amministrativ@mente

# Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

**Diretta da**
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

**Direttore Responsabile**
Marco Cardilli

**Coordinamento Editoriale**
Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

# FASCICOLO N. 9-10/2016

## estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

## Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat.

## Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado.

## Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, , Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe, Fabrizio Cerioni.

## Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

# Qualità e innovazione nella disciplina dei contratti pubblici fra concorrenza e buon andamento[1]

**di Francesco Rota ***

## Sommario

1. Ratio dell'approccio italiano ai contratti pubblici.- 2. La prospettiva europea.- 3. Il rapporto tra la disciplina nazionale e quella europea.- 4. Il recepimento.- 5. Segue. La capacità amministrativa e le scelte nel recepimento.- 6. Gli elementi di promozione della buona amministrazione nelle direttive del 2014.- 7. Segue. La flessibilità nelle procedure di gara e il soccorso istruttorio.- 9. Il ruolo dell'Anac nella prospettiva del buon andamento.- 10. Conclusioni.

**ABSTRACT**:
Il lavoro, partendo dalla ratio dell'approccio italiano ai contratti pubblici e dal rapporto tra la disciplina nazionale e quella europea, analizza le scelte nel recepimento alla luce alla luce della capacità concrete delle amministrazioni amministrativa e cerca di individuare gli elementi di promozione della buona amministrazione presenti nella disciplina.

[1] Il presente contributo rappresenta lo sviluppo della relazione "*Qualità e innovazione fra concorrenza e buon andamento*" tenuta al Convegno "*Il recepimento delle direttive appalti e concessioni: i nuovi scenari normativi*", il 26 febbraio 2016, in Benevento, nell'Aula Magna dell'Università del Sannio.

## 1. Ratio dell'approccio italiano ai contratti pubblici

L'approccio italiano ai contratti pubblici è stato caratterizzato prevalentemente, sin dalla impostazione contabilistica[2] degli anni Venti, alla tutela dell'interesse pubblico nelle sue diverse declinazioni[3].

L'incidenza nel nostro paese dei rischi costituiti dalla capacità di penetrazione della criminalità organizzata e dalla corruzione negli affidamenti pubblici hanno portato nel tempo alla costruzione di una disciplina che cerca di favorire la trasparenza, di limitare il margine di valutazione dell'amministrazione nella scelta del contraente e di disciplinare in modo attento le procedure di gara per cercare di limitare i rischi derivanti da eventuali condizionamenti esterni o disfunzioni nell'esercizio della funzione amministrativa[4].

Laddove sul piano generale la discrezionalità viene considerata solitamente un valore poiché, consentendo di tenere conto delle circostanze specifiche del caso concreto, permette di individuare l'assetto ottimale degli interessi, l'imparzialità dell'amministrazione nella scelta del contraente sarebbe, nella prospettiva tradizionale italiana, meglio garantita da un'amministrazione distante dalle imprese, con un approccio che mira alla riduzione della discrezionalità.

Le procedure di gara sono spesso intrise da un esasperato rigore formale che rende a volte estremamente difficile per alcune amministrazioni la gestione delle gare. Peraltro, a fronte dello sforzo operato per cercare di "meccanizzare" e "automatizzare" le scelte dell'amministrazione nel tentativo di renderle "neutre" e con la conseguenza di renderne cavillosa la disciplina, si registra la presenza di un sistema di deroghe ampio che impatta fortemente e spesso negativamente sul sistema delle gare[5].

## 2. La prospettiva europea

Il diritto nazionale dei contratti pubblici risente dell'influenza crescente derivante da fonti di

---

* Ricercatore t.d. b), Università del Sannio. Il presente lavoro è stato sottoposto a referaggio secondo la *double blind peer review*.

[2] In realtà, la stessa Corte Costituzionale, con sent. 23 novembre 2007, n. 401, esprimendosi sulla ripartizione della potestà legislativa fra Stato e Regioni, ha affermato la competenza dello Stato in materia ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. e) della Costituzione (tutela della concorrenza), ritenendo superata la concezione contabilistica dei contratti pubblici. Per una ricostruzione del ruolo della legislazione regionale nella disciplina dei contratti pubblici cfr. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 90 ss.

[3] Ex multis, da ultima, v. L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in www.irpa.eu, 2015, 3 che menziona espressamente fra le diverse declinazioni dell'interesse pubblico che hanno caratterizzato l'approccio italiano l'interesse alla buona gestione delle risorse, quello all'imparzialità e quello alla realizzazione delle opere e P. PIRAS, *Gli appalti pubblici tra trasparenza e innovazione,* in *Urbanistica e appalti,* 2/2015, 129 e 132, che, da un lato, evidenzia l'evoluzione della disciplina nazionale da una prospettiva di tutela delle finanze pubbliche all'approccio pro-concorrenziale nelle sue diverse declinazioni e sottolinea l'approccio sempre più trasparente ed ora volto all'accountability e, dall'altro, sottolinea che «*il ruolo della pubblica amministrazione è sempre più finalizzato all'interesse pubblico nel suo essere, per così dire, interesse di sintesi*».

[4] Sul percorso di semplificazione delle gare come strumento di lotta alle criticità procedurali che facilitano il rischio corruzione cfr. ancora P. PIRAS, *Gli appalti pubblici tra trasparenza e innovazione,* in *Urbanistica e appalti,* 2/2015, 135.

[5] Il sistema derogatorio è connesso all'affermarsi di una pluralità di norme di settore e da un troppo ampio ricorso all'emergenza come presupposto per la disapplicazione della disciplina ordinaria, che le ultime direttive cercano di eliminare. In questo senso cfr. ancora L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, *cit.*, 4. Per un'ampia e approfondita disamina critica dell'emergenza come fattore di disapplicazione della disciplina ordinaria cfr. M. BROCCA, *L'altra amministrazione. Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza,* Napoli, 2012.

origine ultranazionale[6] e la disciplina dei contratti pubblici è stata interessata, a partire dagli anni Settanta, anche del progressivo processo di integrazione europea.

Le direttive del 2014 rappresentano un ulteriore tassello nel percorso di avvicinamento fra le discipline dei diversi paesi europei poiché cercano di ampliare sia gli elementi di uniformità e di omogeneità applicabili in tutti gli ordinamenti nazionali che l'ambito di applicazione della disciplina europea[7].

E' stato osservato che, nell'ambito delle finalità complesse e composite dell'Unione, la disciplina europea si è tradizionalmente posta, a differenza di quella italiana, come disciplina di regolazione di un mercato[8], mirando a garantire la concorrenza e l'apertura dei mercati, nella prospettiva del superamento delle barriere nazionali[9].

Del resto, nella prospettiva nazionale, la concorrenza è stata vista come uno degli elementi utili a incidere positivamente sull'imparzialità e sul buon andamento dell'amministrazione, diventando uno degli strumenti principali per assicurare l'efficienza delle scelte dell'amministrazione nel processo d'individuazione del miglior contraente e dell'offerta più rispondente all'interesse pubblico[10]. In questa prospettiva la tutela della concorrenza diventa lo strumento principale per assicurare l'efficienza del processo di acquisizione dei beni e dei servizi da parte delle amministrazioni pubbliche.

Si afferma un interesse pubblico alla creazione di un mercato concorrenziale e l'interesse alla migliore scelta del contraente e dell'offerta viene tutelato indirettamente attraverso la concorrenza-imparzialità.

Il *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*[11] aveva già affermato il tema del ruolo dei contratti pubblici come stimolo al miglioramento dei sistemi imprenditoriali e come strumento per la realizzazione di politiche pubbliche, secondo una prospettiva oggi sposata dalle ultime direttive.

L'impostazione più recente della disciplina europea lascia inoltre alle stazioni appaltanti una maggiore flessibilità e vede nell'interazione con i privati come uno strumento utile a ridurre le asimmetrie informative.

## 3. Il rapporto tra la disciplina nazionale e quella europea

Il processo d'integrazione ha comportato un avvicinamento della disciplina italiana dei contratti pubblici a quella europea ma, benché siano stati recepiti, almeno sulla carta, i principali istituti, sia stata uniformata la struttura delle procedure di evidenza pubblica, e si sia intervenuto sugli strumenti di tutela e sulle regole processuali per avvicinarli al modello europeo, sono ancora presenti significative differenze fra

[6] Cfr. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 43; H. CAROLI CASAVOLA, *L'appalto pubblico e la globalizzazione*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, in P. Rescigno, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2010, 65; E. NWOGWUGWU, *Towards the harmonisation of International procurement policies and practices*, in *Public Procurement L. Rev*., 2005, 131.

[7] V. sul punto L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, *cit.*, 2, che richiama a tal proposito le norme in materia di esecuzione dei contratti e la nuova direttiva in materia di concessioni.

[8] Sul mercato come luogo di composizione di interessi v. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2001, 11 ss.

[9] Cfr. ancora L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, *cit.*, 2, che ricorda come nella prospettiva europea sia fondamentale, «*innanzitutto, garantire l'accesso a tutti gli operatori e assicurare ai medesimi operatori condizioni di parità, trasparenza e imparzialità*».

[10] A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa, 2011.

[11] COM(2011) 15 def.



www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

la prospettiva nazionale e quella europea[12] e, nella prospettiva nazionale, la procedura di scelta si conferma uno strumento di politica pubblica finalizzato al raggiungimento di diversi obiettivi[13].

Le nuove direttive sono ancora largamente ispirate alla ratio originaria, basata sulla volontà di garantire la concorrenza nel settore dei contratti pubblici, qualificato come un mercato e caratterizzato dall'esercizio del potere pubblico come funzione prevalentemente di regolazione che cerca di eliminare le possibili distorsioni connesse alle caratteristiche intrinseche della pubblica amministrazione e delle risorse impiegate[14].

L'impostazione delle direttive del 2014 e in particolare della direttiva 24/2014 resta strettamente ancorata alla descritta visione europea ma, probabilmente anche per effetto degli obiettivi di Europa 2020 e per l'esigenza che il mercato dei contratti pubblici contribuisca a una crescita "*intelligente, sostenibile ed inclusiva*", è stato segnalato un avvicinamento della impostazione della regolazione europea alla impostazione nazionale[15]. In realtà, più probabilmente, è semplicemente avvenuto un ampliamento degli elementi su cui la concorrenza si misura e sono state opportunamente considerate, secondo un approccio più moderno alle discipline di settore, le esternalità e gli impatti di tali discipline in modo da consentire di realizzare politiche al di là delle "materie".

Del resto, già nel *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici*[16], gli aspetti sociali o ambientali, che fino a quel momento erano stati considerati come obiettivi secondari delle politiche degli appalti pubblici, divengono obiettivi complementari a quello della concorrenza[17].

Le direttive, in ottemperanza ai principi di economicità dell'appalto, promozione della continuità dei livelli occupazionali, semplificazione ed implementazione dell'accesso delle micro, piccole e medie imprese, mirano a valorizzare le esigenze sociali e di sostenibilità ambientale. A tal fine le direttive prevedono il ricorso da parte delle stazioni appaltanti a criteri di valutazione delle offerte che agevolino le imprese che s'impegnano a utilizzare, nell'esecuzione dell'appalto, manodopera o personale a livello

[12] In questo senso v. L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, *cit.*, 4 che menziona quali istituti in cui sono ancora presenti marcate differenze fra la disciplina nazionale e quella europea l'avvalimento e l'in house.

[13] L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, *cit.*, 4, sottolinea 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*».

[14] Poiché le decisioni degli organi delle pubbliche amministrazioni producono effetti sui beni e le attività delle amministrazioni stesse e non ricadono nella sfera giuridica del soggetto decidente pur non essendo necessariamente prive di conseguenze su di essa, si pensi alle ipotesi di responsabilità, esse possono essere dovute a una distorsione nell'esercizio della funzione che, per quanto di maggior rilievo nella prospettiva europea, comporta anche una distorsione della concorrenza nel mercato degli appalti pubblici. Per una lettura della prospettiva nazionale ed europea della concorrenza e del ruolo della pubblica amministrazione come acquirente, creatore e regolatore del mercato v. M. Clarich, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione,* in www.giustizia-amministrativa.it, 2015.

[15] L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, *cit.*, 5, afferma espressamente che «*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 lavoro*». E' possibile considerare in questa prospettiva anche l'attenzione delle ultime direttive al tema della promozione dell'innovazione ed il *favor* per la partecipazione delle piccole e medie imprese.

[16] *Libro verde*, cit. Cfr. anche il parere del Comitato economico e sociale INT/570 del 7 luglio 2011.

[17] V. sul punto R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 71. Anche se non più recentissima è sempre attuale l'analisi del rapporto tra mercato unico e valori sociali di A. HEMERIJCK, *Come cambia il modello sociale europeo, in Stato e mercato*, 2002, 191 ss.

locale ovvero in via prioritaria gli addetti già impiegati nel medesimo appalto o, in alcuni casi, quegli operatori economici che coinvolgano imprese di nuova costituzione o giovani professionisti.

La dottrina ha già espresso alcune perplessità sulla nuova normativa che potrebbe «*facilmente prestarsi a distorsioni*» e potrebbe portare alla «*violazione dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione sia fra imprese italiane, sia per imprese di altri paesi europei*»[18]. Del resto la stessa Commissione sembra essere perfettamente consapevole dei rischi di conflitto di questa impostazione con l'apertura dei mercati[19].

Le direttive del 2014 sembrano ispirate in parte da una diversa consapevolezza del ruolo delle amministrazioni nel mercato e sembrano essere il naturale sbocco di quanto affermato nel *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*[20].

Il libro verde considera il mercato e l'economia nel loro complesso e, guardando all'efficienza nella gestione delle risorse, trova negli appalti pubblici un rilevante strumento per favorire processi che favoriscano l'innovazione[21].

In questa prospettiva la disciplina dei contratti pubblici è funzionale, oltre che alla scelta del contraente, all'incremento dell'efficienza dell'amministrazione e deve rappresentare uno stimolo all'innovazione, acquisendo dunque un ruolo d'indirizzo.

In effetti, già il *Libro verde,* tenendo conto della generale crisi economica, secondo una prospettiva cara agli approcci economici al Public Procurement[22], spostava l'enfasi sull'efficienza ed individuava una serie di "obiettivi sociali comuni" che potevano essere perseguiti tramite gli appalti: tutela dell'ambiente e quindi efficienza energetica, lotta contro i cambiamenti climatici, promozione dell'innovazione e dell'inclusione sociale, garanzia delle migliori condizioni possibili per la fornitura di servizi pubblici di elevata qualità. Di fatto, oggi, questi elementi sono stati in parte recepiti nelle direttive.

Un impiego efficiente della politica degli acquisti pubblici come sostegno alle altre politiche richiede necessariamente procedure di aggiudicazione più flessibili e in tal senso si è mosso il legislatore europeo nella predisposizione delle recenti direttive[23].

Sullo sfondo resta l'obiettivo della maggiore efficienza della spesa pubblica[24].

Quanto affermato implica anche un cambio di prospettiva nella considerazione delle amministrazioni che tradizionalmente sono state guardate come acquirenti bisognosi di protezione nei confronti di operatori economici "aggressivi" e sono state protette con un irrigidimento della disciplina e un incremento delle formalità. Le amministrazioni sono ora invece chiamate a diventare soggetti sempre più attivi nel mercato e per l'efficienza e sono chiamate in primo luogo a concepire idee.

Il problema sorge per la adeguatezza delle nostre amministrazioni rispetto al ruolo che si chiede loro di rivestire: le amministrazioni, nella maggior parte dei casi, non sembrano dotate di strutture adeguate a rivestire un ruolo siffatto e la sfida sembra, oggi più di ieri, riuscire a costruire amministrazioni efficienti e caratterizzate da autorevolezza e accountability mentre,

[18] Così, L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, *cit.*, 32.

[19] *Libro verde,* cit., 5.

[20] *Libro verde*, cit.

[21] *Libro verde, cit.,* 3.

[22] V. ad es. A. SÀNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and EU Competition Rules*, Oxford, 2014, 105 ss.

[23] In questo senso R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 70.

[24] In dottrina sono stati espressi dubbi rispetto alla competenza da parte delle istituzioni europee a dettare norme per rendere più efficiente la spesa pubblica ma tali dubbi vengono stemperati in virtù dello strumento prescelto dal legislatore europeo: la concorrenza. Cfr. ancora R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 70.

quando si parla di pubblici amministratori, troppo spesso il primo pensiero va alla Corte dei conti[25].

**4. Il recepimento**

Si è avuto modo di notare come, mentre la recente prospettiva europea lascia alle amministrazioni un ampio margine di azione, l'impostazione italiana è caratterizzata da una disciplina dettagliata che, attraverso la tipizzazione di comportamenti e circostanze, cerca di creare i presupposti per la possibilità di espletare controlli efficaci sulle procedure di scelta del contraente e sugli affidamenti[26].

La maggiore discrezionalità affidata alle amministrazioni dalle nuove direttive e la tensione al risultato richiedono inevitabilmente amministrazioni autorevoli e capaci e la possibilità di innescare processi di buona amministrazione si gioca in primo luogo sulla qualità della normativa di recepimento.

La prospettiva di semplificazione della disciplina nazionale avrebbe dovuto trovare un alfiere nel principio del c.d. *gold plating,* volto a evitare livelli eccessivi di regolazione in modo da ottenere regole in linea con la prospettiva europea[27].

Resta il rischio che il repentino cambio di approccio dalla formalità alla discrezionalità sia controproducente e comporti un peggioramento sostanziale della situazione e ci sono elementi quali ad esempio il cumulo di compiti in capo all'Anac che già stanno mostrando alcuni limiti anche per la difficoltà obiettiva di svolgere efficacemente e celermente compiti gravosi, complessi ed eterogenei.

Se il cambio di prospettiva da un certo punto di vista spaventa, dall'altro, si viene confortati dall'esperienza dell'atteggiamento di sfiducia nei confronti della discrezionalità dell'amministrazione che ha sicuramente rallentato l'azione amministrativa e non è comunque riuscito a fermare condotte collusive o corruttive. Peraltro discrezionalità non significa arbitrio e anche il legislatore nazionale sembra aver tenuto presente e cercato di valorizzare gli elementi che tradizionalmente consentono di verificare l'operato dell'amministrazione. Qualche dubbio si nutre soprattutto rispetto alla concreta possibilità di incidere in tempo utile sull'organizzazione amministrativa rendendola adeguata, efficiente e razionale.

Il legislatore delegato ha scelto fino a che punto semplificare disciplina e procedure di gara e in quali casi disciplinare in modo più accorto alcuni profili[28]. Inevitabimente le opzioni nel recepimento della direttiva sono state condizionate da una realistica valutazione della capacità

[25] P. PIRAS, *Gli appalti pubblici tra trasparenza e innovazione,* cit., 129, sottolinea che le riforme degli ultimi venti anni hanno spinto l'amministrazione lungo un cammino volto ad assicurarne l'efficienza e che l'evoluzione della disciplina dei contratti pubblici si inserisce in questo percorso. Per un'analisi del collegamento esistente fra fiducia nelle amministrazioni e nelle imprese e regolamentazione cfr. L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, *cit.*, 49 ss.

[26] L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, *cit.*, 5, sottolinea che a livello nazionale «*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*».

[27] Cfr. ancora, L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, *cit.*, 23. Per una interessante analisi della semplificazione nella recente normativa in materia cfr. R. DE NICTOLIS, *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà,* in www.federalismi.it, ottobre 2016.

[28] Per un'analisi delle conseguenze delle scelte procedurali in materia di recepimento della normativa v. D. DEL GAIZO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici dall'esame del Consiglio di Stato all'approvazione governativa: profili di produzione normativa e di efficienza amministrativa,* in www.federalismi.it, 2016.

delle nostre amministrazioni di accettare la sfida rappresentata dalla impostazione europea. Resta ora da vedere come l'Anac svolgerà il proprio ruolo di soggetto regolatore e, anche in virtù del rilevante ruolo storicamente assunto nel nostro ordinamento dalla giurisprudenza amministrativa, come essa si porrà nei confronti della nuova disciplina.

**5. Segue. La capacità amministrativa e le scelte nel recepimento**

Negli ultimi anni sono stati molteplici gli interventi che hanno cercato di rendere più efficienti le stazioni appaltanti, incidendo soprattutto sull'aggregazione della gestione delle procedure di gara attraverso la creazione di centrali di committenza e attraverso la valorizzazione del mercato elettronico[29]. I tentativi di migliorare la capacità delle stazioni appaltanti di svolgere in modo efficiente il proprio ruolo non hanno sempre prodotto i risultati sperati. Le recenti direttive ritornano su questi profili spingendo a interrogarsi sulle variabili che possono contribuire al successo (o al fallimento) delle innovazioni proposte e sui fattori che possono contribuire a rendere realmente efficienti le stazioni appaltanti.

Le recenti direttive, seguite dal codice, sembrano approcciarsi al tema dell'efficienza delle stazioni appaltanti facendo ancora una volta ricorso all'aggregazione della domanda[30] che viene perseguita anche con la previsione degli appalti congiunti occasionali e degli appalti transfrontalieri. Vengono però anche introdotte misure che mirano alla qualificazione delle stazioni appaltanti come la specializzazione progressiva della committenza che si affina man mano che aumenta l'esperienza "sul campo".

**6. Gli elementi di promozione della buona amministrazione nelle direttive del 2014.**

Le direttive del 2014 spingono ancora una volta il legislatore nazionale sulla strada della "better regulation" e, posto che parlare di qualità della regolamentazione ha ormai senso solo se si parla anche di qualità sostanziale, contribuendo a migliorare la qualità della regolamentazione, dovrebbero incidere innanzitutto sulla chiarezza e sulla conoscibilità delle norme, presupposto di una buona amministrazione[31]. La scelta di sostituire gli atti normativi (?) dell'Anac ai tradizionali regolamenti solleva una serie di problemi che saranno trattati nel prosieguo del lavoro e, per quanto qui rileva, non sembra essere andata in questa direzione. Queste premesse hanno costituito la base per alcuni rilievi critici in mossi dal Consiglio di Stato[32] ai quali devono

[29] Il processo di riduzione e centralizzazione degli affidamenti è stato già avviato nel nostro paese dall'art. 9, d.l. n. 66/2014.
La spinta all'aggregazione delle stazioni appaltanti sembra avere come corollario, nelle direttive e nella normativa nazionale di recepimento, l'attenzione per le PMI, che potrebbero subire un contraccolpo dalla probabile aggregazione della domanda di beni e servizi da parte delle amministrazioni. In questo senso sembra muovere ad esempio la previsione della divisione in lotti come regola che, qualora non applicata, implica uno specifico obbligo di motivazione per la stazione appaltante. In questo senso cfr. S. VILLAMENA, *Direttive europee «appalti»: qualità, innovazione, semplificazione,* in *Cooperative e Enti non profit,* 1/2015, 40. Per un'esame della disciplina dell'aggregazione della domanda cfr. C. LACAVA, *Le nuove procedure, la partecipazione e l'aggiudicazione*, in *Giornale di Diritto amministrativo,* 12/2014, 1145 ss.

[30] Sembra assolutamente razionale ad esempio l'attenzione alle dimensioni organizzative dei centri di spesa considerate in relazione alla presenza al loro interno delle necessarie professionalità richieste per svolgere attività altamente qualificate posta alla base dell'accorpamento dei centri di spesa.

[31] Sul valore della qualità della regolamentazione si veda, da ultimo, Cons. St., sez. norm., 18-24 febbraio 2016, n. 343.

[32] Cons. Stato, parere del 1/4/2016, num. 855/2016, punti II.e).6 e ss. Si vedano anche le perplessità

essere sommati i dubbi sulla effettiva capacità del quadro normativo disegnato di trasformare le nostre amministrazioni in efficienti interpreti ed esecutori della nuova disciplina. Ma questi sono dubbi che potranno trovare risposta solo con il tempo.

Dalla disciplina introdotta con le direttive del 2014 emergono, assieme alla consolidata attenzione per la concorrenza, delle nuove prospettive che traggono presumibilmente origine dal *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici*[33]. In particolare sembra opportuno segnalare a tal proposito la promozione del buon andamento e l'introduzione di forme di indirizzo degli operatori economici[34].

In realtà la promozione della buona amministrazione[35] pervade la disciplina introdotta dalle direttive ed è connessa al ruolo di indirizzo ed orientamento riservato alle amministrazioni attraverso il mercato dei contratti pubblici. Le amministrazioni sono chiamate, attraverso i contratti pubblici a «*migliorare l'efficienza e la qualità dei servizi pubblici e nello stesso tempo affrontare le principali sfide a valenza sociale*», puntando ad crescita economica sostenibile[36].

Sulla strada della promozione della buona amministrazione sembra opportuno segnalare in primo luogo la opzione del legislatore a favore della riformulata offerta economicamente più vantaggiosa come criterio di scelta del contraente[37]: l'offerta economicamente più vantaggiosa diventa di fatto tale criterio di uso ordinario e generale mentre il ricorso al criterio del prezzo più basso può essere utilizzato in caso di espressa previsione da parte di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative[38].

L'offerta economicamente più vantaggiosa è un criterio di scelta del contraente che può essere considerato un fattore di buona amministrazione e trova ottime motivazioni sul piano teorico ma rischia di scontrarsi con alcune concrete criticità che sul piano pratico possono favorire pratiche di cattiva amministrazione.

L'offerta economicamente più vantaggiosa, consentendo all'amministrazione la considerazione di una molteplicità di elementi che non è possibile conoscere utilizzando il criterio del prezzo più basso, assicura, sul piano teorico, una valutazione più ampia e, dunque, una scelta più attenta dell'offerta.

---

evidenziate in relazione all'incidenza dei numerosi atti attuativi sulla attuazione della disciplina.

[33] *Libro verde,* cit.

[34] Di grande rilievo anche l'attenzione alla fase di esecuzione dei contratti pubblici che fino ad ora era stata trascurata dal legislatore europeo e aveva richiesto l'intervento suppletivo della Corte di Giustizia. Per una prima analisi delle norme che disciplinano le modifiche contrattuali cfr. M. URBANI, *L'efficienza della committenza pubblica e il mercato unico*, in *Giornale di Diritto amministrativo,* 12/2014, 1150 ss.

[35] V. sul punto anche S. VILLAMENA, *Direttive europee «appalti»: qualità, innovazione, semplificazione,* in *Cooperative e Enti non profit,* 1/2015, 37 ss., che evidenzia come fra gli obiettivi della nuova disciplina rientrino anche «*una maggiore efficienza della spesa pubblica, nonché a tutela di obiettivi sociali comuni, come la tutela dell'ambiente e la garanzia delle migliori condizioni possibili per la fornitura di servizi pubblici di elevata qualità*»

[36] Così S. VILLAMENA, *Direttive europee «appalti»: qualità, innovazione, semplificazione,* in *Cooperative e Enti non profit,* 1/2015, 41.

[37] Il Considerando n. 90 della Direttiva sui settori ordinari riconduce lo sfavore per l'utilizzo del criterio del prezzo (o del costo) più basso all'esigenza di sostenere la "qualità" degli appalti pubblici.

[38] Le resistenze dell'ordinamento nazionale all'abbandono della preferenza per il criterio del prezzo più basso sono testimoniate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (C-247/02) che dovette intervenire censurando la preferenza per il criterio del prezzo più basso contenuta nell'art. 21, c. 1, della Legge Merloni. Sembra superfluo precisare che il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa può avvenire anche con l'individuazione di un prezzo o di un costo fisso e con l'invito agli operatori economici a confrontarsi sulle caratteristiche e sui criteri qualitativi dell'offerta.

Allo stesso tempo però l'affermazione di un criterio che sposta la scelta da criteri pressoché automatici a criteri ampiamente discrezionali può offrire il destro a distorsioni della funzione con ripercussioni negative sulla qualità della prestazione appaltata con conseguenze negative sia sul piano del buon andamento dell'amministrazione che della concorrenza fra gli operatori economici. Qualche difficoltà emerge anche, indipendentemente dalle ipotesi di mala fede dalle competenze necessarie alle stazioni appaltanti per individuare e costruire un adeguato sistema di criteri di aggiudicazione da impiegare per affidare contratti in base all'offerta economicamente più vantaggiosa, anche se su questo profilo potrebbe nel tempo incidere positivamente la diffusione delle buone prassi prevista dalle direttive.

Un'ultima notazione critica riguarda la fisiologia del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, soprattutto in caso di ampia risposta al bando, richiedendo un notevole impegno della stazione appaltante nella valutazione dei connotati tecnici delle diverse offerte, porta ad un rallentamento della procedura e rischia di rallentare notevolmente la scelta del contraente da parte dell'amministrazione.

Astrattamente, come si è detto, nella maggior parte dei casi, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa consente una valutazione più accurata da parte dell'amministrazione e dunque una scelta meglio rispondente all'interesse pubblico. E' però così anche in concreto? Dipende dalla permeabilità delle stazioni appaltanti rispetto a possibili e indebite pressioni e dalla loro capacità[39].

In presenza di amministrazioni non adeguatamente qualificate o influenzabili il favor per l'offerta economicamente più vantaggiosa rischia di costituire un grave vulnus per il sistema.

Nel contesto normativo dato, stante anche il divieto di gold plating previsto dalle direttive del 2014, non può che osservarsi che la differenza tra una prospettiva di peggioramento della qualità dell'amministrazione e quella di miglioramento della stessa sarà condizionata da una pluralità di elementi fra cui spiccano la efficacia della disciplina anticorruzione, la qualità dei criteri di scelta del contraente utilizzati dalle stazioni appaltanti e, soprattutto, la qualità delle stazioni appaltanti.

L'impegno del legislatore nazionale, che nell'immediato è stato dedicato al recepimento delle direttive, dovrà in prospettiva essere sempre più mirato alla qualificazione continua e progressiva delle amministrazioni e delle stazioni appaltanti, nella consapevolezza che i rischi connessi ai limiti oggettivi delle nostre amministrazioni aumentano nel nuovo contesto normativo. Su questo punto gioca un rilevante ruolo l'Anac che non si è però ancora espressa sulla qualificazione delle stazioni appaltanti.

I rischi che la maggiore flessibilità porta con sé sembrano peraltro alla base di una serie di norme sancite dalle direttive che guardano al buon andamento oltre che alla concorrenza.

In questo senso sembra possibile leggere il rafforzamento della trasparenza[40] – con

[39] La crescente complessità delle valutazioni che le Amministrazioni saranno chiamate a fare è confermata anche da altre norme sancite dalle direttive come, ad esempio, la considerazione del costo, quale "costo del ciclo di vita", criterio qualitativo di scelta del contraente. La possibilità di considerare fra i criteri di aggiudicazione il ciclo di vita aveva già trovato conferma nella giurisprudenza della Corte di giustizia Ue, che si era espressa sul punto in causa C- 368/10 del 10 maggio 2012, nel giudizio Commissione/Paesi Bassi. Sul ciclo vita v. C. LACAVA, *Le nuove procedure, la partecipazione e l'aggiudicazione*, cit., 1146 ss.

[40] Cfr. ad es. Direttiva 2004/18/CE, considerando 2-46 e art. 2. Sul rapporto tra art. 97 Cost. e trasparenza cfr.

l'introduzione in alcuni casi di forme di dibattito pubblico-, l'introduzione di misure volte a prevenire e individuare comportamenti illeciti e la migliore circolazione delle informazioni sui concorrenti e a disposizione delle stazioni appaltanti degli Stati membri.

Sembra un reframe ma, quando si parla di buona amministrazione e di qualità dell'azione amministrativa, nell'inscindibile connessione fra attività e organizzazione, si finisce sempre per puntare il dito sulla capacità e qualità delle amministrazioni pubbliche.

Del resto l'offerta economicamente più vantaggiosa viene ora basata su un approccio che, considerando il rapporto tra il costo sostenuto dall'amministrazione e la qualità dell'offerta in relazione alle esigenze dell'amministrazione stessa, consente la valutazione di criteri qualitativi, ambientali, sociali collegati all'oggetto dell'appalto[41].

Il legislatore nazionale cerca ormai da qualche anno di contrastare i fenomeni corruttivi affiancando alle tradizionali misure penali di matrice repressiva e successiva un corposo impianto di misure amministrative anche preventive, cercando di costruire un più efficiente sistema di lotta alla corruzione[42].

Il tentativo del legislatore nazionale di incidere positivamente sul sistema dei contratti pubblici passa peraltro dal rafforzamento della trasparenza e dalla previsione di una serie di obblighi di pubblicazione. Non a caso parte della dottrina ha affermato l'importanza della trasparenza e dell'accesso alle informazioni nel settore dei contratti pubblici come «*contrappeso alla discrezionalità amministrativa che la funzione di committenza implica*»[43].

Sembra doversi salutare con favore l'attenzione dedicata dalla nuova normativa alla fase dell'esecuzione che, nonostante i tentativi della dottrina[44] di rafforzare le garanzie previste per il corretto svolgimento della fase finale degli appalti, restava caratterizzata da criticità che rischiavano di compromettere il buon funzionamento dell'intera disciplina. Sembra in questo senso condivisibile la ratio di tale attenzione individuata dal Consiglio di Stato nel tentativo di «*assicurare il rispetto del principio di concorrenza anche in questa fase*» ed «*evitare che un'eccessiva libertà nella modificazione degli accordi contrattuali "a valle" possa finire per eludere il rispetto delle regole di garanzia "a monte" che presiedono allo svolgimento della procedura amministrativa di scelta del contraente*»[45].

### 7. Segue. La flessibilità nelle procedure di gara e il soccorso istruttorio

L'incremento della flessibilità nelle procedure di gara, registrato in virtù delle direttive del 2014 ed evidenziato anche dalla previsione della procedura competitiva con negoziazione e dei partenariati per l'innovazione, può rappre-

ex multis Cons. Stato, sez. VI, 30.1.2007, n. 362, C. Giust. Ce, IV, 13.9.2007, in C-260/2004 Commissione Ce vs. Italia; A. MASSERA, M. SIMONCINI, *Fondamenti dei contratti pubblici in Italia*, in *Ius Publicum*, 2011, www.ius-publicum.com.

[41] H. CAROLI CASAVOLA, *Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche Ue 2020*, in *Giornale di Diritto amministrativo,* 2014, n. 12, 1146 ss.

[42] Sull'affermazione e sui vantaggi della previsione di misure amministrative di contrasto alla corruzione v. M. CLARICH, B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione,* in Mattarella, Pelissero (A CURA DI), *La legge anticorruzione,* Torino, 2013, 59.

[43] Così, C. IAIONE, *Contratti e opere pubbliche,* in Ponti (A CURA DI), *La trasparenza amministrativa dopo il d. lgs. 14 marzo 2013, n. 33,* Repubblica di San Marino, 2013, 294. Si consideri però che in letteratura sono presenti anche studi che tendono a dimostrare l'ininfluenza della trasparenza rispetto all'efficacia del contrasto alla corruzione.

[44] La necessità di applicare i principi della selezione e in particolare il principio di trasparenza e quello di concorrenza anche alle altre fasi degli appalti pubblici è stata ad esempio affermata in dottrina da R. CAVALLO PERIN – G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione degli appalti pubblici,* in *Dir. Amm.,* 2010, 329

[45] Si veda il punto II.d.5 del parere del Cons. Stato, del 1/4/2016, num. 855/2016.

sentare un ulteriore fattore che impatta sulla buona amministrazione[46].

Entrambe le procedure menzionate mirano a colmare un vuoto nel nostro ordinamento consentendo all'amministrazione di muoversi più agilmente in tutti i casi che richiedono la progettazione e lo sviluppo di nuove soluzioni.

La procedura negoziata con pubblicazione del bando viene sostituita dalla procedura competitiva con negoziazione che, da un lato, ne amplia l'ambito di applicazione e, dall'altro, ne precisa meglio il procedimento[47].

La funzione della procedura negoziata con pubblicazione del bando, come del resto quella del partenariato per l'innovazione, è consentire all'amministrazione un'adeguata selezione del contraente e dell'offerta nei casi in cui è di fatto impossibile la individuare a monte le specifiche tecniche dell'opera del servizio o della fornitura poiché si è di fronte a prestazioni che richiedono la messa in campo di soluzioni innovative e che dunque richiedono una serie di negoziazioni per poter essere definite.

La ratio della normativa consente di comprendere agevolmente che l'oggetto della negoziazione riguarda ciò che in virtù della particolarità della prestazione non può essere ricompreso nella negoziazione stessa poiché individuabile ex ante, ossia i requisiti minimi ed i criteri di aggiudicazione, mentre non sono oggetto di negoziazione le offerte iniziali che vengono migliorate e selezionate progressivamente attraverso i diversi step di negoziazione. Quando l'amministrazione ritiene che le offerte abbiano raggiunto un livello qualitativamente adeguato, termina la fase di negoziazione e i concorrenti vengono invitati a presentare le offerte finali che devono rispettare i requisiti minimi previsti dal bando e vengono valutate secondo i criteri di aggiudicazione predeterminati.

In parte simile si presenta il meccanismo del partenariato per l'innovazione[48], con la particolarità che, in questo caso, essendo presenti attività di ricerca e innovazioni, il dialogo fra l'amministrazione e l'offerente concernerà anche i livelli di prestazione attesi e i costi massimi che potranno essere sostenuti[49].

Se si sofferma l'attenzione sul tipo di negoziazione previsto e sulla particolarità dell'oggetto della negoziazione nelle procedure in parola, risulta evidente che il rapporto tra l'amministrazione e i singoli offerenti è un rapporto fortemente basato sulla collaborazione

[46] Sul mutato atteggiamento del legislatore europeo nei confronti delle procedure negoziate v. R. CARANTA, D. C. DRAGOS, *La mini- rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 5/2014, 497. Per una prima analisi delle nuove procedure di gara S. VILLAMENA, *Direttive europee «appalti»: qualità, innovazione, semplificazione,* in *Cooperative e Enti non profit,* 1/2015, 41 ss.

[47] La procedura menzionata è utilizzabile nelle gare in settori ordinari e può essere impiegata per tutte le tipologie di appalto. Cfr. Sul punto C. LACAVA, *Le nuove procedure, la partecipazione e l'aggiudicazione*, cit., 1142 ss. L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, *cit.*, 8, sottolinea il maggiore ambito di applicazione della nuova procedura rispetto alla vecchia procedura negoziata con pubblicazione del bando che poteva essere impiegata solo in singole categorie di appalto.

[48] Anche in questo caso l'amministrazione deve fissare e indicare ex ante i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non negoziabili che gli offerenti devono soddisfare e anche in questo caso è prevista la negoziazione dell'offerta iniziale che attraverso progressivi miglioramenti porta all'offerta finale.

[49] Interessante la possibilità, ricordata da L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, *cit.*, 8, che, l'amministrazione, possa risolvere il contratto dopo ogni singola fase, qualora abbia previsto e disciplinato questa ipotesi nei documenti di gara. L'utilità di siffatta possibilità emerge con evidenza se si considera che trattandosi di attività basate sullo svolgimento di attività di ricerca, portano con sé le incognite connesse intrinsecamente agli esiti della ricerca che potrebbe anche avere risultati deludenti.

per la progettazione e la individuazione della possibile innovazione utile ma che, anche in questa ipotesi, per quanto possibile si ricorre a una valutazione basata su elementi predeterminati, limitando le possibilità per l'amministrazione di scegliere arbitrariamente il contraente[50].

Quanto affermato consente anche di capire che tale fattispecie difficilmente può essere assoggettata ai tradizionali controlli di conformità e si presta maggiormente alla individuazione di step intermedi da raggiungere[51]. In questo senso sembra militare anche la possibilità per l'amministrazione di risolvere il contratto dopo ogni singola fase, cui si è fatto riferimento sopra. Il discorso appena fatto lascia peraltro comprendere anche l'importanza e l'opportunità che le amministrazioni prevedano e disciplinino questa possibilità di risoluzione nei documenti di gara in modo da non avere problemi qualora le attività svolte non diano i risultati sperati.

In realtà la nuova impostazione della disciplina europea dei contratti pubblici sembra aver abbandonato l'idea tipica del nostro ordinamento che associava il buon andamento negli appalti alla formalità dei rapporti e alla capacità di limitare la discrezionalità nella valutazione delle offerte onde evitare distorsioni nell'esercizio della funzione e sembra aver sposato un approccio che vede nella maggiore discrezionalità della amministrazione un elemento fondamentale per consentire all'amministrazione di ottenere dai contraenti prestazioni adeguate e rispondenti all'interesse pubblico[52]. Inevitabilmente la prospettiva collaborativa incide anche anche sulla formalità dei rapporti.

La differenza d'impostazione è inevitabilmente più evidente in alcune procedure ma sembra potersi registrare una tendenza che attraversa tutta la disciplina. Resta da vedere come la giurisprudenza nazionale ed europea inciderà sulla concreta applicazione delle norme introdotte.

Viene da chiedersi se una simile impostazione possa incidere positivamente sul buon andamento dell'amministrazione. La risposta passa necessariamente ancora una volta dalla considerazione delle capacità dell'amministrazione stessa. Maggiore discrezionalità può significare maggiore qualità se l'amministrazione è qualificata ed è capace di valutare adeguatamente e di scegliere; minore rigidità e minore possibilità di controlli (di conformità) può non significare cattiva amministrazione in un sistema caratterizzato da un basso tasso di corruzione.

Non si esclude dunque che in alcuni paesi europei questa riforma possa contribuire a migliorare la qualità delle selezioni operate dall'amministrazione. Il punto però è anche capire come la riforma potrebbe impattare sul sistema di acquisizione di lavori, beni e servizi in Italia[53].

L'esperienza nazionale lascia temere sia per la reale capacità delle amministrazioni di definire le proprie esigenze in situazioni complesse, sia per la capacità di verificare concretamente se la particolarità della prestazione impedisca un suo

[50] C. LACAVA, *Le nuove procedure, la partecipazione e l'aggiudicazione*, cit., 1142 ss., citando il *Libro verde della Commissione relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni* - COM (2004) 327 e sottolineando la durata della cooperazione attorno al progetto delle parti, ascrive la procedura in parola alla categoria della partnership pubblico-privato.

[51] L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, *cit.*, 10, afferma che, in questo caso «*è 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*».

[52] La tendenza sembra confermata da una serie di elementi quali la disciplina delle consultazioni preliminari di mercato e la possibilità di richiedere varianti ai concorrenti.

[53] Per una considerazione degli studi che evidenziano i limiti di una impostazione delle procedure improntate alla rigidità cfr. C. LACAVA, *Le nuove procedure, la partecipazione e l'aggiudicazione*, cit., 1144.

reperimento sul mercato[54]. Preoccupa un po' meno la capacità delle amministrazioni di individuare correttamente i requisiti minimi, che però, restando tra i pochi elementi credibilmente soggetti a controllo di conformità ed essendo dunque caratterizzati da una certa "rigidità", devono essere individuati con cura e competenza. Ulteriore elemento di perplessità è costituito dalla capacità di molte amministrazioni di definire e promuovere progetti innovativi e di negoziare efficientemente in modo da ottenere un miglioramento progressivo delle offerte realmente funzionale alla migliore soddisfazione dell'interesse pubblico[55]. Certo, su questo punto inciderà fortemente l'effettivo funzionamento delle nuove prospettive di aggregazione e del meccanismo di qualificazione delle stazioni appaltanti. Restano alcune perplessità che riguardano principalmente i casi in cui entra in gioco una stazione appaltante qualificata diversa dall'amministrazione contraente e le esigenze dell'amministrazione sono, come nel caso di alcune delle procedure cui si è fatto cenno sopra, in progressiva definizione e rischiano di essere in qualche modo orientate e definite dalla stazione appaltante e non dall'amministrazione contraente.

Sullo sfondo resta il problema che possano esserci indebite distorsioni della funzione in presenza di una così ampia discrezionalità dell'amministrazione e di tale problema sembra essere consapevole anche il legislatore europeo che, non a caso, si è preoccupato di disciplinare le ipotesi di conflitto di interessi, di prevedere una serie di strumenti che dovrebbero disincentivare la corruzione e l'illegalità, e di contribuire a ridurre le situazioni che favoriscono comportamenti corruttivi e a favorire la circolazione delle informazioni sui concorrenti[56].

Il legislatore italiano ha avuto un discreto margine di tempo per intervenire già prima del recepimento e qualcosa per limitare l'incidenza sull'amministrazione dei fenomeni corruttivi è stata fatta. Si pensi ad esempio all'attenzione agli strumenti tecnologici come garanzia di valutazione della qualità e dell'integrità nei contratti pubblici e, più in generale, alle norme in materia di trasparenza e di lotta alla corruzione introdotte negli ultimi anni. Certo, l'impegno al cambiamento per un'amministrazione di qualità deve essere continuo e costante e, per molte amministrazioni italiane, in tempi di limiti al turn over il raggiungimento di standard qualitativi adeguati è difficile se non impossibile.

Il soccorso istruttorio ha sempre costituito un elemento controverso ed è stato oggetto di vivaci discussioni e, nonostante i relativamente

[54] Si pensi a quanto avvenuto qualche anno fa per il cambiamento dell'assetto proprietario di un noto gestore telefonico che forniva i servizi di telefonia mobile alle amministrazioni o al caso degli elicotteri Agusta conclusosi con la sentenza dell'8 aprile 2008, della CGE, Grande Sezione, in C- 337/2005.

[55] Analoghe perplessità sembrano essere state sollevate sinteticamente da L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, *cit.*, 10.

[56] Le direttive contengono una disciplina specifica del conflitto d'interesse individuandone il livello minimo e precisando in quali casi esso può operare come causa di esclusione. Sulle misure introdotte dalle direttive per contrastare la corruzione cfr. F. DI CRISTINA, *La prevenzione dell'illegalità e l'interazione tra le amministrazioni*, in *Giornale di Diritto amministrativo,* 12/2014, 1145 ss. Non deve essere peraltro dimenticato che la direttiva prevede anche alcuni meccanismi di verifica della situazione reale nei diversi paesi: in primo luogo gli stati membri devono individuare e comunicare alla Commissione i soggetti preposti a verificare l'applicazione della direttiva e che la direttiva stessa attribuisce loro il potere di segnalare alle autorità competenti sia le eventuali violazioni specifiche che i problemi sistemici, obbligandoli a rendere pubblici i risultati della propria attività; in secondo luogo gli stati membri devono relazionare ad intervalli regolari alla Commissione sui problemi di attuazione della normativa, sulla partecipazione delle PMI e sulle irregolarità di maggior gravità rilevate nelle gare. L'Anac acquista peraltro in tale prospettiva poteri di controllo sull'esecuzione delle prestazioni, attraverso verifiche effettive.

recenti interventi normativi, si è confermato nel tempo causa di un marcato contenzioso[57].
In assoluta coerenza con l'approccio descritto la direttiva consente, fatta salva l'espressa scelta contraria del legislatore nazionale, di ampliare i margini di operatività del soccorso istruttorio, consentendo agli offerenti anche presentare documenti mancanti. Il limite resta il rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento che però dovranno presumibilmente essere interpretati in modo più restrittivo rispetto a quanto fatto sino ad ora.

**8. Il ruolo dell'Anac nella prospettiva del buon andamento.**

La riforma della disciplina dei contratti pubblici rafforza il ruolo dell'Anac, non solo in relazione agli aspetti connessi al contrasto dei fenomeni corruttivi, quanto in relazione ai profili di efficienza del mercato dei contratti pubblici.
In particolare l'Anac dovrebbe gestire il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, basato sulla loro effettiva capacità tecnica e organizzativa, con un ruolo fondamentale per l'efficienza del sistema e per la professionalizzazione delle stazioni appaltanti.
Nella disciplina dei contratti pubblici sembra affermarsi con forza crescente il ruolo di forme di disciplina di soft law che fanno capo all'Anac. L'Autorità dovrà individuare indirizzi e linee guida e diventa titolare di poteri di veri e propri poteri di regolamentazione del settore.
E' chiaro che la previsione di un ruolo così forte della soft law nella disciplina dei contratti pubblici deriva dall'influenza esercitata sulla direttiva da ordinamenti di common law e rientra nelle dinamiche tipiche di una tendenza ormai in atto nel nostro ordinamento[58]. Restano però elementi critici che partono dalle considerazioni sul principio di legalità e sul sistema delle fonti e arrivano a toccare profili pratici concernenti il dubbio che la soft law in alcuni casi possa costituire una "complicazione" del sistema e non una sua "semplificazione" e che forse sarebbe staro preferibile continuare a fare ricorso ai regolamenti governativi e non a meccanismi di soft law[59]. Il Consiglio di Stato[60] ha già provveduto a evidenziare che le linee guida e gli altri decreti ministeriali sono di fatto atti regolamentari e dunque verrebbe da dire "nihil novi sub sole", mentre qualche problema in più lo pongono gli atti dell'Anac con efficacia vincolante[61]. Essi devono probabilmente essere ascritti agli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti, assorbendone pregi e difetti[62].

[57] Si veda anche la Determinazione dell'Anac n. 1 dell'8 gennaio 2015, "Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 22 del 28 gennaio 2015 e disponibile sul sito www.anticorruzione.it .

[58] Per una lettura delle fonti tra tipicità e atipicità e per alcune interessanti note critiche sull'impiego degli strumenti di soft law nel nostro ordinamento v. M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo,* in AA. VV., *Le fonti nel diritto amministrativo,* AIPDA Annuario 2015, Atti del Convegno annuale, Padova 9-10 OTTOBRE 2015, Napoli, 2016. Sugli atti attuativi del codice e sull'insufficienza delle garanzie procedimentali e di qualità della regolazione relative agli atti dell'ANAC, si veda anche N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, Relazione al Convegno "Codice 50, atto secondo" svoltosi a Roma il 14 giugno 2016, in www.igitalia.it.

[59] Per una disamina degli elementi che renderebbero legittimi tali atti cfr. Cons. Stato, parere del 1/4/2016, num. 855/2016, punto II.g). 5. Interessanti le osservazioni di R. DE NICTOLIS, *Il codice dei contratti pubblici: della semplificazione che verrà*, cit., in merito alla semplificazione operata dal legislatore.

[60] Cons. Stato, parere del 1/4/2016, num. 855/2016, punto II.g).3.

[61] Quelli sprovvisti di efficacia vincolante possono pacificamente essere considerati semplici atti amministrativi.

[62] Sull'ascrivibilità di alcuni atti dell'Anac fra gli atti di regolazione delle autorità amministrative indipendenti cfr. ancora Cons. Stato, parere del 1/4/2016, num. 855/2016, punto II.g).5. Per una disamina critica del potere di regolazione delle Autorità amministrative

L'esperienza degli ultimi regolamenti unici di esecuzione e attuazione segnala come questi regolamenti siano stati causa di un incremento della cavillosità del sistema con tempi di adozione e interventi successivi di rilegificazione e questo ha spinto anche il legislatore nazionale a sposare l'approccio anglosassone nella speranza di accelerare i tempi di attuazione della riforma e di semplificarne l'aggiornamento funzionale[63]. Certo, l'inizio non sembra incoraggiante se si considera che la prospettiva di introdurre una regolamentazione flessibile e semplificata contempla al momento, secondo quanto affermato dal Consiglio di Stato nel parere del 1/4/2016, num. 855/2016[64], 50 decreti attuativi, di cui alcuni, quelli dell'Anac, di dubbia natura giuridica[65]. Si aggiunga che la presenza di una norma poco funzionale in un regolamento veniva facilmente superata apportando una modifica a quella singola norma mentre la sua presenza in una delibera dell'Anac sembrerebbe richiedere la sostituzione dell'intera delibera.

L'impatto sulla nuova disciplina degli ordinamenti anglosassoni emerge anche dai compiti dell'Anac di diffusione delle best practices, oltre che di circolazione e scambio di informazioni fra le stazioni appaltanti.

Deve inoltre aggiungersi che l'Anac, cui spettano anche azioni di promozione dell'efficienza, diventa fulcro di elenchi e banche dati e titolare anche di poteri di controllo, cautelari e sanzionatori in tema di contratti pubblici trovandosi a dover gestire una enorme mole di lavoro con la necessità di svolgere una pluralità di ruoli diversi ed eterogenei.

In particolare si ricorda che viene creato, presso l'ANAC, l'albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici di appalti pubblici.

Non deve inoltre essere omesso che i menzionati compiti dell'Anac in materia di contratti pubblici si vanno a sommare a quelli già posseduti dall'Autorità per la lotta alla corruzione. L'importanza che la lotta alla corruzione riveste rispetto agli effetti concreti dell'implementazione di una disciplina che, come quella in parola, incide su un settore caldo, i contratti pubblici, e amplia i poteri discrezionali dell'amministrazione, riducendo le formalità di gara, richiede un forte coordinamento fra le due discipline. Cionostante, come è stato osservato, la lotta alla corruzione e la efficienza del mercato dei contratti pubblici, pur essendo complementari, richiedono regole distinte[66].

indipendenti v. M. BOMBARDELLI, *Le Autorità amministrative indipendenti*, in *Ius Publicum*, www.ius-publicum.com, 2013, 15.

Sui poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti, cfr. anche M. FOGLIA, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Quad. reg.*, 2008, 559 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in www.astrid-online.it, 2009.

[63] Positiva sembra la valutazione del ricorso a strumenti di soft law fatta dal Cons. Stato, parere del 1/4/2016, num. 00855/2016, punti II.f).1 e II.f).2 che afferma testualmente: «*l'opzione della legge delega, di abbandonare il modello del regolamento esecutivo e attuativo, va pertanto considerata una moderna e condivisibile scelta politica e culturale di "flessibilità" rispetto a un precedente modello di "iper-regolazione di dettaglio"*».

[64] Per alcune interessanti note sul parere del Consiglio di Stato v. D. DEL GAIZO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici dall'esame del Consiglio di Stato all'approvazione governativa: profili di produzione normativa e di efficienza amministrativa*, cit.

[65] V. sul punto anche P. QUINTO, *I rilievi (critici) dell'Adunanza del Consiglio di Stato al Codice degli appalti,* in Lexitalia.it che, richiamando il parere del Consiglio di Stato, sottolinea criticamente come, dei decreti attuativi, 16 siano del MIT, 15 siano atti dell'ANAC, 4 siano D.P.C.M., 15 siano decreti di altri Ministeri e 1 sia un atto demandato a Consip e ad altre centrali di committenza.

[66] In questo senso L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, *cit.*, 41, che sottolinea ad esempio come una serie di misure siano «*frequentemente, almeno sul piano dell'enfasi, finalizzate (*più*) al controllo e alla individuazione di comportamenti scorretti che non alla*

**9. Conclusioni**

La recente disciplina europea degli appalti pubblici evidenzia un ruolo importante delle amministrazioni nell'applicazione della normativa, e guarda alle amministrazioni come soggetti meglio in grado di valutare le proprie esigenze e la qualità delle offerte. Realisticamente questa condizione viene in realtà riconosciuta ad alcune amministrazioni e, in base al principio di sussidiarietà, in modo crescente in relazione alla concreta capacità di gestire le gare, secondo il sistema di qualificazione disegnato dalla normativa[67].

Il buon funzionamento delle gare pubbliche è dunque in gran parte connesso alla capacità delle amministrazioni di interpretare correttamente il proprio ruolo[68] e alla capacità dei regolatori nazionali di aiutare le nostra amministrazioni sulla strada dell'efficienza, necessario presupposto per un utile impiego della fiduciosa flessibilità prevista dalla disciplina europea[69]. Saranno queste capacità a condizionare nei prossimi anni lo sviluppo del mercato/settore dei contratti pubblici con una incidenza ampia e trasversale su altri settori a causa del ruolo assunto dagli appalti per l'affermazione di prospettive di crescita e sviluppo socioeconomico.

Da qui l'importanza di potenziare le capacità di gestione delle procedure da parte delle stazioni appaltanti e la necessità di evitare che la maggiore discrezionalità delle amministrazioni e l'ampiezza dello sguardo consentito alle amministrazioni dall'approccio della nuova normativa non venga utilizzata per limitare la concorrenza.

In questa prospettiva ruolo centrale è quello dell'Anac che dovrebbe esercitare i propri poteri di indirizzo e supporto in questa direzione, contribuendo a costruire nelle amministrazioni una cultura di gestione dei contratti pubblici.

Come accennato sopra, non sono pochi i dubbi che sussistono in questo momento in relazione alla reale capacità (anche -ma non solo- semplicemente in termini di organico) dell'Anac di gestire in questo momento adeguatamente anche questa funzione.

---

*semplificazione e alla costruzione di strumenti che rendano più efficiente la gestione delle gare, a differenza di quanto avviene nella direttiva*».

[67] Perplessità in merito alla capacità attuale delle amministrazioni di poter esercitare sin d'ora il ruolo che la disciplina europea riconosce loro sono manifestate anche da M. URBANI, *L'efficienza della committenza pubblica e il mercato unico*, cit., 1159.

[68] La possibilità che la prospettiva europea non abbia un impatto negativo sul contesto italiano è strettamente connessa all'applicazione della disciplina nelle singole procedure di gara. Fondamentale sembra infatti il ruolo di elementi inevitabilmente lasciati alla scelta dell'amministrazione a partire dalla qualità dei concreti criteri di valutazione delle offerte.

[69] In questo senso cfr. anche C. LACAVA, *Le nuove procedure, la partecipazione e l'aggiudicazione*, cit., 1144.