamento dovrà riguardare anche le previsioni dell’attuale art. 46 del Codice, sia per quanto riguarda la possibilità di integrare documentazione non presentata, sia per quanto riguarda la previsione di esclusione dalla gara a fronte del difetto di “elementi essenziali”

⁶⁵ V. l’art. 39 del d.l. n. 90/2014, che ha inserito il comma 2bis all’art. 38 del Codice dei contratti, ove si prevede anche una sorta di sterilizzazione degli effetti della procedura di soccorso e di eventuali sentenze su ammissione, regolarizzazione ed esclusione di un operatore, stabilendo che essi non rilevano per il calcolo delle medie, né per l’individuazione della soglia di anomalia delle offerte. Sulle nuove disposizioni si è espressa l’Anac, con Det. 8 gennaio 2015 n. 1, “*Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell’art. 38, comma 2-bis e dell’art. 46, comma 1-ter del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in materia di codice degli appalti*”.

⁶⁶ Cons. St., A.P., n. 16/2014, ove si qualifica peraltro la direttiva n. 24/2014 come non direttamente applicabile prima del recepimento.

La scelta da fare non è tanto fra una impostazione rigidamente formalista e una impostazione interamente sostanzialista, quanto sulla qualificazione delle forme⁶⁷. Se queste hanno natura strumentale, le loro carenze o irregolarità devono essere sempre rimediabili: la veridicità non deve riferirsi alla dichiarazione resa, ma all'elemento che ne costituisce l'oggetto. Se, invece, si vuole qualificare il rispetto della forma come un obiettivo di per sé, ad esempio perché è prova della diligenza del concorrente e perché la *par condicio* richiede che concorrenti diversamente diligenti siano trattati in modo diverso, allora ogni carenza o irregolarità configura un errore non rimediabile. E' evidente, peraltro, che mentre nel primo caso è sufficiente una norma generale che abiliti il soccorso istruttorio – divenuto ormai del resto parte integrante anche della disciplina del procedimento amministrativo⁶⁸ – nel secondo caso è opportuno, come l'esperienza ha già dimostrato, individuare un elenco chiuso e tassativo delle violazioni formali che possono condurre all'esclusione, sia a garanzia del *favor pateicipationis*, sia per contenere il contenzioso in materia.

Per altro verso, si può sperare che in attuazione della direttiva si realizzi una inversione di tendenza per quanto riguarda gli oneri dichiarativi, con l'entrata in funzione di strumenti quali il DGUE e le banche dati finalizzate all'accertamento d'ufficio dei requisiti. Se è vero che l'autodichiarazione solleva i concorrenti dalla necessità di raccogliere tutti i documenti e i certificati necessari sin dall'avvio della procedura, è vero anche che essa ha finito forse per spostare in misure eccessiva l'onere sugli operatori, anche perché è un onere che si ripete per ogni gara. Se con il DGUE si potrebbe limitare e rendere certo il numero e il tipo di requisiti per il quale occorre una dichiarazione, con le banche dati si rimette all'amministrazione la verifica dei requisiti, sulla base di informazioni richieste secondo un *format* definito *a priori*, rispetto al quale l'operatore ha solo l'onere dell'aggiornamento. Andrebbe quindi pienamente recepita la previsione dell'art.

⁶⁷ V. in proposito C.E. Gallo, *Il formalismo nelle procedure contrattuali pubbliche e il dovere di soccorso*, in C.E. Gallo, *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, cit. pp. 1 ss.

⁶⁸ V. l'art. 6 della l. n. 241/1990.

58 della direttiva che vieta alle amministrazioni di chiedere documenti o certificati o informazioni ai quali esse possano accedere mediante banche dati nazionali.

La riduzione e la semplificazione degli oneri dichiarativi dovrebbero derivare, quindi, anche dal passaggio al Ministero delle infrastrutture della banca dati centralizzata con contestuale revisione e semplificazione del sistema AVCPass, assistita da una previsione di sanzioni per i casi di rifiuto dell'interoperabilità. Il disegno di legge contiene anche un riferimento generico al DGUE e prevede che il Ministero delle infrastrutture possa produrre un analogo *format* per l'autocertificazione del possesso dei requisiti. La celere produzione di questo *format*, anche nelle more del recepimento, sarebbe una misura di semplificazione efficace e poco costosa.

Per quanto riguarda, infine, la disciplina dell'avvalimento e del subappalto risulta confermata l'impostazione più restrittiva prevalente nell'ordinamento italiano rispetto alla disciplina europea, con l'esclusione dell'avvalimento frazionato e dell'avvalimento per il possesso della qualificazione e dell'esperienza tecnica e professionale e una disciplina più restrittiva del rapporto fra appaltatore e subappaltatore (lettera hhh).

Mancano, invece, criteri direttivi relativi alla fase di esecuzione del contratto (salvo alcune specifiche previsioni relative agli appalti di lavori, esaminate nel paragrafo seguente) in recepimento delle disposizioni dell'art. 72 della direttiva, che peraltro ha caratteri tali da poter essere considerato *self-executing*. La disciplina nazionale in materia corrisponde solo in parte alla disciplina europea, soprattutto se si pensa alla moltiplicazione recente di misure volte a consentire all'amministrazione una rinegoziazione autoritativa del contratto. Così, ad esempio, con la previsione che consente di recedere dal contratto se l'aggiudicatario si rifiuta di rinegoziare al ribasso⁶⁹, o con l'autorizzazione alle amministrazioni a ridurre del 5% gli importi dei contratti in essere o appena aggiudicati⁷⁰.

⁶⁹ V. l'art. 1, comma 13, del d.l. n. 95/2012, nell'ambito della disciplina della c.d. *spending review*.

⁷⁰ V. l'art. 8, comma 8, lett. a) del d.l. n. 66/2014. In questo caso l'aggiudicatario che non accetta le nuove condizioni può recedere senza penalità dal contratto.

3.4.3 Alcune misure specifiche per i lavori.

I criteri direttivi sinora esaminati si applicano in generale per gli appalti di lavori, forniture e servizi e, in alcuni casi, anche per le concessioni.

Il disegno di legge contiene anche alcuni criteri specificamente validi per gli appalti di lavori, dai quali si desume, innanzitutto, l'ormai consolidato *disfavor* per la figura del contraente generale, sancito sia nei criteri direttivi, sia in norme direttamente applicabili. Il divieto di attribuzione dei compiti di responsabile o direttore dei lavori a soggetto indicato dal contraente generale è previsto, infatti, sia nella lettera ee, sia nel comma 7, con norma che entrerà in vigore insieme alla legge di delega. I responsabili e i direttori dei lavori, come i collaudatori per appalti aggiudicati a contraente generale devono essere individuati, a sorteggio⁷¹, fra i soggetti iscritti presso un apposito albo nazionale obbligatorio da istituirsi presso il Ministero delle infrastrutture (lettera ff).

Si prevede, inoltre l'obbligo di forme di contabilità esecutiva e di modalità di collaudo tipiche dei lavori pubblici anche per gli insediamenti produttivi strategici privati e le infrastrutture strategiche private di preminente interesse nazionale.

Sono potenziati, contestualmente, i poteri di verifica e di intervento del direttore dei lavori, con riferimento a tutti gli appalti e si introduce una nuova disciplina in materia di varianti in corso d'opera, finalizzata a diminuirne la frequenza e a distinguere fra variazioni sostanziali e non sostanziali rispetto al progetto originario. Per gli appalti di lavori si prevedono, inoltre, specifici obblighi quanto al rispetto dei contratti di lavoro collettivi nazionali e territoriali (lettera vv).

Più in generale, nel disegno di legge si trova una indicazione a favore dei concorsi di progettazione e della riduzione dei casi di appalti integrati e si prevede una generale revisione dei sistemi di garanzia, anch'essi oggetti di significativo contenzioso negli ultimi anni (lettera hh).

⁷¹ Il sorteggio si effettua su elenchi di nomi proposti dalle stazioni appaltanti in numero almeno triplo per ciascun ruolo da coprire.

Non sono invece previsti specifici criteri direttivi per quanto riguarda la sorte delle norme del Codice che consentono forme semplificate di aggiudicazione per i lavori al disotto di determinate soglie⁷², a differenza se non in contrasto con la direttiva. Spetterà al legislatore delegato intervenire eventualmente su queste come su altre norme “differenziali”, facendo applicazione dei principi generali della delega e delle previsioni relative alla procedura negoziata senza bando.

3.5 L'autorità di vigilanza e la promozione della capacità amministrativa.

Dopo la soppressione dell'AVCP, l'Anac ha cumulato le funzioni finalizzate alla prevenzione e al controllo della corruzione nella pubblica amministrazione alle funzioni di vigilanza e di controllo sul sistema dei contratti pubblici. Il modello organizzativo dell'Anac è stato, di conseguenza, rivisto, mantenendo comunque distinti, almeno per ora, i due gruppi di funzioni⁷³.

Il disegno di legge prevede un significativo potenziamento dei poteri dell'Anac, con un criterio direttivo generale relativo all'efficienza del mercato dei contratti pubblici e diverse ulteriori norme specifiche, relative ad aspetti più legati alla lotta alla corruzione. Si concentrano, poi, presso l'Anac una serie di elenchi e di banche dati, che come vedremo richiederebbero un'attenta opera di coordinamento.

Il criterio direttivo generale, contenuto alle lettera o), prevede che siano ampliati i poteri dell'Anac finalizzati all'efficienza del mercato, e relativi quindi alla diffusione delle *best practices*, alla circolazione e scambio di informazioni fra le stazioni appaltanti, alla produzione di indirizzi e linee guida. A questi si aggiungono poteri di “regolamentazione flessibile”, di controllo, di raccomandazione, di intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio. Si tratta, come si vede, di un elenco molto eterogeneo, che richiederà un significativo lavoro di definizione e specificazione da part del legislatore delegato.

Occorrerà, ad esempio, individuare con cura i casi in cui la regolamentazione flessibile può essere dotata di efficacia vincolante, anche al fine

⁷² Ad esempio agli artt. 122 e 123.

⁷³ V. F. Di Lascio, B. Neri, *I poteri di vigilanza dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015.

di mantenere, appunto, il carattere della flessibilità: se si pone un vincolo, questo non può essere modificato frequentemente, come invece consente, appunto, la flessibilità, che può essere coniugata rispetto a condizioni molto diverse (tipi di procedure, oggetto degli appalti, tipi di operatori, tipi di stazioni appaltanti, sperimentazione di nuovi strumenti e modalità operative, e così via).

Ancora, bisognerà individuare i casi in cui è possibile un intervento cautelare, tenendo presente la natura strumentale della cautela, che non può reggersi autonomamente, ma deve sempre essere legata ad un potere finale, così come andranno individuate le condizioni (in genere definite in termini di urgenza e *periculum*) che giustificano l'intervento. Non è chiaro, invece, cosa possano essere i poteri di deterrenza: la deterrenza è, normalmente, un effetto derivante dalle regole valide per determinate condotte o comportamenti, o dall'esercizio effettivo di poteri di ispezione e controllo. Quanto al potere sanzionatorio, infine, occorrerà rispettare il principio di legalità, in base al quale la sanzione dovrà essere disciplinata in tutti i suoi elementi essenziali dalla norma primaria, lasciando all'amministrazione eventualmente la possibilità di determinare, entro limiti prefissati, la quantificazione della sanzione stessa.

A questo gruppo di poteri, riferiti espressamente all'efficienza del settore, si aggiungono nel disegno di legge numerose altre disposizioni che chiamano in causa l'Anac, come si è in parte già visto nell'analisi svolta in precedenza. All'Anac farà capo, ad esempio il sistema amministrativo di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria di richieste di estorsione e corruzione. Presso l'Anac saranno concentrate e unificate le banche dati esistenti nel settore (delle quali manca, per la verità, un censimento). Sempre l'ANAC, oltre ai già citati elenchi di centrali di committenza ed enti aggregatori, dovrà gestire il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, disciplinare e gestire un albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici di appalti pubblici e concessioni⁷⁴, definire le misure di premialità connesse ai criteri reputazionali applicabili agli operatori, tenere un elenco di enti aggiudicatori di affidamenti *in*

⁷⁴ Le commissioni dovranno essere formate mediante sorteggio pubblico da una lista formata mediante l'indicazione da parte delle stazioni appaltanti di un numero almeno doppio di candidati rispetto ai componenti da nominare.

house e dei soggetti controllori di enti ai fini degli affidamenti diretti, ricevere dalle stazioni appaltanti le informazioni su bandi di gara, i partecipanti, l'importo di aggiudicazione, i tempi di completamento dell'opera, l'importo delle somme liquidate⁷⁵. I compiti di vigilanza dell'Autorità sono estesi, inoltre, anche ai contratti secretati.

Il legislatore delegato dovrà definire e risolvere alcune sovrapposizioni che emergono da questo complesso di norme. Per fare un solo esempio: dalla concentrazione delle banche dati presso l'Anac è esclusa la banca dati relativa ai requisiti generali di qualificazione (ivi compreso l'attuale sistema AVCpass, da rivedere e semplificare), che sarà gestita dal Ministero delle infrastrutture. Il sistema di qualificazione deve, però, essere rivisto, secondo il criterio di cui alla lettera nn), anche con l'introduzione di misure di premialità connesse a criteri reputazionali. Non è chiaro, per la verità, se all'Anac spetti solo la disciplina delle misure premiali e a chi spetti, invece, la revisione generale del sistema di qualificazione, né come le due operazioni saranno coordinate fra loro e con la disciplina esistente in materia di *rating* di legalità, date le evidenti differenze fra criteri di capacità realizzativa, criteri di onorabilità e criteri reputazionali.

La sovrapposizione fra la finalità di lotta alla corruzione e la finalità di efficienza del mercato dei contratti pubblici, che pur nella complementarità richiedono almeno in parte regole distinte⁷⁶, emerge con chiarezza anche dalla reiterazione di misure di digitalizzazione, informatizzazione, pubblicità e trasparenza, che sono più frequentemente, almeno sul piano dell'enfasi, finalizzate al controllo e alla individuazione di comportamenti scorretti che non alla semplificazione e alla costruzione di strumenti che rendano più efficiente la gestione delle gare, a differenza di quanto avviene nella direttiva.

La centralità attribuita all'Anac nel settore dovrebbe portare, invece, oltre che naturalmente ad una efficace lotta alla corruzione, alla costruzione di un

⁷⁵ Sono previsti obblighi di comunicazione anche da parte dei pubblici ministeri e dei giudici amministrativi quando, nelle controversie sull'aggiudicazione dell'appalto, rilevino anche sommariamente elementi di scarsa trasparenza delle procedure.

⁷⁶ V. in proposito G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3, 2015.

sistema di indirizzo, supporto, sperimentazione, elaborazione e diffusione di buone pratiche che in Italia manca completamente e che sarebbe il primo e migliore strumento per costruire e promuovere la capacità amministrativa delle stazioni appaltanti, produrre un insieme condiviso di regole operative, risolvere *ex ante* le incertezze che così spesso devono poi essere risolte in sede giurisdizionale, guidare le amministrazioni nell'applicazione delle nuove regole, come del resto stanno facendo altri paesi che hanno affrontato il recepimento delle direttive meno come un processo legislativo e più come un processo amministrativo. Nel Regno Unito, ad esempio, come si è già detto, il recepimento in via normativa si è largamente avvalso della tecnica del *copy out*, trasferendo direttamente molte norme della direttiva in norme dell'ordinamento nazionale, mentre si sono concentrate molte risorse sulla formazione dei funzionari, sulla elaborazione di manuali operativi e di risposte alle domande più frequenti, sulla individuazione delle nuove tecniche e decisioni che le stazioni appaltanti devono abituarsi ad utilizzare per dare attuazione alle novità della direttiva⁷⁷.

La costruzione di una cultura amministrativa della gestione dei contratti pubblici, così manchevole nel nostro ordinamento e così necessaria, potrebbe trovare nell'Anac un centro di riferimento che faccia ampio uso di regolazione e indirizzi, di linee guida e manuali operativi⁷⁸, di supporto tecnico e consulenza, anche al fine di affrontare i problemi via via emergenti con soluzioni flessibili e via via sperimentate, evitando o almeno attenuando forse anche così la turbolenza normativa che ha caratterizzato la storia del Codice dei contratti.

⁷⁷ Nel Regno Unito, inoltre, almeno 12 settimane prima dell'entrata in vigore delle norme che recepiscono una direttiva europea, il governo pubblica un documento illustrativo della nuova disciplina, per permettere a tutti i soggetti interessati di adottare le misure di adeguamento necessarie. Per il processo di recepimento in Francia, v. M. Urbani, *Il processo di recepimento delle direttive europee in Francia*, in A. Pajno, L. Torchia, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit. Il governo francese ha già recepito la direttiva n. 24 e la direttiva n. 25 con l'ordinanza n. 2015-899 del 23 luglio 2015 (composta da 104 articoli), alla quale seguiranno alcuni decreti attuativi, sottoposti a consultazione degli interessati.

⁷⁸ Sui possibili contenuti di un manuale operativo, anche con riferimento alla disciplina vigente v. C. Notarmuzi, *Contratti pubblici e procedimenti amministrativi: la necessità di un manuale operativo*, in A. Pajno, L. Torchia, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., pp. 17 ss.

3.6 *Le norme estranee e le norme che mancano. La governance e i controlli*

Il disegno di legge contiene, come si è visto, numerose previsioni in contrasto con il divieto di *gold plating* (così, ad esempio, in materia di avvalimento, o di appalti sotto soglia), alle quali si aggiungono alcuni casi di norme sicuramente estranee alla materia.

Il primo caso è relativo alla introduzione del dibattito pubblico per grandi progetti infrastrutturali (lettera ggg), alla quale si accompagna, nello stesso criterio direttivo, l'introduzione di una procedura – relativa a qualsiasi opera – che consenta di acquisire tutti gli atti di consenso necessari e che sia, secondo i desideri del legislatore, “semplice, vincolante e non modificabile nel tempo”.

Il dibattito pubblico è in effetti estraneo alla materia dei contratti pubblici, perché esso dovrebbe svolgersi in una fase anteriore alla decisione di realizzare l'opera e si concentra sulla stessa opportunità di realizzazione e sulle caratteristiche dell'opera stessa⁷⁹. Esiste, peraltro, uno specifico disegno di legge dedicato al tema⁸⁰ che richiede una disciplina dettagliata, che appesantirebbe inutilmente il nuovo Codice dei contratti.

Ugualmente estranea alla materia appare la disciplina di una sorta di nuova conferenza di servizi, peraltro già prevista nella legge n 124/2015 (nella quale sono stati dettati, all'art. 2, ben 15 criteri al legislatore delegato relativamente alla conferenza di servizi).

Un ulteriore caso è relativo al criterio direttivo (lettera fff), secondo il quale deve essere assicurata la trasparenza “nella partecipazione dei portatori qualificati di interessi” nella fase di programmazione come in quelle di aggiudicazione e di esecuzione del contratto (per gli appalti come per le concessioni). Non è chiaro, per la verità, se si tratti d un embrione di disciplina

⁷⁹ V. per un'analisi degli istituti in altri ordinamenti, L. Casini, *L'inchiesta pubblica. Analisi comparata*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, n. 1, p. 43-92; A. Averardi, *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2015.

⁸⁰ V. DDL S 1845 “*Norme per la consultazione e la partecipazione in materia di localizzazione e realizzazione di infrastrutture e opere pubbliche*”, presentato al Senato il 26 marzo 2015.

delle c.d. *lobbies*, che difficilmente potrebbe applicarsi, però, solo ai contratti pubblici, né è chiaro se tale partecipazione sia obbligatoria o eventuale. Occorrerebbe comunque chiarire il rapporto fra la disciplina di questa materia e le disposizioni della direttiva in materia di consultazioni preliminari di mercato o di richiesta di consulenze da parte delle stazioni appaltanti, finalizzate all'attivazione di una procedura di appalto.

Anche in questo caso, la materia richiederebbe una disciplina molto articolata, che non può essere retta dal generico criterio direttivo appena esaminato e appesantirebbe inutilmente il Codice dei contratti.

Un ultimo caso è relativo al criterio direttivo (lettera pp) con il quale il legislatore delegato prevede la razionalizzazione, anche per la fase di esecuzione del contratto, degli strumenti di risoluzione delle controversie alternativi ai rimedi giurisdizionali e, contemporaneamente, la limitazione del ricorso alle procedure arbitrali e la riduzione di loro costi.

Si tratta di una scelta criticabile sotto due diversi profili. Non è chiaro, innanzitutto, quale sia l'oggetto della razionalizzazione. L'oggetto della delega non può certo essere esteso a misure processuali o relative alla giurisdizione, che restano estranee sia alla direttiva (e quindi all'operazione di recepimento), sia al Codice dei contratti (e quindi all'operazione di riordino). Il criterio direttivo sembra potersi riferire, quindi, solo agli strumenti già interni al Codice, come l'accordo bonario e l'arbitrato, per i quali però le indicazioni fornite sono troppo generiche per indirizzare efficacemente il legislatore delegato. Per quanto riguarda specificamente gli arbitrati il legislatore ha adottato, peraltro, in altra sede, misure di favore, prevedendo, fra gli incentivi fiscali alla degiurisdizionalizzazione, un credito d'imposta, sia pure di entità ridotta, relativo ai compensi corrisposti agli arbitri⁸¹

Quanto al merito della scelta, la fiducia del legislatore nei rimedi alternativi richiederebbe, per la verità, qualche qualificazione e qualche precisazione sui fini perseguiti. I tentativi reiterati di costruire strumenti alternativi alla giurisdizione in Italia, sperimentati in diversi settori, o non hanno

⁸¹ V. l'art. 21 bis della l. n. 132/2015.

funzionato a fini deflattivi, o hanno finito per aggiungere giudice a giudice e processo a processo (l'esperienza dei giudici di pace e dei giudici onorari è esemplare in proposito). Il possibile effetto deflattivo e di riduzione dei costi dovrebbe essere, quindi, attentamente studiato prima di mettere in campo nuove misure.

Occorre tenere presente, inoltre, che i casi di successo, come ad esempio l'Arbitro bancario finanziario o il servizio di conciliazione dell'AEEG, funzionano perchè sono stati applicati nei confronti di soggetti regolati, sotto il controllo di un'autorità di settore e per casi che difficilmente (o comunque solo in minima parte) avrebbero imboccato la via giudiziaria: si è quindi offerto, in questi casi, uno strumento di tutela ulteriore, e non alternativo, rispetto ai rimedi processuali⁸². Una riflessione sulla introduzione di rimedi alternativi ai rimedi giurisdizionali, che prenda in considerazione anche le funzioni dell'Anac in materia di precontenzioso e di consulenza alle amministrazioni e agli operatori del mercato dovrebbe appunto basarsi sulle esperienze già conosciute in Italia e in altri paesi e non invece dare per scontato che i rimedi alternativi possano comunque avere effetti deflattivi e comportare costi ridotti.

L'attenzione del legislatore per misure sovrabbondanti rispetto all'ambito del recepimento e del riordino è, invece, mancata per misure necessarie, soprattutto ai fini del recepimento, che non appaiono nel disegno di legge. La carenza più evidente è relativa al recepimento delle misure contenute nel Titolo IV della direttiva, intitolato *Governance*. Queste misure prevedono, fra l'altro, che gli Stati membri devono assicurare la disponibilità, gratuita, di orientamenti ed informazioni per l'interpretazione e l'applicazione del diritto europeo in materia di appalti pubblici e che siano adottate misure di sostegno e supporto alle stazioni appaltanti per la pianificazione e la gestione delle procedure di appalto.

⁸² Una estensione delle ADR si avrà con l'attuazione del d.lgs. n. 130/2015, che recepisce la direttiva 2013/11/UE in materia di risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori. La nuova disciplina fa comunque salvo il diritto del consumatore di adire il giudice competente, quale che sia l'esito della procedura di composizione extragiudiziale (art. 1, comma 10, del d.lgs. n. 130/2015, che introduce il Titolo II-bis – Risoluzione extragiudiziale delle controversie – nel Codice del consumo)

Si tratta di misure volte sia ad assicurare la certezza del diritto e la condivisione delle interpretazioni prevalenti nell'applicazione della disciplina degli appalti, sia la costruzione e il miglioramento della capacità amministrativa delle stazioni appaltanti, chiamate ad assumere scelte e a gestire procedure che richiedono conoscenza del mercato, capacità di definire i prodotti, capacità di negoziare e di applicare criteri che non possono essere affidati a strumenti o calcoli puramente automatici. Di misure di sostegno e di supporto vi sarebbe particolare bisogno in Italia, proprio in ragione della frammentazione, lamentata da tutti, delle stazioni appaltanti, delle dimensioni ridotte di molte di esse, della mancanza di manuali operativi che indichino le soluzioni pratiche a molte questioni minute, come del resto avviene in tutte le grandi imprese. Nessuna impresa di dimensioni medie affronterebbe l'acquisto di beni e servizi senza avere fornito ai suoi responsabili un sistema di indirizzi, indicazioni, soluzioni, pratiche e suggerimenti derivanti dall'esperienza e volti ad evitare i possibili errori.

Fra i tanti "sistemi" che il disegno di legge di delega prevede, quasi tutti rimessi alla regolazione dell'Anac, sarebbe forse utile inserire il sistema di supporto previsto dalla direttiva, dando indicazioni chiare al legislatore delegato sui compiti da attribuire, sui prodotti da assicurare, sulle modalità di cooperazione e di interlocuzione fra i tanti soggetti che a questo sistema possono essere interessati.

Manca anche, nel disegno di legge, qualsiasi indicazione sugli obblighi informativi nei confronti della Commissione imposti dalla direttiva alle stazioni appaltanti e agli Stati, ad esempio per quanto riguarda la relazione che la stazione appaltante deve redigere per ogni appalto ai sensi dell'art. 84, o la relazione statistica sui valori degli appalti che lo Stato deve inviare alla Commissione entro il 18 aprile 2017 e poi ogni tre anni ai sensi dell'art. 85.

Oltre alle misure organizzative, sarebbe utile prevedere alcune misure di accompagnamento per quanto riguarda il controllo giurisdizionale e contabile in materia di contratti che aiutino il recepimento della direttiva e risolvano problemi ormai evidenti. Queste misure difficilmente potrebbero trovare spazio nei decreti delegati, in quanto, appunto, misure di contesto, che non possono essere fatte

rientrare, a rigore, nell'oggetto della delega né per quanto riguarda il recepimento, né per quanto riguarda il riordino. Esse potrebbero essere, però inserite come norme direttamente e immediatamente applicabili nella legge di delega, come misure specifiche di accompagnamento. Nel dibattito sul tema sono già emerse due proposte che potrebbero essere facilmente attuate, la prima relativa al processo amministrativo e la seconda relativa al processo contabile.

Con la prima proposta è stata ipotizzata una contestuale revisione del procedimento e del processo in materia di appalti per quanto riguarda la fase di accertamento dei requisiti⁸³. L'amministrazione dovrebbe, in questa ipotesi, accertare la sussistenza dei requisiti e provvedere alle ammissioni e alle esclusioni in una fase preliminare della procedura di gara, con la contestuale introduzione dell'onere di immediata impugnazione della decisione. Le questioni relative ai requisiti soggettivi sarebbero, quindi, oggetto di immediato controllo giurisdizionale, con un rito accelerato disegnato sul modello del rito elettorale. Si separerebbe, così, il contenzioso sui requisiti dal contenzioso sull'esito della gara, con conseguente disincentivo sia all'intreccio di ricorsi principali e incidentali, sia al contenzioso opportunistico, sia ai rischi di duplicazione del contenzioso. L'allungamento dei tempi della procedura di gara dovuto alla necessità di distinguere la fase preliminare relativa alle ammissioni e alle esclusioni dalle fasi successive della procedura sarebbe probabilmente compensato da una anticipazione del contenzioso, riducendone l'impatto sull'esito della gara. Gli eventuali vizi residui che potrebbero farsi valere contro il provvedimento di aggiudicazione dovrebbero necessariamente appuntarsi sulla valutazione dell'offerta e quindi su una materia caratterizzata da discrezionalità tecnica che, pur non sfuggendo al sindacato giurisdizionale, più difficilmente può portare a sentenze di annullamento.

La revisione dello svolgimento della procedura di gara, con l'introduzione di una fase preliminare finalizzata ad evitare o comunque a contenere il contenzioso successivo sull'esito della gara, potrebbe essere naturalmente oggetto

⁸³ V. A. Pajno, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, Convegno di Varenna, 2014 e, più recentemente *I contratti pubblici e il processo*, in A. Pajno, L. Torchia, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit.

di un apposito criterio direttivo, ma essa svolgerebbe interamente i suoi effetti solo se contestualmente venisse anche disegnato uno specifico rito accelerato per le decisioni di esclusione e di ammissione.

La seconda misura riguarda la responsabilità erariale, che dovrebbe essere esclusa nei casi in cui l'amministrazione, o meglio il funzionario responsabile abbia proceduto all'aggiudicazione sulla base di un'ordinanza cautelare o una sentenza, anche non passata in giudicato, che confermi l'esito della gara. I tentativi di sterilizzare gli effetti delle decisioni, specie quelle cautelari del giudice amministrativo, sono destinati, infatti, a rimanere senza effetti se sul funzionario che deve assumersi la responsabilità grava il rischio di rispondere per quella decisione in caso di esito diverso in secondo grado⁸⁴.

Occorre evidenziare che, sul punto, la legge vigente all'epoca era poco chiara. Ed infatti, il legislatore è intervenuto, di recente, inserendo nel Codice dei contratti una norma che permette di proseguire con i cantieri fino al collaudo, senza interruzioni, anche in caso di ricorsi giudiziari.

4. Fiducia, regolazione e amministrazione nella disciplina dei contratti pubblici

L'analisi sinora svolta della direttiva e del disegno di legge ha mostrato una duplice asimmetria.

Per un verso, i criteri direttivi dettati dal legislatore italiano non coprono tutto lo spazio della direttiva. Cosa accade, dunque, per le norme della direttiva che non vengono espressamente recepite o per le quali comunque manca qualsiasi riferimento nel disegno di legge? Una soluzione possibile, ma che richiederebbe uno scrutinio attento dei criteri direttivi nel prossimo passaggio parlamentare, è

⁸⁴ Esempio è, in proposito, il caso della gara per i lavori sul torrente Bisagno a Genova: il rigetto della richiesta di sospensiva da parte del giudice amministrativo non è stato sufficiente a far procedere all'aggiudicazione se non a giudizio di secondo grado completato. Risulta inutile, quindi, la norma introdotta proprio in seguito a questa vicenda, finalizzata a restringere i presupposti in base ai quali può essere concessa la sospensiva e a far prevalere il risarcimento sul subentro nell'aggiudicazione, perché il blocco dei lavori può dipendere non da un provvedimento giurisdizionale, ma appunto dal rischio che il funzionario corre quando una impresa deve essere risarcita (v. i commi 10 e 10 ter dell'art. 11 del Codice, inseriti con il d.l. n. 133/2014, conv. con l. n. 164/2014).

ritenere che le norme “innominate” siano di diretta applicazione o possano essere trasferite nell’ordinamento italiano con la tecnica del *copy out*. Si può altrimenti ritenere che il legislatore italiano abbia inteso fare un recepimento solo parziale della direttiva, ma questa soluzione è legittima solo ove le norme non recepite rientrassero fra quelle già presenti nel Codice o fra quelle facoltative, mentre si è già visto che ci sono numerose norme obbligatorie non richiamate nel disegno di legge e non presenti nell’attuale disciplina nazionale.

Per altro verso, il disegno di legge di delega contiene numerose norme non direttamente finalizzate al recepimento, ma piuttosto al riordino della disciplina nazionale vigente e, in alcuni casi, sovrabbondanti e periferiche persino rispetto a questa seconda operazione. L’eliminazione di alcune di queste norme e il loro esame in sedi più idonee, oltre ad una verifica del rispetto del divieto di *gold plating* anche da parte del legislatore delegante renderebbe più facile sia l’operazione di recepimento, sia l’operazione di riordino.

Il superamento o la correzione di questa duplice asimmetria non può trovare, peraltro, soluzione solo sul piano tecnico del *drafting*, ma richiede una scelta consapevole in ordine alla differenza di approccio fra il diritto europeo e il diritto nazionale ricordata all’inizio di questo studio, che continua a produrre una tensione – a volte con avvicinamenti, a volte con qualche strappo – fra i due ordinamenti.

Questa tensione è particolarmente evidente in relazione a una questione di fondo, che può essere declinata, in termini generali, come una scelta fra regole basate ispirate alla fiducia e regole ispirate alla sfiducia.

Nei sistemi basati sulla fiducia si ammette l’esistenza di un grado di incertezza non eliminabile e si utilizza, appunto, la fiducia come un meccanismo di riduzione dell’incertezza, volto sia a favorire i processi decisionali dei diversi soggetti coinvolti e le relazioni fra loro, sia ad orientare queste relazioni in modo che la fiducia si mantenga e venga rafforzata mediante l’iterazione di comportamenti corretti⁸⁵. Al contrario, nei sistemi nei quali dominano la sfiducia

⁸⁵ In termini generali, v. N. Luhmann *Trust and power*, New York 1979. Come ha osservato un grande sociologo del secolo scorso, la fiducia si pone in una collocazione intermedia

e il sospetto e si tenta di regolare interamente l'incertezza mediante coazione, è assai difficile assicurare la cooperazione e la collaborazione fra soggetti e il conflitto è la chiave prevalente dei rapporti sociali e istituzionali. Un eccesso di regolazione è sempre la spia di una sistematica carenza di fiducia.

Nella disciplina europea prevale la fiducia tanto nei confronti delle amministrazioni, quanto nei confronti delle imprese. Se la ragione giustificativa principale della disciplina dei contratti pubblici sta, per l'ordinamento europeo, nella necessità di determinare anche per i soggetti pubblici un sistema di incentivi simile a quello operante per i soggetti di mercato, una volta definito questo sistema le amministrazioni devono essere libere di muoversi all'interno di esso facendo ampio uso della loro capacità di scelta o, come noi preferiamo chiamarla, della loro discrezionalità. In questo stesso sistema, gli operatori economici devono potersi organizzare secondo le loro convenienze, per garantire allo stesso tempo il massimo di concorrenza e il massimo di partecipazione. I contatti fra le amministrazioni e gli operatori economici sono parte delle normali interazioni di mercato, la libertà di forme del diritto privato è preferibile alla tipizzazione del diritto pubblico, la verifica in concreto è preferita alle presunzioni generali.

Nell'ordinamento italiano, al contrario, prevale la sfiducia tanto verso le amministrazioni come verso gli operatori. La discrezionalità delle amministrazioni è vista sempre come possibile fonte di arbitrio e di favoritismi: di qui la preferenza per l'automatismo – il prezzo più basso, l'esclusione automatica, la verifica mediante mero calcolo – rispetto alla libertà di scelta. Il procedimento di formazione della volontà dell'amministrazione non può, secondo questo approccio, essere rimesso alla negoziazione, ma deve essere controllato e doppiato mediante adempimenti formali e tipici. Di converso, gli spazi di manovra e i mezzi di prova consentiti agli operatori economici devono essere anch'essi definiti *a priori* e tipizzati, in modo che anche per le scelte dei soggetti privati si

fra completa conoscenza e completa ignoranza: "Chi sa completamente non ha bisogno di fidarsi, chi non sa affatto non può ragionevolmente fidarsi" (G. Simmel, *Sociologia*, Milano 1989, p. 299, trad. it. di *Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, Leipzig 1908). V. anche A. Mutti, *The Resiliency of Systemic Trust*, in *Economic Sociology-European Electronic Newsletter*, vol. 6, n. 1, 2004, pp. 13-19 e Id., *Sfiducia*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, n. 2, 2006, pp. 199-223.

possa sempre ricorrere al controllo di conformità, che inevitabilmente richiede la previa determinazione del parametro di riferimento ed esclude, invece, i controlli *ex post* o sui risultati. Le forme giuridiche non sono considerate neutre, come accade nell'ordinamento europeo e vengono di conseguenza assoggettate ad una valutazione di ammissibilità. Questa valutazione si concentra, però, appunto, sulla forma e non sulla effettiva garanzia che attraverso una specifica forma si vorrebbe assicurare e si configura come necessariamente mutevole, perché deve adattarsi all'infinita possibile evoluzione e trasformazione delle stesse forme.

La principale conseguenza di questo approccio sta nella preferenza per la tipizzazione delle condotte, e quindi per regole e istituti di diritto pubblico rispetto alla libertà delle forme tipiche del diritto privato, anche se la giurisprudenza più recente sta operando una correzione di rotta, almeno per quanto riguarda la fase di esecuzione del contratto⁸⁶. L'evoluzione della disciplina delle Soa è, sotto questo profilo, esemplare. Il tentativo di abbandonare lo strumento pubblico dell'albo a favore di un sistema privato di accreditamento è fallito e, soprattutto, le regole di diritto privato e la loro applicazione sono state interpretate come elementi di un sistema di diritto pubblico e sottoposte al vaglio del giudice amministrativo. L'incapacità della giustizia civile di risolvere le controversie in tempi ragionevoli e con esiti non frammentati e spesso divaricati da caso a caso è probabilmente causa concorrente della scelta a favore del diritto pubblico.

Il recepimento della direttiva può essere l'occasione per un esame ragionato e disincantato dei risultati ottenuti con l'approccio predominante nell'ordinamento italiano.

⁸⁶ V. Consiglio di Stato, A. P., n. 14/2014, ove si afferma che “la posizione dell'amministrazione nella fase del procedimento di affidamento di lavori pubblici aperta con la stipulazione del contratto è definita dall'insieme delle norme comuni, civilistiche, e di quelle speciali, individuate dal codice dei contratti pubblici, operando l'amministrazione, in forza di quest'ultime, in via non integralmente paritetica rispetto al contraente privato, fermo restando che le sue posizioni di specialità, essendo l'amministrazione comunque parte di un rapporto che rimane privatistico, restano limitate alle singole norme che le prevedono”. Di conseguenza, in caso di sopravvenute ragioni di opportunità relative alla prosecuzione dell'esecuzione di un contratto d'appalto, l'amministrazione non può utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione, ma deve ricorrere al recesso, come disciplinato dall'art. 134 del Codice dei contratti.

Occorre chiedersi, ad esempio, se la preferenza per gli adempimenti formalizzati rispetto alla libertà delle forme ha davvero garantito la correttezza e la regolarità delle gare e quanto è costata, invece, in termini di aggravamento del procedimento e contenzioso. Se il ricorso a modalità automatiche e meccaniche di scelta abbia assicurato l'imparzialità delle gare e quanto sia costato in termini di qualità. Se la moltiplicazione dei controlli *ex ante* e all'interno della procedura abbia prodotto buoni risultati. Se le misure volte ad assicurare la trasparenza producano effetti anche sul piano dell'efficienza o non occorra misurare l'efficienza secondo parametri di merito e non di legittimità. Se non sia il caso di verificare perché i tempi delle gare sono sempre troppo lunghi rispetto alle esigenze delle amministrazioni e come si possano ridurre questi tempi senza ricorrere a continue deroghe o discipline eccezionali. Se il sospetto che circonda i rapporti e i contatti tra amministrazioni e concorrenti – in quanto tali, per il solo fatto di esserci – sia giustificato dalla sempre incombente “singolarità” italiana o se esso non finisca per ingessare eccessivamente l'azione amministrativa, (e questa rigidità è, in effetti, peculiarmente italiana). Se alla logica formalistica – controllo di conformità contro un parametro dato e impossibilità di rimediare alla eventuale non conformità – non debba accompagnarsi un'analisi comparata dei costi e dei benefici delle regole, nella loro concreta applicazione e sulla loro effettiva capacità deterrente. Se l'effetto deterrente non vada affidato anche alle verifiche e ai controlli *ex post* e alla irrogazione tempestiva di pene certe e adeguate per chi viola le regole. Se, infine, il ricorso così frequente a deroghe ed eccezioni non sia anche il frutto dell'eccessiva pesantezza e macchinosità delle regole ordinarie. Il principale fattore di delegittimazione delle regole sta appunto nella convinzione che seguendo le regole sia impossibile o troppo difficile raggiungere il risultato, di modo che le regole pensate per impedire comportamenti fraudolenti finiscono per rendere difficile la vita a chi le rispetta, ma non incidono, invece, su chi riesce comunque a sottrarsi alla loro applicazione.

Le regole da sole non sono in grado di risolvere, peraltro, la questione di fondo che ne condiziona l'effettiva applicazione: senza una buona amministrazione, dotata delle competenze tecniche necessarie, di una

organizzazione razionale e non frammentata, di una capacità interna di elaborazione e di sviluppo, di una cultura amministrativa moderna, nessun sistema di regole può produrre i risultati attesi. La questione amministrativa in Italia è, oggi come ieri, ineludibile per ogni progetto di riforma e di modernizzazione.