



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI
CASSINO E DEL LAZIO MERIDIONALE

Corso di Dottorato in
Istituzioni, Mercati e Comportamenti

Curriculum Istituzioni e Azienda

Ciclo XXXIII

*L'anticorruzione nella Pubblica Amministrazione, con
specifico riferimento alle fasi di controllo nella
aggiudicazione degli appalti pubblici*

Diritto Costituzionale

Coordinatore del Corso
Chiar.ma Prof.ssa Rosella Tomassoni

Dottorando
Pierluigi Lanni

Supervisore
Chiar.mo Prof. Fulvio Pastore

*Alla mia cara Antonietta,
con eterna graditudine.*

Indice

pag.

<i>Prefazione</i>	6
Riforme successive all'entrata in vigore del Codice degli Appalti Pubblici.....	17
CAPITOLO PRIMO	24
<i>Principi costituzionali in tema di contrasto alla corruzione</i>	24
1. Il principio di buon andamento.....	24
2. Contributi della giurisprudenza costituzionale ed amministrativa.....	30
3. Imparzialità.....	36
3.1 <i>Imparzialità: sviluppo del concetto ermeneutico</i>	42
4. Radici costituzionali nella legislazione anticorruzione.....	43
5. La funzione amministrativa.....	47
5.1 <i>La funzione amministrativa: le pubbliche amministrazioni</i>	48
6. Principio di distinzione tra politica e amministrazione.....	49
7. <i>Whistleblowing</i>	55
7.1 <i>Whistleblowing: regolamento Anac in materia di tutela del Whistleblower</i>	57
CAPITOLO SECONDO	60
<i>Disciplina degli appalti pubblici e ruolo dell'Anac; profili organizzativi ed attribuzioni dell'organo</i>	
1. Introduzione.....	60

2. L'Autorità Nazionale Anticorruzione.....	61
3. Il quadro normativo in materia di appalti pubblici:dalla disciplina previgente al D. Lgs. n.50/2016.....	66
4. Il nuovo Codice dei contratti pubblici: obiettivi generali, struttura e principali novità.....	68
5. In particolare: le procedure di aggiudicazione e la moltiplicazione delle tipologie di appalti.....	88
5.1. <i>Il nuovo regime dell'autotutela tra appalti e concessioni</i>	91
6. La giurisprudenza.....	96
6.1. <i>Le sentenze</i>	96
7. La dottrina.....	104
8. La giurisprudenza amministrativa su altre questioni di rilievo.....	110
9. Le principali novità portate dal correttivo al codice dei contratti pubblici (D.Lgs.n.56/2017).....	117
9.1. <i>La disciplina in tema di trasparenza ed il dies a quo per impugnare gli atti di ammissione e di esclusione</i>	118
9.2. <i>Il responsabile del procedimento</i>	119
9.3. <i>Criticità in tema di bandi di gara</i>	120
9.4. <i>Le novità in tema di appalto integrato</i>	121
9.5. <i>Il soccorso istruttorio</i>	122
10. Il rito speciale avente ad oggetto il contenzioso relativo all'impugnazione dei provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara.....	124
10.1. <i>Il modello del rito speciale ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a, e le sue criticità</i>	127
10.2. <i>Il contenzioso avverso esclusioni ed ammissioni. I ricorsi cumulativi</i>	130
11. I metodi alternativi di risoluzione delle controversie.....	132
12. I poteri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.....	135
12.1. <i>Il parere di precontenzioso dell'ANAC: profili problematici</i>	140
12.2. <i>L'atto di raccomandazione dell'ANAC: profili problematici</i>	144
13. Altre regole processuali.....	145
14. Il parere del Consiglio di Stato e le soluzioni adottate nel testo definitivo del D.Lgs.n.50/2016.....	147

CAPITOLO TERZO	150
<i>Cenni comparatistici e ordinamento dell'Unione Europea in tema di appalti pubblici</i>	
1. Introduzione.....	151
2. Il diritto UE: effetti sulle disposizioni legislative dei suoi stati membri.....	162
3. La disciplina comunitaria sugli appalti pubblici.....	163
3.1 Oggetto: le finalità delle fonti normative interne ed europee.....	163
3.2 Obiettivo.....	164
3.3 Liberalizzazione dei contratti pubblici. Condizioni di reciprocità.....	165
4. Le norme comunitarie e la disciplina degli appalti.....	166
4.1 Cenni sulla evoluzione della disciplina.....	166
4.2. Il recepimento da parte degli stati membri.....	173
4.3 La valutazione dei rapporti tra le norme interne e dell'Unione Europea in caso di <i>contrasto. La disapplicazione</i>	179
4.4 Breve analisi giurisprudenziale con riferimento al processo di europeizzazione.....	182
5. L'orientamento recente dell'Unione Europea a rafforzare il buon funzionamento del mercato a tutela dell'operatore economico.....	185
5.1 Lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.....	185
5.2 Esclusione automatica dell'operatore in caso di carenza di requisiti in capo al <i>subappaltatore: sentenza 30 gennaio 2020 nella causa c - 395/18</i>	188
 CAPITOLO QUARTO	 190
<i>Considerazioni critiche e prospettive di riforme</i>	
1. Il Decreto Sblocca Cantieri: le criticità rilevate.....	190
1.1 Appalti sotto-soglia.....	191
1.2 Motivi di esclusione.....	192
1.3 Trasparenza.....	193
1.4 Qualità e controlli.....	193
1.5 Qualificazione.....	194
1.6 Subappalto.....	195
1.7 Progettazione.....	196

1.8 Centrali di committenza e qualificazione delle stazioni appaltanti.....	197
1.9 Commissari straordinari.....	198
2. Codice Appalti: le ulteriori criticità riscontrate.....	198
2.1 Semplificazione delle procedure.....	199
2.2 Nuovo impulso agli appalti.....	201
2.3 Il problema delle aggregazioni.....	202
3. L'ultima riforma del codice appalti: il D.L. semplificazioni.....	203
3.1 Contratti sotto-soglia.....	203
3.2 Maggiori costi sicurezza.....	204
3.3 Avvio procedure non incluse nella programmazione.....	205
3.4 Adozione stato di avanzamento.....	205
3.5 Obbligo visita luoghi.....	205
3.6 Consegna in via d'urgenza.....	206
3.7 Sospensione dei lavori.....	206
3.8 Cause di forza maggiore.....	207
4. Considerazioni finali.....	207
4.1 Prospettive di riforma auspicabili.....	207
4.2 La coesistenza di due tendenze contraddittorie.....	209
4.3 Riflessioni conclusive.....	210
CAPITOLO QUINTO.....	212
<i>Riflessioni conclusive</i>	
1. Rapporto con le fonti europee.....	213
2. Carattere auto-applicativo delle Direttive UE.....	214
3. Lessico delle Direttive UE.....	216
4. Conclusioni.....	217
<i>Bibliografia.....</i>	<i>220</i>

Prefazione

Quello della corruzione è un tema quasi scontato quando si parla di contratti pubblici e quello dei contratti pubblici è il settore di elezione della corruzione politica e amministrativa.

Non meno scontata è la ragione del collegamento tra contratti pubblici e corruzione: la corruzione tende a concentrarsi dove vi è più denaro da spendere. Questa relazione va però precisata, perché la stessa quantità di corruzione non si ritrova in settori in cui vi è una spesa anche maggiore, come la previdenza ed i contratti privati. La spiegazione non è difficile. Nella previdenza la spesa pubblica è molto alta ma è vincolata: non vi sono decisioni sull'allocazione di risorse da influenzare indebitamente; vi sono obblighi di spesa più che poteri di spesa. Nei contratti privati, invece, vi sono decisioni di spesa, anche molto più libere di quelle proprie delle Amministrazioni Pubbliche che contrattano, ma queste decisioni sono prese dai titolari degli interessi, cioè dai proprietari del denaro speso. Questi ultimi non sono disposti a spenderlo male a differenza di quanto avviene con chi spende il denaro altrui, nello svolgimento di una funzione.

Se ne può dedurre che, oltre alla spesa di denaro, le condizioni che favoriscono la corruzione sono, in primo luogo, l'esistenza di un potere; in secondo luogo, lo svolgimento di una funzione. A ben vedere, la descrizione del potere amministrativo si colloca nell'ambito dello svolgimento di una funzione.

Le decisioni prese dall'Amministrazione in materia di contratti pubblici dunque, hanno la stessa struttura dei Provvedimenti Amministrativi, cioè degli atti con cui si esercitano i poteri amministrativi, con la particolarità che esse s'inseriscono in rapporti negoziali. La disciplina dei contratti pubblici, è finalizzata non solo a garantire una decisione, ovvero ad assicurare l'esercizio del potere, e a tutelare l'interesse pubblico e quindi ad assicurare il corretto

svolgimento della funzione ma anche a imitare l'efficienza propria del decisore privato.

L'imparzialità della Pubblica Amministrazione è di certo un concetto strettamente correlato al principio di legalità. Quest'ultimo implica la necessità che le regole giuridiche derivino da norme previamente poste che si riferiscono a tutti i consociati. Tale principio, tuttavia, non appare da solo sufficiente a soddisfare la complessiva essenza della imparzialità amministrativa. Il principio di legalità, infatti, indica unicamente come un ordinamento giuridico deve operare, vale a dire, in funzione e nel rispetto della legge. Nulla dice, invece, circa i concreti contenuti della stessa legge né, conseguentemente, avendo riguardo alle finalità immanenti alle azioni dei pubblici poteri.

Per sviluppare i presupposti formali dell'idea della legalità con le finalità di garanzia di cui il principio di legalità della PA è portatore, dunque, la teoria del costituzionalismo e la conseguente realizzazione pratica dello stesso appaiono elementi di assoluto rilievo. La Costituzione, infatti, rappresenta un vincolo complessivo per la legge, in relazione alla quale si pone tanto come limite formale quanto quale indirizzo sostanziale riferibile ai contenuti ed alle finalità prescrittive della stessa. In tal senso nell'affidare al legislatore il compito di disciplinare l'organizzazione della PA, la nostra Carta fondamentale fissa un chiaro indirizzo affinché l'intervento normativo persegua e garantisca l'imparzialità dei pubblici uffici.

Nel Testo costituzionale va quindi individuata l'espressione più compiuta di un ordinamento ancorato al rispetto della legge ed al contempo intento a salvaguardare le scelte di valore che, necessariamente, devono essere alla stessa sottese. Da ciò se ne ricava che, l'imparzialità dell'apparato amministrativo può essere pienamente garantita unicamente allorché la legislazione sia capace di assicurare il più completo svolgimento del dettato costituzionale.

La L.n.190/2012, in una complessiva ottica di prevenzione rispetto al possibile concretizzarsi di fenomeni corruttivi nella PA, ha posto le basi per intervenire sulle varie sfaccettature del conflitto d'interesse dei pubblici funzionari. Detta normativa, infatti, al fine di regolare i comportamenti da tenere nello svolgimento delle funzioni pubbliche, ha concretizzato il generale dovere d'imparzialità dedicando specifica attenzione all'obbligo di astensione dei dipendenti pubblici (art.1 comma 41). Unitamente a ciò, la legge ha introdotto anche una disciplina che limita o addirittura preclude l'accesso a determinate cariche pubbliche con riferimento a quei soggetti che, anche potenzialmente, possano essere portatori di un conflitto con l'imparziale esercizio della pubblica funzione.

Nell'ottica di garantire al meglio l'imparzialità amministrativa, gli interventi in questione innovano radicalmente, prima ancora che la legislazione antecedentemente posta in essere, la *ratio* ad essa sottesa. Ciò perché ai tradizionali interventi affidati alla sola espressione penale viene adesso affiancata una complessiva e strutturata azione amministrativa di carattere preventivo, finalizzata cioè ad evitare il possibile concretizzarsi di episodi in grado di minare l'idea di una Pubblica Amministrazione imparziale. In tal modo, si è tentato di porre rimedio al fatto che la funzione deterrente, fino a qualche anno fa prevalentemente affidata al carattere general preventivo dell'azione penale, sovente ha manifestato non pochi limiti rispetto all'obiettivo di un contrasto sistematico alle devianze corruttive degli apparati pubblici. In primo luogo perché tale tipologia di attività repressiva può venire in essere solo successivamente, vale a dire dopo la consumazione dell'illecito. La stessa, invero, consente unicamente interventi circoscritti a singoli casi specifici, ponendo quindi in essere azioni episodiche e per ciò stesso è incapace d'incidere in termini strutturali sui sistemi di corruttela.

Muovendo dalla consapevolezza dei limiti appena evidenziati, il contrasto alla corruzione, ampiamente intesa come ogni impropria deviazione della funzione amministrativa dall'esclusiva cura dell'interesse pubblico, viene adesso ripensato sulla base di un ampio ventaglio d'interventi preventivi e sistematici. La prevenzione assurge così ad elemento qualificante e presupposto imprescindibile degli interventi preordinati a garantire l'esercizio imparziale della funzione amministrativa. L'implementazione di soluzioni di natura preventiva, proprio per il loro carattere anticipatorio, mira dunque ad evitare il realizzarsi di deviazioni organiche degli apparati pubblici, mantenendo l'operato degli stessi entro l'alveo segnato dal dettato costituzionale.

Le finalità sottese ai menzionati interventi, seppure espresse sul piano normativo sulla base di un approccio di nuovo tipo, affondano però salde e profonde radici nel nostro Testo costituzionale. A fronte di ciò, non può mancarsi di rilevare come la rinnovata legislazione offra particolare rilievo al legame sussistente tra prevenzione e imparzialità della PA.

Avendo riguardo al principio d'imparzialità della PA, la Carta Costituzionale manifesta un orientamento quanto mai chiaro, apprestando una specifica disciplina a partire dall'art.97 Cost. che postula espressamente la necessaria imparzialità dei pubblici uffici al fine del buon andamento degli stessi. Il senso di questa previsione risulta maggiormente intellegibile laddove si prenda in considerazione il dettato del successivo art.98, che ricorda il dovere dei pubblici impiegati di essere al servizio esclusivo della Nazione. Pertanto, la PA non persegue altro interesse se non quello della Nazione.

Nel quadro tracciato dal Testo costituzionale, dunque, il servizio che i Funzionari devono prestare, necessariamente ed esclusivamente in favore dell'interesse pubblico, si riflette sull'imparzialità della PA. In tal senso, quest'ultima si manifesta indisponibile ad essere contaminata da eventuali convenienze personali dei suoi dipendenti.

Il principio d'imparzialità delineato dalla Carta Costituzionale risulta così preordinato non solo alla cura dell'organizzazione amministrativa in senso stretto, ma al contempo al perseguimento imparziale di quegli interessi collettivi, configurabili come interessi pubblici, che l'ordinamento è tenuto a tutelare.

L'imparzialità della PA appare dunque strettamente legata alla dimensione della cura esclusiva dell'interesse pubblico, rappresentando un profilo imprescindibile anche della disciplina normativa da applicare a coloro i quali sono preposti alla gestione di funzioni pubbliche.

Il principio in questione, ulteriormente, si arricchisce dei suoi consequenziali corollari rappresentati dalla efficienza ed efficacia della PA in virtù di quelle previsioni costituzionali poste a presidio della meritocrazia e del senso di responsabilità che devono necessariamente sussistere nell'agire dei Funzionari pubblici. In questa direzione, infatti, prescrivendo l'accesso al pubblico impiego mediante concorso, il terzo comma dell'art.97 pone chiaramente il principio meritocratico come bussola dell'organizzazione amministrativa. Il senso e l'efficacia della previsione da ultimo richiamata, tra l'altro, appaiono ulteriormente rafforzati laddove la si legga in combinato disposto con l'art.28 Cost. che ammonisce i pubblici funzionari circa la responsabilità diretta e personale - secondo le leggi penali, civili e amministrative - cui andranno incontro per gli atti posti in essere in violazione dei diritti.

In ragione del preminente interesse pubblico, ancora, è da sottolineare il fatto che la responsabilità che grava sui Funzionari non è solo giuridica. A riguardo appare quanto mai chiaro l'indirizzo desumibile dall'art.54 Cost. laddove, imponendo di esercitare le funzioni pubbliche con disciplina ed onore, richiede ai pubblici agenti di orientare il loro operato non solo sulla base di precisi obblighi giuridici, ma anche di fondamentali valori morali. Nei detti termini, quindi, il Testo costituzionale impone un atteggiamento etico agli organi della PA, al fine di garantire l'imparzialità ed il buon andamento dell'azione amministrativa.

Il quadro costituzionale di riferimento non pare però esaurirsi con le sole previsioni espressamente riferibili all'organizzazione ed alle funzioni della PA. Unitamente a queste, infatti, anche il principio di eguaglianza tratteggiato dall'art 3 Cost. evidenzia un legame fondamentale con l'imparzialità della PA, rispetto alla quale, si pone tanto come presupposto logico quanto come obiettivo e finalità dell'azione. L'imparzialità amministrativa, infatti, rappresenta di certo una premessa imprescindibile rispetto all'istanza egalitaria dei cittadini nei confronti dell'apparato pubblico.

L'art.3 Cost. consente di acclarare anche il rilievo costituzionale del nesso introdotto dalla normativa anticorruzione tra i nuovi percorsi di garanzia preventiva e le finalità di tutela dell'imparzialità amministrativa. Al riguardo, quanto mai significativa è la previsione del secondo comma della menzionata disposizione costituzionale, laddove attribuisce alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli che limitano la libertà e l'eguaglianza dei cittadini. Infatti, se è vero che la corruzione depaupera l'eguaglianza dei cittadini, la norma citata evidenzia chiaramente l'esigenza di contrastare le derive corruttive dell'apparato amministrativo. Ciò, al fine di evitare il possibile concretizzarsi d'improprie turbative all'effettiva uguaglianza giuridica degli amministrati.

Al fine di avversare efficacemente la corruzione nella PA, dunque, da detta disposizione costituzionale si ricava l'esigenza d'individuare adeguate soluzioni preventive, anteponendole alle attività repressive affidate all'azione penale. Ciò perché queste ultime sono in grado d'intervenire solo successivamente rispetto alla consumazione del fatto illecito e, per di più, unicamente su episodi singoli.

La disciplina sul conflitto d'interessi e sul conseguente obbligo d'astensione dei Funzionari pubblici ha ricevuto un rilevante contributo a seguito della approvazione della c.d. *legge anticorruzione*, alla quale, poco dopo, ha fatto seguito l'adozione del nuovo Codice di comportamento dei dipendenti pubblici (D.P.R. n.62/2013) .

La regolamentazione sul conflitto d'interessi, introdotta dalla L. n.190/2012, ha preso forma per il tramite di un'apposita novella alla L. n.241/1990 alla quale è stato aggiunto il nuovo art. 6 *bis*, in forza del quale i pubblici funzionari devono astenersi in caso di conflitto d'interessi segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale. Degna di nota, a riguardo, appare la scelta relativa alla *sedes materiae* della nuova disciplina dalla stessa introdotta nell'ambito della legge generale sul procedimento amministrativo. Il procedimento amministrativo, infatti, è la sede naturale per disciplinare le modalità di esercizio del potere. Da ciò derivando che la normativa in questione si rivolge a tutte le possibili azioni di qualsivoglia amministrazione, così da porre un argine alla crisi in cui versa l'ordinamento italiano a causa delle sempre più frequenti ed opache prassi di mala gestione del pubblico potere.

Al fine di dare specifica attuazione alla nuova normativa, il Codice di Comportamento dei dipendenti pubblici, approvato con D.P.R n.62/2013 ha ulteriormente introdotto una espressa disciplina relativa all'obbligo di astensione di tutti i soggetti esercenti funzioni pubbliche, prevedendo all'art.6 che "il dipendente si astiene dal prendere decisioni o svolgere attività inerenti alle sue mansioni in situazioni di conflitto, anche potenziale, d'interessi".

L'adozione del Codice di Comportamento del 2013, accanto alla c.d. *legge anticorruzione* del 2012, offre un indubbio contributo alle politiche di contrasto alle situazioni di conflitto d'interessi, spesso alla base di fenomeni corruttivi dentro la PA. A differenza degli altri codici di condotta adottati in passato, caratterizzati da incertezze circa la loro efficacia applicativa, il nuovo provvedimento assume oggi connotati definiti. Infatti, l'*iter* di approvazione dello stesso, svolto sulla base dell'art.17 della L. n.400/1988 e la conseguente forma regolamentare, consentono oggi di attribuirgli pieno valore giuridico. In ragione di ciò, esso concorre a rafforzare l'efficacia dei principi costituzionali posti a tutela della PA, a partire da quelli d'imparzialità e buon andamento.

Unitamente alla legge anticorruzione, il nuovo Codice di Comportamento dei dipendenti pubblici contribuisce a concretizzare tali principi sotto forma di obblighi di condotta personale e regole sullo svolgimento dell'azione amministrativa.

Ritornando a trattare il tema dei contratti pubblici, come già precisato, settore privilegiato della corruzione nella P.A., con il D.Lgs. 18 aprile 2016 n.50 si dà attuazione alle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli Enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali nonché sul riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. In tale occasione il legislatore ha ritenuto opportuno, in un'ottica d'incremento dell'efficienza del settore dei contratti pubblici, potenziare il ruolo dell'Autorità preposta alla relativa vigilanza, affiancando alle funzioni già attribuitele, poteri del tutto innovativi in grado d'incidere maggiormente, *ex ante*, sulla disciplina della materia nonché, *ex post*, sulle condotte poste in essere dalle stazioni appaltanti e dagli operatori economici. L'entità dei compiti assegnati all'ANAC dovrebbe inoltre consentire alla stessa d'intervenire in maniera significativa sull'attività degli agenti pubblici e privati del settore, indirizzando e correggendo la loro azione sin dalla predisposizione del bando. Appare opportuno evidenziare come, benché non ci sia una indicazione puntuale fornita dal legislatore europeo in merito all'obbligatoria istituzione di specifiche Autorità nazionali preposte alla vigilanza dei contratti pubblici, tuttavia, sia l'art.83 della direttiva 2014/24/UE, sia l'art.99 della Direttiva 2014/25/UE stabiliscono che, al fine di garantire una corretta ed efficiente applicazione delle disposizioni contenute negli atti normativi europei, gli Stati membri devono assicurare che i compiti relativi all'attuazione delle stesse siano svolti da uno o più organismi, autorità o strutture. È apparsa fin dal primo momento chiara ed evidente la volontà del legislatore

italiano circa la creazione di un'unica Autorità per la prevenzione del fenomeno corruttivo e per la vigilanza sul settore degli appalti pubblici. L'obiettivo era quello di superare le inefficienze del sistema ed i limiti operativi che hanno caratterizzato l'intervento della soppressa AVCP (Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici), alla luce dei poco penetranti poteri riconosciuti a quest'ultima, attraverso l'attribuzione all'ANAC di un ampio ventaglio di poteri che le consentissero di vigilare in maniera effettiva ed efficiente.

Ai sensi dell'art.29 del D.Lgs.50/2016, è previsto in primo luogo che tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di contratti pubblici nonché, alle procedure di affidamento degli appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni siano pubblicati oltre che sul profilo del committente anche sul sito del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e sulla piattaforma digitale istituita presso l'ANAC. Tutto ciò in un'ottica d'incremento della trasparenza, nonché di massima fruibilità da parte degli operatori del settore degli atti di procedura di evidenza pubblica che si svolgono sul territorio nazionale. Viene prevista negli artt. 77 e 78, la creazione presso l'ANAC di un albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Parimenti innovativa si presenta, altresì, la disposizione di cui all'articolo 192 del Codice che prevede l'istituzione presso l'ANAC dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, che operano tramite affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*. L'art. 38 del decreto in esame introduce un innovativo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, la cui gestione è affidata all'Autorità. Tale disciplina è diretta a creare un meccanismo di valutazione dell'effettiva capacità tecnica ed organizzativa delle stazioni appaltanti, così da abilitare le stesse a gestire l'affidamento e l'esecuzione di quei soli contratti che siano commisurati al loro grado di

organizzazione e alla competenza da queste dimostrata. L'ANAC sarà tenuta pertanto a curare l'elenco delle stazioni appaltanti qualificate; a definire i requisiti tecnico-organizzativi per l'iscrizione a tale elenco; ad assegnare alle stazioni appaltanti e alle centrali di committenza un termine per il reperimento dei requisiti necessari al conseguimento della qualificazione.

Nel previgente sistema normativo delineato dal Codice del 2006, l'ANAC per effetto del D.L. n.90/2014 era altresì subentrata nella titolarità delle potestà sanzionatorie precedentemente attribuite all'AVCP. L'Autorità poteva, così, sanzionare varie condotte come ad esempio quelle consistenti nelle omesse o false dichiarazioni all'Autorità, nel mancato o inesatto adempimento da parte delle stazioni appaltanti agli obblighi di comunicazione.

A seguito dell'emanazione del nuovo Codice, la disciplina del potere sanzionatorio è confluita nell'art. 13. All'ANAC è attribuito il potere di comminare sanzioni amministrativo-pecuniarie nei confronti di quei soggetti che rifiutano od omettono di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dalla stessa. L'esercizio dei poteri sanzionatori è previsto anche in caso d'inadempimento agli obblighi di comunicazione e trasmissione all'ANAC delle varianti in corso d'opera. In ultimo, lo stesso potere sanzionatorio è previsto anche dall'art.34 comma 10 nel caso di violazione delle disposizioni delle linee guida sul sistema di qualificazione. Il Codice dispone che i relativi procedimenti sanzionatori vengano stabiliti dall'ANAC che ha il potere quindi di emanare propri specifici atti di regolazione.

Il potere sanzionatorio è esercitato dall'Autorità nel rispetto delle previsioni del "Regolamento Unico in Materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui all'art.8 comma 4 del D.Lgs. numero 163" del 2006 approvato in data 26 febbraio 2014, il quale disciplina il procedimento per l'irrogazione delle sanzioni amministrative, pecuniarie ed interdittive da parte dell'Autorità.

Il nuovo Codice reca inoltre numerose previsioni che attribuiscono all'ANAC poteri significativi anche in riferimento alla fase di esecuzione dei contratti pubblici. A tal proposito si evidenzia in primo luogo come, riprendendo ed ampliando quanto già previsto dall'art.37 del D.L. n.90/2014, l'art.106 del nuovo Codice preveda una serie di obblighi informativi in capo alle stazioni appaltanti tenute a comunicare all'ANAC le modificazioni contrattuali e le varianti in corso d'opera sia con riferimento ai contratti sotto soglia che a quelli eccedenti tale importo. In particolare, per questi ultimi contratti, in caso di varianti d'importo eccedente il 10 per cento dell'importo originario del contratto, le stazioni appaltanti sono obbligate a trasmettere all'Autorità anche il progetto esecutivo, l'atto di validazione ed un'apposita relazione del RUP, così da consentire all'ANAC di verificarne la legittimità, azionando ove necessario i poteri sanzionatori di cui all'art.213.

In conclusione, tra le novità del nuovo Codice appare utile segnalare - sempre con riferimento alla fase esecutiva - l'art.107, comma 4 in base al quale il responsabile del procedimento è tenuto a comunicare all'Autorità la sospensione dei lavori che superi il quarto del tempo contrattuale complessivamente previsto. Anche in questo caso la norma prevede l'irrogazione di un'apposita sanzione amministrativa in caso di mancata o tardiva comunicazione.

Riforme successive all'entrata in vigore del Codice degli Appalti Pubblici

Negli ultimi quattro anni si sono succeduti diversi interventi normativi sulla regolamentazione del mercato degli appalti, determinando una situazione di generale incertezza per le Amministrazioni pubbliche.

Successivamente all'entrata in vigore del nuovo codice, il repentino rallentamento del mercato ha ben presto spinto il legislatore a provvedere al primo tagliando della nuova riforma, tramite il "correttivo" rappresentato dal D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

In tale occasione il legislatore non si è limitato all'ordinaria manutenzione, ma è intervenuto in modo sostanziale sul testo codicistico originario, modificandone ulteriormente l'impostazione e la struttura senza tuttavia intaccarne le scelte di fondo.

Sebbene molti "errori della prima ora" siano stati emendati, l'incertezza applicativa è continuata, specialmente in ragione di una disciplina primaria non sempre di agevole lettura e assorbimento, nonché dei fisiologici ritardi registrati nel completamento del nuovo *corpus* normativo con la prevista regolamentazione secondaria e di *soft law*.

Nel secondo anno dall'entrata in vigore del Codice, i Tar e il Consiglio di Stato hanno cercato di mettere a regime il nuovo sistema, avviando una fondamentale attività di sedimentazione delle norme attraverso la maturazione di linee interpretative condivise tra le varie Corti e una rilevante applicazione del principio dello *stare decisis* da parte dell'Adunanza Plenaria di Palazzo Spada.

Il giudice amministrativo, con apprezzabile lungimiranza, è stato capace di intercettare le esigenze di un sistema che chiedeva solamente stabilità per potersi rimettere in carreggiata e, di conseguenza, ha costruito - sentenza dopo

sentenza – un assetto giurisprudenziale che potremmo considerare quale secondo tagliando al D. Lgs. n. 50/2016.

L'intervento stabilizzatore del Giudice Amministrativo ha sortito visibili effetti benefici sul mercato delle commesse pubbliche. Invero, dopo il primo burrascoso periodo post-riforma, hanno iniziato a fare capolino i primi segnali di ripresa.

Ciò, a dimostrazione del fatto che la ripresa del mercato, dopo una riforma “totale” come quella del 2016, non possa che essere direttamente proporzionale alla stabilizzazione del panorama normativo.

Senonché, il nuovo Governo costituitosi dopo le ultime elezioni politiche, sin da subito, ha annunciato di voler realizzare un intervento semplificatore della disciplina dei contratti pubblici, finalizzato a coniugare le esigenze di legalità con le istanze di certezza del diritto e di snellimento procedurale.

Allo stato, risulta ancora difficile prendere pienamente coscienza degli errori commessi in vigenza del vecchio Codice del 2006, che ha manifestato – nel tempo - un duplice limite: per un verso, un'assoluta instabilità della disciplina dovuta a centinaia di interventi di modifica che si sono succeduti nei passati due lustri e nelle precedenti quattro legislature, *terremotando* continuamente il quadro normativo di riferimento; per un altro verso, un'eccessiva regolamentazione - non richiesta dagli standard comunitari - che ha imbrigliato negativamente il sistema degli appalti e, in molti casi, agevolato sacche di illegalità e di inefficienza amministrativa.

Orbene, non può non ribadirsi che il legittimo desiderio di tendere alla norma perfetta, attraverso continui e ripetuti affinamenti normativi, non deve (o quantomeno non dovrebbe) tramutarsi in un'inarrestabile “*ricerca della perfezione*”.

Se questo è l'ammonimento che si ricava dalla storiografia normativa degli ultimi due/tre lustri, non può non ribadirsi che una norma è buona se è in grado

di divenire stabile: ossia se è in grado di garantire, con l'interpretazione fornita a livello pretorio, la stabilità della disciplina, la metabolizzazione delle procedure da parte di coloro che devono gestirle e di coloro che devono prendervi parte, nonché la conseguente formazione di quelle fisiologiche prassi standardizzate che ne agevolino l'implementazione.

Sotto diverso quanto connesso profilo, inoltre, una normativa stabile nel settore della contrattualistica pubblica rappresenta il primo fronte per un'efficace lotta a quei fenomeni corruttivi che troppe volte hanno caratterizzato e continuano a caratterizzare il settore: dove vi è chiarezza circa le modalità applicative, diventa difficile per il corrotto e il corruttore trovare gli “*angoli bui*” in cui celare un malaffare.

In tale contesto, con il decreto Sblocca Cantieri (D.L. 14 dicembre 2018, n. 135) è stato portato a termine quello che può essere considerato a tutti gli effetti come il terzo *tagliando* al Codice 2016.

Il nuovo legislatore ha ritenuto di intervenire in profondità sulla disciplina della contrattualistica pubblica.

Alcuni interventi recano modifiche di mero dettaglio; altri segnano un vero e proprio cambiamento di rotta rispetto alla strada intrapresa dal legislatore del D.Lgs. n. 50/2016.

A livello sostanziale, le modifiche più incisive riguardano: la disciplina del subappalto; le modalità di affidamento dei contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria; i margini di manovra dei piccoli comuni per l'indizione autonoma di procedure di gara.

Nel primo caso (subappalto), il decreto Sblocca Cantieri non ha *sconfessato* del tutto, ma ha comunque *attenuato* l'impostazione rigoristica delineata dalla legislazione previgente, assecondando (per la verità, solo parzialmente) i rilievi della Commissione Europea che auspicavano una maggiore liberalizzazione dell'istituto.

Nel secondo caso (contratti sotto-soglia), il legislatore ha alzato le soglie di importo che consentono gli affidamenti diretti.

Nel terzo caso (centrali di committenza), il decreto Sblocca Cantieri ha sospeso temporaneamente l'obbligo per i comuni non capoluogo di provincia di ricorrere a centrali di committenza e soggetti aggregatori.

Appare ragionevole, dunque, paragonare questi interventi a più o meno parziali giri di vite in senso opposto a quello verso cui il legislatore 2016 aveva stretto i confini di questi ambiti della materia. La *ratio* ispiratrice - appunto quella di allentare qualche vincolo giudicato troppo penalizzante per le imprese (nel caso del subappalto) o per le amministrazioni (nel caso delle modalità di affidamento dei contratti sottosoglia e dei margini di manovra nell'indizione di gare dei piccoli comuni) - è senz'altro condivisibile.

Il bilancio, tuttavia, potrà essere accertato come positivo solamente se le esigenze di semplificazione saranno soddisfatte senza sacrificare eccessivamente quelle di legalità.

Un'ulteriore novella avente natura sostanziale è quella con cui il legislatore ha inteso rivalutare il criterio del minor prezzo, ormai reietto, restituendogli pari dignità rispetto all'offerta economicamente più vantaggiosa, seppur limitatamente ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria. Sul punto, occorre comunque auspicare che il descritto intervento non provochi ricadute negative sulla qualità degli acquisti delle Pubbliche Amministrazioni.

A livello processuale, il decreto Sblocca Cantieri ha abrogato il rito c.d. "superaccelerato" che il D.Lgs. n. 50/2016 aveva introdotto per cristallizzare la cerchia degli ammessi alle gare pubbliche in un momento antecedente l'aggiudicazione. Questa scelta del legislatore è stata accolta con manifestazioni quasi di "giubilo" dai molti che sostenevano l'incostituzionalità dell'abrogato rito processuale, peraltro con ragioni non trascurabili; tuttavia, sarebbe stato forse

più opportuno attendere che fosse la Corte Costituzionale - già adita a questo proposito - a pronunciarsi, così bilanciando la pluralità di argomentazioni e di interessi tra loro confliggenti.

La novella in esame deve essere valutata positivamente in quanto restituisce al sistema certezze, stabilità e unitarietà, ma senza svuotare le competenze regolatorie dell'ANAC e senza accantonare del tutto l'esperienza della *soft law*, che rispetto alla classica fonte regolamentare presenta ovvi maggiori margini di flessibilità e di adattamento al dinamismo della realtà del mercato delle commesse e delle opere pubbliche.

Tirando le somme, il decreto Sblocca Cantieri ha tracciato un deciso *revirement* rispetto alla maggior parte dei cambiamenti di prospettiva originariamente sanciti dal D.Lgs. n. 50/2016

Dal giro di vite sulle stazioni appaltanti piccole e non qualificate, sul criterio del minor prezzo, sulle gare che si svolgevano sotto la scure di contenziosi futuri e sulla rigidità del vecchio regolamento unico di attuazione, l'inversione di marcia è stata evidente; con la reintrodotta possibilità per i piccoli comuni di bandire gare in autonomia, la ritrovata pari dignità del prezzo più basso rispetto all'offerta economicamente più vantaggiosa nelle procedure sottosoglia, l'abrogazione del rito "superaccelerato" e il ridimensionamento del sistema di regolazione flessibile.

Arriviamo così al quarto ed ultimo tagliando di riforma del Codice. Dopo l'approvazione da parte della Camera dei Deputati è stata pubblicata, entro il termine di 60 giorni dall'entrata in vigore del decreto legge (sulla G.U. Serie Generale 228 del 14 settembre 2020, Suppl. Ord. n. 33) la *Conversione in legge con modificazioni, del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, recante misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*. La legge 120/2020 è entrata in vigore il 15 settembre 2020 e nel supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale

del 29 settembre 2020 è stato pubblicato il testo della legge 120/2020 coordinato con il decreto legge 76/2020.

Per quanto riguarda gli interventi normativi inerenti i contratti pubblici, sono confermati/integrati alcuni interventi sul codice, di una certa entità, già presenti nel D.L. 76/2020 e che, comunque, hanno carattere temporaneo e sono applicabili, per la maggior parte dei casi, fino alla data del 31 dicembre 2021. Di seguito, i tratti salienti dell'ultima riforma.

Nuove modalità per gli affidamenti sotto soglia:l'articolo 1, comma 2 della nuova legge 120/2020 prevede, fino al 31 dicembre 2021 per l'affidamento di lavori, servizi e forniture e di servizi di architettura e ingegneria sotto soglia, delle procedure diverse da quelle attualmente indicate dal codice con le seguenti modalità:

- lavori di importo inferiore a 150 mila euro, assegnati con affidamento diretto;
- servizi e forniture + servizi di architettura e ingegneria di importo inferiore a 75mila euro, assegnati con affidamento diretto;
- servizi e forniture + servizi di architettura e ingegneria con importi pari o superiori a 75 mila euro e fino alle soglie, affidati con procedura negoziata senza bando (articolo 63 del codice) a 5 operatori diretto nel rispetto del criterio di rotazione;
- lavori di importo pari o superiore a 150 mila euro e inferiore a 350 mila, assegnati con procedura negoziata senza bando (articolo 63 del codice) a 5 operatori;
- lavori di importo pari o superiore a 350 mila e inferiore a 1 milione di euro affidati con procedura negoziata senza bando (articolo 63 del codice) a 10 operatori;
- lavori pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle le soglie affidati con procedura negoziata senza bando (articolo 63 del codice) a 15 operatori.

Per quanto riguarda invece gli affidamenti nelle procedure sopra soglia, tra le varie novità si segnala la seguente: nel caso di determina a contrarre, o altro atto equivalente di avvio del procedimento, adottata entro il 31 dicembre 2021, l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente, ai sensi dell'articolo 2, comma 1 della legge 120/2020, deve avvenire entro il termine di sei mesi dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento.

In ultimo, appare utile un accenno all'articolo 3 della legge 120/2020 dove è stabilito che, fino al 31 dicembre 2021, è possibile corrispondere agli operatori i benefici economici previsti anche in assenza di documentazione antimafia (se il rilascio non è effettuato contemporaneamente alla consultazione) ferme restando le verifiche da completare entro i successivi 60 giorni.

CAPITOLO PRIMO

Principi costituzionali in tema di contrasto alla corruzione

1. Il principio di buon andamento

Con la Costituzione del 1948, l'ordinamento amministrativo, come parte di quello generale della Repubblica, ha anch'esso assunto come proprio fine ultimo il pieno sviluppo della persona umana, attraverso l'effettiva partecipazione di tutti all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. Imparzialità e buon andamento sono proprio i presidi approntati per assicurare il conseguimento di questo risultato nell'ambito dell'organizzazione degli enti pubblici.

A ben vedere, il problema di ordine costituzionale, cui i principi di imparzialità e buon andamento intendono fornire rimedio, altro non è se non quello dello stesso regime parlamentare e partitico, da cui nasce quel mai sopito timore per un'amministrazione parziale e cattiva che, sul finire del secolo XIX, spinse il legislatore ad istituire la IV sezione del Consiglio di Stato e le Giunte provinciali amministrative, delle forme di giustizia «sulla» amministrazione che dall'esterno le imponessero il rispetto di questi valori.

Tra i fondamentali principi costituzionali in tema di azione amministrativa sovrasta su tutti quello contenuto nell'art.97, I comma, il quale, individua nella imparzialità e nel buon andamento, i fondamentali canoni giuridici di riferimento dell'assetto organizzativo e funzionale della pubblica amministrazione. Ciò nonostante, il principio di buon andamento è stato relegato per lungo tempo nell'alveo del metagiuridico, sia da parte della dottrina che della giurisprudenza

(in particolare quella costituzionale). Le cause di questa circostanza devono essere ricondotte da un lato alla carente attenzione, da parte degli studiosi del diritto amministrativo, per i temi dell'organizzazione pubblica; dall'altro, al ben noto ripudio della rilevanza giuridica di tutti quei concetti non immediatamente ricompresi nel novero dei più tradizionali canoni di indirizzo dell'attività amministrativa, intesa nella sua accezione legalistico-formale. Se, infatti, la dottrina penalistica non ha mai disconosciuto carattere giuridico a principi quali il "buon costume" o il "comune senso del pudore", considerati da sempre parametri valutativi di comportamenti o condotte integranti fattispecie illecite (i cui contenuti hanno la necessità e il pregio di essere adattati alle circostanze storiche del tempo nel quale ne viene invocata l'applicazione), i giuristi amministrativisti hanno viceversa tendenzialmente ascritto all'area dell'"irrilevante giuridico" il buon andamento, la cui considerazione, in una prospettiva decisamente riduttiva, è stata fatta sovente afferire alla negletta materia delle scienze dell'amministrazione, in quanto tale "indegna" di assurgere al piano del diritto, o al più inglobata nel significato giuridico di imparzialità dell'azione amministrativa, con rinuncia ad ogni buon proposito di individuazione di una specifica autonomia concettuale.

Sebbene l'art. 97 Cost. individui in questi due valori i canoni giuridici di riferimento per l'assetto organizzativo e funzionale della pubblica amministrazione, il concetto di buon andamento, come precisato in precedenza, « è stato relegato per lungo tempo nell'alveo del metagiuridico, sia da parte della dottrina che della giurisprudenza costituzionale ». Infatti, sebbene imparzialità e buon andamento siano « termini di un'unica proposizione », il momento organizzativo dell'amministrazione, cui il buon andamento propriamente si rivolge, è stato valorizzato solo in tempi relativamente recenti, concentrandosi in precedenza l'attenzione sulle modalità di esercizio delle pubbliche potestà. Questo stato di cose aveva indotto autorevole dottrina a lamentare che

l'applicazione dei due concetti è più scarsa di quanto ci si aspetterebbe, e soprattutto comporta conseguenze meno esigenti del possibile. Sotto la suggestione dell'abbinamento costituzionale, vengono mischiati tra loro in maniera non facilmente discernibile ed il loro reciproco rapporto rimane incerto. Manca un sufficiente accordo circa il loro significato. Non è scomparsa una marcata diffidenza verso il loro uso .

Solo elaborazioni più moderne e consapevoli hanno saputo approdare ad una concezione più ampia, capace di considerare rilevante sotto il profilo giuridico l'aspetto organizzativo dei pubblici uffici, valorizzando la necessaria correlazione tra momento strutturale e momento funzionale dell'azione pubblica: come a dire, finalmente, che un'azione efficace, tempestiva, proporzionata, non può che costituire il frutto di una organizzazione (momento statico) ispirata a monte a tali criteri. Del resto anche il Costituente aveva palesato il riconoscimento di un innegabile nesso di connessione tra assetto organizzativo ed esercizio dell'azione, laddove aveva sancito, nell'interpretazione del 1° comma dell'art. 97 e sia pure nell'essenzialità degli assunti destinati a sindacare la legittimità dei diversi modelli di amministrazione pubblica, che imparzialità e buon andamento dovessero considerarsi i termini di un'unica proporzione intesa a concepire un "modo" di organizzare gli uffici pubblici, in una prospettiva tendente a valorizzare una concezione bidimensionale del principio, vale a dire quale strumento di razionale organizzazione e fine dell'azione amministrativa¹. Nonostante la dottrina abbia continuato a dar vita ad elaborazioni alquanto diversificate e frammentarie, con trattazioni che peraltro non rinunziavano ad inquadrare il principio di buon andamento nell'alveo del metagiuridico (oppure ad assegnare ad esso una rilevanza limitata all'organizzazione del pubblico

¹Prof. Mario R. Spasiano, *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, Report annuale - 2011 – Italia (aprile 2011).

impiego, quasi che l'art. 97 Cost. fosse destinato ad esaurire in quell'ambito la propria efficacia) fu nella giurisprudenza amministrativa, soprattutto di primo grado, che nel corso degli anni '70 cominciò ad emergere una graduale, sempre maggiore consapevolezza della circostanza che la norma costituzionale quanto meno imponeva al legislatore di realizzare un'organizzazione degli uffici tale da garantire, tra l'altro, l'effettiva tutela della "*superiore esigenza*" del buon andamento. In quel contesto si rilevò per la prima volta che se è indiscutibile che il legislatore goda di un'ampia discrezionalità, anzi di libero apprezzamento in ordine alle scelte concernenti il giusto assetto strutturale/gestionale dei pubblici uffici, tuttavia la portata del buon andamento richiama ontologicamente i principi di logicità, non arbitrarietà,ragionevolezza e adeguatezza, quali parametri sostanziali alla stregua dei quali valutare la rispondenza effettiva dei modelli legislativamente sanciti ai canoni imposti proprio dal principio di buon andamento.

In questa linea una rilevanza decisamente particolare assunse la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2 del 197212, con la quale fu rilevato che ove fosse "*legislativamente posto un sistema organizzativo che renda possibile, anche solo in astratto, di non onorare i principi del buon andamento e della imparzialità, le norme del sistema stesso non possono essere ritenute costituzionalmente legittime*".La sentenza, invero, pur sottraendosi all'onere – peraltro non agevole – di affrontare e definire il possibile contenuto del principio di buon andamento, coglieva – non è dato sapere con quale grado di reale consapevolezza - la rilevanza del principio in oggetto sotto il profilo della organizzazione in una dimensione non più meramente statica, bensì relazionale. A seguito della richiamata pronuncia, infatti la giurisprudenza amministrativa,seppure con oscillazioni e ripensamenti, fu propensa a ricondurre il contenuto del principio di buon andamento alla individuazione del corretto rapporto tra livelli di governo ovvero trascelte legislative o, anche

dell'amministrazione nell'esercizio della sua attività di programmazione, ed attività amministrativa.

Il buon andamento è, dunque, un principio solidale con l'imparzialità, nel senso che generalmente la garanzia dell'uno vale anche come tutela dell'altra, pur non potendosi escludere ipotesi di divergenza, secondo l'apprezzamento discrezionale del legislatore. Al riguardo, l'imparzialità esprime l'equidistanza, intesa come pari attenzione o pari indifferenza, dell'amministrazione e dei suoi funzionari rispetto ai diversi interessi versati nel procedimento o nei confronti dei soggetti che ne sono portatori. Pertanto, un'amministrazione (o un funzionario) imparziale considera soltanto gli interessi pubblici, privati o diffusi tutelati dall'ordinamento e li valuta esclusivamente alla stregua dei criteri legali da esso previsti.

Al buon andamento sono annessi vari contenuti e finalità più specifiche, ascrivibili sia ad una dimensione più «giuridica», cioè garantistica della posizione dei cittadini sottoposti all'esercizio di una potestà pubblicistica (es. in termini di rafforzamento dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti), sia ad una più «economica», quella dell'efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa. In tal modo, il principio funge da «riferimento del grado di approvazione democratica dell'attività amministrativa posta in essere dai diversi livelli di governo». Parimenti, il buon andamento può costituire la pietra di paragone per una valutazione complessiva dell'attività dell'amministrazione e dei suoi esiti, sotto il profilo della legittimità e del merito delle scelte, dato che entrambi sono indici rivelatori della sua correttezza e bontà.

In ogni modo, il significato più innovativo del buon andamento risiede senz'altro nell'introduzione di una logica di risultato nella gestione della cosa pubblica, imponendo il raggiungimento della maggiore efficienza ed efficacia possibili e cioè il corretto e razionale impiego delle risorse e la produzione dei soli effetti

giuridici che l'autorità si ripropone di determinare . Il buon andamento può così fungere da strumento destinato a migliorare il rendimento dell'amministrazione, mediante l'attribuzione di mezzi giuridici elastici, atti a consentirle di dimensionare l'attività posta in essere rispetto al fine prestabilito . Ovviamente, la gestione del rapporto tra obiettivi e strumenti dell'amministrazione è materia rimessa in prima battuta al libero apprezzamento del legislatore e quindi alla discrezionalità dell'amministrazione stessa, nell'esercizio dei propri poteri statutari (ove previsti) e regolamentari .

A completamento del quadro delle proiezioni applicative del principio in esame, quale ulteriore conferma della sua poliedricità, si ricorda che esso è stato anche ricondotto alla dinamica dei rapporti istituzionali tra diversi livelli di amministrazione (Stato, Regioni, Enti locali), quale espressione della funzione governativa di indirizzo e coordinamento, su cui si è poi innestata l'elaborazione che ha portato all'emersione ed alla costituzionalizzazione del principio di leale collaborazione .

Le esigenze di efficientamento che trovano più autentica espressione nel valore del buon andamento sono astrattamente predicabili non solo per l'attività amministrativa *strictu sensu* ma, in parte, anche per la funzione legislativa e per quella giurisdizionale, ciascuna secondo le proprie peculiarità, consistendo nella « efficacia e, cioè, corrispondenza dei risultati diretti (*output*) e indiretti (*outcome*) allo scopo e nella efficienza (data dalla minimalità dell'*input* richiesto) » . Ciò significa che il perimetro del principio del buon andamento è straordinariamente vasto, esulandone con certezza soltanto l'iter di approvazione delle leggi e l'esercizio della funzione giurisdizionale in quanto tale, non essendo, per il resto, ipotizzabili aree di esenzione dalla sua applicazione . Più precisamente, nei confronti della potestà legislativa, il buon andamento opera essenzialmente come criterio di valutazione dell'impatto dei

provvedimenti normativi e, applicato alla giurisdizione, riguarda gli aspetti organizzativi dell'amministrazione giudiziaria.

Il buon andamento, poi, si rivolge al complessivo funzionamento dell'amministrazione e non si limita al solo aspetto dell'organizzazione degli apparati, ma include la disciplina delle potestà pubblicistiche e dei relativi procedimenti, anche in virtù del collegamento tra organizzazione e diritti soggettivi. Proprio per questa sua tendenza espansiva, il buon andamento incide su altri valori costituzionali — anche diversi da quelli indicati dall'art. 97 Cost. ed anche legati a posizioni giuridiche soggettive — con i quali va bilanciato, come, ad esempio, il diritto al lavoro nel pubblico impiego, il diritto di accesso a pubblici uffici o cariche elettive, il diritto di accesso a documenti amministrativi, il controllo contabile e le responsabilità dei funzionari.

2. Contributi della giurisprudenza costituzionale ed amministrativa

Al pari di qualunque altra norma costituzionale, anche il principio di buon andamento, qualificato dalla Consulta come «vero cardine della vita amministrativa e quindi condizione dello svolgimento ordinato della vita sociale», può assurgere a parametro per valutare la legittimità delle scelte legislative, statali o regionali, in tema di organizzazione ed attività amministrativa, specialmente sotto il profilo della congruità con i canoni di efficienza, efficacia ed economicità. Tuttavia, l'apprezzamento della rispondenza di una data disposizione al principio in parola, tende a perdere specificità, considerato che, da un lato, può sbiadirsi in una più generale valutazione di non arbitrarietà ed irragionevolezza ex art. 3 Cost. e che, dall'altro, può confondersi in violazioni contestuali di altri principi che

concorrono a disciplinare l'azione amministrativa (es. legalità, imparzialità, predeterminazione delle sfere di attribuzione e delle responsabilità).

In un simile contesto, ben si comprende perché la giurisprudenza costituzionale non ha mai offerto indicazioni veramente esaustive od organiche sul principio in esame: il buon andamento è stato identificato talvolta con l'istituzione di strutture organizzative preposte a garantire la miglior funzionalità dell'amministrazione, talaltra è stato inquadrato nell'anzidetta area dell'efficienza, efficacia ed economicità, anche sotto il profilo del contenimento dei costi. Parimenti, l'attenzione della Corte Costituzionale si è sovente soffermata su taluni suoi corollari applicativi, mostrando una particolare sensibilità per il mondo del pubblico impiego, specialmente per ciò che concerne le forme di reclutamento del personale, qualora derogino alla fondamentale regola del pubblico concorso, la posizione previdenziale dei dipendenti, le modalità attuative del principio di separazione tra politica ed amministrazione (ad es. il c.d. *spoil system*). In linea con quanto osservato sugli stretti legami tra buon andamento e imparzialità, parte della giurisprudenza ha approfondito proprio questa interdipendenza, intervenendo sulla procedimentalizzazione dell'azione pubblica e sul conseguimento, da parte dell'amministrazione, di obiettivi di trasparenza, pubblicità, partecipazione e tempestività nell'esercizio dei propri poteri.

È appena il caso di osservare che i principi di imparzialità e buon andamento trovano oggi riscontro e riconoscimento anche a livello comunitario nel diritto ad una « buona amministrazione », sancito dall'art. 41 della Carta di Nizza del 7 dicembre 2000. La Carta, tra l'altro, era nata come dichiarazione di principio priva di forza cogente e con finalità di « ricognizione storica », cioè di attribuire forma scritta e solenne a ciò che è ritenuto già patrimonio della Comunità e che è vigente nell'ordinamento dell'Unione e dei suoi Stati membri. Proprio il valore giuridico della Carta è stato a lungo dubbio, a causa dell'evidente

contrasto tra la formale carenza di vincolatività e la sostanziale natura costituzionale . All'esito di un percorso di « sdoganamento giurisprudenziale », la Carta è stata inserita nel Trattato per una Costituzione europea, mai ratificato a causa del risultato dei referendum tenutisi in Francia e nei Paesi Bassi . Oggigiorno, l'art. 6 del Trattato UE, nel testo introdotto dal Trattato di Lisbona, rinvia ad essa attribuendole lo stesso valore giuridico dei Trattati , facendole assumere direttamente all'interno dell'ordinamento dell'Unione la veste di fonte di diritto primario , la cui violazione è sanzionata al pari di quella dei Trattati . Dal punto di vista dell'ordinamento italiano, la giurisprudenza costituzionale ha puntualizzato che, affinché la Carta sia applicabile, è necessario che « la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto » . Anche la Corte di Cassazione si è uniformata agli insegnamenti della Corte Costituzionale, confermando che la diretta applicabilità della Carta è possibile soltanto « nell'ambito di fattispecie disciplinate dal diritto europeo ed attinenti a materie di interesse comunitario » .

Così ricordata per sommi capi l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sul principio di buon andamento, si evidenzia che la sentenza n. 70 del 2013, nel sancire la contrarietà al valore in discorso di una legislazione contorta e contraddittoria e della reviviscenza *ope legis* di una disciplina già abrogata, potrebbe aprire nuove e più penetranti prospettive per il sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi che si fondi su questo specifico parametro, sinora abbastanza negletto.

Nell'iter logico seguito dalla Corte, infatti, il buon andamento è elevato a metro di misura della qualità stessa della normativa sull'organizzazione ed i poteri dell'amministrazione pubblica, segnando l'inizio di un eventuale percorso, ancora tutto da confermare, che potrebbe sfociare in una più stringente forma di controllo di ragionevolezza sulla legislazione amministrativa. Ognuno si avvede,

infatti, di come quest'ultima sia contrassegnata da una marcata stratificazione e complessità, da una scarsa conoscibilità e comprensibilità da parte del cittadino, agevolata dal ricorso a tecniche redazionali poco trasparenti, di cui il differimento di un termine abrogativo già maturato è solo un esempio, potendosi citare anche le note catene di rinvii a disposizioni antecedenti talvolta non ben identificate nel dettaglio. Nel caso di specie, poi, l'oscurità del modo di legiferare si è intrecciata con il fenomeno del ripristino delle norme abrogate, un tema quest'ultimo già affrontato dalla giurisprudenza costituzionale e ben noto alla dottrina giuspubblicistica per il suo carattere altamente controverso, sul quale la Corte ha offerto nuovi elementi di riflessione.

Il contributo offerto dall'evoluzione della giurisprudenza amministrativa in tema di buon andamento ha assunto, specie negli ultimi anni, contenuti particolarmente interessanti, mirati per lo più ad irrobustirne il significato e la portata, soprattutto in relazione al profilo funzionale dell'attività amministrativa. In questo senso buona parte della giurisprudenza amministrativa ha intravisto nel buon andamento la fonte cui ancorare il dovere dell'amministrazione pubblica di fornire un'adeguata e congrua motivazione a fronte dell'esercizio di determinate attività, e ciò ancor prima che l'art. 3 della l. n. 241 del 1990 ne sancisse espressamente l'obbligo.² In questa prospettiva la motivazione deve essere tale da consentire all'interessato di comprendere esattamente e facilmente le ragioni poste a fondamento dell'azione pubblica, anche in applicazione del principio strumentale di trasparenza. Il principio del buon andamento è stato inoltre ritenuto espressione dell'esigenza di un'attività procedimentale istruttoria completa e "rappresentativa della realtà" che, secondo l'elaborazione di alcune sentenze del Consiglio di Stato³ e dei Tribunali Amministrativi Regionali, non

²In termini, T.A.R. Toscana, Sez. III, 14 settembre 2010, n. 5938, in *Red. Amm.* 2010, 09; T.A.R. Umbria, Sez. I, 29 dicembre 2009, n. 832; Cons. Stato, Sez. V, 6 dicembre 2007, n. 6243, in *Foro Amm.* CDS 2007, 12, 3433.

³Tra le altre, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2009, n. 5424, in www.giustizia-amministrativa.it.

solo deve dare atto delle ragioni formali e sostanziali delle determinazioni amministrative assunte, ma è in grado di collocare la partecipazione al procedimento dei soggetti interessati in una prospettiva di collaborazione funzionale all'emersione degli interessi rilevanti, ai fini di una seria e ponderata considerazione dei medesimi per la determinazione dell'assetto finale sussunto nel provvedimento⁴. Anche per la giurisprudenza amministrativa – al pari di quanto si è rilevato *supra* nelle riflessioni della dottrina – il principio di buon andamento è sinonimo poi di economicità, nella particolare accezione che essa assume nell'ambito delle dinamiche pubbliche⁵, vale a dire soprattutto quale divieto di inutile aggravio degli oneri meramente formali in capo al cittadino⁶.

Una diversa quanto interessante prospettiva giurisprudenziale colloca il buon andamento tra i principi guida delle scelte che l'amministrazione è chiamata a compiere. In questa ottica, può risultare coerente ad esso la disposizione di procedere a cessioni immobiliari preordinate al reperimento di risorse atte a soddisfare prioritari interessi della comunità, sia nel caso di cessioni a favore degli attuali conduttori ancorché mediante l'abbattimento dei prezzi, onde agevolare la rapidità dell'incasso, sia nell'ipotesi di vendita a prezzo di mercato, privilegiando le entrate a discapito dei tempi di realizzazione⁷.

In talune ipotesi il principio di buon andamento impone l'esercizio preliminare di valutazioni discrezionali in ordine alla individuazione della miglior soluzione possibile, di natura organizzativa o funzionale, laddove si prospettino differenti ipotesi decisionali.⁸ In tal senso, ad esempio, è stato ritenuto fonte dell'obbligo di valutazione della compatibilità, anche mediante verifica concorrenziale, di un'iniziativa economica privata con il più corretto assetto di un servizio

⁴T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 7 giugno 2007, n. 1627, in *Il merito* 2007, 65; T.A.R. Sicilia, Catania, 30 gennaio 2007, n. 179, in *Foro Amm.* TAR 2007, I, 297.

⁵Cons. Stato, Sez. IV, 27 luglio 2010, n. 4910, in *Dir. & Giust.* 2010

⁶Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2009, n. 1840, in *Foro Amm.* CDS 2009, 10, 2343.

⁷Cons. Stato, Sez. VI, 28 aprile 2010, n. 2428, in *Dir. & Giust.* 2010.

⁸Cons. Stato, Sez. VI, 10 febbraio 2010, n. 668, in *Dir. & Giust.* 2010.

pubblico⁹; il buon andamento consiste anche, infatti, nel “potere-dovere assegnato all’amministrazione di apprestare le misure e gli strumenti più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell’interesse pubblico concreto”.¹⁰

A seguito di taluni orientamenti espressi dalla Corte Costituzionale (cfr. sentenze nn. 233 del 2006 e 103 - 104 del 2007; da ultimo, nn. 34, 81 e 224 del 2010), il principio di buon andamento è stato infine ritenuto il pilastro sul quale fondare le necessarie garanzie procedurali per impedire, fra l’altro, il ricorso a meccanismi automatici di decadenza o sostituzione di dirigenti apicali, causati da ragioni di ordine politico di avvicendamento (secondo il c.d. principio dello *spoils-system*) di differenti compagini politiche.¹¹ In ultima analisi, poi, se – come si è visto – il buon andamento è espressione del principio di trasparenza e del divieto di aggravio degli oneri gravanti sul cittadino, anche intermini di sollievo dall’esercizio di azioni giudiziarie non necessarie,¹² esso sembra esprimere indirettamente forme di privilegio, da parte dell’ordinamento generale, verso un tipo di tutela restitutoria a scapito di quella risarcitoria patrimoniale, da considerarsi sussidiaria rispetto alla prima anche alla luce del disposto di cui all’art. 24 Cost¹³. Il nuovo contesto delineato dall’interpretazione giurisprudenziale del buon andamento fornisce una nuova dimensione giuridica ai criteri di efficacia, efficienza ed economicità dell’azione amministrativa, ancor prima ed a prescindere dal dettato legislativo di cui all’art. 1 della l. n. 241 del 1990, che in realtà mostra di aver recepito proprio gli orientamenti espressi in particolare dal giudice amministrativo e contabile. Peraltro l’efficacia del

⁹ In termini, Cons. Stato, Sez. V, 17 febbraio 2010, n. 915, in *Foro Amm.* CDS 2010, 2, 382.

¹⁰ Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2006, n. 3568, in *Foro Amm.* CDS 2006, 3, 872; Cons. Stato, Sez. IV, 22 ottobre 2004, n. 6972, in *Foro Amm.* CDS 2004.

¹¹ T.A.R. Sardegna, Sez. I, 21 maggio 2010, n. 1240; Cons. Stato, Sez. V, 16 ottobre 2007, n. 5388, in *Ragiusan2008*, 291, 37; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 3 aprile 2006, n. 3316, in *Com. It.* 2006, 6, 88.

¹² T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 8 giugno 2009, n. 5449, in *Foro Amm.* TAR 2009, 6, 1769.

¹³ Cons. Stato, Sez. IV, 10 dicembre 2009, n. 7744, in *www.giustizia-amministrativa.it.*; *ib.*, 22 giugno 2006, n. 2066, in *Foro Amm.* 2006; *ib.*, 22 ottobre 2004, n. 6959, in *Foro Amm.*

principio in esame prescinde dalle modalità di esercizio della funzione pubblica, estendendosi anche alle ipotesi di ricorso a schemi di ordine privatistico¹⁴, in considerazione della circostanza secondo cui l'azione della pubblica amministrazione non può mai andare a discapito del rispetto di regole legislative e contrattuali ispirate al rispetto di valori di rilievo costituzionale¹⁵. Da ciò ne consegue che il perseguimento dell'efficienza e dell'efficacia nelle strutture pubbliche non può porsi in contrasto con il principio di legalità il quale rappresenta un limite invalicabile per le scelte gestionali della dirigenza pubblica¹⁶. La sua considerazione, dunque, impone che il risultato amministrativo, assunto peraltro a parametro di valutazione dell'operato dei *manager* pubblici, sia colto nell'ambito di una logica che evidentemente indirizza l'azione non solo verso il rispetto delle regole comportamentali e dei modelli procedurali posti a garanzia dei diversi soggetti con i quali l'amministrazione entra in contatto nell'espletamento della sua azione, ma anche dell'effettivo conseguimento di una *utilitas*, unico fattore, in un ordinamento ispirato anche al principio di sussidiarietà, a legittimare l'esistenza di soggetti muniti di poteri a rilevanza pubblica¹⁷.

3. Imparzialità

L'imparzialità della pubblica amministrazione è indubbiamente un concetto strettamente correlato al principio di legalità. Quest'ultimo, come è ben noto, implica la necessità che le regole giuridiche derivino da norme previamente poste che, in termini generali, si riferiscono a tutti i consociati, prescrivendo comportamenti codificati in termini astratti. Tale principio, tuttavia, non appare

¹⁴T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 7 aprile 2006, n. 438, in *Foro Amm.* TAR 20086, 4, 1442.

¹⁵Corte Conti, Reg. Lombardia, Sez. Giur., 10 marzo 2006, n. 172, in *Foro Amm.* 2006, 3, 1153.

¹⁶T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 9 giugno 2006, n. 1352, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁷Prof. Mario R. Spasiano, *vedi infra*.

da solo bastevole a soddisfare la complessiva essenza della imparzialità amministrativa. Il principio di legalità, infatti, indica unicamente come un ordinamento giuridico deve operare: vale a dire, in funzione e nel rispetto della legge. Nulla dice, invece circa i concreti contenuti della stessa legge né, conseguentemente, avendo riguardo alle finalità immanenti alle azioni dei pubblici poteri¹⁸. Per sviluppare presupposti formali dell'idea della legalità con le finalità di garanzia di cui il principio d'imparzialità della PA è portatore, dunque, la teoria del costituzionalismo e la conseguente realizzazione pratica dello stesso appaiono elementi di assoluto rilievo. La Costituzione, infatti, rappresenta un vincolo complessivo per la legge, in relazione alla quale si pone tanto come limite formale quanto quale indirizzo sostanziale riferibile ai contenuti ed alle finalità prescrittive della stessa. In tal senso, nell'affidare al legislatore il compito di disciplinare l'organizzazione della PA la nostra carta fondamentale fissa un chiaro indirizzo affinché l'intervento normativo persegua e garantisca l'imparzialità dei pubblici uffici.

Nel testo costituzionale va quindi individuata l'espressione più compiuta di un ordinamento ancorato al rispetto della legge ed al contempo intento a salvaguardare le scelte di valore che, necessariamente, devono essere alla stessa sottese¹⁹. Da ciò potendosi ricavare che l'imparzialità dell'apparato amministrativo può essere pienamente garantita unicamente allorché la legislazione sia capace di assicurare il più completo svolgimento del dettato costituzionale, così come desumibile tanto dalla lettera delle singole disposizioni del Testo quanto dagli ulteriori indirizzi desumibili dalle relazioni tra le stesse sussistenti.

La Carta costituzionale manifesta un orientamento quanto mai chiaro avendo riguardo al principio d'imparzialità della Pubblica Amministrazione,

¹⁸A. Pintore, *Stato di diritto*, Dir e Quest. Pubbl., 11/2011,875.

¹⁹Riflessioni di N.G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino,1992, 39.

apprestando una specifica disciplina a partire dall'art 97.Cost. che postula espressamente la necessaria imparzialità dei pubblici uffici al fine del buon andamento degli stessi. Il senso della previsione appena richiamata risulta maggiormente intellegibile laddove si prenda in considerazione il dettato del successivo articolo 98 che ricorda il dovere dei pubblici impiegati di essere la servizio esclusivo della Nazione²⁰. Le due disposizioni, infatti, esprimono un indirizzo inequivocabile: la pubblica amministrazione non persegue altro interesse se non quello della Nazione. Significativo, al riguardo, appare anche l'utilizzo di questo termine per indicare il destinatario, unico e finale, dell'attività amministrativa. L'interesse affidato alla cura della PA, infatti, è esclusivamente quello di una comunità legata da comune senso di appartenenza, storia, sentimenti ed obiettivi: appunto, la Nazione.

Nel quadro tracciato dal Testo costituzionale, dunque, il servizio che i funzionari devono prestare necessariamente ed esclusivamente in favore dell'interesse pubblico, si riflette sull'imparzialità della Pubblica Amministrazione. In tal senso, quest'ultima si manifesta indisponibile ad essere contaminata da eventuali convenienze personali dei suoi dipendenti.

Il principio d'imparzialità delineato dalla carta costituzionale risulta così preordinato, non solo alla cura dell'organizzazione amministrativa in senso stretto, ma al contempo al perseguimento imparziale di quegli interessi collettivi, configurabili come interessi pubblici, che l'ordinamento è tenuto a tutelare²¹. L'imparzialità della Pubblica Amministrazione appare dunque legata alla dimensione della cura esclusiva dell'interesse pubblico, rappresentando un profilo imprescindibile anche della disciplina normativa da applicare a coloro i quali sono preposti alla gestione di funzioni pubbliche.

²⁰F. Merloni, R. Cavallo Perin (A cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, 2009.

²¹R. Cavallo Perin, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in F. Merloni, R. Cavallo Perin (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, cit., 159.

Il principio in questione, inoltre, si arricchisce dei suoi consequenziali corollari, rappresentati dalla efficienza ed efficacia della PA, in virtù di quelle previsioni costituzionali poste a presidio della meritocrazia e del senso di responsabilità che devono necessariamente sussistere tra i pubblici funzionari. In questa direzione, infatti, prescrivendo l'accesso al pubblico impiego mediante concorso, il terzo comma dell'art.97 pone chiaramente il principio meritocratico come bussola dell'organizzazione amministrativa. Il senso della previsione da ultimo richiamata, tra l'altro, appare ulteriormente rafforzata laddove si legga in combinato disposto con l'art.28 Cost. che ammonisce i pubblici funzionari circa la responsabilità diretta e personale, secondo le leggi penali, civili, e amministrative cui andranno incontro per gli atti posti in essere in violazione dei diritti.

In ragione del preminente interesse pubblico, ancora, è da sottolineare il fatto che la responsabilità che grava sui Funzionari non è solo giuridica. Al riguardo, appare quanto mai chiaro l'indirizzo desumibile dall'art.54 cost., laddove imponendo di esercitare le funzioni pubbliche con disciplina ed onore richiede ai pubblici agenti di orientare il loro operato non solo sulla base di precisi obblighi giuridici, ma anche di fondamentali valori morali. Nei detti termini, quindi, il Testo costituzione impone un atteggiamento etico agli organi della PA al fine di garantire l'imparzialità ed il buon andamento dell'azione amministrativa.

Il quadro costituzionale di riferimento non pare però esaurirsi con le sole previsioni espressamente riferibili all'organizzazione ed alle funzioni della PA. Unitamente a queste, infatti, anche il principio d'eguaglianza tratteggiato dal'art.3 Cost. evidenzia un legame fondamentale con l'imparzialità della Pubblica Amministrazione, rispetto alla quale si pone tanto come presupposto logico quanto come obiettivo e finalità dell'azione. L'imparzialità

amministrativa, infatti, rappresenta di certo una premessa imprescindibile rispetto all'istanza egualitaria dei cittadini nei confronti dell'apparato pubblico.

Il principio di eguaglianza, tra l'altro, offre un rilevante contributo per decifrare le basi costituzionali della nuova normativa anticorruzione ciò perché, la corruzione non consente alle persone di essere eguali davanti alla Pubblica Amministrazione, nel senso che l'abuso delle funzioni pubbliche, che è dietro il patto corruttivo, falsa la pari opportunità di cui invece i soggetti destinatari di un'attività pubblica avrebbero dovuto godere secondo un sistema di regole obiettive²². Sempre con riferimento all'art.3 Cost., quanto mai significativa è la previsione del secondo comma della disposizione costituzionale, laddove attribuisce alla repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli che limitano la libertà e l'eguaglianza dei cittadini. Infatti se è vero che la corruzione depauperava l'eguaglianza dei cittadini, la norma citata evidenzia chiaramente l'esigenza di contrastare le derive corruttive dell'apparato amministrativo. Ciò al fine di evitare il possibile concretizzarsi d'improprie turbative alla effettiva eguaglianza giuridica degli amministrati. I termini con i quali la menzionata disposizione dà forma a tale indirizzo, tra l'altro, rendono evidente non solo l'obiettivo ma anche le modalità d'azione più utili al suo raggiungimento. In tal senso, invocare la rimozione degli ostacoli, evidenzia l'opportunità d'intervenire prima che si concretizzino le problematiche che i detti ostacoli potrebbero generare, così appalesando la necessità di attivare percorsi funzionali a prevenire in modo sistematico che tali impedimenti vengano in essere.

Al fine di avversare efficacemente la corruzione nella PA, dunque, dalla disposizione costituzionale si ricava l'esigenza d'individuare adeguate soluzioni preventive anteponendole alle attività repressive affidate all'azione penale, ciò

²²A. Patroni Griffi, *Il fondamento costituzionale della legislazione in tema di trasparenza e di lotta alla corruzione: riflessioni*, in *forumcostituzionale.it*, 29 marzo 2016,3.

perché queste ultime sono in grado d'intervenire solo successivamente la consumazione del fatto illecito e, per di più, unicamente su episodi singoli. A suffragio di tale chiave di lettura, tra l'altro, depone anche il fatto che la menzionata previsione costituzionale assegni alla Repubblica tale impegno. Il termine utilizzato, infatti, implica l'interessamento attivo di tutto lo Stato apparato, che non può esaurirsi nel solo intervento della magistratura ma necessita primariamente il coinvolgimento anche delle stesse amministrazioni pubbliche. Il contrasto sistematico alle improprie devianze della funzione amministrativa necessita in tal senso di un approccio multilaterale.

Il diritto ad una Pubblica Amministrazione imparziale trova, così le sue radici, prima ancora che nelle specifiche previsioni del Testo a ciò dedicate anche nei principi fondamentali della Costituzione. Da ciò derivando che il fondamento della nuova normativa anticorruzione va ricavato da una lettura complessiva e trasversale della Carta.

Il dato ricavabile sul versante del diritto positivo italiano è ulteriormente rafforzato in ragione del fatto che l'imparzialità della Pubblica Amministrazione rientra a pieno anche tra gli elementi costitutivi del Trattato sull'Unione Europea con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Anche l'ordinamento comunitario, infatti, assegna specifico rilievo a tale principio, inquadrandolo come fondamentale profilo del "diritto ad una buona amministrazione", codificato dall'art.41 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea, nonché ponendolo come linea guida dell'operato dei funzionari europei, secondo quanto prescritto dal Codice europeo di buona condotta amministrativa²³. Le radici offerte dal testo costituzionale e dai principi fondamentali dallo stesso desumibili, unitamente alle coordinate ricavabili anche dall'ordinamento comunitario, non possono non rafforzare l'idea che il principio d'imparzialità

²³In argomento, si veda R. Carida', *Principi costituzionali e Pubblica Amministrazione*, Consultaonline.org,23.

della PA sia un elemento imprescindibile e fortemente qualificante l'essenza complessiva del nostro ordinamento.

3.1 Imparzialità: sviluppo del concetto ermeneutico

Il fatto che la Costituzione non contenga alcun riferimento espresso né alla lotta alla corruzione né alla trasparenza non significa in alcun modo che l'una e l'altra non abbiano una chiara, rilevante dimensione costituzionale.

Una qualsiasi disposizione di legge acquisisce in via ermeneutica una portata normativa che va al di là del testo. E ciò vale soprattutto per quel peculiare testo normativo, che è la Carta costituzionale, che dialoga con le generazioni future e che esprime l'identità di una comunità che si proietta nel tempo. In tal senso, la Costituzione è ricca di principi, espressi ed impliciti, che costituiscono un solido fondamento della legislazione in tema di trasparenza e lotta alla corruzione, come si intende mostrare²⁴.

E' un tema di evidente importanza se si considera come la legislazione in materia di lotta alla corruzione e trasparenza senza dubbio incida, anche in maniera notevole, su principi egualmente di rango costituzionale, su diritti e libertà fondamentali. Ma è proprio il fondamento costituzionale della trasparenza e della lotta alla corruzione a consentire al legislatore di fissare legittimamente obblighi così pressanti, come quelli contenuti nella legge n. 190/2012, e successivi interventi, purché essi siano espressione di bilanciamenti ragionevoli.

Un osservatorio privilegiato, in materia, della necessaria ricerca di ragionevole bilanciamento tra diritti e interessi costituzionali è quello in particolare del rapporto tra diritto alla riservatezza, protezione dei dati personali e obblighi di

²⁴Il fondamento costituzionale della legislazione in tema di trasparenza e di lotta alla corruzione: alcune riflessioni, di Andrea Patroni Griffi (29 marzo 2016).

trasparenza. Viene in rilievo, in tale ambito, lo schema classico, nel diritto costituzionale, del bilanciamento tra diritti, riconosciuti implicitamente o esplicitamente, in norme costituzionali di principio. Il bilanciamento potrà condurre ad eventuali limitazioni di diritti, che siano frutto di scelte ragionevoli effettuate dal legislatore, dovendo altrimenti intervenire il giudice delle leggi.

Anche a volere considerare la trasparenza non solo quale principio, ma anche quale fondamento di diritti che i cittadini vantano nei confronti dell'amministrazione, e che trovano adeguata garanzia giurisdizionale, non vi è dubbio che essi possano trovare limite nei ragionevoli bilanciamenti, nella riservatezza, e in altri diritti e principi, nella concreta disciplina legislativa ed attuazione amministrativa.

Naturalmente il margine di apprezzamento legislativo è ampio, ma non è affatto costituzionalmente indifferente. Semmai si pone qui l'ulteriore tema, costituzionalmente sensibile, derivante dal fatto che spesso le regole in materia non sono concretamente fissate nella legge, con tensione quindi rispetto al principio di legalità, almeno inteso in senso classico, ma sono contenute in linee guida elaborate da autorità amministrative indipendenti, quali, in specie, l'Anac ed il Garante per la protezione dei dati personali. E, talora, peraltro, proprio rispetto agli obblighi di trasparenza, con indicazioni e linee guida che non appaiono frutto di una visione comune nelle prospettive delle due diverse *authority*.

4. Radici costituzionali nella legislazione anticorruzione

La legislazione, in materia di lotta alla corruzione e trasparenza, ha le "spalle coperte" in Costituzione e affonda le radici costituzionali in diversi principi che è importante ricordare. L'analisi deve necessariamente prendere inizio dai

principi costituzionali che informano e costituiscono il quadro di riferimento della normativa in tema di trasparenza e anticorruzione. Laddove è bene precisare che la trasparenza non è solo teleologicamente strumento di lotta alla corruzione, ma è anche in sé principio, da cui promanano obblighi per la pubblica amministrazione e diritti delle persone ad essere informati anche in chiave di controllo di un'amministrazione democratica, in cui il momento della partecipazione trova nuove forme di espressione.

Se vogliamo considerare le disposizioni che fanno espresso riferimento all'amministrazione ed ai pubblici dipendenti, possiamo già iniziare a menzionare gli articoli 28, 54, 97, 98 della Costituzione.

I funzionari pubblici, normalmente selezionati mediante concorso (art. 97) – e dunque secondo procedura e regole in tema di accesso alle pubbliche amministrazioni, che sono al contempo espressione e fondamento del principio meritocratico – sono responsabili per gli atti in violazione dei diritti secondo le leggi penali, civili e amministrative (art. 28) e devono svolgere le loro funzioni “con disciplina ed onore” (art.54), nell’ambito del “servizio esclusivo della Nazione” (art. 98), con espressione esemplare e ricca di concrete ricadute sui doveri che gravano sui dipendenti pubblici. Non a servizio dei politici, né dei partiti e della politica partitica, non di interessi altri se non quelli meramente della Nazione. Fondamentale è poi la portata complessiva che assume l’intera Costituzione, a partire dai suoi principi fondamentali, ed una lettura “ampia” dell’articolo 97, perché lì ci sono le chiavi di volta di una serie di corollari - efficienza, efficacia, economicità, distinzione tra politica e amministrazione -, che vanno al di là degli stessi principi espressi di imparzialità e di buon andamento.

Tale combinato disposto, qui brevemente ricordato, acquista proprio il significato di come il Costituente intenda porre obblighi maggiori, rispetto agli altri lavoratori, nei confronti proprio dei dipendenti pubblici. La visione è quella

del pubblico impiego non certo come una posizione di privilegio, ma esattamente il contrario ovvero, quale fonte di possibili obblighi ulteriori rispetto a quelli gravanti sugli altri lavoratori proprio alla luce delle funzioni pubbliche svolte. Quest'insieme di principi espressi, contenuti in Costituzione, nella loro esatta ed ampia lettura che ci offre il giudice delle leggi, rappresenta un fondamento ampio della stessa legislazione sulla trasparenza e sulla lotta alla corruzione. Potremmo dire che il fondamento costituzionale di questa legislazione è negli stessi principi supremi della Costituzione, nell'uguaglianza, nel principio democratico e, su di altro piano, nella stessa legalità, cioè nella previa regola fissata in una norma generale, sotto il profilo dei destinatari, ed astratta, sotto il profilo delle sue applicazioni.

La corruzione infatti non consente alle persone di essere *eguali* dinanzi alla pubblica amministrazione, nel senso che l'abuso delle funzioni pubbliche, che è dietro il patto corruttivo, falsa le pari opportunità, di cui invece i soggetti destinatari di un'attività pubblica avrebbero dovuto godere secondo un sistema di regole obiettive.

In una società in cui la corruzione è diffusa, non ci troviamo nell'ambito di uno Stato costituzionale, di una moderna democrazia pluralista, si è, nella sostanza, *sudditi* di un'amministrazione opaca, dove le scelte dei pubblici funzionari sfuggono ai meccanismi della legalità e il mercato risponde a logiche lontane da quelle presupposte da una sana concorrenza tra gli operatori economici. In un ordinamento dove la lotta alla corruzione non dispone di adeguati ed efficaci strumenti normativi il cittadino in realtà resta privato in concreto dei propri diritti in campo economico, perché la corruzione esprime rapporti diseguali in conseguenza dell'abuso delle funzioni che consegue alle corruttele. In tal senso gli stessi principi supremi, democratico, di eguaglianza, il valore e la dignità della persona, il diritto/dovere di informazione, nei suoi vari contenuti, e non solo, sono alla base della normativa anticorruzione e ne costituiscono fondamento

costituzionale. Nello Stato democratico l'accessibilità alle informazioni diviene partecipazione e, dunque, strumentale alla costruzione di un corretto rapporto fra amministrazione e cittadino.

L'intera "Costituzione amministrativa", per riprendere espressione dei Maestri, è in grado di delineare in definitiva un ampio quadro normativo di riferimento, che rileva in tema di anticorruzione.

Si evidenziano, quindi, non solo i principi supremi, non solo gli espressi principi di imparzialità, buon andamento, servizio esclusivo della Nazione, concorso pubblico per l'accesso, ma anche altri principi, che derivano da una lettura trasversale, e combinata di ampia parte del testo costituzionale, che ha avuto il supporto della dottrina e poi, soprattutto, del giudice delle leggi. Così, in particolare, la distinzione tra politica e amministrazione, l'autonomia, e la responsabilità - quasi ad endiadi - gestionale della dirigenza, l'efficacia, l'efficienza, l'economicità, anche alla luce del nuovo articolo 97 I comma della Costituzione, il principio, contenitore di diritti e doveri, di trasparenza, la qualità della legge e delle regole normative, il principio, che è anche diritto del cittadino, ad una buona amministrazione, che significa anche semplificazione e deburocratizzazione, riconoscimento del principio meritocratico, e si potrebbe continuare. I principi di imparzialità e di buon andamento della Pubblica Amministrazione hanno subito uno sviluppo ed un approfondimento notevolissimo negli ultimi anni ad opera del legislatore ordinario verso l'efficienza, l'efficacia, l'economicità e la trasparenza dell'azione amministrativa²⁵.

²⁵Marta Cerioni, *Anticorruzione, trasparenza e Costituzione. Verso un legal personal scanner?* Ancona-Camerino, marzo 2017.

Un tentativo di sintesi del fondamento costituzionale della trasparenza, quale strumento di lotta e prevenzione della corruzione ed essa stessa principio costituzionale, è contenuto nell'articolo di apertura del decreto legislativo n. 33/2013. "La trasparenza concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione", ponendosi in tal senso anche quale "condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali". Anche perché il diritto ad una buona amministrazione si realizza solo attraverso "una amministrazione aperta, al servizio del cittadino".

Appare evidente che questi sono principi e non regole costituzionali, che hanno dunque chiaro rango normativo superiore, ma necessitano di bilanciamento con altri diritti e principi e quindi lasciano margine di discrezionalità al legislatore ordinario nel disciplinare la materia. Ma la Corte Costituzionale ha strumenti, parametri per fissare "paletti" invalicabili alla scelta delle concrete regole stabilite dalla legge, in attuazione di quei principi.

5. La funzione amministrativa

L'amministrazione pubblica costituisce il complesso di soggetti pubblici che svolgono attività amministrativa, preordinata alla concreta realizzazione di interessi pubblici. Diversamente potrebbe definirsi come un'attività funzionale agli interessi dell'insieme dei cittadini, al loro servizio disciplinata, di regola, da norme proprie del diritto pubblico. Essa è definita dalla normativa nazionale ed europea e comprende le amministrazioni statali, le autonomie territoriali, gli enti pubblici non economici, e le persone giuridiche private che svolgono attività non

economiche di interesse generale, finanziate e controllate in prevalenza dallo Stato o da altri enti pubblici.

Nella cura dell'interesse pubblico, l'amministrazione può avvalersi di strumenti di stampo privatistico, agendo in veste paritaria rispetto al privato cittadino; ma l'azione così posta in essere persegue l'interesse pubblico, sia che il soggetto agente sia pubblico o che sia un privato nell'esercizio di attività di interesse pubblico. Ne deriva che i relativi atti dovranno sempre essere finalizzati alla realizzazione del fine pubblico ed essere rispondenti ai relativi principi costituzionali. Il riconoscimento normativo espresso si rinviene nel novellato art. 1, c. 1-*bis*, l. n. 241 del 1990, il quale precisa che la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente e che i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al c. 1; si pensi ad una cessione consensuale rispetto ad un esproprio o ad un contratto di locazione invece della concessione di un bene pubblico²⁶.

5.1 La funzione amministrativa: le pubbliche amministrazioni

Le amministrazioni pubbliche costituiscono un elemento indefettibile nella nostra vita, come singoli o nelle formazioni sociali.

La pubblica amministrazione costituisce quella parte di apparato dello Stato che svolge funzioni amministrative la cui presenza è costante nella vita quotidiana di tutti coloro che siano presenti sul territorio nazionale. La funzione amministrativa, che non si limita solo alla cura concreta di interessi pubblici e che viene espletata da un organo dell'apparato amministrativo, di regola, tramite

²⁶Rossana Caridà, *Principi costituzionali e pubblica amministrazione*, in *Consulta online*.

una serie di atti tra loro collegati da un nesso procedimentale, trova nel provvedimento finale il suo segno tangibile. Ma si possono annoverare le attività di regolazione, consultiva, di controllo, tutte preordinate al migliore funzionamento dell'apparato amministrativo.

L'apparato burocratico si caratterizza per la sua professionalità e l'organizzazione gerarchica: per il suo funzionamento, esso necessita di mezzi patrimoniali e finanziari adeguati agli obiettivi che si propone di perseguire, di persone fisiche che materialmente prestino la loro opera al suo servizio, in virtù di un rapporto di impiego/lavoro pubblico.

Accanto allo Stato, persona giuridica pubblica per eccellenza, troviamo altri soggetti pubblici, territoriali (regioni, province, comuni) o funzionali (ad esempio l'Istituto Nazionale per la Previdenza Sociale o quello per gli Infortuni sul Lavoro). È per questo che la locuzione pubblica amministrazione è stata sostituita dal plurale "pubbliche amministrazioni", che sembrano trovare quale comune denominatore il rapporto di pubblico impiego con le persone fisiche che prestano la loro attività, il cui segno concreto, oltre che giuridico, è l'emanazione di provvedimenti ed atti amministrativi.

6. Principio di distinzione tra politica e amministrazione

Un osservatorio di scenario, non sempre considerato adeguatamente in tema di anticorruzione, è rappresentato dal principio di distinzione tra politica e amministrazione, che assurge ormai a rango implicitamente costituzionale come certificato dalla Corte costituzionale in particolare in due note sentenze (nn. 103 e 104) del 2007, e sostenuto in dottrina da prima. Tale principio posto espressamente nell'ordinamento dal Decreto Legislativo n. 29/1993, se non

prima, si traduce, come noto, nella distinzione tra attività di indirizzo politico amministrativo, rimessa agli organi politici, e attività di gestione, rimessa all'autonoma sfera di competenze della dirigenza e sovrintende all'annoso problema della confusione tra funzioni pubbliche e funzioni amministrative, rendendo più complicato il quadro, specialmente in un sistema in cui gli incarichi dirigenziali sono attribuiti con il sistema *spoil system*²⁷, negandosi la natura fiduciaria personale del legame tra dirigente e responsabile politico, se non per pochissimi uffici di diretta collaborazione o di assoluto vertice quali i capi dipartimento.

Per ovviare a ciò, infatti, si è assistito alla proliferazione di normative su incompatibilità ed inconfiribilità²⁸. Non c'è dubbio che politica e amministrazione siano aspetti consustanziali della funzione di governo, che consta per l'appunto di indirizzo politico amministrativo e gestione amministrativa. Rispetto a tale quadro, occorre chiedersi, dove si annidi maggiormente il rischio corruzione. Indubbiamente in entrambi profili, anche se, l'indirizzo politico amministrativo ha sovente meno rilievo per i corruttori. Certo anche l'adozione di strumenti di indirizzo, di piano e programmazione, anche il momento di fissazione degli obiettivi può formare oggetto di intese clientelari o peggio condurre ad ipotesi corruttive, ma nella gestione, nell'adozione del singolo, concreto provvedimento gestionale di interesse del privato il rischio appare maggiore.

Prima del 1993, è la politica che fa anche gestione: un bando di concorso, ad esempio, veniva firmato dal politico, dal ministro, dall'assessore. E la cattiva politica trovava, nella condizione di esercitare concreta gestione, un possibile

²⁷Marta Cerioni, *Anticorruzione, trasparenza e Costituzione. Verso un legal personal scanner?* Ancona-Camerino, marzo 2017.

²⁸Marta Cerioni, *Vedi infra*.

strumento per creare clientela politica, voto di scambio, vera e propria corruzione. Con l'avvento del principio generale di distinzione tra politica e amministrazione, la situazione cambia. Per tornare all'esempio fatto, un bando di concorso adottato dal politico diviene illegittimo per incompetenza. Gli atti gestionali sono interamente rimessi in via espressa per legge alla dirigenza. Mentre la politica, almeno formalmente, è spogliata di ogni possibilità di esercitare atti di gestione.

La pressione corruttiva da parte dei privati e la propensione o meglio, il rischio corruttivo, si sposta in modo "naturale" dalla politica alla dirigenza, che a questo punto diviene il vero ganglio sensibile, peraltro messo sotto la pressione di un regime di responsabilità anche gestionale, per i risultati indipendentemente dai profili di colpa. D'altro canto, dove c'è autonomia, dove c'è potere, lì deve esserci responsabilità per l'esercizio di quel potere, e già la legislazione Brunetta va fortemente in questa necessaria direzione.

Da qui due possibili scenari, per effetto della distinzione tra politica e amministrazione, che rilevano anche ai fini della lotta alla corruzione.

Nella fisiologia del nuovo rapporto di distinzione tra politica e amministrazione, la dirigenza è effettiva titolare in piena autonomia dalla politica dell'attività gestionale e allora le pressioni potrebbero maggiormente provenire direttamente dai privati su funzionari e dirigenti che adottano concreti atti di "interesse corruttivo", e di qui quindi tutte le misure repressive e soprattutto preventive messe meritoriamente in campo negli ultimi anni, a partire dalla legge n. 190/2012, con lo straordinario ruolo svolto dall'Anac.

Ma vi è anche uno scenario patologico, laddove, al di là del riparto formale di competenze tra indirizzo e gestione, sia in realtà la politica o meglio i politici, soprattutto se "referenti" di quel dirigente o funzionario, a determinare in concreto, e in violazione di quanto sancito, ogni aspetto del contenuto gestionale dell'atto. Oppure, chi ha funzioni di indirizzo politico potrebbe operare, in ipotesi

di corruttele, mediante ritorsioni indirette verso i dirigenti per indurli ad assumere determinate decisioni.

In questo secondo caso, la distinzione tra indirizzo e gestione, nella pratica, non è mai stata effettivamente realizzata: il dirigente, non ha reale autonomia, è semplice *longa manus* della (mala) politica nell'attività di gestione.

Il fatto è, ed è questo il vero punto nodale, che la stessa amministrazione imparziale, prima ancora delle tematiche legate all'anticorruzione, presuppone che la dirigenza sappia servire l'interesse pubblico e sia sì strumento della politica, a cui è rimessa la determinazione degli indirizzi, ma non del politico, interessato a piegare la concreta gestione amministrativa ai propri desiderata di parte o di natura clientelare. La dirigenza deve essere strumento efficiente ed efficace di realizzazione imparziale dell'indirizzo impartito nel perseguimento dell'interesse pubblico, deve essere in grado di dire no ad indebite pressioni dovunque provenienti.

I funzionari devono comprendere che, nell'amministrazione, essi non hanno una responsabilità verso i propri partner commerciali o il proprio superiore e, si potrebbe aggiungere, il politico di riferimento, ma sono responsabili di fronte a tutti i cittadini.

L'imparzialità soggettiva dei pubblici dipendenti, perseguita dalla legislazione di lotta alla corruzione, è strumentale all'imparzialità dell'attività amministrativa. Di qui il primo vero presupposto dell'anticorruzione: l'esigenza di una classe dirigente forte, autorevole, culturalmente colta, nelle pubbliche amministrazioni, dove competenza, assunzione di responsabilità, professionalità e merito siano le vere parole d'ordine.

In definitiva si fa anticorruzione, non soltanto con la meritoria legislazione anticorruzione, ma anche sul piano più generale delle riforme amministrative dell'organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione.

E' fondamentale proseguire, dunque sulla strada della semplificazione amministrativa e sburocratizzazione che rappresenta attività fondamentale per garantire un'amministrazione *friendly*, ma che costituisce anche strumento di lotta alla corruzione.

Dietro ogni ostacolo burocratico si annida anche il rischio di corruzione e di corruttele. La legalità, il rispetto delle regole, è esso stesso presidio di anticorruzione. Sennonché le norme oscure, la cattiva qualità della norma, al contrario facilitano le corruttele.

Esistono strumenti ed organi che operano a garantire una tale esigenza sia nella Presidenza del Consiglio sia nel Parlamento. Ma, ancora oggi, ad esempio, risulta più conveniente, nel modificare una normativa di legge, cambiare singole parole di un articolato, con effetti non dei migliori sul piano della chiarezza, che riscrivere l'intera disposizione, perché altrimenti si rischia di riapprovare l'intera legge e non solo la disposizione modificata. Oppure basta pensare a leggi costituite da un solo articolo e centinaia di commi, al fine sempre di agevolare il percorso parlamentare. La stessa legge n. 190/2012 è costituita da due articoli, con il primo formato da decine di commi.

Tutto questo non aiuta in termini di qualità e chiarezza della legge. Ed in questo senso si potrebbe dire che anche la riforma dei regolamenti parlamentari dovrebbe rappresentare un ulteriore auspicabile intervento.

Per quanto riguarda il ricorso al diritto penale, la strada seguita dell'aumento delle pene, e in particolare dei minimi edittali, nei reati contro la pubblica amministrazione è arma in realtà a doppio taglio; e solo il tempo potrà dirci dell'efficacia di tali misure. Mentre anche il ricorso a certe depenalizzazioni di reati minori possono invece forse rappresentare uno strumento anche in chiave di lotta alla corruzione. In primo luogo, infatti, la sanzione amministrativa può risultare più efficace e costituire reale deterrente rispetto alla sanzione penale, anche in luce del regime di prescrizione. Peraltro, il ricorso al diritto penale deve

essere *extrema ratio* nell'ordinamento, come ci insegna la Corte costituzionale. In secondo luogo, sarebbe positiva una certa, conseguente deflazione del carico del giudice penale, che aiuterebbe il sistema giustizia a perseguire i reati di maggiore allarme sociale.

Non c'è dubbio comunque che il punto fondamentale di svolta nella lotta anticorruzione in Italia si ha *solamente*, se si pensa in particolare almeno agli obblighi derivanti dalla Convenzione di Merida del 2003, con la legge n. 190/2012, che contiene "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione" e che soprattutto prevede un ricco corredo di misure preventive, oltre che repressive, contro la corruzione.

L'idea originale, che è alla base della legge e che segna un cambio di rotta, semmai da rafforzare ulteriormente, è data proprio dall'attenzione posta sulla prevenzione. Si cercano di evitare in radice le condizioni che possano agevolare la commissione di reati e le corrottele.

In chiave di prevenzione, in particolare, è fondamentale la traduzione del principio di trasparenza in penetranti, significative regole ed obblighi di diverso significato e contenuto, in grado di costruire la pubblica amministrazione come "casa di vetro", dove ogni cittadino possa entrare non per piatire copie di atti ma in forza di diritti cui corrispondono doveri, come con gli obblighi di pubblicazione sui siti internet di tutta una serie di informazioni, documenti e dati e con la previsione dell'accesso civico, di cui al decreto legislativo n. 33/2013, in fondamentale attuazione della delega della legge 6 novembre 2012, n. 190.

Ben al di là dell'accesso ai documenti amministrativi di cui alla legge n. 241, dove occorre dimostrare interesse e legittimazione da parte di chi chiede, ed anzi su di un piano ontologicamente differente, si stabilisce che l'obbligo di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi. Laddove la richiesta di accesso civico non forma oggetto

né di motivazione né di limitazioni circa la legittimazione soggettiva del richiedente.

Sono norme quelle della legge n. 190/2012 e decreti attuativi, che derivano in gran parte dal lavoro svolto dalla “Commissione per lo studio e l’elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione”, istituita dall’allora Ministro tecnico della Funzione Pubblica del governo Monti. Si tratta di interventi che la n. 124/2015 e soprattutto i decreti attuativi, in corso di approvazione, intendono ulteriormente sviluppare, ma anche modificare.

La legge del 2012 è certamente una buona legge con molte armi, ma forse con poche munizioni, se vogliamo ripetere la metafora della lotta e della “guerra” alla corruzione: a partire dal dato, non secondario, che si tratta di una legge a “costo zero”. Una legge che inizia una stagione sicuramente nuova in Italia e qualche risultato nelle sempre non lusinghiere classifiche sulla corruzione si inizia, forse ancora troppo timidamente, a intravedere.

Una delle possibili “munizioni” in più potrebbe essere rappresentata dall’assai discussa figura del *whistleblower* - colui che soffia nel fischietto -, conosciuta da tempo in altri ordinamenti, mentre risulta difficile trovare già un termine italiano che traduca l’espressione e che non abbia accezione negativa. Ed è questo un dato già culturalmente significativo. Forse lo si potrebbe semplicemente chiamare “collaboratore di trasparenza”.

7. Whistleblowing

Di recente è stata approvata in tale ambito la legge n. 19 del 30.11.2017, che sviluppa una figura prevista in modo ancora embrionale nella legislazione anticorruzione e che ha il maggiore punto critico nella necessità di tutelare il

whistleblower, anzi il “collaboratore di trasparenza”, oltre che, al contempo, evitare abusi. Non vi è dubbio che sia tema delicato, anche rispetto alla previsione di un meccanismo premiale, su cui effettuare attenti, ragionevoli bilanciamenti, ma certo occorre anche tenere presente i vantaggi di tale istituto, come dimostra l’esperienza di altri ordinamenti.

Il fatto è, in conclusione, che la corruzione è reato bilaterale. Per ogni privato che offre denaro c’è un pubblico ufficiale che tradisce il suo ruolo, i suoi obblighi, il suo “servizio esclusivo per la Nazione”, come dice la Costituzione. Ma per ogni reato di corruzione ci sono anche tutti gli altri cittadini che si vedono privati di un qualcosa che, in base al merito, al rispetto della legge, sarebbe potuto spettare loro.

È questo un meccanismo molto pericoloso per la stessa società, perché causa disaffezione ed incide in tal senso sullo stesso principio democratico. Laddove manchi una reale politica di prevenzione e repressione della corruzione si genera un’economia “malata” e, in modo ancora più grave, si determina un pericoloso scollamento tra persone ed istituzioni, tra cittadini e società politica, che è paradossalmente alla base di un’ancora maggiore diffusione di un regime di illegalità diffusa.

Il legislatore certo deve operare bilanciamenti ragionevoli nel porre la disciplina legislativa e sono certamente possibili poi letture anche diverse sul piano delle regole di condotta da porre in ossequio alla legge. Ciò che però va ribadito con forza, in definitiva, è che la Costituzione non è assolutamente indifferente sul tema della trasparenza e della lotta alla corruzione. Essa contiene principi “forti” sia espressione di principi supremi, sia altri principi espressi ed impliciti che non solo costituiscono un fondamento saldo, che dà adeguata copertura alle scelte del legislatore in tema di lotta alla corruzione e trasparenza, ma anzi le orientano a realizzare in maniera piena quel principio, che è anche diritto alla buona amministrazione e che da solo può garantire diritti dei cittadini, non più sudditi,

ed una sana economia e imprenditorialità, che invece la corruzione è tristemente in grado di vanificare. Pensiamo alla diversa “visione” che talora emerge dal Garante della protezione dei dati personali rispetto all’Anac e questo sinceramente non aiuta chi opera nelle pubbliche amministrazioni.

7.1. *Whistleblowing*: regolamento Anac in materia di tutela del *Whistleblower*

Whistleblower (letteralmente tradotto: soffiatore nel fischietto) è il nome inglese del dipendente che dall’interno del proprio ente di appartenenza (pubblico o privato), segnala condotte illecite non nel proprio interesse, ma nell’interesse pubblico affinché non venga pregiudicato un bene collettivo. Già le linee Guida pubblicate dall’Anac in Gazzetta Ufficiale serie generale n. 110 del 14 maggio 2015 in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti avevano l’obiettivo di dettare una disciplina volta ad incoraggiare i dipendenti pubblici a denunciare gli illeciti di cui vengono a conoscenza nell’ambito del rapporto di lavoro e, al contempo, a garantirne un’efficace tutela.

E’ stata poi la legge n. 19 del 30.11.2017, pubblicata in Gazzetta Ufficiale Serie generale n. 291 del 14.12.2017, che recependo le predette Linee Guida dell’Anac ha aumentato le tutele verso i segnalanti, modificando l’art. 54 *bis* del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

Infine l’Anac da ultimo con la delibera n. 1033 del 30 ottobre 2018 ha emanato il Regolamento (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 269 del 19 novembre 2018) sull’esercizio del potere sanzionatorio in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell’ambito di un rapporto di lavoro di cui all’art. 54-*bis* del D.Lgs. 165/2001 (c.d. *whistleblowing*).

L'art. 3 del presente Regolamento chiarisce che l'Autorità ha potere sanzionatorio: *a) d'ufficio, qualora accerti una o più delle violazioni di cui all'art. 54-bis, comma 6, nell'ambito di attività espletate secondo la Direttiva annuale sullo svolgimento della funzione di vigilanza dell'Autorità; b) su comunicazione di cui all'art. 1, comma 1, lett. h); c) su segnalazione di cui all'art. 1, comma 1, lett. i).* 2. *Le comunicazioni e le segnalazioni sono presentate, di norma, attraverso il modulo della piattaforma informatica disponibile sul sito istituzionale dell'Autorità, che utilizza strumenti di crittografia e garantisce la riservatezza dell'identità del segnalante e del contenuto della segnalazione nonché della relativa documentazione*²⁹.

Il procedimento si avvia come disciplinato all'art. 7 e viene compiuta l'istruttoria come disciplinato all'art. 8 procedendo in estrema sintesi all'esame degli atti del procedimento sanzionatorio.

Al termine dell'istruttoria, qualora non ricorrano i presupposti per l'archiviazione ovvero qualora sia stata riscontrata l'assenza dei presupposti di fatto o di diritto per la comminazione della sanzione amministrativa pecuniaria l'ufficio, entro 180 giorni dalla data di avvio del procedimento, comunica all'interessato che intende proporre al Consiglio l'adozione del provvedimento sanzionatorio. L'interessato, entro 10 giorni dalla comunicazione può presentare ulteriori memorie difensive, ovvero chiedere l'audizione in Consiglio, in presenza di circostanze e fatti nuovi rispetto a quanto accertato in sede istruttoria.

Il Consiglio, tenuto conto delle memorie presentate e delle risultanze dell'eventuale audizione, adotta il provvedimento conclusivo. Il provvedimento viene notificato al responsabile dell'infrazione contestata.

²⁹Delibera ANAC n.1033 del 20 ottobre 2018 -art.3 - (G.U. n.269 del 19/11/2018)- Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro di cui all'art. 54-bis del D.Lgs. 165/2001.

Si rappresenta inoltre che l'art. 10 del Regolamento Anac prevede una particolare tipologia di procedimento sanzionatorio semplificato nei suddetti casi:

a) *nell'espletamento dell'attività di vigilanza dell'Autorità venga riscontrata la mancanza delle procedure di ricezione e/o gestione delle segnalazioni di cui all'art. 54-bis;*

b) *la segnalazione della mancanza delle procedure di ricezione e/o gestione delle segnalazioni di cui all'art. 54-bis, è ritenuta ragionevolmente fondata a seguito dello svolgimento dell'attività preistruttoria dell'uffici³⁰.*

³⁰Delibera ANAC n.1033 del 20 ottobre 2018 – art.10- (G.U. n.269 del 19/11/2018)- Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro di cui all'art. 54-bis del d.lgs. 165/2001.

CAPITOLO SECONDO

Disciplina degli appalti pubblici e ruolo dell'Anac; profili organizzativi ed attribuzioni dell'organo

1. Introduzione

La corruzione, ossia l'abuso di potere istituzionale per vantaggi personali è uno dei fenomeni più dannosi della nostra epoca, anche considerando soltanto le sue dimensioni. Infatti, secondo le stime della Banca Mondiale, nel mondo mille miliardi di dollari finiscono ogni anno in tangenti e il danno conseguente da tale fenomeno alle economie dei paesi interessati è di circa il doppio. La corruzione sottrae risorse ai paesi più poveri, distorce la concorrenza, allontana dal mercato le imprese con i prodotti migliori, accetta qualità inferiore, pesa sul rating finanziario del Paese e su quello delle sue aziende, rende le stesse ed il suo management vulnerabili alle sanzioni legislative, demotiva il personale ed allontana gli investitori stranieri.

In attuazione dell'articolo 6 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 e ratificata ai sensi della legge 3 agosto 2009, n. 116, e degli articoli 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione, firmata a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata ai sensi della legge 18 giugno 2012, n.110, la legge 190 del 2012 individua, in ambito nazionale, l'Autorità

Nazionale Anticorruzione e gli altri organi incaricati di svolgere, con modalità tali da assicurare azione coordinata, attività di controllo, di prevenzione e di contrasto alla corruzione e all'illegalità nella pubblica amministrazione.

2. L'Autorità Nazionale Anticorruzione

La Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, e successive modificazioni, di seguito denominata «Commissione», opera quale Autorità nazionale anticorruzione, ai sensi del comma 1 dell'articolo 1 della legge n.190 del 2012.

In particolare, la Commissione:

- a) collabora con i paritetici organismi stranieri, con le organizzazioni regionali ed internazionali competenti;
- b) approva il Piano Nazionale Anticorruzione predisposto dal Dipartimento della Funzione Pubblica;
- c) analizza le cause e i fattori della corruzione e individua gli interventi che ne possono favorire la prevenzione e il contrasto;
- d) esprime pareri facoltativi agli organi dello Stato e a tutte le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in materia di conformità di atti e comportamenti dei Funzionari pubblici alla legge, ai codici di comportamento e ai contratti, collettivi e individuali, regolanti il rapporto di lavoro pubblico;
- e) esprime pareri facoltativi in materia di autorizzazioni, di cui all'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n.165, e successive modificazioni, allo

svolgimento di incarichi esterni da parte dei Dirigenti amministrativi dello Stato e degli Enti pubblici nazionali;

f) esercita la vigilanza e il controllo sull'effettiva applicazione e sull'efficacia delle misure adottate dalle pubbliche amministrazioni ai sensi dei commi 4 e 5 dell'art.1 della l. 190/2012 e sul rispetto delle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa previste dai commi da 15 a 36 dello stesso articolo e dalle altre disposizioni vigenti;

g) riferisce al Parlamento, presentando una relazione entro il 31 dicembre di ciascun anno, sull'attività di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione e sull'efficacia delle disposizioni vigenti in materia.

Il secondo comma della l. n. 190/2012 individua esplicitamente come Autorità Nazionale Anticorruzione la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche già istituita - ex articolo 13 del D.Lgs.n. 150/2009 - con la funzione di indirizzare, coordinare e sovrintendere all'esercizio indipendente delle funzioni di valutazione delle amministrazioni, di garantire la trasparenza dei sistemi di valutazione, di assicurare la comparabilità e la visibilità degli indici di andamento gestionale.

La costituzione di quest'ultimo organismo nel 2009 ha consentito di ricondurre a un unico soggetto istituzionale la regolazione di tre ambiti, performance, trasparenza, integrità, la cui efficace gestione presuppone il riconoscimento della stretta interconnessione tra il funzionamento dei sistemi di misurazione, valutazione e controllo delle amministrazioni, adozione di misure di trasparenza, la promozione di modelli di integrità.

La disposizione in commento affida a tale organismo delicati e complessi compiti per la prevenzione ed il contrasto di fenomeni di illegalità nelle pubbliche amministrazioni e di promozione della cultura dell'integrità che, in parte, si pongono in continuità con i compiti sino ad

oggi svolti in materia di promozione dell'integrità e della trasparenza nelle pubbliche amministrazioni.

Tuttavia, da un punto di vista strettamente tecnico, si evince un certo legame con quanto svolto in passato prima dall'alto Commissario anticorruzione, soppresso dal D.L. n. 112/2008, e poi dal Dipartimento della Funzione Pubblica - Servizio anticorruzione e trasparenza.

L'origine della scelta del legislatore nell'individuare la CIVIT quale Autorità nazionale anticorruzione risiede nella Convenzione ONU contro la corruzione del 2003, la quale *"pretende per gli organi di prevenzione della corruzione l'indipendenza necessaria a permettere loro di esercitare efficacemente le loro funzioni al riparo da ogni indebita influenza"*.

Infine, il recente decreto legge 18 ottobre 2012 n. 179, "Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese", convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012 n. 221, ha rafforzato l'Autorità, prevedendo che alla Commissione è preposto un presidente, nominato su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, del Ministro della giustizia e del Ministro dell'interno tra persone di notoria indipendenza che hanno avuto esperienza in materia di contrasto alla corruzione e persecuzione degli illeciti nella pubblica amministrazione.

Tornando alle funzioni, il secondo comma dell'articolo 1 della legge n. 190 del 2012 affida alla Commissione i seguenti compiti:

- collaborare con i paritetici organismi stranieri, con le organizzazioni regionali e internazionali competenti;
- approvare il Piano nazionale anticorruzione predisposto da funzione pubblica;
- analizzare le cause e i fattori della corruzione e individuare le attività volte a favorirne la prevenzione e il contrasto;
- esprimere pareri facoltativi in materia di autorizzazioni allo svolgimento di incarichi esterni (incompatibilità, cumulo di impieghi e

incarichi) da parte dei Dirigenti amministrativi dello Stato e degli Enti pubblici nazionali con particolare riguardo alla fattispecie introdotta con il comma 16-ter, della legge in commento che ha novellato l'art. 53 del D. Lgs. n. 165/2001, il quale stabilisce che *“i dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti”*. Nonostante questa funzione rappresenti una ghiotta occasione per le amministrazioni più virtuose, non troverà, probabilmente, una sistematica applicazione da parte di tutti, supposto che detti pareri, secondo quanto previsto dalla lett. d), del comma 2 dell'art. 1, sono di natura facoltativa (Consiglio di Stato, sez. IV, 8 giugno 2000, n. 3235, *“Nei pareri amministrativi possono distinguersi quelli tecnico giuridici che comportano la formulazione di un giudizio e quelli informativo conoscitivi con i quali viene comunicato l'orientamento d'opinione di autorità, enti, amministrazioni esterne; l'acquisizione dei primi pareri è obbligatoria mentre quella dei secondi è facoltativa”*). I pareri in parola rientrano nella disciplina generale prevista dall'articolo 16 della legge 7 agosto 1990, n.241 che stabilisce che: *“Qualora siano richiesti pareri facoltativi, sono tenuti a dare immediata comunicazione alle amministrazioni richiedenti del termine entro il quale il parere sarà reso”*. Allo stesso tempo, però, è opportuno segnalare come ormai la giurisprudenza ritenga che i

pareri degli organi consultivi, anche se meramente facoltativi, una volta richiesti ed ottenuti, assumano grande rilievo e di conseguenza debbono essere necessariamente considerati al fine dell'emanazione del provvedimento finale³¹;

- operare compiti di vigilanza e di controllo sull'effettiva applicazione e sull'efficacia delle misure adottate dalle pubbliche amministrazioni con "particolare riguardo a quelle relative al rispetto delle disposizioni relative alla trasparenza dell'attività amministrativa, in quanto, considerata uno degli strumenti di maggior rilievo per la prevenzione e il contrasto della corruzione;
- riferire al Parlamento, tramite la presentazione di una relazione entro 31 dicembre di ciascun anno, sull'attività di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione e sull'efficacia delle disposizioni vigenti in materia.

A questo punto, sembra assolutamente necessario, al fine di poter ottenere un quadro sistematico della questione, fare un breve accenno a ciò che il legislatore ha ritenuto opportuno prevedere con l'articolo 16 del decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39 recante disposizioni in materia di inconfiribilità ed incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'articolo 1, commi 49 e 50, della L. n. 190/2012. Tale articolo riporta, infatti, quelle che sono le funzioni di vigilanza svolte in tale settore dall'Autorità Nazionale Anticorruzione.

³¹T.A.R. Campania Napoli, Sez. III, 30 luglio 2007, n. 7088, "I pareri degli organi consultivi, anche se meramente facoltativi, rientrano pur sempre, una volta richiesti ed ottenuti da parte dell'amministrazione attiva, nella fase istruttoria del procedimento, adempiendo ad una funzione preparatoria della determinazione finale, e devono, al pari di ogni altro elemento rilevante, essere correttamente percepiti e valutati in sede di adozione dell'atto conclusivo che, adeguandosi o no ad essi, comunque li presupponga".

Nel caso di specie si prevede che l'Autorità eserciti poteri ispettivi e di accertamento in merito alle singole fattispecie di conferimento degli incarichi.

In particolare, il secondo comma del sopra citato articolo 16, dispone che *"L'Autorità nazionale anticorruzione, a seguito di segnalazione o d'ufficio, può sospendere la procedura di conferimento dell'incarico con un proprio provvedimento che contiene osservazioni o rilievi sull'atto di conferimento dell'incarico, nonché segnalare il caso alla Corte dei conti per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative"*.

3. Il quadro normativo in materia di appalti pubblici: dalla disciplina previgente al D.Lgs n. 50/2016

Prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la disciplina dei contratti pubblici era contenuta nel D.Lgs. 163/2006, introdotto in virtù della necessità di recepimento di due direttive comunitarie del 2004³² e nel D.P.R. 207/2010, ai quali si affiancavano altri atti normativi primari e secondari in materie specifiche. Occorre rilevare, in via preliminare, che il vecchio Codice è stato oggetto di numerosi interventi legislativi, nonché di una intensa attività interpretativa ad opera della giurisprudenza amministrativa. In aggiunta a tanto, deve altresì rilevarsi che il testo in questione risultava complesso nella sua concreta applicazione ed eccessivamente lungo. Tanto premesso, è necessario dare conto del processo legislativo che ha portato all'adozione del nuovo Codice dei contratti pubblici, esaminandone le tappe fondamentali.

³²Dir. Com. nn. 2004/17 UE e 2004/18 UE.

In primo luogo, è necessario osservare come, con le direttive 23, 24 e 25/2014/UE³³, il legislatore europeo abbia Introdotto nuove regole nell'ambito dei contratti pubblici, demandandone il recepimento ai legislatori nazionali. In particolare, gli obiettivi presi in considerazione dalle richiamate direttive sono i seguenti:

- a) modellare le procedure secondo criteri di semplificazione, flessibilità e correttezza, in modo da assicurare il miglior uso dei fondi pubblici;
- b) tutelare la concorrenza con particolare riguardo alle piccole e medie imprese;
- c) utilizzare lo strumento degli appalti pubblici per favorire l'innovazione tecnologica, la crescita sostenibile, la tutela ambientale, obiettivi sociali, quali la tutela dei lavoratori impiegati nell'esecuzione dei contratti pubblici e l'impiego nel lavoro dei soggetti svantaggiati;
- d) assicurare adeguati standard di trasparenza, per promuovere la lotta alla corruzione.

Tanto osservato con riguardo ai parametri di intervento individuati a livello unionale, occorre rilevare che il legislatore italiano, con la legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, ha, innanzitutto, previsto il recepimento delle suddette direttive, perseguendo anche il fine di un riordino complessivo della materia, mediante strumenti ulteriori rispetto a quelli contenuti nella direttive medesime.

I criteri individuati dal legislatore delegante possono essere così sintetizzati:

- a) divieto di *gold plating* (ossia divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, che però non può mai andare a detrimento della salvaguardia di valori costituzionali,

³³Dir. nn. 23/2014 UE, 24/2014 UE e 25/2014 UE.

quali tutela della concorrenza, tutela della salute, tutela del lavoro, tutela dell'ambiente, tutela dell'ordine pubblico);

b) centralizzazione obbligatoria della committenza;

c) qualificazione obbligatoria per le amministrazioni che vogliono svolgere il ruolo di stazione appaltante;

d) separazione tra progettazione ed esecuzione;

e) introduzione di meccanismo di controllo e di premialità per gli operatori economici a promozione della legalità;

f) soccorso istruttorio;

g) rafforzamento del principio di concorrenza per le concessioni;

h) previsione del dibattito pubblico per la localizzazione di opere aventi impatto sull'ambiente o sul contesto socio-economico.

L'intento del legislatore delegante era, dunque, quello di dare vita ad un nuovo codice caratterizzato da regole più snelle, maggiore discrezionalità delle amministrazioni, nonché maggiore qualificazione delle medesime. Ricostruito il quadro normativo di riferimento, occorre dare atto che in data 19 aprile 2016 è entrato in vigore il nuovo Codice dei contratti pubblici³⁴. Nel paragrafo che segue, si procederà, quindi, all'esame degli obiettivi generali, della struttura, nonché delle principali novità di cui al nuovo Codice.

4. Il nuovo Codice dei contratti pubblici: obiettivi generali, struttura e principali novità

Prima di procedere con l'esame degli obiettivi generali, della struttura, nonché delle novità introdotte con il nuovo Codice dei contratti pubblici,

³⁴D. lgs. 18 aprile 2016, n.50.

occorre, in via preliminare, effettuare alcuni chiarimenti in ordine a due profili: la terminologia adottata per definire il nuovo Codice e le questioni intertemporali che sono sorte a seguito dell'entrata in vigore dello stesso. In primo luogo, con riguardo al primo aspetto, è necessario chiarire che, mentre il vecchio Codice (D. Lgs. n. 163/2006) era intitolato "Codice dei contratti pubblici relativo a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE", il nuovo Codice reca il seguente titolo, ben più lungo e complesso: "Disposizioni per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture". La terminologia adoperata dal legislatore del 2016 appare, dunque, più formale e aderente a quella utilizzata a livello europeo, dal momento che il riferimento è alle concessioni e agli appalti pubblici, cosa che non avveniva con il vecchio Codice, contenente un richiamo generale ai contratti pubblici. Messa in evidenza la differenza terminologica tra il vecchio e il nuovo Codice dei contratti pubblici, giova rilevare che la medesima non è fine a se stessa, ma è funzionale a meglio comprendere quale sia l'esatto ambito applicativo del nuovo Codice. Ci si chiede, infatti, quali siano i contratti a cui il nuovo Codice è applicabile. In primo luogo, rientrano a pieno diritto i contratti di appalto e di concessione: si tratta, in entrambi i casi, di contratti passivi, o meglio non attivi, della P.a., in quanto caratterizzati dalla presenza di un corrispettivo, economico o anche non economico, a carico della P.a. stessa. Da tanto può dedursi che non rientrano nella sfera di applicazione del nuovo Codice i cd. contratti attivi, vale a dire quei contratti in cui l'Amministrazione effettua una determinata prestazione, ottenendo in cambio

un corrispettivo (es: vendita, locazione, somministrazione etc.). Per quest'ultima tipologia di contratti, infatti, si applica la normativa di contabilità di Stato³⁵, nonché i principi di diritto europeo in materia di concorrenza e i principi generali previsti dall'art. 30 del D.Lgs. n. 50/2016 (efficacia, economicità, tempestività, correttezza, non discriminazione, proporzionalità, libera concorrenza, trasparenza, pubblicità): tali principi, infatti, avendo matrice comunitaria e, prima ancora, costituzionale, governano in linea generale non solo i contratti rientranti nell'ambito applicativo del codice, ma anche quelli non specificamente disciplinati dallo stesso. Tanto chiarito in ordine alla rilevanza del *nomen* del nuovo Codice in materia di contratti pubblici, ci si deve soffermare sulla seconda questione messa in rilievo, ovvero i problemi di diritto intertemporale derivanti dall'entrata in vigore del D.Lgs. n.50/2016. Pur dovendosi osservare, in prima battuta, che il richiamato D.Lgs. n. 50/2016 abroga il previgente codice dei contratti pubblici³⁶, nonché, in parte, il Regolamento n. 207/2010³⁷, è necessario rilevare come siano sorti notevoli problemi di coordinamento tra vecchia e nuova normativa, tenuto conto che il nuovo Codice è entrato immediatamente in vigore il giorno della data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (v. art.219). Le due norme transitorie contenute nello stesso Codice (artt. 216 e 217), infatti, sono state ridimensionate, nella loro portata precettiva, per effetto di alcune circolari emanate dall'ANAC contenenti chiarimenti circa i rapporti tra vecchia e nuova disciplina. Ne deriva, quindi, un quadro confuso a causa dell'assenza di una puntuale disciplina transitoria e, come già evidenziato, notevoli problemi di coordinamento tra vecchia e nuova normativa. Con specifico

³⁵Legge di Contabilità del 1923 e Regolamento del 1924.

³⁶D.Lgs.163/2006.

³⁷Regolamento di cui al D.P.R. n.2017/2010.

riferimento, poi, all'abrogazione del Regolamento di cui al D.P.R. n. 207/2010, sono state emanate diverse tipologie di linee guida, che sono andate ad abrogare, a partire dalla data della loro pubblicazione, le disposizioni del Regolamento medesimo non abrogate con l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016. Si precisa, inoltre, che, entro un anno dall'entrata in vigore del codice, il legislatore delegato poteva intervenire per porre rimedio ad eventuali inesattezze o malfunzionamenti provati dal testo in vigore. Dal momento che è stato specificato solo il termine massimo per l'esercizio del potere correttivo, ovvero il 31 dicembre dello stesso anno della emanazione del codice, i decreti potevano essere adottati in ragione del successivo palesarsi dei difetti. E' necessario, tuttavia, chiarire che, come osservato dal Consiglio di Stato³⁸, tali interventi correttivi potevano riguardare soltanto la qualità formale del Codice, lasciando impregiudicate le scelte operative di base. Tanto osservato con riguardo alle questioni di carattere intertemporale relative al nuovo Codice, appare utile, inoltre, dare conto di quanto previsto dall'art. 2 del medesimo in relazione al riparto di competenze tra Stato e regioni. La richiamata disposizione stabilisce, infatti, che: "Le disposizioni contenute nel presente codice sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto. Le Regioni a statuto ordinario esercitano le proprie funzioni nelle materie di competenza regionale ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione". La scelta del legislatore delegato è, dunque, quella di agganciare il riparto di competenze tra Stato e Regioni ad una formula generica. Del resto, trattandosi di un riparto rimesso a fonte di rango costituzionale la previsione del legislatore ordinario non può che fungere

³⁸Cfr. Cons. St., Comm. Sp., parere 1 aprile 2016, n. 855.

da mero richiamo, risultando del tutto irrilevante, ed anzi incostituzionale, qualsiasi diversa disposizione sul punto. Il nuovo codice opta sulla scorta della legislazione previgente per la suddivisione in due fasi distinte: a) quella procedurale di individuazione del contraente, che ha natura amministrativa; b) quella negoziale, che riguarda l'esecuzione del contratto. La prima rientra nella competenza legislativa statale esclusiva della materia della tutela della concorrenza, ma può essere interessata, per alcune modalità, dall'intervento regionale per ciò che attiene la materia dell'organizzazione amministrativa. La seconda, invece, rientra nella materia di competenza esclusiva statale dell'ordinamento civile e rispetto a questa non si colgono momenti di possibile intervento della potestà legislativa regionale, salvo che non riguardino, anche in questo caso, aspetti di dettaglio organizzativi. Una novità portata dal D.Lgs. 50/2016 è quella di contenere disposizioni che riguardano la fase di esecuzione del contratto. La scelta è stata fatta a monte dal legislatore europeo, al fine di scongiurare che eventuali rinegoziazioni nel corso dell'esecuzione del contratto finiscano per ledere la concorrenza, mutando di fatto l'oggetto della gara. Da ciò consegue anche per alcune norme della seconda fase un'estensione della potestà legislativa statale esclusiva nella materia della tutela della concorrenza. Effettuate tali precisazioni con riferimento alla suddivisione della competenza legislativa in materia di appalti, è possibile procedere con l'analisi degli obiettivi generali del nuovo Codice. In primo luogo, si rileva l'intento di alleggerire il complesso normativo in materia di contratti pubblici, con un Codice più snello e anche più semplice; nell'analizzare la struttura del nuovo testo, si vedrà come il predetto obiettivo risulti solo parzialmente centrato. In seconda analisi, si osserva la previsione di una maggiore discrezionalità in capo alle stazioni appaltanti, con contestuale diminuzione del loro numero e con un rafforzamento della qualificazione delle stesse; a tal proposito, si

ritiene necessaria la presenza di strumenti di controllo e monitoraggio effettivi. In terzo luogo, si deve dare atto di una maggiore flessibilità con riferimento agli appalti sotto soglia. Messi in luce gli obiettivi generali del nuovo Codice, occorre, a questo punto, soffermarsi sulla struttura del medesimo. Innanzitutto, il nuovo Codice dei contratti, in virtù del già richiamato obiettivo di snellimento e semplificazione della normativa, si compone di un numero di articoli inferiore rispetto a quello del vecchio Codice (si passa da 630 articoli e 37 allegati a 220 articoli e 25 allegati). In aggiunta a tanto, poi, è necessario tenere conto dell'abrogazione del Regolamento di esecuzione, che viene sostituito dalle linee guida ANAC. Tanto considerato, il nuovo Codice si suddivide in sei parti, e, in particolare, nella prima sono presenti le norme che ne definiscono l'ambito di applicazione ed anche alcune disposizioni comuni: le definizioni (art.3), la specificazione dei contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione (artt. 4-20), le norme sulla pianificazione, programmazione e progettazione (artt. 21-27) ed i principi comuni sulle modalità di affidamento (artt. 28-34). La seconda parte del Codice è, invece, dedicata ai contratti di appalto per lavori, servizi e forniture e prevede una puntuale regolamentazione delle diverse fasi relative ai suddetti contratti (la rilevanza comunitaria degli appalti sotto soglia, la qualificazione delle stazioni appaltanti, la procedura di affidamento, l'aggiudicazione nei settori ordinari, l'esecuzione dei suddetti contratti, nonché i regimi particolari di appalto). I contratti di concessione, invece, sono previsti e disciplinati nella parte terza e la parte quarta è relativa, invece, alla disciplina del partenariato pubblico privato e al contraente generale. La quinta parte si occupa, invece, di infrastrutture e insediamenti prioritari, mentre la sesta parte contiene la disciplina finale e transitoria. Delineata anche la struttura del nuovo Codice, è possibile dare atto delle principali novità con lo stesso introdotte in materia di appalti

pubblici. Nel trattare tali novità, è possibile distinguere le medesime in base allo specifico obiettivo a cui tendono e per il quale sono state introdotte. In primo luogo, con riguardo allo scopo della semplificazione, oltre alla riduzione del "numero" di norme previste, si segnala il ricorso ai cd. strumenti di regolazione flessibile (v. art. 213), tra cui si ricomprendono le linee guida adottate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, nonché dall'ANAC, i bandi - tipo, i capitolati - tipo, i contratti - tipo e altri strumenti di regolazione flessibile comunque denominati. Si prevede, inoltre, la possibilità di utilizzare i mezzi telematici, e, nello specifico, le gare elettroniche (art. 58), vale a dire procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici, nonché l'introduzione del Documento di gara unico europeo (art. 85) che consiste in un'autodichiarazione aggiornata che sostituisce i certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi in cui si conferma che l'operatore economico soddisfa una serie di condizioni. Un'altra innovazione che può essere giustificata in virtù della *ratio* della semplificazione e, nello specifico, del principio della prevalenza della sostanza sulla forma e, quindi, del *favor participationis* è quella che interessa l'istituto del soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9. In particolare, rispetto alla previgente normativa che, in tema di soccorso istruttorio, prevedeva che qualunque irregolarità o incompletezza essenziale degli elementi e dichiarazioni sostitutive obbligasse al pagamento di una sanzione pecuniaria fino a 50.000 euro, l'attuale disciplina fornisce alcuni chiarimenti; l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del DGUE (Documento di Gara Unico Europeo), con esclusione di quelle afferenti l'offerta tecnica ed economica, obbliga al pagamento di una sanzione in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro; il pagamento è dovuto solo in caso di regolarizzazione; il pagamento non è più garantito

da cauzione, ma deve essere effettuato *cash*; sono individuate le irregolarità essenziali non sanabili come quelle che non consentono l'individuazione del contenuto della documentazione o del soggetto responsabile; le irregolarità non essenziali vanno regolarizzate su richiesta della stazione appaltante senza sanzione. Non sono, invece, sanabili la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale afferenti all'offerta tecnica ed economica. Quanto, invece, all'esigenza di rafforzare l'aspetto qualitativo, il raggiungimento di questa avviene sia tramite l'aumento della discrezionalità delle stazioni appalti che tramite la prevalenza attribuita, per l'aggiudicazione dell'appalto, al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa rispetto a quello del prezzo più basso (art. 95). L'offerta economicamente più vantaggiosa diventa, quindi, il criterio generale da utilizzarsi nell'affidamento dei contratti pubblici. In alcuni casi, come per i servizi di progettazione, andrà utilizzato sempre (con la sola eccezione degli appalti sotto i 40mila euro). Per i lavori ci si potrà muovere solo entro la soglia di un milione di euro. Quanto ai servizi e alle forniture, invece, per accedere al prezzo più basso questi dovranno avere caratteristiche standardizzate o essere caratterizzati da elevata ripetitività, ma comunque senza mai sfondare la soglia comunitaria di 209mila euro. Con il nuovo Codice dei contratti pubblici, inoltre, si intende anche garantire il rispetto della trasparenza, principio chiave per bilanciare la maggiore discrezionalità riconosciuta alle stazioni appalti, nonché per assicurare l'imparzialità delle commissioni di gara, e, più in generale, garantire il raggiungimento di uno degli scopi principali del nuovo Codice, vale a dire la lotta alla corruzione. In tale ottica, numerosi sono gli interventi sulla disciplina. In particolare, uno degli obiettivi principali del nuovo Codice è quello di procedere ad una operazione di informatizzazione e standardizzazione delle procedure, considerate strumenti indispensabili per la lotta alla

corruzione. Così, l'art. 29 reca i principi generali in materia di trasparenza, prevedendo al contempo l'obbligo della pubblicità tempestiva per i provvedimenti di ammissione ed esclusione, al fine di consentire l'attivazione dell'eventuale procedimento giurisdizionale ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. L'art. 53 ricalca la previgente normativa in materia di accesso. L'art. 76 impone alla stazione appaltante di dare avviso a mezzo p.e.c. del provvedimento che determina le esclusioni e le ammissioni. L'art. 71 prevede che tutte le procedure di scelta del contraente siano indette mediante bandi di gara, redatti secondo i bandi tipo predisposti dall'ANAC, per la cui redazione non è, però, prevista alcuna tempistica. Inoltre, è previsto un incremento dell'attività di controllo, verifica e vigilanza, mediante l'attribuzione di tali compiti all'ANAC. Un altro riferimento di rilievo al principio di trasparenza è, poi, contenuto nell'art. 22 del nuovo Codice, con il quale si codifica il principio di trasparenza nella partecipazione dei portatori di interessi e lo strumento del dibattito pubblico, di matrice francese: in particolare, lo strumento della consultazione preventiva delle comunità interessate alla realizzazione viene reso obbligatorio per le grandi opere infrastrutturali aventi impatto rilevante sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio; le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatari dovranno, infatti, pubblicare, sul proprio sito internet, i progetti di fattibilità relativi ai grandi progetti infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, e gli esiti della consultazione pubblica comprensivi dei resoconti degli incontri e dei dibattiti con i portatori di interessi. Gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni sono valutate in sede di predisposizione del progetto definitivo e sono discusse in sede di conferenza di servizi. Tale ultima disposizione, dunque, costituisce un evidente strumento di lotta alla corruzione. In tale direzione

si pone anche l'abrogazione del sistema della cd. "legge obiettivo"³⁹, il cui art. 1, commi 1-5, è stato abrogato dall'art. 217 del nuovo Codice dei contratti pubblici. In particolare, le infrastrutture e gli insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese vengono individuati tramite due strumenti di pianificazione e programmazione generale: il piano generale dei trasporti e della logistica (PGTL) ed il documento pluriennale di pianificazione (DPP). Importanti novità sono previste anche con riferimento ai soggetti della procedura di gara. In particolare, si segnala la specifica qualificazione di cui devono essere dotate le stazioni appaltanti: a tal fine, secondo quanto disposto dall'art. 38, è istituito presso l'ANAC, che ne assicura la pubblicità, un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte anche le centrali di committenza. La qualificazione è conseguita in rapporto agli ambiti di attività, ai bacini territoriali, alla tipologia e complessità del contratto e per fasce d'importo. L'art. 37, poi, stabilisce che l'ambito entro cui ciascuna amministrazione può svolgere funzioni di stazione appaltante viene circoscritto sul piano soggettivo, imponendosi alle amministrazioni un onere di conseguire la qualificazione e limitando ad importi modesti gli appalti che possono essere affidati da amministrazioni non qualificate. Una volta entrato a regime il sistema e istituito l'elenco delle stazioni appaltanti qualificate, la possibilità di avviare procedure autonome di importo pari o superiore a 40.000 euro per servizi e forniture e 150.000 per lavori, richiederà, oltre alla legittimazione da parte delle disposizioni in materia di *spending review* (per acquisti di beni e servizi), anche la qualificazione della stazione appaltante e, per gli acquisti sotto-soglia e per i lavori di manutenzione ordinaria *infra* un milione di euro, l'utilizzo di sistemi telematici; nelle more

³⁹L. 21 dicembre 2001, n. 443 "Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici e da altri interventi per il rilancio delle attività produttive".

della sua entrata in vigore, la qualificazione sarà conseguita mediante iscrizione all'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti. Per le stazioni appaltanti non qualificate, la possibilità, in alternativa al ricorso alle centrali di committenza, è rappresentata dall'aggregazione con una o più stazioni qualificate, con una certa analogia ai modelli collaborativi tra operatori economici come l'avvalimento o il raggruppamento. Il dettaglio dei criteri di qualificazione è rimesso all'ANAC e lascia prevedere che le amministrazioni che vorranno essere inserite nell'elenco delle centrali di committenza, provvedano a procedure di riorganizzazione interna. La qualificazione sarà conseguita in rapporto alla tipologia e complessità del contratto e per fasce d'importo. La qualificazione avrà ad oggetto: a) capacità di programmazione e di progettazione; b) capacità di affidamento; c) capacità di esecuzione e di controllo. La qualificazione avrà una durata di cinque anni e potrà essere rivista a seguito di verifica da parte dell'ANAC. Il fine ultimo della disciplina è quello di assicurare la professionalità delle stazioni appaltanti, evitando, al contempo, che la centralizzazione penalizzi le PMI. Con riferimento, poi, agli operatori economici, occorre mettere in luce l'introduzione di "rating di impresa" che devono fondarsi su "requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa". L'individuazione di tali requisiti è rimessa all'ANAC, che deve, in particolare, tenere conto "del rating di legalità" rilevato in collaborazione con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ed anche dei "precedenti comportamentali dell'impresa, con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti, all'incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto" e "della regolarità contributiva, ivi compresi i versamenti alle Casse edili, valutata

con riferimento ai tre anni precedenti" (art. 83, c. 10). Altre novità di rilievo sono connesse con l'istituto dell'avvalimento, oggi disciplinato dall'art. 89, a mente del quale i concorrenti possono avvalersi di più imprese (cd. avvalimento plurimo), mentre è fatto divieto all'impresa chiamata in aiuto di appoggiarsi a un'altra impresa per garantire il possesso dei requisiti (cd. avvalimento a cascata); l'avvalimento viene, poi, anche vietato nel caso in cui l'appalto includa opere ad alta specializzazione di importo superiore al 10% del valore del contratto. Le stazioni appaltanti possono richiedere nei bandi che «taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento». Resta il divieto di dubbia compatibilità comunitaria per le opere superspecialistiche e per il requisito dell'iscrizione nell'albo degli operatori ambientali. Occorre, tuttavia, osservare che l'art. 89 non sembra risolvere la questione dell'avvalimento frazionato, ipotesi che ricorre quando i concorrenti si avvalgono di più imprese ausiliarie e nessuna di queste possiede i requisiti richiesti per partecipare alla gara, ragion per cui si ritiene necessario effettuare una somma di requisiti, tra quelli del concorrente e quelli di una o più imprese. In realtà, in base alla richiamata disposizione, è possibile avvalersi di più imprese ausiliarie, ma non si richiede necessariamente che i requisiti debbano essere posseduti interamente da almeno una delle imprese e, per tale motivo, è possibile affermare che l'avvalimento frazionato sia implicitamente ammesso, fatta eccezione per l'ipotesi in cui la stazione appaltante lo abbia escluso per una gara specifica e motivando espressamente. In via generale, poi, è necessario chiarire che, se, da una parte, il nuovo codice ammette la partecipazione al mercato degli appalti e delle concessioni pubbliche anche delle piccole e medie imprese, dall'altra parte, contiene una più severa disciplina con

riguardo al coinvolgimento dell'impresa ausiliaria nel procedimento di evidenza pubblica. Espressione di tale indirizzo è, ad esempio, il regime di responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto, nonché la previsione di verifiche volte ad accertare che l'impresa ausiliaria sia effettivamente in possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento e che impieghi le risorse nell'esecuzione dell'appalto. In questo senso il comma 9 dispone che qualora nel corso dell'esecuzione il RUP non accerti l'effettivo utilizzo dei mezzi e delle risorse oggetto del contratto di avvalimento, dispone la risoluzione del contratto d'appalto. Occorre, inoltre, osservare che l'impresa ausiliaria è tenuta a svolgere la prestazione direttamente, per mezzo di proprie risorse umane e strumentali, in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento⁴⁰. Altri limiti previsti sono quelli per cui l'impresa ausiliaria non può avvalersi di più di un concorrente, deve rispettare gli obblighi di cui alla normativa antimafia e non può partecipare in proprio alla gara. Inoltre, non è possibile ricorrere all'avvalimento per ottenere l'iscrizione nell'albo dei gestori ambientali, oppure nell'ipotesi in cui l'appalto o la concessione abbiano ad oggetto opere per le quali siano necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali. All'indomani del correttivo viene chiarito un aspetto importante relativo al contenuto del contratto di avvalimento. Si chiarisce, infatti, che il detto contratto, a pena di nullità, deve specificare i requisiti forniti e le risorse messe a disposizione. Cade, pertanto, anche la questione della possibilità di utilizzare il soccorso istruttorio per integrare il contenuto della detta stipulazione negoziale. Possibilità quest'ultima, peraltro, non avallata dalla giurisprudenza prevalente. Altre novità da segnalare riguardano le

⁴⁰ Cfr. C.G.U.E. 7 aprile 2016, n. C-324/14.

Commissioni aggiudicatrici (art. 77), i motivi di esclusione (art. 80), le offerte anomale (art.97). In particolare, con riferimento alla composizione delle commissioni aggiudicatrici, delle stesse faranno parte esperti nello specifico settore a cui afferisce l'oggetto del contratto (ed esterni alle PP.AA.), certificati dall'ANAC e scelti tramite sorteggio. Questi decideranno sugli appalti di importo superiore alle soglie UE aggiudicati in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In ordine ai motivi di esclusione, occorre rilevare che l'obiettivo è quello di ampliare il catalogo dei requisiti che le imprese devono rispettare per partecipare a una procedura di appalto o di concessione. Rispetto al vecchio Codice rilevano, soprattutto, una serie di aggiunte; in particolare, tra le cause di esclusione compaiono anche il conflitto di interesse, quando ci sia un collegamento tra l'impresa e l'ufficio gare della stazione appaltante, e le ipotesi di distorsione della concorrenza. Va precisato che il nuovo codice conferma la tendenza al passaggio da un sistema statico di requisiti formali ad un sistema dinamico di requisiti sostanziali di tipo reputazionale. Quanto ai reati oggetto di condanna definitiva, si passa da una previsione centrata su qualsivoglia reato incidente sulla moralità professionale ad un elenco di reati nominati. In ultima analisi, quanto alle offerte anomale, per i lavori, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso al di sotto del milione di euro, la stazione appaltante «può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia»: viene, così, ripristinato il meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale (salvo quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci possibilità); resta aperta anche per servizi e forniture, entro la soglia comunitaria. La portata della norma è, pertanto, limitata al ricorrere di entrambe le citate condizioni: la previsione di esclusione automatica delle offerte anomale e

un numero di offerte pervenute pari, almeno, a 10; in assenza di previsione dell'esclusione automatica, l'individuazione delle offerte anomale non serve: la presunta anomalia da verificare e giustificare sarà sempre quella dell'offerta di maggior ribasso e poi a seguire in ordine di graduatoria. La novità riguarda l'obbligo di sorteggiare in seduta pubblica uno tra cinque criteri per il calcolo della soglia di anomalia al dichiarato fine di «non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia». Si indicano, infine, altre innovazioni introdotte con il nuovo codice: progettazione (art. 23). La progettazione in materia di lavori pubblici si articola, secondo tre livelli di successivi approfondimenti tecnici, in progetto di fattibilità tecnica ed economica, progetto definitivo e progetto esecutivo; in particolare, il nuovo progetto di fattibilità tecnica ed economica, che sostituisce quello preliminare, dovrà essere redatto sulla base di indagini territoriali (geologiche e geognostiche) con verifica dell'assetto archeologico ma dovrà individuare, tra più soluzioni, quella più vantaggiosa in termini di costi e benefici per la collettività. Si vieta l'utilizzo del criterio del prezzo più basso nell'affidamento dei servizi afferenti alla progettazione e la progettazione interna viene dequotata.(Responsabile Unico Procedimento, art. 31). Viene dettata una nuova disciplina in materia di responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni; puntualizzandosi, ad esempio, che anche in tema di concessione - oltre che per gli appalti - le stazioni appaltanti nominano, nel primo atto relativo ad ogni singolo intervento, il RUP. Disciplina dello stand stili (art. 32). La nuova disciplina prevede un ampliamento delle deroghe rispetto alla precedente. Infatti, il comma 10, lett. b) della norma suddetta aggiunge il caso degli affidamenti di importo inferiore alle soglie comunitarie affidati ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a) e b), ossia le soglie inferiori degli appalti sottosoglia. Si tratta di una previsione che non contrasta con

la direttiva 2007/66⁴¹, trattandosi di appalti non attratti dalla disciplina comunitaria in quanto sottosoglia. Ciò non toglie che trattandosi di una misura che consente una piena tutela giurisdizionale, ogni deroga incide pesantemente sul principio di effettività della tutela giurisdizionale e risulta sospetta di incostituzionalità per contrarietà a quest'ultimo, oltre che al principio di disparità di trattamento rispetto a quegli appalti che ne fruiscono. Ulteriore novità deve registrarsi circa l'esecuzione d'urgenza che è ora ammessa durante lo stand still. Anticipazione del prezzo (art. 35). È resa strutturale (quale misura a regime e non più transitoria) la possibilità - decisiva per sostenere le imprese con problemi di liquidità - l'anticipazione del prezzo a favore delle imprese, «pari al 20% da corrispondere all'appaltatore entro quindici giorni dall'effettivo inizio dei lavori»; l'erogazione, però, viene subordinata alla costituzione di una garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa, di importo pari all'anticipazione, «maggiorato del tasso di interesse legale». Il beneficiario decade dall'anticipazione, con obbligo di restituzione, se l'esecuzione dei lavori non procede per ritardi a lui imputabili. Per quanto riguarda le clausole sociali (art. 50) è prevista la possibilità che il nuovo affidatario si faccia carico di mantenere stabile l'occupazione realizzata dal pregresso affidatario: i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti, per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto, di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli ad alta intensità di manodopera, possono, infatti, prevedere specifiche "clausole sociali" volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato e la salvaguardia delle professionalità. Progettazione ed esecuzione degli appalti di lavori (art. 59). Gli appalti di lavori vanno affidati ponendo a base di gara il progetto esecutivo, il cui contenuto deve

⁴¹Cfr. Direttiva 2007/66/UE.

garantire la rispondenza dell'opera ai requisiti di qualità predeterminati e il rispetto dei tempi e costi previsti, mentre viene vietato l'affidamento congiunto della progettazione ed esecuzione dei lavori, ad esclusione di alcuni tassative ipotesi: affidamento a contraente generale; finanza di progetto; affidamento in concessione; partenariato pubblico-privato; contratto di disponibilità. Nella normativa previgente (art. 53 D.Lgs. n. 163/2006), invece, si stabiliva che l'affidamento potesse riguardare: la sola esecuzione; la progettazione esecutiva ed esecuzione, sulla base del progetto definitivo della P.A. (cd. appalto integrato classico); la progettazione esecutiva ed esecuzione, previa acquisizione in gara del progetto definitivo della P.A. (cd. appalto integrato complesso). Partenariato per l'innovazione (art. 65). Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatari possono ricorrere ai partenariati per l'innovazione nelle ipotesi in cui l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano non può, in base a una motivata determinazione, essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato, a condizione che le forniture, servizi o lavori che ne risultano, corrispondano ai livelli di prestazioni e ai costi massimi concordati tra le stazioni appaltanti e i partecipanti. Qualsiasi operatore economico può formulare una domanda di partecipazione in risposta a un bando di gara o ad un avviso di indizione di gara, presentando le informazioni richieste dalla stazione appaltante per la selezione qualitativa. Quanto, poi, alle modalità di scelta del contraente, l'art. 59, prevede sei procedure che le stazioni appaltanti potranno utilizzare per scegliere il contraente. Nell'ambito di queste sei procedure, sono distinguibili due procedure - aperta e ristretta, rispettivamente ex artt. 60 e 61 - che le stazioni appaltanti possono scegliere discrezionalmente e le restanti quattro definibili come speciali, in quanto vi si può ricorrere solo se in presenza dei presupposti

legittimanti l'utilizzo delle stesse: nel novero delle procedure speciali, oltre alla procedura competitiva con negoziazione (art. 62), alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando (art. 63) e al dialogo competitivo (art. 64), rientra, per l'appunto, il partenariato per l'innovazione di cui all'art. 65. Banca dati del MIT (art. 81). Viene istituita una nuova Banca Dati, gestita dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, con modalità che dovranno definirsi con il medesimo Decreto che sarà adottato dal MIT, sentite ANAC e Agenzia per l'Italia Digitale (AGID), per l'individuazione dei dati obbligatoriamente inclusi nella e verificati tramite la citata Banca dati, volta a superare l'attuale sistema AVCpass, gestito dall'ANAC; fino alla data di entrata in vigore di tale decreto, l'utilizzo di AVCpass dovrà avvenire in conformità alle prescrizioni contenute nella Deliberazione n. 157 del 17 febbraio 2016⁴². Subappalto (art. 105). Il vincitore di una gara può ricorrere al subappalto solo se la stazione appaltante ha previsto questa possibilità nel bando; in ogni caso, il subappalto non può superare la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori. Ma non soltanto: negli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria, il partecipante deve indicare, al momento della presentazione dell'offerta, una terna di subappaltatori. Varianti (art. 106). Le varianti per errori progettuali non possono superare il 15% dell'importo del contratto (prima era il 20%) e, soprattutto, in valori assoluti, il valore delle soglie europee; dal novero delle varianti sono state eliminate le bonifiche, che però entrano nelle ipotesi di trattativa privata senza bando. Ancora più rilevanti appaiono le scelte di liberalizzare il cosiddetto "quinto d'obbligo" e di regolamentare proroghe e rinnovi dei contratti, che così non sono più espressamente vietati: «La stazione appaltante, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione

⁴²Comunicato del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione del 4 maggio 2016.

delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario. In tal caso l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto». Incentivo 2% (art. 113). Cambia la ragione sociale del 2% ai dipendenti P.A., che potrà essere dedicato solo alle attività di: programmazione della spesa, di predisposizione, di controllo, espletamento delle procedure di affidamento e aggiudicazione, di responsabile unico del procedimento, di direzione dei lavori ovvero direzione dell'esecuzione e di collaudo tecnico amministrativo ovvero di verifica di conformità, di collaudatore statico. Quindi, per la progettazione la P.A. dovrà rivolgersi all'esterno Affidamento dei servizi sociali (art. 142). Viene introdotta una nuova soglia - accanto a quelle classiche dettate per le opere (5.225.000 euro), per i servizi e le forniture acquisite dalle Amministrazioni centrali (135.000 euro) e per i servizi e le forniture acquisite dalle altre PP.AA. (209.000 euro) - di 750,000 euro per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati nell'allegato IX, prevedendo finalmente per tali servizi la pubblicazione di un bando (o di un avviso di pre-informazione). Concessioni (art. 164). Il tema delle concessioni, per la prima volta, è stato disciplinato, come richiesto dal legislatore europeo, in modo organico, prevedendosi una disciplina unitaria per le concessioni di lavori, servizi e forniture. Si stabilisce che i contratti di concessione sono contratti di durata nei quali il concessionario assume il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione; la parte del rischio trasferita al concessionario deve implicare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato, tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile. Il rischio operativo è posto in capo

al privato, il quale non è obbligato a rientrare degli investimenti e dei servizi che sta rendendo, mentre lo Stato non è obbligato al riequilibrio. Vengono anche disciplinate, tra l'altro, le concessioni autostradali, con rischio operativo in capo al privato e non al pubblico. Lavori in house (art. 177). Ai concessionari pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici già esistenti o di nuova aggiudicazione è fatto obbligo di affidare una quota pari all'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture mediante gara; quello che resta potrà essere affidato in house. Restano escluse da tale obbligo le concessioni in essere o di nuova aggiudicazione affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea. Le concessioni già in essere si devono adeguare alle nuove disposizioni entro 24 mesi dalla data di entrata in vigore del nuovo Codice. Partenariato pubblico-privato (art. 180). Viene disciplinato, per la prima volta, l'istituto del PPP. Il contratto è definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico, per eseguire il lavoro o fornire il servizio, dipenda dall'effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell'opera o dal volume dei servizi realmente erogati. Si prevede, inoltre, all'art. 190, l'istituto del baratto amministrativo per la realizzazione di opere di interesse della cittadinanza, con finalità sociali e culturali, a cura di gruppi di cittadini organizzati, senza oneri per l'ente. Contenzioso (art. 204). Per mettere un limite all'elevato numero di ricorsi sulle esclusioni dalle gare, una volta trascorsi 30 giorni dalla pubblicazione dell'elenco degli ammessi alle gare, non c'è più possibilità di contestare le decisioni della stazione appaltante su questo punto specifico; il procedimento che ne segue è definito in camera di consiglio.

5. In particolare: le procedure di aggiudicazione e la moltiplicazione delle tipologie di appalti

Come rilevato in precedenza, pur essendo la 'semplificazione' una delle parole chiavi del nuovo testo, tuttavia, in tema di appalti si registra una distonia rispetto alla filosofia generale del Codice: le tipologie di appalti, infatti, si moltiplicano, venendo ora distinti in quattro nuove fasce, che prevedono tutte (eccetto la prima) il ricorso alla centrale unica di committenza e al mercato elettronico; viene, così, abbandonata l'antica bipartizione tra soglia comunitaria e soglia nazionale; l'ANAC ha emanato le linee guida a riguardo⁴³. Tanto considerato, occorre, in via preliminare, individuare ambito di applicazione e principi comuni delle procedure di aggiudicazione. Le procedure di amministrazione diretta, affidamento diretto e le procedure negoziate di cui all'art. 36, poste in essere dalle stazioni appaltanti, ad eccezione dei soggetti aggiudicatari che non sono amministrazioni aggiudicatrici, si applicano:

1) agli appalti aggiudicati: a) nei settori ordinari, ivi inclusi i servizi attinenti all'architettura e all'Ingegneria (incarichi di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori, coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, di collaudo, nonché gli incarichi a supporto del RUP); b) nei settori speciali, gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica), in quanto compatibile, ma non ai soggetti aggiudicatari che non sono amministrazioni aggiudicatrici, per i quali è disposta l'applicazione della disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti la quale, comunque,

⁴³Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici.

deve essere conforme ai principi dettati dal Trattato UE a tutela della concorrenza;

2) alle concessioni di lavori pubblici e di servizi. Restano fermi gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione, anche telematici, previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa nonché la normativa sulla qualificazione delle stazioni appaltanti e sulla centralizzazione e aggregazione della committenza. L'art. 36, comma secondo, stabilisce i principi che devono informare gli affidamenti sotto soglia e individua procedure semplificate per la selezione del contraente, in relazione all'importo. Le stazioni appaltanti hanno, comunque, la facoltà di ricorrere, nell'esercizio della propria discrezionalità, alle procedure ordinarie, anziché a quelle semplificate, qualora le esigenze del mercato suggeriscano di assicurare il massimo confronto concorrenziale. Pertanto, in applicazione dei principi enunciati dall'art. 30, comma 1 e soprattutto nelle ipotesi in cui il mercato risulti particolarmente ampio, le stazioni appaltanti, nella determina o delibera a contrarre, non dovrebbero limitarsi ad individuare la procedura applicabile con riferimento agli importi di cui all'articolo 36, ma dovrebbero, ad esempio, dare conto delle ragioni che le hanno indotte ad optare per un sistema di affidamento non aperto alla partecipazione di tutte le imprese potenzialmente interessate. L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture secondo le procedure semplificate di cui al citato art. 36, postulano, quindi, il rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, nonché del principio di rotazione e devono assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. Le soglie di rilevanza comunitaria di interesse sono: - 5.255.000 euro per lavori; - 209.000 euro per servizi tecnici e di progettazione; - 209.000 euro per forniture e servizi non compresi

nell'allegato IX; - 750.000 euro per servizi sociali e servizi e forniture contemplati nell'allegato IX. Al di sotto di queste soglie, si evidenziano quattro diverse fasce di appalti, così come statuito all'art. 36, D.Lgs. n. 50/2016.

1. Una prima fascia è prevista per lavori, servizi tecnici, forniture e servizi di importo fino a 39.999 euro: entro questo limite, sono possibili affidamenti diretti, adeguatamente motivati, nel rispetto dei principi di concorrenzialità (e previo ricorso, se possibile, al mercato elettronico). Questa categoria sostituisce le acquisizioni in economia con riferimento all'affidamento diretto e lo subordina all'adeguata motivazione. In particolare, con riguardo all'istituto delle procedure in economia, disciplinato nel vecchio Codice all'articolo 125, lo stesso non è più contemplato, così come non è più prevista la necessità di individuare preventivamente con provvedimento di ciascuna stazione appaltante (Regolamento), con riguardo alle specifiche esigenze, l'oggetto e i limiti di spesa delle singole voci inserite nell'elenco.

2. Vi è una seconda fascia nella quale è consentita la procedura negoziata mediante inviti ad almeno cinque imprese, selezionate con indagini di mercato o da elenchi di operatori economici; essa va: a) da 40.000 a 149.999 euro per i lavori; b) da 40.000 a 99.999 euro per i servizi tecnici di progettazione; c) da 40.000 a 208.999 per servizi e forniture.

3. Una terza fascia, che richiede procedure selettive più aperte, va: a) da 150.000 a 999.999 euro per i lavori, e qui si consente una procedura negoziata estesa ad almeno dieci operatori (con possibilità del criterio del massimo ribasso); b) da 100.000 a 208.999 euro per i servizi di progettazione, con gara mediante procedura aperta o ristretta; c) da 209.000 a 749.999 euro, solo per servizi sociali e per servizi e forniture elencati dall'allegato IX: entro questa fascia, sarà possibile la procedura negoziata tra cinque operatori, o anche utilizzare le procedure aperte o ristrette.

4. Vi è una quarta fascia, specifica solo per lavori, compresa tra 1.000.000 e 5.224.999 euro, entro la quale agire mediante procedure aperte o ristrette. Per quanto concerne i termini di pubblicazione per contratti sotto soglia, in caso di ricorso a procedure ordinarie si devono applicare i termini minimi stabiliti nel "nuovo" Codice negli articoli da 60 a 63: - per le procedure aperte, 20 giorni (con atti accessibili); - per le procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando obbligo indagine di mercato, 15 giorni; - per la ricezione delle offerte, non viene indicato un termine preciso.

5.1. Il nuovo regime dell'autotutela tra appalti e concessioni

Un'altra importante novità prevista nel nuovo Codice dei contratti concerne il regime dell'autotutela e, in particolare, l'annosa questione circa la possibilità, per l'Amministrazione, di ritornare sui propri passi dopo la stipula del contratto. Prima di esaminare le novità di cui al D. Lgs. n. 50/2016, appare utile ripercorrere brevemente le tappe evolutive della richiamata questione, nonché effettuare una necessaria premessa in ordine alla procedura di evidenza pubblica che, nella materia dei contratti pubblici, precede la stipula del contratto. Tanto per il contratto di appalto, quanto per quello di concessione, infatti, prima della stipula, è necessario esperire la procedura di evidenza pubblica, che consiste in una vera e propria procedura amministrativa, resa necessaria dall'esigenza di tutelare l'interesse pubblico e, nella specifica ottica comunitaria, l'interesse pubblico alla tutela della concorrenza. Tanto precisato, occorre rilevare che la procedura ad evidenza pubblica costituisce la fase pubblicistica del processo di aggiudicazione, preliminare alla stipula del contratto. In proposito, si è sviluppato, in passato,

un acceso dibattito giurisprudenziale circa l'individuazione della conclusione della fase pubblicistica e del conseguente inizio della fase privatistica: ci si è chiesti, in particolare, se il momento pubblicistico termini con l'aggiudicazione definitiva, oppure con la stipula del contratto. Tale interrogativo assume una particolare pregnanza pratica, dal momento che la sua risoluzione comporta una serie di conseguenze sul piano del riparto di giurisdizione per le controversie che insorgono tra l'adozione dell'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, nonché in materia di disciplina del potere di autotutela pubblicistica da parte della stazione appaltante. In particolare, con riferimento a tale ultima questione, ci si è domandati se, una volta stipulato il contratto, l'Amministrazione possa intervenire in autotutela sull'aggiudicazione definitiva. Prima della stipula del contratto, infatti, pur sorgendo in capo alla P.A. l'obbligo di concludere il contratto, la stessa può annullare l'aggiudicazione ritenuta illegittima, secondo quanto previsto dall'art. 11, comma 9, del D.Lgs. n. 163/2006, nonché dall'art. 32, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016. A questo punto, occorre, quindi, soffermarsi sull'ipotesi dell'intervenuta stipulazione del contratto e della conseguente possibilità, per la stazione appaltante, di intervenire in autotutela sull'aggiudicazione, prendendo in considerazione i rapporti tra autotutela pubblicistica, di cui agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della L. n. 241 del 1990 e autotutela privatistica, disciplinata, nel vecchio codice, D. Lgs. n. 163/2006, agli artt. 134, 135 e 136, per gli appalti, e 158 e 159, per le concessioni, e nel nuovo Codice, D.Lgs. n. 50/2016, agli artt. 108, 109, per gli appalti, e 176, per le concessioni. Tanto osservato, con riferimento alla disciplina di cui al vecchio Codice dei contratti pubblici, l'art. 134 disciplinava i casi di recesso, prevedendo il diritto, per la stazione appaltante, di recedere dal contratto in qualsiasi momento, previo il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali esistenti in cantiere,

mentre gli artt. 135 e 136 prevedevano specifiche ipotesi di risoluzione del contratto. L'art. 158, invece, con riguardo alle concessioni, disciplinava i casi di risoluzione, chiarendo, al successivo art. 159, che la medesima poteva essere impedita ove gli enti finanziatori designassero una società che subentrasse al concessionario. Ricostruito il quadro normativo di riferimento dell'autotutela privatistica nella disciplina previgente in materia di contratti pubblici, occorre precisare che i principali problemi interpretativi al riguardo concernevano il rapporto tra le norme richiamate e le disposizioni in materia di autotutela pubblicistica e, nella specie, gli artt. 21-*quinquiesse* 21-*nonies* della L. n.241/90, nonché l'art. 1, comma 136, della L. n. 311 del 2004. In ordine a tale questione, è sorto un annoso dibattito giurisprudenziale che vedeva contrapposte, da un lato la giurisprudenza amministrativa⁴⁴, propensa ad ammettere l'esercizio del potere pubblicistico di revoca anche in un momento successivo alla stipula del contratto, e, da un altro lato, la giurisprudenza di legittimità⁴⁵ che, invece, ritenendo conclusa la fase pubblicistica con la stipula del contratto, con conseguente qualificazione del rapporto insorto tra P.a. e privato in termini di rapporto paritetico, negava la possibilità, per la stazione appaltante, di ricorrere alla revoca pubblicistica, riconoscendo alla medesima soltanto l'esercizio del diritto di recesso dal contratto. È successivamente intervenuta sul punto l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁴⁶ che ha risolto la disputa, affermando il principio di diritto per cui la stazione appaltante, dopo la stipula di un contratto di appalto di lavori pubblici o di concessioni, non può esercitare il potere di revoca pubblicistica, potendo la stessa ricorrere soltanto all'esercizio del diritto di recesso. Il massimo Consesso della giustizia

⁴⁴Cons. St., Sez. VI, n. 1554 del 2010 en. 5993 del 2012, Sez. IV, n. 156 del 2013.

⁴⁵Cass., S.U., n. 10160 del 2003 e N.29425 del 2008.

⁴⁶Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14.

amministrativa ha fondato le proprie conclusioni paragonando la *ratio* sottostante alle ipotesi di revoca ex art. 21-quinquies e, in particolare, ex art. 21-quinquies, comma 1-bis, L. n. 241/90, con quella del recesso, previsto, in via generale, dall'art. 21-sexies della L. n. 241/90 e, nello specifico, per gli appalti pubblici, dall'art. 134 del D. Lgs. n. 163/2006. In proposito, il Collegio ha chiarito che le due richiamate ipotesi, revoca e recesso, appaiono accomunate da uno stesso obiettivo, la rivalutazione dell'interesse pubblico, ragion per cui la norma sul recesso potrebbe apparire inutile se si ammettesse la possibilità, per la stazione appaltante, di ricorrere in maniera indiscriminata alla revoca pubblicistica. Ne consegue, quindi, che, nelle ipotesi in cui la legge prevede la possibilità dell'esercizio del diritto di recesso, come accadeva per gli appalti di lavori pubblici con l'art.134 del D. Lgs. n.163/2006, la revoca pubblicistica non è ammessa, stante la presenza di una norma derogatoria, il richiamato articolo 134, che attribuisce alla stazione appaltante un potere diverso rispetto a quello pubblicistico di revoca, ma strumentale alla realizzazione del medesimo obiettivo, vale a dire la rivalutazione dell'interesse pubblico. Ciò anche in considerazione del fatto che, dopo la stipula del contratto, l'affidamento ingenerato nel privato appare connotato da una particolare forza, motivo per cui è necessaria una più adeguata tutela del privato medesimo. Tale necessità di tutela si riteneva attuabile soltanto con l'esercizio del diritto di recesso, in virtù del quale l'Amministrazione era tenuta al previo pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali rimasti in cantiere, e non, invece, con la revoca, in applicazione della quale si prevedeva un mero indennizzo. Su tale quadro normativo e giurisprudenziale, si innestano le novità di cui al D. Lgs. n. 50/2016. In particolare, gli artt. 108 e 109, per gli appalti, e l'art. 176, per le concessioni, disciplinano il potere di autotutela riconosciuto alla stazione appaltante. L'art. 108 disciplina, in particolare, le ipotesi di

risoluzione, prevedendo, al comma 1, i casi di risoluzione facoltativa, e, al comma 2, le ipotesi di risoluzione obbligatoria. Tale norma, tuttavia, non chiarisce cosa debba intendersi per risoluzione; ci si chiede, infatti, se, con la medesima, il legislatore abbia voluto definitivamente escludere il ricorso all'annullamento d'ufficio e, quindi, a forme di autotutela pubblicistica. Con riguardo a tale interrogativo, si prospetta, In primo luogo, la tesi per cui, con la disciplina di cui al nuovo Codice, sarebbero stati previsti, in capo alla stazione appaltante, poteri privatistici (risoluzione di cui all'art. 108 e recesso di cui all'art.109), valorizzando, così, la pariteticità che connota il rapporto contrattuale con il privato, con la conseguenza che l'Amministrazione, dopo la stipula del contratto, cessa di essere stazione appaltante e diviene contraente privato. In accordo con tale impostazione, quindi, la stazione appaltante non potrà ricorrere a poteri di autotutela pubblicistica, implicanti un eccessivo sacrificio dell'interesse del privato, nonché la lesione del legittimo affidamento dello stesso, ma dovrà agire in via privatistica, attraverso l'utilizzo degli strumenti del recesso e della risoluzione, appositamente previsti dalla legge. Così argomentando, si imporrebbero alla stazione appaltante forti limiti, in contrasto con la linea europea che intende assicurare alla medesima il potere di sciogliersi in via unilaterale dal vincolo contrattuale. Pertanto, in virtù di tali critiche, secondo un altro orientamento, l'art. 108 contemplerebbe ipotesi di annullamento d'ufficio, rispetto alle quali il legislatore avrebbe disciplinato le sole conseguenze, partendo dal presupposto che dall'intervento in autotutela deriverebbe, in ogni caso, lo scioglimento del contratto. A tale soluzione, tuttavia, si obietta che non tutte le ipotesi ex art. 108 sono effettivamente riconducibili all'annullamento d'ufficio. Un'altra linea di pensiero, dunque, ravvisa nel citato art. 108 tanto ipotesi di annullamento

d'ufficio, quanto ipotesi di risoluzione privatistica⁴⁷. L'art. 176, invece, relativo alle ipotesi di cessazione, revoca d'ufficio e risoluzione per inadempimento e subentro nelle concessioni, comprende le ipotesi di annullamento d'ufficio e revoca, ovvero di autotutela pubblicistica rispetto alle concessioni. Le interpretazioni relative alla norma in esame sono prevalentemente due: da una parte, si sostiene che, così facendo, il legislatore avrebbe rafforzato la natura pubblicistica della concessione; dall'altra parte, si osserva, invero, che, nell'ottica del nuovo Codice, e, più in generale, nelle direttive di matrice europea da cui lo stesso trae origine, gli appalti e le concessioni hanno medesima natura contrattuale, ragion per cui la specifica disciplina di cui all'art.176 dovrebbe essere letta in ragione della tutela da assicurare al concessionario, sul quale grava un rischio economico di notevole entità.

6. La giurisprudenza

Individuate le principali novità di cui al nuovo Codice dei contratti pubblici, appare opportuno rilevare che la giurisprudenza ha iniziato ad esaminare i differenti aspetti delle medesime. In particolare, si osserva come le pronunce dei giudici amministrativi siano strumentali alla risoluzione delle questioni, sorte soprattutto a livello di diritto intertemporale, che si pongono a seguito dell'entrata in vigore immediata del nuovo Codice.

6.1. Le sentenze

In primo luogo, proprio con riferimento all'ambito di applicazione temporale del nuovo Codice dei contratti, si segnala la pronuncia del Consiglio di

⁴⁷Cfr. G. Gallone, L'annullamento d'ufficio nel nuovo Codice dei contratti pubblici: riflessioni a prima lettura, in www.italiappalti.it, 2016.

Stato⁴⁸ con cui si chiarisce che: "(...) l'art. 216 del D.Lgs. 50/2016 dispone che le disposizioni del Codice si applicano alle procedure e dai contratti per i quali i bandi o avvisi sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del Codice". Nel caso di specie, infatti, l'avvio della procedura risale al 2014 e, quindi, si pone al di fuori dell'ambito applicativo del D.Lgs. n.50/2016. In particolare, poi, con un'altra sentenza, la stessa sezione terza del Consiglio di Stato⁴⁹ ha stabilito che l'art. 216 "impedisce ogni esegesi di questioni ermeneutiche di diritto intertemporale che si fondi sulla regola *tempus regit actum*, che si rivela, evidentemente, recessiva rispetto a una disposizione normativa che regola la successione nel tempo delle leggi, e vincola, al contrario, l'interprete ad attenersi alla stretta applicazione della disciplina transitoria". Sulla scorta di tale indirizzo interpretativo, il T.A.R. Toscana⁵⁰ ha precisato che: "l'art. 216 comma 1 precisa che, ad essere sottoposte al nuovo codice degli appalti, sono solo le procedure relative a bandi o avvisi pubblicati successivamente alla data dell'entrata in vigore del D.Lgs. 50/2016 e, quindi, a partire dal 19 aprile 2016. Il tenore complessivo dell'art. 216 esclude, poi, la possibilità di applicare singole disposizioni del nuovo codice degli appalti (come quelle ad esempio in materia di soccorso istruttorio di cui all'art. 83 comma 9) seguendo il principio "*tempus regit actum*" e, ciò, anche considerando che laddove il legislatore ha inteso introdurre un regime transitorio differente da quello previsto dal comma 1, e per quanto concerne specifiche disposizioni, ne ha fatto menzione espressamente nei rimanenti commi dello stesso art. 216". Sempre con riferimento all'ambito di applicazione temporale del nuovo Codice dei contratti, ma con specifico riguardo all'applicabilità del nuovo art. 120,

⁴⁸Cons. St. Sez. III, 27 ottobre 2016, n. 4528.

⁴⁹Cfr. Cons. St., Sez. III, 25 novembre 2016, n. 4994.

⁵⁰T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. III, 12 dicembre 2016, n. 1756.

comma 2-bis, c.p.a., introdotto dall'art. 204 del Codice, è stato ribadito che: "La giurisprudenza amministrativa ha già avuto modo di pronunciarsi sulla questione dell'immediata applicabilità dell'art. 120, co. 2 bis, c.p.a., osservando che, in base alla disciplina transitoria di cui all'art. 216 del D.Lgs. n. 50/2016, le disposizioni introdotte da tale testo normativo - ivi comprese quelle in inserite con esso nel codice del processo amministrativo - si applicano solo alle procedure bandite dopo la data dell'entrata in vigore del nuovo Codice, e, quindi, dopo il 19 aprile 2016"⁵¹. Un altro argomento su cui la giurisprudenza amministrativa si è soffermata è quello del soccorso istruttorio anche alla luce del nuovo Codice. In particolare, nella pronuncia T.A.R. Lombardia⁵² si osserva come il nuovo art. 83, comma 9, contenente la disciplina del soccorso istruttorio, non contempla più "l'obbligo del pagamento della sanzione nel caso di mancata regolarizzazione", risultando, così, del tutto conforme a quanto sancito nella direttiva 2014/24/UE. In materia di soccorso istruttorio, si indica anche Cons. St., Sez. V, 22 agosto 2016, n. 3667⁵³ con cui il Consesso amministrativo precisa che "(l')art. 59, par. 4, e dell'art.56, par.3, della direttiva n.2014/24/UE, (sono) disposizioni che non condizionano il soccorso istruttorio al pagamento di una sanzione pecuniaria, ma solamente al rispetto del principio di parità di trattamento e di trasparenza", in relazione al vecchio regime previsto dall'art. 38, comma 2-bis, D.Lgs. n.163/2006. Allo stesso tempo, la Sezione ha chiarito che "Il sistema della nuova disciplina, (che muove dal criterio direttivo indicato dall'art. 1, lett. z), della legge di delega 28 gennaio 2016, n. 11, che attribuisce ai partecipanti alla gara la piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento

⁵¹Cfr. T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, 14 dicembre 2016, n.1365.

⁵²T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 14 luglio 2016, n. 1423.

⁵³Cons. St., Sez. V, 22 agosto 2016, n. 3667.

di natura formale della domanda) è innovativamente incentrato sul concetto di sanatoria conseguente al soccorso istruttorio e non separa il momento procedimentale da quello sanzionatorio". Si è, inoltre, chiarito che il meccanismo del soccorso istruttorio non può essere attivato nelle ipotesi di nullità per indeterminatezza ed indeterminabilità dell'oggetto dei contratti di avvalimento⁵⁴, con la specificazione che: "attraverso il soccorso istruttorio può essere consentita una integrazione di documentazione valida, ma non possa essere consentita la "sostituzione" di un contratto nullo già prodotto in sede di presentazione dell'offerta, con un successivo contratto valido posto in essere successivamente alla presentazione dell'offerta a seguito della contestazione di nullità dell'originario contratto. In realtà, l'attuale panorama normativo consente di escludere l'utilizzabilità dello strumento in questione in ragione di un diverso ed ulteriore profilo. Occorre al riguardo osservare che, se, da un lato, l'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016 si apre affermando che "Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio", dall'altro, l'ultimo periodo della medesima disposizione precisa che "Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa". Il nuovo codice dei contratti pubblici detta dunque una disposizione normativa che sancisce espressamente l'inutilizzabilità del soccorso istruttorio per sopperire alle irregolarità che impediscono in maniera radicale di individuare il contenuto della documentazione". Tale ultima pronuncia (T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 02 dicembre 2016, n.1201) appare di rilievo anche con riguardo all'istituto dell'avvalimento, oggetto, peraltro, di un recente intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la n. 23

⁵⁴Cfr.T.A.R. Liguria,Genova,Sez.II, 02 dicembre 2016,n.1201.

del 4 novembre 2016. I giudici liguri, infatti, richiamano le conclusioni raggiunte dal Supremo Collegio sul punto in base alle quali si conferma un consolidato orientamento giurisprudenziale per il quale "la necessità di indicare nel contratto di avvalimento, con appropriato grado di determinatezza o determinabilità, i mezzi concreti che l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata, evidenziando altresì che l'esigenza di una puntuale individuazione dell'oggetto dell'avvalimento, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico negli artt. 1325, 1346 e 1418 e, che configurano quale causa di nullità del contratto l'indeterminatezza ed indeterminabilità del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale nella necessità di non permettere agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche"⁵⁵. Tali esigenze manifestate dalla giurisprudenza sono state, poi, recepite nell'art. 89 del nuovo Codice dei contratti pubblici, a mente del quale "L'operatore economico dimostri alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente(...)". Avuto riguardo, poi, all'istituto della revoca dell'aggiudicazione, con la pronuncia n. 5026 del 29 novembre 2016, la terza sezione del Consiglio di Stato⁵⁶ chiarisce che il parametro normativo di riferimento per la medesima, anche dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n.50/2016, resta l'art. 21-quinquies della L. n. 241/1990 "e non anche la disciplina speciale dei contratti, che si occupa, infatti, di regolare il recesso e la risoluzione del contratto, e non anche la revoca dell'aggiudicazione degli appalti (ma solo delle concessioni)".

⁵⁵Cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 27 gennaio 2016, n. 264, e 6 giugno 2016, n. 2384.

⁵⁶Cfr. Cons. St. 29 novembre 2016 n.5026.

In materia di raggruppamenti di imprese, si segnala, poi, T.A.R. Campania⁵⁷, pronuncia che si sofferma sulla distinzione tra raggruppamento orizzontale e verticale, secondo il nuovo Codice dei contratti. Nello specifico, i giudici amministrativi, richiamato il contenuto dell'art. 48, comma 2, del nuovo Codice, in virtù del quale "nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di operatori economici in cui il mandatario esegue le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie; per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione; le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie", affermano che, con riferimento allo specifico procedimento di gara, la distinzione tra raggruppamento orizzontale e verticale richiede che nella *lex specialis* siano indicate le prestazioni principali e quelle secondarie. Infine, è utile richiamare T.A.R. Calabria⁵⁸, che, interpretando il richiamo, contenuto nell'art.97, comma 5, lett. a), del nuovo Codice, all'art. 30, comma 3, del medesimo, in materia di anomalia dell'offerta, afferma che: "implica che, nella esecuzione degli appalti pubblici, gli operatori economici sono obbligati a rispettare le norme poste a tutela dei diritti sociali, ambientali e del lavoro, essendo preciso obbligo della stazione appaltante chiedere i necessari giustificativi in sede di verifica sull'anomalia dell'offerta. Con il vincolato esito della dovuta esclusione dell'offerta proposta in spregio degli obblighi retributivi minimi, e ciò, si badi bene, anche indipendentemente dalla congruità dell'offerta valutata nel suo complesso; in ciò sostanziandosi il *novum* rispetto alla pregressa disciplina".

⁵⁷T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 9 dicembre 2016, n.2631.

⁵⁸T.A.R. Calabria⁵⁸, Reggio Calabria, Sez., 15 dicembre 2016, n. 1315.

Da ultimo, per quanto attiene al tema del favorire legittimamente gli operatori del territorio, con ricadute positive sul sistema economico locale, il TAR Catanzaro, Sez. I, con la sent. del 5 marzo 2021, n. 472 ⁵⁹ ha stabilito che la legittimità della previsione di un punteggio aggiuntivo per le imprese che esprimono un apprezzabile radicamento nel territorio.

Venendo al merito della questione, la clausola controversa introduce, nel novero degli elementi tramite i quali valutare l'offerta tecnica (e non, si puntualizza, nell'ambito dei requisiti per l'ammissione alla gara), un profilo non rientrante direttamente nel capitolo prestazionale in sé e per sé considerato, quanto piuttosto – in quanto riconducibile al “fatto storico” (come qualificato dal ricorrente) dell'esperienza soggettiva pregressa dei concorrenti nel territorio provinciale ove il controverso servizio dovrà essere espletato – inquadrabile nell'ambito dei requisiti soggettivi in possesso dei concorrenti.

Sull'aspetto ora evidenziato – quello cioè della commistione tra caratteristiche oggettive dell'offerta presentata in una determinata gara e requisiti soggettivi in possesso del concorrente (tematica sulla quale la giurisprudenza aveva, in passato, opposto dubbi di ammissibilità, atteso che la riferibilità di tali clausole non al *proprium* dell'offerta quanto al *curriculum* maturato avrebbe determinato l'insorgere di indebite discriminazioni e distorsioni alla concorrenza) – la giurisprudenza⁶⁰ ha avuto modo osservare che “la possibilità di applicare in maniera “attenuata” il divieto generale, di derivazione comunitaria, di commistione tra le caratteristiche oggettive della offerta e i requisiti soggettivi della impresa concorrente, è da ritenere ammessa soltanto a) se aspetti dell'attività dell'impresa possano effettivamente “illuminare” la qualità della offerta⁶¹, e b) a condizione che lo specifico punteggio assegnato, ai fini

⁵⁹TAR Catanzaro, Sez. I, sent. del 5 marzo 2021, n. 472.

⁶⁰Anche questa Sezione: cfr. sentenza n. 357 del 22.2.2021.

⁶¹Cfr. CdS, Sez. VI, 2770/08 e Sez. V n. 837/09.

dell'aggiudicazione, per attività analoghe a quella oggetto dell'appalto, non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo⁶²".

E' stato, infatti, rilevato che un'applicazione meno rigida dell'incondizionata affermazione di tale divieto "deve però essere mantenuta entro rigorosi limiti applicativi; in particolare, pur potendosi ritenere superata l'iniziale differenziazione tra appalti di servizi e appalti di lavori,⁶³ va in linea di principio data continuità e riconfermato il fondamento del divieto di commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione e requisiti oggettivi di valutazione dell'offerta, con la specificazione che ne è tuttavia consentita un'applicazione attenuata, secondo criteri di proporzionalità, ragionevolezza ed adeguatezza, quando sia dimostrato, caso per caso, che per le qualificazioni possedute il concorrente offra garanzie di qualità nell'esecuzione del contratto apprezzabili in sede di valutazione tecnica delle offerte⁶⁴, tenuto conto che "l'ammissibilità di aspetti attinenti al profilo soggettivo è condizionata al fatto che detti elementi possano non vengano apprezzati, in astratto, come requisito meramente soggettivo dell'impresa partecipante, ma costituiscano un elemento di valutazione strettamente correlato all'oggetto dell'appalto e afferente all'offerta tecnica presentata, condizionando l'esecuzione del contratto, nei termini e secondo modalità specificamente apprezzate dalla stazione appaltante; e sempre che lo specifico punteggio assegnato, ai fini dell'aggiudicazione, al requisito in parola non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo⁶⁵".

Per completezza, si precisa che, sulla stessa lunghezza d'onda, è stato altresì affermato che: "Non è irragionevole attribuire un determinato punteggio, in sede di gara d'appalto, peraltro non determinante, ad operatori che hanno già svolto

⁶²Consiglio di Stato sez. V, 3.10.2012, n.5197.

⁶³Tuttavia ancora confermata, incidentalmente, da Cons. Stato, V, 17 gennaio 2018, n. 279.

⁶⁴ Cfr.Cons. Stato, III, 27 settembre 2016, n. 3970.

⁶⁵Consiglio di Stato, Sez. V, 17.3.2020, n. 1916.

attività sociali nella Regione, con ciò maturando una significativa esperienza delle necessità locali, ovvero che hanno una loro sede nell'ambito della Regione, il che esprime un apprezzabile radicamento nel territorio e semplifica i rapporti con la ditta che si aggiudica la commessa⁶⁶”.

Trasposte al caso controverso le succitate coordinate interpretative (ritenute, peraltro, pienamente rispettose del diritto euronitario), ne consegue che la contestata clausola della legge di gara, in sé considerata, non appaia irragionevole e la relativa previsione non risulti censurabile in sede giurisdizionale.

Consegue da quanto esposto che, quantunque, in astratto, anche soggetti privi di una rete di relazioni sul territorio (non avendo precedentemente gestito servizi di accoglienza in tale ambito territoriale) possano costruire, nel corso dell'espletamento del servizio, una rete idonea a radicarsi sul territorio, è anche vero che la previsione di un punteggio aggiuntivo per chi già possiede tale integrazione per aver espletato il medesimo servizio in precedenza, può consentire di valorizzare l'idoneità della rete già formata nel tempo quale “quid pluris” astrattamente idoneo a migliorare il servizio da espletare.

Anche sotto l'aspetto del peso della contestata clausola nell'economia della gara, il punteggio attribuito al controverso *sub*-criterio (pari a 10 punti rispetto al totale di 100 punti attribuibili all'offerta tecnica nel suo complesso) risulta ragionevolmente equilibrato e, dunque, inidoneo a sbilanciare le posizioni tra i *competitor* tramite l'insorgere di distorsioni anticoncorrenziali.

7. La dottrina

Dato atto delle prime pronunce giurisprudenziali in materia di contratti

⁶⁶T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 8.4.2011, n.190.

pubblici, alla luce del nuovo Codice, appare utile segnalare anche i commenti e le posizioni della dottrina sul punto. In particolare, gli aspetti su cui maggiormente si è sviluppato il dibattito dottrinale riguardano, in primo luogo, le questioni di diritto intertemporale che il nuovo Codice pone, in seconda analisi, l'obiettivo di semplificazione che il legislatore intende perseguire con il D.Lgs. n.50/2016, in terzo luogo, l'effettiva chiarezza e accessibilità delle nuove disposizioni. Altre questioni dibattute attengono, poi, al nuovo ruolo dell'ANAC, in virtù dei nuovi poteri alla stessa attribuiti e alla disciplina dell'autotutela per gli appalti e le concessioni. Con riferimento alla prima questione, è stato osservato⁶⁷ che l'immediata entrata in vigore del nuovo Codice il giorno stesso della sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale (19 aprile 2016) ha creato non pochi problemi di coordinamento, ma ancor prima, di comprensione circa la normativa concretamente applicabile alle procedure di gara bandite in quel giorno. L'effetto che ne è derivato è stato quello per cui alle suddette procedure si dovevano ancora applicare le disposizioni del D.Lgs. n. 163/2006, "ma "rettificato" nelle parti in contrasto con le predette disposizioni autoesecutive delle direttive". In aggiunta a tanto, è stato, altresì, rilevato come la mancanza di un periodo di *vacatio legis*, diversamente da quanto previsto per l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 163/2006, per la quale fu previsto un periodo di 60 giorni, ha determinato negli operatori difficoltà esegetiche di fronte ad una disciplina che, per il futuro, è l'unica applicabile, ma che necessita di fondamentali chiarimenti⁶⁸⁶⁹. Nel fornire tali necessari chiarimenti, l'ANAC ha un ruolo di rilievo; in proposito, infatti, l'Autorità ha già diramato alcuni

⁶⁷Cfr. E. Viterbo, Il nuovo Codice degli appalti tra novità e criticità, in www.italiappalti.it, 2016.

⁶⁸Cfr. E. Viterbo, op. cit.; A. Massari, Nuovo Codice Appalti: dopo l'entrata in vigore quali problemi operativi?, in www.leggioggi.it, 2016.

⁶⁹Cons. St., parere n.855/2016.

comunicati⁷⁰relativi al regime transitorio nel nuovo Codice dei contratti pubblici. In particolare, con l'ultimo di tali comunicati, ha chiarito che il D.Lgs. n.163/2006 continua ad applicarsi "a tutti gli avvisi pubblicati entro il 19.04.2016; agli affidamenti aggiudicati prima della data di entrata in vigore del nuovo Codice, per i quali siano disposti, fermo restando il divieto generale di rinnovo tacito e di proroga del contratto: il rinnovo del contratto o modifiche contrattuali derivanti da rinnovi già previsti nei bandi di gara; consegne, lavori e servizi complementari; ripetizione di servizi analoghi; proroghe tecniche - purché limitate al tempo strettamente necessario per l'aggiudicazione della nuova gara; varianti per le quali non sia prevista l'indizione di una nuova gara; alle procedure negoziate indette, a partire dal 20.4.2016, in applicazione degli artt. 56, comma 1, lett. a) e 57, comma 2, lett. a) del D.Lgs. n. 163/06, nei casi, rispettivamente, di precedenti gare bandite in vigenza del D.Lgs. n. 163/06 andate deserte a causa della presentazione di offerte irregolari o inammissibili e della mancanza assoluta di offerte, purché la procedura negoziata sia tempestivamente avviata; procedure negoziate per i contratti di cui all'allegato IIB e per i contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europee per le quali la stazione appaltante abbia pubblicato, in vigenza del D.Lgs. n. 163/06, un avviso esplorativo (indagine di mercato) finalizzato a reperire operatori interessati ad essere invitati a presentare offerta, purché sia certa la data di pubblicazione dell'avviso la procedura negoziata sia avviata entro un termine congruo dalla data di ricevimento delle manifestazioni di interesse e non siano intervenuti atti che abbiano sospeso, annullato o revocato la procedura di gara; affidamenti diretti o procedure negoziate in attuazione di accordi quadro aggiudicati prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice;

⁷⁰ANAC comunicati del 22 aprile 2016, del 03 maggio 2016 e dell'11 maggio 2016.

adesioni a convenzioni stipulate prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice". Una puntuale dottrina, inoltre, ha individuato, nello specifico, le parti della disciplina che sono caratterizzate da "vuoti transitori"⁷¹. In particolare, si fa riferimento a: "a) programmazione dei contratti; b) giovane professionista nella compagine dell'operatore economico; c) collaudo per servizi e forniture; d) forme di comunicazione degli atti di gara. Non sono indicate le forme di comunicazione applicabili fino a ottobre 2018, quando saranno obbligatorie quelle informatiche". Illustrati i principali problemi di diritto intertemporale, nonché le prime soluzioni individuate, è possibile procedere con l'esame delle altre questioni dibattute. Avuto riguardo, infatti, all'obiettivo di semplificazione che sembra essere il filo conduttore del nuovo Codice, ci si è chiesti, innanzitutto, se "basta un codice per semplificare"⁷². Tale interrogativo appare, poi, strettamente connesso con l'altro rilevante problema della quantità e della qualità delle regole, nonché della chiarezza del linguaggio adoperato. Ciò in considerazione della circostanza per cui le "buone regole" da sole non sembrano essere sufficienti per raggiungere i più volte richiamati obiettivi di semplificazione e trasparenza. Occorre, infatti, anche una "buona attuazione" e, di conseguenza, delle "prassi virtuose" per mettere in pratica i principi citati⁷³. Al fine di rispondere all'interrogativo posto, occorre considerare che già il Consiglio di Stato⁷⁴ aveva avanzato alcune perplessità in ordine all'effettiva operazione di semplificazione del nuovo Codice. In particolare, i dubbi dei giudici amministrativi derivano da molteplici aspetti della nuova disciplina: pur contenendo un numero inferiore di articoli, il nuovo Codice appare comunque lungo, per l'elevato numero di termini utilizzati; la

⁷¹Cfr. R. De Nictolis, *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2016.

⁷²Cfr. R. De Nictolis, *op. cit.*.

⁷³Cfr. R. De Nictolis, *op. cit.*.

⁷⁴Cfr. Cons. St. parere n.855/2016.

sostituzione di un unico Regolamento con oltre cinquanta atti attuativi, poi, secondo il Consesso amministrativo, fa sì che "l'obiettivo di una regolamentazione sintetica e unitaria, chiaramente conoscibile, rischia così di perdersi nella moltiplicazione degli atti attuativi. Non solo: l'obiettivo di un tempestivo cambio delle vecchie regole rischia di essere frenato nella ritardata adozione degli atti attuativi, così nel frattempo continuando a applicarsi le vecchie regole. È evidente che la scommessa del nuovo codice potrà essere vinta solo se la fase di adozione degli atti attuativi avverrà in modo tempestivo, ordinato e coordinato... "⁷⁵. Con specifico riferimento ai 50 attuativi, è stato, inoltre, osservato come i medesimi "seguiranno iter differenti e hanno eterogenea natura giuridica: vi è un doppio pericolo, che la semplificazione resti "futura" a lungo, e che si complichino, e si perda, nei meandri di tale seguito"⁷⁶. In generale, dunque, in ordine al problema della quantità delle regole, è stato affermato che, nel nuovo Codice, vi sono "troppe regole, troppi soggetti che fanno le regole, troppe stazioni appaltanti, troppi operatori economici, troppe deroghe, troppe giurisdizioni che si occupano di appalti, troppo contenzioso"⁷⁷. In proposito, si deve, inoltre, mettere in rilievo come l'eccessivo numero di regole possa confliggere con il divieto di *gold plating* (per il quale non sarebbe consentito andare oltre la soglia comunitaria di regolazione) di cui alle direttive europee. Tuttavia, la funzionalità di alcune delle nuove disposizioni alla realizzazione degli obiettivi di trasparenza e concorrenza potrebbe, in ogni caso, giustificare il loro eccessivo numero⁷⁸. L'altro profilo connesso con l'obiettivo di semplificazione e trasparenza è quello concernente la qualità delle regole,

⁷⁵Cfr. Cons. St. parere n.855/2016.

⁷⁶Cfr. R. De Nictolis, op.cit.

⁷⁷Cfr. R. De Nictolis, Il nuovo Codice dei contratti pubblici, in *Urbanistica e Appalti*, n. 5, 2016.

⁷⁸Cfr. M. Gnes, Il nuovo codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione: prime note, in www.quotidianogiuridico.it, 2016.

sia avuto riguardo al linguaggio utilizzato per la loro formulazione, sia per quel che riguarda il contenuto sostanziale delle stesse. Nello specifico, in ordine al problema del linguaggio, è stato osservato come il legislatore nazionale, percorrendo la via del mantenimento della terminologia utilizzata nelle Direttive europee, non si è preoccupato di "tradurre", appunto, i termini di matrice unionale nei corrispondenti termini giuridici nazionali e ciò potrebbe comportare alcuni problemi di raccordo tra significato interno e significato europeo di un determinato istituto⁷⁹. Tuttavia, sul punto, il Consiglio di Stato ha espresso parere favorevole, affermando che: "Non sempre le disposizioni del codice adoperano una terminologia di immediata comprensione, ma si tratta spesso dell'inevitabile tributo al recepimento puntuale delle direttive, a loro volta formulate con una tecnica linguistica tarata sull'esigenza di costruire istituti che coniugano e mediano tra le diverse tradizioni giuridiche dei Paesi membri. Sotto tale profilo, il Consiglio di Stato, pur consapevole della non familiarità del linguaggio delle direttive, condivide la scelta, operata dal codice, di riprodurre fedelmente tale linguaggio. I vantaggi di tale tecnica sono, da un lato, la riduzione del rischio di una trasposizione infedele delle direttive e dei conseguenti contrasti esegetici (favorendo altresì il formarsi di una interpretazione uniforme a cura dei giudici nazionali e del giudice europeo), dall'altro il rafforzamento del processo di integrazione europea". Quanto, invece, al contenuto sostanziale delle nuove disposizioni, si rileva il mancato recepimento nelle stesse dei consolidati orientamenti giurisprudenziali in materia di contratti pubblici e, talvolta, un non adeguato coordinamento con la riforma della P.A. Infine, occorre mettere in luce anche la mancanza di chiarezza nella formulazione di alcune norme.

⁷⁹Cfr. M. Gnes, Il nuovo codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione: prime note, in www.quotidianogiuridico.it, 2016.

Con specifico riferimento all'obiettivo della trasparenza, inoltre, è stato osservato come "l'accessibilità online è condizione necessaria ma non sufficiente: che una notizia sia sul sito, non è di per sé garanzia di conoscibilità effettiva"⁸⁰. Messi in luce i principali profili di criticità che si prospettano all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo Codice e che sono destinati ad accrescere il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, tenuto conto della necessaria operazione di attuazione e chiarificazione in itinere, autorevole dottrina ha ritenuto di poter affermare che, nel complesso, il D. Lgs. n. 50/2016 "è sulla buona strada" quanto all'intento di semplificare, ma il codice, da solo, "non basta", in quanto si reputano necessarie determinate condizioni e, nella specie:

- 1) apportare le necessarie correzioni, tramite errata corrige, e appositi correttivi;
- 2) la necessaria implementazione che dovrà essere portata a termine nella fase attuativa "tramite la normativa secondaria, la regolazione e i provvedimenti applicativi da parte delle pubbliche amministrazioni"⁸¹;
- 3) limitazione delle continue modifiche legislative e dei regimi in deroga, terreno fertile per la diffusione della corruzione.

8. La giurisprudenza amministrativa su altre questioni di rilievo

Dato atto degli orientamenti della giurisprudenza e della dottrina in merito ad alcune delle problematiche sorte a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti, appare opportuno segnalare anche altre questioni su cui la giurisprudenza è intervenuta, in primo luogo, con riferimento alla questione della mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali⁸².

⁸⁰R. De Nictolis, op. cit..

⁸¹Cons. St., parere n. 855/2016.

⁸²Adunanza Plenaria, Cons. St., 27 luglio 2016, n. 19.

Con tale decisione, il Supremo Consesso si sofferma, nello specifico, sulla compatibilità, con il diritto dell'Unione Europea, del principio di diritto espresso in tema di oneri di sicurezza aziendali dalla stessa Adunanza plenaria con le sentenze nn. 3 e 9 del 2015⁸³. In particolare, la questione attiene alla possibilità di ricorrere o meno al soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione nell'offerta dei suddetti oneri. I giudici amministrativi giungono alla conclusione per cui "Per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, qualora l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara e dalla modulistica allegata ma sia assodato che sostanzialmente l'offerta abbia tenuto conto dei costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio". Il Collegio ammette, quindi, il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio, ove l'indicazione specifica dei costi di sicurezza non sia richiesta dalla legge di gara e dalla modulistica, e lo fa ancor prima di avere la risposta della Corte di giustizia UE sulla questione pregiudiziale dinanzi alla stessa sollevata e relativa all'obbligo dell'indicazione degli oneri di sicurezza. Così facendo, inoltre, il Consiglio di Stato sembra superare quanto sancito dalle sentenze nn. 3 e 9 del 2015 della stessa Adunanza Plenaria: in tali pronunce, infatti, si è stabilito, rispettivamente, che "nelle procedure di affidamento relative ai contratti pubblici di lavori i concorrenti debbano indicare nell'offerta economica i costi per la sicurezza interni o aziendali" e che "è inammissibile il soccorso istruttorio e dovuta l'esclusione del concorrente che non abbia

⁸³Cons. St., Ad. Plen., nn.3 e 9 del 2015.

indicato i costi di sicurezza aziendali di cui all'art. 87, comma 4, del D.Lgs. n. 163 del 2006, anche per le procedure nelle quali la presentazione delle offerte è anteriore alla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 3 del 2015". In tal modo, dunque, il Consiglio di Stato, pur mantenendo fermi i principi espressi dalla Plenaria n. 9 del 2014⁸⁴ in materia di tassatività delle cause di esclusione, ritiene non compatibile con i principi di certezza del diritto, tutela dell'affidamento, trasparenza, proporzionalità e par condicio il ricorso automatico all'esclusione per mancata indicazione degli oneri di sicurezza anche ove ciò non sia stato indicato espressamente nel bando di gara e nella relativa modulistica. In particolare, il Consesso mutua tale conclusione da una recente pronuncia della Corte di Giustizia UE⁸⁵ che ha posto l'attenzione sui principi di trasparenza e parità di trattamento che devono regolare le procedure ad evidenza pubblica. In applicazione di tali principi - osserva l'organo di giustizia europeo - si impone che i requisiti e le condizioni sostanziali e procedurali per la partecipazione alla gara siano resi pubblici in anticipo, al fine di renderle conoscibili, accessibili e uguali per tutti i concorrenti. Da tanto deriva, quindi, che il prodursi dell'effetto escludente, in assenza di specifica richiesta nel bando di gara dell'indicazione degli oneri di sicurezza, senza la possibilità di ricorrere all'istituto del soccorso istruttorio, risulta in contrasto con i principi di matrice europea di tutela dell'affidamento, certezza del diritto, trasparenza, proporzionalità e par condicio. Occorre rammentare che all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici vi è un chiaro obbligo *ex lege* di indicare in sede di offerta i costi per la sicurezza e, pertanto, in caso di mancata indicazione, la conseguenza sarà l'esclusione dalla procedura di gara anche se un simile

⁸⁴Cons. St., Ad. Plen., n.9 del 2014.

⁸⁵Corte di Giustizia UE Sesta Sezione, 2 giugno 2016, C-27/15.

obbligo non sia contenuto nella *lex specialis*. Un altro tema su cui la giurisprudenza è intervenuta di recente attiene alle problematiche in materia di DURC. In particolare, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con due sentenze⁸⁶, si è soffermata sul cd. preavviso di Dure negativo, con specifico riferimento alla regolarizzazione postuma della posizione previdenziale (Ad. Plen. n. 5 e 10 del 2016), nonché sui confini della giurisdizione del g.a. in relazione agli accertamenti in materia di Dure (Ad. Plen. n. 10 del 2016). Nello specifico, con la sentenza n.10 del 2016, con riguardo alla delimitazione della giurisdizione del g.a. in materia di accertamento della regolarità del Dure, il problema si pone per effetto della natura giuridica da riconoscere al Dure medesimo, nonché avuto riguardo alla procedura (di evidenza pubblica) all'interno della quale si colloca l'accertamento. In proposito, osserva il Consesso che, pur assumendo il Dure "carattere di dichiarazione di scienza, assistita da pubblica fede ai sensi dell'art. 2700 e.e. e facente prova fino a querela di falso", l'accertamento avente ad oggetto la regolarità del medesimo si colloca nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica, rispetto alla quale sussiste, ai sensi dell'art.133 c.p.a., la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo. Secondo una parte della giurisprudenza, tuttavia, le contestazioni relative agli errori contenuti nel D.U.R.C., incidendo su situazioni di diritto soggettivo e presupponendo un rapporto obbligatorio, di tipo non pubblicistico, non potrebbero rientrare nella sfera di competenza del g.a. Il Supremo Collegio, però, non condivide tale impostazione e ritiene "di dover risolvere la questione nel senso di devolvere alla cognizione del giudice amministrativo, adito per la definizione di una controversia avente ad oggetto l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'accertamento circa la regolarità del D.U.R.C., quale atto interno

⁸⁶Cons. St., Ad. Plen., nn. 5 e 10 del 2016.

della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara.

Nelle controversie in materia di contratti pubblici, in effetti, il D.U.R.C. viene in rilievo non in via principale, ma in qualità di presupposto di legittimità di un provvedimento amministrativo adottato dalla stazione appaltante". In particolare -chiarisce il Consesso- la qualificazione del Dure in termini di dichiarazione di scienza ai sensi dell'art. 2700 e.e. non costituisce elemento "ostativo all'esame, da parte del giudice amministrativo, della regolarità delle risultanze della documentazione prodotta dall'ente previdenziale in un giudizio avente ad oggetto l'affidamento di un contratto pubblico di lavori, servizi o forniture". Il g.a., infatti, effettua un accertamento meramente incidentale sulla regolarità del rapporto previdenziale, secondo quanto previsto dall'art. 8 c.p.a. e, in ogni caso, risulterebbe in contrasto con le esigenze di concentrazione della tutela, nonché con il diritto di difesa, contestare, prima, dinanzi al giudice ordinario la regolarità del Dure e, successivamente, adire il g.a. per le illegittimità compiute dalla stazione appaltante. In particolare, sul punto, si indicano anche alcune pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁸⁷, con cui la Suprema Corte ha chiarito che la giurisdizione, in controversie relative procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture, appartiene al giudice amministrativo quando venga in rilievo la certificazione attestante la regolarità contributiva, sulla cui base l'Amministrazione abbia successivamente adottato un provvedimento. Quanto, poi, alla procedura del cd. preavviso di Dure negativo, il Collegio si sofferma sul problema dell'individuazione del momento a partire dal quale la violazione in materia di contributi previdenziali e assistenziali si possa considerare definitiva. Tale interrogativo nasce, infatti,

⁸⁷Cass., Ordinanze n. 25818 dell'11 dicembre 2007 en. 3169 del 9 febbraio 2011.

proprio dall'introduzione della procedura del preavviso di Dure negativo che consente all'impresa richiedente il rilascio della certificazione contributiva, di sanare la propria posizione, prima della definitiva certificazione negativa. L'ente previdenziale, infatti, qualora riscontri delle irregolarità, invita l'operatore richiedente a sanare la propria posizione entro il termine di quindici giorni. Ne consegue che, ove l'operatore non effettui la regolarizzazione della propria posizione, entro il termine anzidetto, l'ente previdenziale potrà adottare un D.U.R.C. negativo. Sul punto, i giudici amministrativi rinviano a quanto già stabilito dalla stessa Adunanza Plenaria, con le decisioni nn. 5 e 6 del 29 febbraio 2016, e nello specifico che: "Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n.98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque, irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto". In ossequio a tali principi, dunque, è possibile affermare che la regola del preavviso di D.U.R.C. negativo non

si applica nell'ipotesi di certificazione richiesta dalla stazione appaltante, ai fini della verifica delle dichiarazioni rese dell'impresa partecipante, ma trova applicazione solo nei rapporti fra ente previdenziale ed operatore economico richiedente. Infine, con riferimento al possesso dei requisiti generali e speciali dei candidati nelle gare d'appalto, occorre segnalare la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁸⁸, con cui il Supremo Collegio ha precisato che nelle gare per l'aggiudicazione dei contratti pubblici i candidati devono possedere i requisiti generali e speciali di partecipazione, non soltanto alla data di scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione, ma anche per tutta la durata della procedura, fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto e, in ogni caso, per tutto il periodo dell'esecuzione del contratto medesimo. In tal senso, i giudici amministrativi confermano un consolidato orientamento giurisprudenziale in materia⁸⁹. In particolare, il Consesso chiarisce che, in ossequio ai principi di trasparenza e certezza del diritto, la verifica del possesso dei suddetti requisiti "deve ritenersi immanente all'intero procedimento di evidenza pubblica, a prescindere dalla indicazione, da parte del legislatore, di specifiche fasi espressamente dedicate alla verifica stessa, quali quelle di cui all'art. 11, comma B ed all'art.48 del D. Lgs. n.163/2006". Specifica ulteriormente il Collegio che l'Amministrazione può, in qualsiasi momento della procedura, procedere alla verifica del possesso dei suddetti requisiti, a tutela del proprio interesse "ad interloquere con operatori in via permanente affidabili, capaci e qualificati". Ne consegue che il possesso dei requisiti medesimi deve sussistere in ogni momento della procedura, senza soluzione di continuità e tanto "vale la pena di sottolineare, non in

⁸⁸Cons. St., Ad. Plen., n. 8 del 20 luglio 2015.

⁸⁹Cfr. *ex multis* Cons. St., Sez. IV, 18 aprile 2014, n. 1987; Cons. St., Sez. V, 30 settembre 2013, n. 4833; Cons. St., Sez. III, 13 luglio 2011, n. 4225; Cons. Stato, Ad. pl., 25 febbraio 2014, n. 10; nn. 15 e 20 del 2013; nn. 8 e 27 del 2012; n. 1 del 2010.

virtù di un astratto e vacuo formalismo procedimentale, quanto piuttosto a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e dunque della sicurezza per la stazione appaltante dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e tecnico economico- professionale necessari per contrattare con la P.A. ". I giudici amministrativi osservano, inoltre, che l'onere di continuità richiesto è ragionevole e non sproporzionato: ragionevole, in quanto la stazione appaltante ha il diritto di conoscere, in ogni momento della procedura, l'affidabilità del proprio interlocutore "operatore economico" e non sproporzionato poiché quest'ultimo può assolvere lo stesso onere, e, quindi, garantire la qualificazione richiesta, senza particolari difficoltà, mediante il ricorso all'ordinaria diligenza.

9. Le principali novità portate dal correttivo al codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n.56/2017)

In esecuzione dell'art. 1, comma 8, l. 11/2016, il legislatore delegato ha varato il primo correttivo al codice dei contratti pubblici. In omaggio ai principi fondamentali in materia, al legislatore delegato in sede di correttivo non era consentito l'eventuale recupero di parti di delega non tempestivamente esercitata, ma solo la correzione delle scelte già compiute.

All'interno del correttivo è così possibile rinvenire quattro distinti ordini di intervento:

- I) correzione di meri refusi;
- II) coordinamento con normative rimaste al di fuori del codice (ad esempio l'art. 120 c.p.a.) ed abrogazioni di norme *extravagantes*, quali il D.Lgs. n. 208/2011 in materia di appalti nel settore delle armi;
- III) errori di recepimento delle direttive e della delega;
- IV) rimedio a problemi riscontrati in sede di prima applicazione delle norme del codice.

9.1. La disciplina in tema di trasparenza ed il *dies a quo* per impugnare gli atti di ammissione e di esclusione

Gli interventi contenuti nel correttivo sono particolarmente numerosi. In questa sede verranno presi in esame i principali, a cominciare dalla modifica dell'art. 29 del codice in materia di trasparenza e pubblicità degli atti inerenti alle procedure volte all'affidamento dei contratti pubblici. La regola generale è nel senso della pubblicità di tutti gli atti a cominciare dalla programmazione triennale, che vanno pubblicati sul profilo del committente nella sezione "amministrazione trasparente". Fanno eccezione all'obbligo di ostensione gli atti riservati indicati dall'art. 53 ovvero quelli secretati ai sensi dell'art. 162. Le novità di maggiore interesse sul punto vanno rinvenute nella modifiche portate alla disciplina in questione nella parte in cui consentono di individuare il *dies a quo* ai fini dell'impugnazione degli atti di ammissione e di esclusione, il cui obbligo di immediata impugnativa è sancito dall'art. 120 c.p.a. La precedente disciplina contenuta nell'art. 29 e nell'art. 76, comma 3, del Codice dei contratti pubblici faceva residuare più di un dubbio in ordine al momento nel quale poteva dirsi pienamente apprezzata la lesività dell'atto. Secondo la nuova formulazione la stazione

appaltante ha l'obbligo di pubblicare sul profilo del committente e di trasmetterli con modalità telematiche a tutti i concorrenti gli atti di ammissione e di esclusione entro due giorni dalla loro adozione. Si specifica inoltre che il provvedimento di ammissione o di esclusione non concerne la valutazione dei requisiti, ma la verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione ovvero la sussistenza dei requisiti secondo il meccanismo del documento di gara unico europeo. Unitamente alla detta comunicazione deve essere fornito ai concorrenti la notizia relativa all'ufficio o al collegamento telematico presso il quale è possibile operare il riscontro di quanto dichiarato dagli altri concorrenti. Fatta eccezione per gli atti di ammissione e di esclusione per tutti gli altri la pubblicità notizia è data dalla pubblicazione sul profilo del committente.

9.2. Il responsabile del procedimento

Il correttivo ribadisce la centralità della figura del responsabile del procedimento, disponendo che lo stesso debba essere individuato già in fase di programmazione, salvo successive modifiche che non si tradurranno in una modifica sostanziale del documento di programmazione. Il RUP deve essere scelto tra i dipendenti di ruolo dell'amministrazione di livello apicale e deve essere dotato del necessario inquadramento giuridico e delle necessarie competenze tecniche. Solo qualora manchi una figura dotata delle dette caratteristiche sarà possibile nominare come responsabile un dipendente anche non di ruolo. In ogni caso l'incarico in questione è obbligatorio. Il RUP svolge una serie di compiti tassativamente indicati dall'art.31 del codice e, in ogni caso, viene designato quale organo responsabile in via residuale nel caso in cui lo stesso codice non individui

una diversa figura per lo svolgimento di un'attività. Alle linee guida ANAC è affidato il compito di specificare più in dettaglio i compiti del RUP e di chiarire le ipotesi nelle quali questo può coincidere con il progettista a fronte della regola generale che pone il divieto della coincidenza tra i due ruoli.

9.3. Criticità in tema di bandi di gara

L'art. 77 del codice dispone che, all'indomani dell'adozione da parte dell'ANAC dei bandi tipo, tutte le stazioni appaltanti dovranno conformarsi nella stesura della *lex specialis*. Pertanto, qualora le singole stazioni appaltanti intendano discostarsene dovranno motivare adeguatamente. Le novità sotto il profilo processuale contenute nell'art. 120 c.p.a. hanno indotto parte della giurisprudenza a rivedere alcune posizioni date per acquisite prima dell'introduzione del rito cd. specialissimo di cui al comma 2-bis del citato art. 120. In passato, infatti l'Adunanza Plenaria n. 1/2003⁹⁰ aveva stabilito che il bando dovesse essere impugnato immediatamente solo nel caso in cui si contestasse la presenza di una clausola impeditiva della partecipazione alla gara ovvero che prevedesse oneri manifestamente incomprensibili e sproporzionati, che non consentissero, ad esempio, di formulare l'offerta. In termini di legittimazione attiva, invece, l'Adunanza Plenaria n. 4/2011⁹¹, aveva stabilito che potessero impugnare gli atti di gara: a) coloro che partecipano alla procedura di evidenza pubblica; b) colui che contesta la scelta stessa di indire la procedura di gara, come ad esempio il gestore uscente; c) l'operatore del settore che contesta l'affidamento diretto; d) l'operatore del settore che impugna una clausola escludente. All'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti si segnala Cons. St.,

⁹⁰Cons. St., Ad. Plen., n. 1/2003.

⁹¹Cons. St., Ad. Plen., n. 4/2011.

Sez. III, 2014/2017⁹², che ritiene debba essere impugnato immediatamente il bando di gara qualora si voglia contestare il criterio, nella specie quello del prezzo più basso, di aggiudicazione della gara. Secondo l'impostazione della III Sezione, l'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione e di esclusione, unitamente al rilievo dato al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, hanno fatto sì che sorgesse un interesse legittimo diverso da quello all'aggiudicazione della gara, ossia un interesse legittimo a competere con quegli altri concorrenti che risultino effettivamente legittimati secondo il criterio del miglior rapporto qualità - prezzo. Si tratta di un nuovo orientamento, che offre un punto di vista del tutto nuovo in ordine alla tipologia di posizioni giuridiche che sorgono nel corso delle procedure di evidenza pubblica ed al momento di corretta reazione processuale avverso i provvedimenti adottati dalla stazione appaltante.

9.4. Le novità in tema di appalto integrato

L'appalto integrato è quello che ha ad oggetto oltre all'esecuzione anche la progettazione dell'opera pubblica. Si tratta di una tipologia negoziale che ha conosciuto alterne vicende nella disciplina dei contratti pubblici. Infatti, la legge Merloni 109/1994, ne limitò fortemente l'uso, valutando come impropria la commistione tra progettisti ed esecutori e come necessario il rafforzamento delle professionalità dei progettisti interni all'amministrazione. Tuttavia l'esperienza pratica dimostrò come i progetti predisposti dagli uffici tecnici non fossero sempre all'altezza delle aspettative e delle necessità delle amministrazioni, Successivamente, il D.Lgs. n.163/2006, stabilì che l'appalto integrato avesse pari dignità rispetto agli appalti aventi ad oggetto la sola

⁹²Cons. St., Sez. III, 2014/2017.

esecuzione dell'opera. Tuttavia, in questo modo, risultò che le stazioni appaltanti fossero troppo spesso in ostaggio delle conoscenze tecniche della controparte contrattuale. Da qui la scelta del nuovo codice di guardare con diffidenza a questo strumento, in omaggio a quanto previsto dai criteri direttivi contenuti nella legge delega I, 11/2016. Le aspettative degli operatori del settore di vedere limitato il ricorso all'appalto integrato sono rimaste deluse all'indomani del D.Lgs. n.50/2016, che, da un lato, pone un divieto di utilizzo dell'appalto integrato; dall'altro, inserisce una pluralità di eccezioni alla detta regola, che sono state ulteriormente ampliate dal correttivo, tanto da svuotare di fatto di contenuto la regola generale.

9.5. Il soccorso istruttorio

Il tema del soccorso istruttorio ha visto contrapporsi le esigenze di ampliare l'affermazione del principio del *favor participationis*, limitando le ipotesi di esclusione per vizi meramente formali delle domande di partecipazione, con la necessità di non tradire il principio della par condicio dei concorrenti, ossequiosi delle prescrizioni di legge e della *lex specialis* a vantaggio dei concorrenti meno attenti. Si tratta di uno strumento sul quale il legislatore è intervenuto a più riprese e che pare essersi stabilizzato all'indomani del correttivo. Così, fino al 2014 il soccorso istruttorio era limitato a quanto previsto dal comma 1 dell'art. 46, D.Lgs. n. 163/2006, secondo il quale le stazioni appaltanti invitavano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati. Con il cd. decreto Madia, 90/2014 venne introdotto il comma 2 bis all'art. 38, D.Lgs. n.163/2006, che ammetteva il soccorso istruttorio a pagamento nel caso di mancanza, incompletezza e ogni altra

irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive da presentare ai fini partecipativi. Le previsioni nazionali sono state in qualche misura confermate dall'articolo 59, paragrafo 4 della 'Direttiva appalti' n. 2014/24/UE⁹³, secondo cui «l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere a offerenti e candidati, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura». La legge di delega n. 11 del 2016 ha generalizzato l'obbligo per le amministrazioni di ammettere il soccorso istruttorio, riconoscendo ai concorrenti «[la] piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda, purché non attenga agli elementi oggetto di valutazioni sul merito dell'offerta (...)». La legge del 2016 ha altresì fissato il generale principio della gratuità del ricorso a tale beneficio di legge. La prima formulazione dell'art. 83 del D.Lgs. n.50/2016, non sembrava soddisfare le prescrizioni della legge delega, sia perché mancava una distinzione chiara tra la nozione di elemento di natura formale della domanda e quella di irregolarità essenziale non sanabile, che perché permaneva l'onerosità del soccorso.

Da qui, la necessità di intervenire in sede di correttivo, nel quale è stata prevista, da un lato, la gratuità del soccorso. Dall'altro, una riformulazione del comma 9 dell'art. 83 che ora recita: "le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione

⁹³Direttiva appalti n.2014/24/UE.

appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa". Nonostante la nuova formulazione, resta dubbio se possano essere oggetto di soccorso istruttorio oltre agli elementi essenziali di carattere dichiarativo anche quelli di carattere sostanziale. Eventualità quest'ultima che dilaterrebbe oltre misura l'ambito oggettivo del soccorso. Ancora, resta dubbio se la carenza dei documenti di gara unico europeo possa essere oggetto di soccorso. Infine, se anche all'indomani del correttivo siano configurabili irregolarità non essenziali, per le quali il soccorso non sia necessario.

10. Il rito speciale avente ad oggetto il contenzioso relativo all'impugnazione dei provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara

La *ratio* posta a fondamento del nuovo rito disciplinato dai commi 2 bis e 6 bis dell'art. 120c.p.a. è quella di favorire il consolidamento degli atti di gara mano a mano che l'amministrazione li adotta, consolidando così i risultati della gara e di evitare che questioni relative alla fase di ammissione si scarichino processualmente al momento dell'impugnazione dell'aggiudicazione secondo il meccanismo del ricorso incidentale, che, ha creato non poche questioni interpretative, faticosamente risolte in un dialogo un po' confuso tra la Corte di Giustizia e l'Adunanza Plenaria del Consiglio

di Stato. Il citato comma 2 bis stabilisce che il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici. Una pronuncia del TAR per la Puglia⁹⁴ ha, però, affermato che: "Nel contenzioso degli appalti pubblici, e con riferimento all'applicabilità del nuovo rito di cui all'art. 120 comma 2 bis, il *dies a quo* dell'impugnazione dell'atto di ammissione o di esclusione non può essere identificato nella sola pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, laddove sia ravvisabile e documentata la "piena conoscenza" degli atti di ammissione e di esclusione". L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. E' altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività. La norma, quindi non si applica nel caso di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, come ribadito da Cons. St., Sez. III, 27 ottobre 2016, n. 4528⁹⁵. Il comma 6 bis, dal canto suo, fissa le regole processuali che saranno seguite per il detto contenzioso, prevedendo che: a) il giudizio viene trattato in camera di consiglio, salvo che le parti non ne chiedano la trattazione in udienza pubblica, tanto per evitare un possibile contrasto con l'art. 47 CEDU, secondo il principio espresso dalla Corte Europea nella sentenza del 4 marzo 2014; b) l'udienza deve tenersi, non c'è, quindi, bisogno di istanza di fissazione, entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente ed il

⁹⁴TAR Puglia, 8 novembre 2016, n. 1262.

⁹⁵Cons. St., Sez. III, 27 ottobre 2016, n. 4528.

decreto di fissazione dell'udienza è comunicato alle parti quindici giorni prima dell'udienza. La tempistica in questione che può subire una dilatazione solo se le parti o alcune di esse risiedono in un altro stato europeo o in uno stato al di fuori dell'Europa, risulta, comunque, particolarmente contratta, tanto da rendere la tutela cautelare, almeno in primo grado, di fatto non necessaria. I termini in questione, peraltro, non sono perentori. Ossia una loro violazione al di là di possibili conseguenze disciplinari non si traduce in vizi che incidono sulla sentenza; c) le parti possono produrre documenti fino a dieci giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a sei giorni liberi prima e presentare repliche ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista della camera di consiglio, fino a tre giorni liberi prima. Vengono in questo modo ulteriormente compressi, rispetto alla dimidiazione già operata ai sensi del combinato disposto degli artt. 119e 120 c.p.a., i termini previsti dall'art. 73 c.p.a. per il rito ordinario. La camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate solo in caso di esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale. L'ordinanza istruttoria fissa per il deposito di documenti un termine non superiore a tre giorni decorrenti dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della stessa. La nuova camera di consiglio deve essere fissata non oltre quindici giorni. Non può essere disposta la cancellazione della causa dal ruolo, volendo il legislatore che non resti appeso un contenzioso sulla fase dell'ammissione che possa interferire con la fase dell'aggiudicazione. L'appello deve essere proposto entro trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della sentenza e non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione; d) il comma 7 prevede che, ad eccezione dei casi previsti al comma 2 bis, i nuovi atti attinenti la medesima procedura di gara devono essere impugnati con ricorso per motivi aggiunti. La norma va letta non nel

senso che non sia possibile proporre motivi aggiunti nel contenzioso di cui al comma 2 bis, ma che in quest'ipotesi, qualora ad esempio il giudizio non sia stato definito prima dell'aggiudicazione, la proposizione di motivi aggiunti sia solo facoltativa; e) quanto alla disciplina di diritto transitorio, secondo una prima impostazione patrocinata da TAR per la Puglia, 8 novembre 2016, n. 1262, nel contenzioso degli appalti pubblici l'applicabilità del nuovo rito di cui all'art. 120 comma 2 bis, quale norma processuale, è di immediata applicazione. Pertanto, dovrebbe farsi applicazione del principio *tempus regit actum*. Appare, però, preferibile la tesi patrocinata da Cons. St., Sez. III, 25 novembre 2016, n. 4994⁹⁶, secondo la quale: "Nelle gare d'appalto l'applicabilità del nuovo rito "superspeciale" ai sensi dell'art. 120 comma 2 bis Cod. proc. amm. - comma introdotto dall'art. 204 D.L. vo 18 aprile 2016 n. 50 - è applicabile, pur se di natura processuale, "solo alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore" (art. 216 comma 1 citato D.L. vo)".

10.1. Il modello del rito speciale *ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a.*, e le sue criticità

L'idea di prevedere un autonomo rito speciale per l'impugnazione dei provvedimenti di ammissione e di esclusione poggia sulla consapevolezza che il maggior numero di illegittimità denunciate nel contenzioso in materia di contratti pubblici riguardava il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara anche nel caso di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione.

⁹⁶Cons. St., Sez. III, 25 novembre 2016, n. 4994.

Da qui la volontà di sterilizzare o rimuovere eventuali illegittimità inerente alla fase di verifica dei requisiti in modo tale da evitare la propagazione delle stesse sui successivi atti della procedura di gara ed in particolare sull'aggiudicazione. L'archetipo utilizzato è quello che già previsto per il contenzioso elettorale, che separa nettamente il contenzioso avente ad oggetto l'esclusione o l'ammissione delle liste da quello relativo alla votazione ed agli atti successivi. Non può, però, non rimarcarsi che la rigidità del procedimento elettorale non è analoga a quella del procedimento di evidenza pubblica. Infatti, l'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016, stabilisce che la stazione appaltante può escludere un operatore in qualunque momento fino all'aggiudicazione. Inoltre, l'inoppugnabilità degli atti di ammissione ed esclusione non fa venire meno l'eventuale esercizio del potere di autotutela da parte della stessa amministrazione, che può essere compulsato anche da una raccomandazione dell'ANAC. Ancora la tempistica della procedura di gara può essere particolarmente celere, tanto da impedire che il giudizio sull'ammissione o esclusione possa concludersi prima dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione. Infine, non va dimenticato che l'art. 80, D.Lgs. 50/2016, prevede che la comprova dei requisiti possa essere fornita dai concorrenti attraverso la presentazione del documenti di gara unico europeo e che la prova dell'effettivo possesso degli stessi con la produzione delle certificazioni venga data dall'offerente che ha vinto la gara e dal secondo classificato dopo l'aggiudicazione. Tanto premesso, non risulta del tutto chiaro l'ambito oggettivo del rito in questione. Il comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a., infatti, recita testualmente che: "Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato... ". Se si opera una interpretazione letterale e restrittiva del testo, deve escludersi che ogni qual volta l'oggetto del

giudizio riguardi l'impugnazione di un provvedimento di ammissione e di esclusione inerente alla valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali debba seguirsi il rito speciale in esame. Pertanto, qualora l'ammissione o l'esclusione non intervenga all'esito della fase di valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, ma, ad esempio, nell'esercizio del potere di autotutela lo stesso non dovrebbe applicarsi. La tesi preferibile è quella di segno opposto dal momento che il legislatore sottolinea che il procedimento speciale deve riguardare l'esercizio del potere di valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali e non pone l'accento sul momento procedimentale. Pertanto, anche gli atti adottati in sede di autotutela dovranno seguire il rito in questione, in ragione di una *ratio* acceleratoria, che non appare mutare. Dubbia anche la circostanza se il rito in questione possa avere ad oggetto l'esclusione dalla gara a seguito di mancata prova di quanto dichiarato nel documento unico di gara europeo, che, come detto, può seguire e non precedere l'aggiudicazione. Ovviamente sono escluse dall'ambito oggettivo di applicazione del rito in esame le ammissioni od esclusioni fondate sul contenuto delle offerte tecniche ed economiche ovvero sulle possibili anomalie delle offerte. Occorre chiedersi, a tal proposito, quanto il nuovo rito potrà semplificare il contenzioso in materia. La questione va risolta non soltanto in ragione delle nuove regole processuali, quanto della nuova previsione che consente di dimostrare il possesso dei requisiti grazie al documento di gara unico europeo (D.G.U.E.). Se, come è prevedibile, i concorrenti per la dimostrazione del possesso dei requisiti avvarranno del detto strumento, integrato dalle eventuali ulteriori dichiarazioni consentite dal cd. soccorso istruttorio, il contenzioso in materia di ammissioni ed esclusioni sarà limitato, almeno in prima battuta, ai soli errori dichiarativi commessi dai candidati che residuino, pur all'esito

dell'eventuale soccorso istruttorio. Ipotesi che può prevedersi siano limitate. Mentre il contenzioso sull'effettivo possesso dei requisiti avrà ad oggetto soltanto la posizione dell'aggiudicatario e del secondo classificato, chiamati a dimostrare la titolarità dei requisiti indicati nel D.G.U.E. Da qui l'importanza della questione relativa all'applicabilità anche alle dette esclusioni del rito speciale previsto dal comma 2 bis dell'art. 120.

10.2. Il contenzioso avverso esclusioni ed ammissioni. I ricorsi cumulativi

Com'è noto, già da tempo, la giurisprudenza affermava l'onere di impugnare immediatamente i provvedimenti di esclusione in ragione della loro lesività, derivata dalla cessazione immediata del procedimento di gara per il soggetto destinatario, privato sin dalla sua adozione della possibilità di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto. In alcune ipotesi la giurisprudenza prevedeva l'onere di impugnare anche l'altrui esclusione, quando la stessa, ad esempio, finiva per incidere sulla determinazione della media delle offerte. La previsione, invece, dell'obbligo di impugnare l'altrui ammissione viene introdotta per la prima volta dalla novella del 2016 e fa sorgere alcuni dubbi in ordine alla sua opportunità. Innanzitutto, si tratta di un onere di non poco momento per i partecipanti alla gara, specie quando si è in presenza di procedura caratterizzate dalla presenza di numerosi operatori economici. Senza dire che il pagamento del contributo unificato rischia di ridurre di fatto la possibilità di accesso alla tutela giurisdizionale, specie se si pensa alla possibilità che il ricorrente debba poi impugnare anche il successivo provvedimento di aggiudicazione. Potenzialmente, è

un fattore di moltiplicazione del contenzioso, dal momento che a pena di non poter più far valere i vizi dell'ammissione altrui, i concorrenti saranno obbligati ad impugnare l'ammissione anche dei soggetti che non solo non saranno destinatari del provvedimento di aggiudicazione, ma che si collocheranno in graduatoria in una posizione peggiore rispetto a quella del ricorrente. Senza dire della possibilità che l'eventuale esclusione ottenuta dal ricorrente grazie all'impugnazione dell'ammissione altrui si ritorca contro il primo quando senza la detta vittoria giurisdizionale grazie alla diversa media delle offerte sarebbe stata propria l'offerta del ricorrente a risultare vittoriosa. Dal punto di vista teorico è dubbio che chi ricorre contro l'altrui ammissione sia titolare di un interesse immediato, dal momento che l'eventuale accoglimento della domanda di annullamento non gli assegnerà l'aggiudicazione del contratto. Inoltre, se non dovesse risultare aggiudicatario il ricorrente avrebbe di fatto contribuito alla vittoria di altro concorrente, magari rimasto inerte avverso l'ammissione del concorrente escluso in sede giurisdizionale. Dal punto di vista teorico, per giustificare la presenza di un interesse a ricorrere sul piano processuale, correlato ad un interesse legittimo su quello sostanziale, che vada al di là dell'interesse alla mera legittimità dell'azione amministrativa, si dovrebbe riconoscere la presenza di un'utilità immediata individuabile nel competere con un minor numero di concorrenti. Teorica quest'ultima, però, che allarga forse oltre misura la nozione di interesse legittimo, poiché individua un bene della vita intermedio rispetto a quello oggetto del procedimento di gara, ossia l'aggiudicazione, che rispetto al primo si presenta come del tutto eventuale ed ipotetico. Da qui la difficoltà di giustificare la nascita del contenzioso in questione, che come detto sopra, potrebbe risolversi nell'utilità immediata del concorrente aggiudicatario, rimasto estraneo al giudizio. Ulteriore problematicità è quella del rapporto tra i vari riti speciali, che varia ovviamente a seconda dell'ambito oggettivo che

si riconosca agli stessi. Di certo un problema di cumulo di domande può porsi, ad esempio, nel caso in cui il giudizio sull'esclusione non si concluda prima dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione. La possibilità di impugnare con motivi aggiunti il provvedimento di aggiudicazione nel giudizio intrapreso avverso il provvedimento di esclusione non è negata da alcuna norma processuale e deve, quindi, ritenersi pienamente praticabile. Il problema, così, come in ogni altro caso in cui azioni soggette a riti speciali diversi vengano ad intrecciarsi, è quella dell'individuazione di quale rito speciale seguire. In materia non vale, com'è noto, la regola della prevalenza del rito ordinario. Una soluzione possibile può essere quella di preferire il rito in tema di aggiudicazione, poiché sono venute meno le esigenze di celerità che impongono la superaccelerazione del rito previsto per l'impugnazione di ammissioni ed esclusioni. Si applicherebbe così la regola secondo la quale in caso di convergenza di controversie assoggettate ad un rito speciale ordinario ed a un rito specialissimo, sarebbe il primo a prevalere.

11. I metodi alternativi di risoluzione delle controversie

Gli artt. da 205 a 210 si soffermano sui metodi alternativi di risoluzione delle controversie quali strumenti di deflazione del contenzioso. Ricordiamo che l'ordinamento comunitario, sin dagli anni Novanta, guardava con favore all'introduzione di tali strumenti deflattivi del contenzioso⁹⁷.

In particolare l'art. 205 si sofferma sull'accordo bonario per i lavori riconoscendo la possibilità di utilizzare siffatto strumento anche con

⁹⁷Le ADR sono infatti espressamente menzionate nel Libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia, del 1993, nella direttiva 97/5/CE, sui bonifici transfrontalieri, nella direttiva 97/7/CE, sulla tutela dei consumatori nei contratti a distanza, nonché oggetto di atti non vincolanti, quali la Comunicazione della Commissione sulla risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, del 1998 e la Raccomandazione della Commissione 98/257/CE, riguardante i principi applicabili agli organismi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, dello stesso anno.

riferimento ai lavori pubblici relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi esclusi dal previgente D.Lgs. 163/2006. Ai fini del ricorso all'accordo bonario, la variazione dell'importo dell'opera potrà essere tra il 5% e il 15%⁹⁸; restano esclusi, come in passato, i anche contratti di rilevanza comunitaria. Si cerca anche di semplificare la procedura: ed infatti il RUP non dovrà fare ricorso alla Commissione prevista dall'art. 240, comma 5, del D.Lgs. 163/2006 per la formulazione della proposta d'accordo. Potrà, eventualmente, scegliere un esperto da una lista di 5 nominativi aventi competenza specifica in relazione all'oggetto del contratto; la lista con relativi nominativi viene fornita dalla Camera arbitrale su richiesta del RUP stesso. In mancanza di suddetta richiesta, la proposta del relativo accordo bonario viene fornita dal responsabile del procedimento. L'intera procedura dovrà concludersi entro 90 giorni⁹⁹. L'art. 206, invece, rubricato Accordo bonario per i servizi e le forniture estende l'applicabilità delle disposizioni di cui all'art. 205 anche ai contratti di fornitura di beni di natura continuativa o periodica, e di servizi, quando insorgano controversie in fase esecutiva degli stessi, circa l'esatta esecuzione delle prestazioni dovute. L'art. 207 istituisce, poi, un nuovo rimedio alternativo alla tutela giurisdizionale attraverso la previsione di un collegio consultivo tecnico presso il Tar da costituire con l'accordo delle parti, prima dell'avvio dell'esecuzione del contratto o, comunque, non oltre 90 giorni da tale data. Il Collegio è composto da 3 membri scelti di comune accordo tra le parti. La sua funzione è quella di prevenire controversie o, viceversa, una volta insorte tentare una loro rapida definizione attraverso la formulazione di una proposta di accordo. La proposta non è vincolante ma, qualora accettata dalle parti, avrà la natura di

⁹⁸Il vecchio Codice dei contratti pubblici, invece, come variazione dell'importo dell'opera prevedeva un minimo del 10%.

⁹⁹Ricordiamo che la vecchia disciplina non prevedeva alcun termine di conclusione del procedimento.

una vera e propria transazione. I successivi artt. 208 e 209 si occupano, invece, di transazione e arbitrato. Con precipuo riferimento alla transazione la norma prevede che le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, possono essere risolte mediante transazione nel rispetto del codice civile, solo ed esclusivamente nell'ipotesi in cui non risulti possibile esperire altri rimedi alternativi¹⁰⁰. Quanto, invece, alle novità sull'arbitrato, rispetto alla previgente disciplina, si ricorda che per poter deferire ad arbitri le controversie su diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione del contratto non è più necessaria la previa autorizzazione motivata dell'organo di governo dell'amministrazione. Inoltre, si può utilizzare siffatto strumento alternativo anche per le controversie relative a concessioni e appalti pubblici in cui sia parte una società a partecipazione pubblica o una società controllata nonché in tutte le ipotesi in cui la controversia abbia ad oggetto opere finanziate con risorse pubbliche. Il collegio arbitrale sarà nominato dalla Camera arbitrale istituita presso l'ANAC¹⁰¹ che provvede anche a designare il Presidente, scegliendolo da un elenco tenuto presso la stessa Camera. Nelle controversie per cui entrambe le parti sono una pubblica amministrazione, l'arbitro deve essere scelto tra dirigenti pubblici; in quelle, invece, tra una pubblica amministrazione e un privato, l'arbitro individuato dalla pubblica amministrazione è scelto preferibilmente tra dirigenti pubblici. Sono ampliate le categorie di soggetti che non possono essere nominate arbitri, aggiungendo i magistrati, anche a riposo, gli Avvocati dello Stato, anche a riposo, e i componenti delle commissioni tributarie, o coloro che nell'ultimo

¹⁰⁰Il vecchio art. 239 del D.Lgs 163/2006, invece, non prevedeva espressamente tale residualità. Per gli appalti di lavori pubblici viene, poi, raddoppiato il limite (da 100.000 a 200.000 euro) dell'importo concesso o rinunziato in sede di transazione, oltre il quale va richiesto il parere dell'Avvocatura dello Stato.

¹⁰¹L'art. 210 disciplina la Camera Arbitrale, prima prevista nell'art. 242 del D.Lgs. 163/2006. La Camera Arbitrale viene istituita presso l'ANAC, la quale dovrà rendere disponibili sul proprio sito tutte le informazioni relative agli arbitrati in corso e definitivi, con l'indicazione dei nominativi e dei compensi tanto di arbitri quanto di periti.

triennio sono già stati nominati arbitri o abbiano partecipato ad altro titolo ad arbitrati, nonché coloro che a qualsiasi titolo abbiano partecipato alla procedura per la quale è in corso l'arbitrato¹⁰².

12. I poteri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Gli articoli da 211 a 213 definiscono e delimitano ruoli e poteri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione. In particolare l'art. 211 si occupa dei cd. pareri di precontenzioso, prevedendo la possibilità che l'ANAC si pronunci in sede consultiva su questioni che possano insorgere nello svolgimento delle procedure di gara. L'Autorità si attiva sempre su richiesta di parte ed esprime parere entro 30 giorni dalla richiesta; nel caso di accordo tra le parti, i suoi pareri vincolano le parti a quanto ivi stabilito. Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo. In caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'articolo 26 del codice del processo amministrativo. Qualora l'ANAC accerti che la procedura è viziata, invita la stazione appaltante ad agire in autotutela entro 60 giorni, rimuovendo gli atti ritenuti illegittimi. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250 e il limite massimo di euro 25.000, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di

¹⁰²L'art.209 ha modo, poi, di precisare che si applicano le disposizioni del Codice di procedura civile e che i termini assegnati dagli arbitri sono da intendersi come perentori.

cui all'articolo 36 del presente codice. La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo. La riferita norma assoggetta al rito speciale di cui all'art. 120 c.p.a. entrambi i due tipi di controversie, concernenti l'impugnazione dei pareri di precontenzioso e delle raccomandazioni vincolanti dell'ANAC. Sembrerebbe a tal fine che il rito applicabile sia quello dell'art. 120 "ordinario" non, invece, quello specialissimo previsto dall'art. 204 del nuovo Codice in tema di ammissioni ed esclusioni. Altri interrogativi sulla disciplina dell'art. 211 riguardano la possibilità di contestare (e con quale rito) l'eventuale determinazione con cui l'ANAC, avviato il procedimento di verifica della legittimità degli atti, ritenga insussistente il vizio denunciato. In tale eventualità si dovrebbe ammettere la possibilità di impugnazione da parte del soggetto interessato. Ma non è chiaro se trovi applicazione il rito di cui all'art. 120 c.p.a., o, piuttosto, il rito di cui all'art. 119 c.p.a. Altra ipotesi da considerare è quella in cui, a fronte della sollecitazione svolta da un soggetto terzo, l'ANAC rimanga totalmente inerte, o, comunque, non concluda il procedimento nel termine eventualmente prescritto. Ci si dovrebbe chiedere se possa ipotizzarsi un'inerzia censurabile con lo specifico procedimento in materia di silenzio. Sotto il profilo sostanziale, sussistono numerosi dubbi in ordine ai presupposti della determinazione adottata dall'ANAC: al riguardo riemergono molte delle questioni già poste in riferimento al ricorso proposto dall'Antitrust. Non è chiaro, infatti, che tipo di autotutela debba esercitare l'amministrazione, in rapporto agli artt. 21-septies, 21-octies e 21-nonies della L. n. 241 del 1990. La versione finale del codice ha soppresso questo riferimento: ne deriva, quindi, che dovremmo essere in presenza di una forma di autotutela "doverosa", non riconducibile, in toto, alla disciplina generale della L. n. 241 del 1990. In questa prospettiva, quindi, la determinazione

dell'amministrazione dovrebbe configurarsi come meramente riproduttiva del parere dell'ANAC e impugnabile essenzialmente per vizi d'illegittimità derivata. Anche in questa ipotesi si tratta di chiarire se debba trovare applicazione, o meno, il rito speciale di cui all'art. 120 c.p.a. L'art. 213, poi, individua l'ANAC come unica Autorità competente per la vigilanza e il controllo sugli appalti pubblici. In realtà la sua azione, oltre che rivestire una finalità di controllo e regolazione, dovrebbe anche fungere come prevenzione e contrasto dell'illegalità e della corruzione. La riforma affida all'ANAC poteri che superano di gran lunga quelli attribuiti ad altre Autorità indipendenti. Nell'ANAC sono, già dal 2014, confluiti i compiti di due diverse Autorità, quella anticorruzione e quella per la vigilanza sui contratti pubblici. Si tratta di una via italiana alla lotta alla corruzione, che si annida massimamente nel settore degli appalti pubblici. Attraverso una lenta transizione, l'originaria *mission* di sola vigilanza, si è definitivamente arricchita con i compiti di regolazione.

L'ANAC, oggi, è senz'altro autorità che regola (con le linee guida e tutti gli altri strumenti ad essa assegnati, quali bandi tipo, raccomandazioni, pareri, poteri cautelari, e quant'altro), e vigila, con pregnanti poteri ispettivi, istruttori, sanzionatori. L'ANAC fa anche molto altro, perché ha anche compiti propriamente gestionali di amministrazione attiva (tali sono quelli di tenuta di albi, quale quello delle SOA, dei commissari di gara, degli arbitri, e il compito della gestione del sistema di qualificazione) e ha compiti che sono paragiurisdizionali (parere vincolante sul contenzioso relativo alle gare). Anche la vocazione "regolatoria" che è tipica delle Autorità indipendenti, nel caso dell'ANAC viene declinata in modo peculiare. Perché gli atti di regolazione, in alcune materie, per la generalità e astrattezza dei contenuti, assurgono a veri e propri regolamenti in senso sostanziale, anche se non ne hanno il nome. E del resto, l'ANAC partecipa alla funzione regolamentare

del Ministro delle Infrastrutture, con un potere di proposta (che è un tipico atto predeterminativo del contenuto dell'atto finale). L'ANAC ha anche una funzione consultiva, in quanto è previsto che venga sentita in molti procedimenti previsti dal Codice. A sua volta l'ANAC si vale, per alcune linee guida, della consulenza qualificata delle commissioni parlamentari. L'ANAC ha, non meno importante, una funzione informativa, atteso che le compete gestire la banca dati dei contratti pubblici e il sistema di pubblicità informatica dei bandi e degli atti di gara. Si ha dunque un'Autorità a vocazione indipendente, ma interconnessa con Governo e Ministri (a cui fa proposte) e Parlamento (da cui riceve parere), e che cumula funzioni ordinariamente attribuite a distinti poteri pubblici: normative/regolatorie, di amministrazione attiva, consultive, di vigilanza/controllo, paragiurisdizionali. Il sistema complessivo ha peraltro previsto un sistema di pesi e contrappesi volto a riequilibrare, nei rapporti esterni, l'accentramento di tante competenze. Gli strumenti di bilanciamento sono costituiti:

- dalla prevista impugnabilità di tutti gli atti dell'ANAC davanti agli organi della giustizia amministrativa;
- dalla prevista istituzione della Cabina di regia presso la P.C.M., con compiti di monitoraggio, impulso e coordinamento;
- dalla cogestione di alcune tipologie di linee guida attraverso il potere di proposta dell'ANAC e di decisione finale del Ministro delle infrastrutture;
- da ultimo, ma non convince, mediante lo strumento del parere delle commissioni parlamentari su alcuni ambiti di linee guida dell'ANAC. Tale assetto deriva direttamente dalla legge delega, che attribuisce compiti all'ANAC in dodici punti di delega (lett. q.2}, q.5), s), t), u), bb), ee), hh), uu), vv.), eee) iii), di cui 11 specifici e uno, il punto t), generale, a sua volta tradotto nell'art. 213 del codice. La lett. t) della delega prevede: "attribuzione

all'ANAC di più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa". E in tale previsione ci sono le funzioni di regolazione, di vigilanza/controllo, di precontenzioso, declinati rispettivamente nell'art. 213, c. 2, e 211. Gli altri punti di delega attribuiscono all'ANAC i compiti che emergono dall'intero impianto del codice e che l'art. 213 cerca di sintetizzare, senza tuttavia essere esaustivo. In estrema sintesi, la vigilanza afferisce, oltre al sistema degli appalti nel suo complesso, ai settori più delicati quali il sotto soglia, i contratti esclusi, i contratti segretati, e al sistema di qualificazione (art. 213, c. 3, lett. a), b), f), g). Per gli appalti più delicati la vigilanza assume i connotati della "vigilanza collaborativa" tramite protocolli di intesa con le stazioni appaltanti al fine di supportarle nella predisposizione degli atti e nella gestione dell'intera procedura di gara (art. 213, c. 1, lett. h). Compiti di vigilanza più specifici sono indicati in puntuali disposizioni del codice (p. es. sul rispetto da parte dei concessionari degli obblighi di esternalizzazione, art.177, c. 3). Compiti di amministrazione attiva sono:

- la qualificazione degli operatori economici (art. 83ss.);
- la gestione del sistema SOA (art. 83 ss.);
- la qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza (art. 213, c. 4);

- la tenuta dell'elenco dei soggetti aggregatori (art. 213, c. 16);
- la tenuta dell'elenco delle stazioni appaltanti che fanno affidamenti *in house* (art. 213 c. 15);
- la tenuta dell'albo dei commissari d gara (art. 77 e 213 c. 15);
- la tenuta della banca dati dei contratti pubblici (art. 213, c. 8 e 9);
- la tenuta del casellario informatico dei contratti pubblici (art. 213, c. 10);
- la tenuta dell'albo della camera arbitrale (art. 213, c. 11).

Vi sono poi i compiti di segnalazione, a Governo e Parlamento, di proposta al Governo, di relazione annuale al Governo e al Parlamento (artt. 213, c. 3, lett. e), d, e). I poteri strumentali a tali compiti sono:

- quello ispettivo, anche avvalendosi di altri organi dello Stato, e segnatamente della Guardia di Finanza (art. 213, c. 5);
- quello di segnalazione agli organi di controllo e di denuncia all'Autorità giudiziaria penale (art.213, c. 6);
- quello di collaborazione con l'AGCM per l'attribuzione del rating di legalità alle imprese (art.213, c. 7);
- quello sanzionatorio (art. 213, c. 13). Quanto al finanziamento dell'ANAC, viene confermato il previgente sistema, delineato dall'art. 1, c. 67, L. n. 266/2005 (finanziamento sul mercato, mediante contributo da parte dei soggetti sottoposti alla vigilanza).

12.1. Il parere di precontenzioso dell'ANAC: profili problematici

Il parere di precontenzioso dell'ANAC nelle intenzioni del legislatore dovrebbe sostituire quello strumento, rivelatosi poco utile, che era il preavviso di ricorso prima disciplinato dall'art. 243-bis, D.Lgs .163/2006. Istituto di scarsa efficacia in ragione del fatto che la stazione appaltante non aveva alcun

obbligo di riscontrare il detto preavviso e che in caso di riesame negativo non sorgeva alcun onere di ricorso in capo all'istante. Il nuovo istituto del parere precontenzioso è facoltativo, da ciò discende che non è condizione di procedibilità per l'accesso alla tutela giurisdizionale, e che il suo utilizzo dipenderà in concreto dalla rapidità con la quale verrà reso, specie in ragione dei termini particolarmente stringenti previsti per il ricorso giurisdizionale, che non sono sospesi nelle more della decisione dell'ANAC. Il detto parere ha vincolatività variabile, poiché impegna solo quelle parti che preventivamente manifestano una simile volontà. Una particolarità è rappresentata dal fatto che nel caso di richiesta da parte di un concorrente la stazione appaltante, se non presta espressa adesione, non sarà vincolata al parere ANAC. La lettera della norma desta qualche perplessità, dal momento che se appare logico che il concorrente possa non essere vincolato dal detto parere, più difficile è immaginare che possa non esserlo l'amministrazione che ha adottato gli atti oggetto del parere stesso. Del resto l'eventuale correzione degli atti di gara non potrebbe che avvenire su iniziativa della stessa stazione appaltante, la quale sarebbe in ogni caso vincolata se si ritenesse che il detto parere per la stazione appaltante abbia valenza di raccomandazione ai sensi del comma 2 dell'art. 211. Quanto all'ambito oggettivo, il parere può essere richiesto in ogni momento della procedura di gara, con esclusione della sola fase di esecuzione, nelle more della decisione quest'ultima non è sospesa automaticamente. Nel caso in cui sia stata la stazione appaltante a chiedere il parere risulta ragionevole che quest'ultima lo attende prima di far progredire l'iter procedimentale. In relazione alla tempistica, il termine entro il quale l'ANAC rende il parere è di trenta giorni, termine identico a quello previsto per la proposizione del ricorso giurisdizionale. Da qui l'importanza di rendere il parere prima della scadenza del detto termine, nel caso in cui lo stesso venga richiesto in

corrispondenza con l'adozione dell'atto di ammissione, di esclusione o di aggiudicazione. Nel caso in cui il parere non intervenga entro il termine di trenta giorni, la norma non indica alcuna regola particolare, conseguentemente occorre fare applicazione della disciplina in generale. Pertanto, deve distinguersi, poiché se il parere è richiesto dall'amministrazione, lo stesso deve ritenersi abbia natura eminentemente consultiva. In questo caso potrà trovare applicazione l'art. 16, L.241/90, quindi, l'amministrazione richiedente potrà procedere indipendentemente dall'espressione del parere. Nel caso, invece, in cui il parere venga richiesto da un concorrente non può ritenersi che operi il citato art. 16, anche per la differente natura precontenziosa che sembra caratterizzare il parere ANAC. Ciò nonostante pare dubbio che l'ANAC abbia il dovere di provvedere. Se si opta per quest'ultima possibilità dovrà ritenersi che alla stregua di quanto accade per il ricorso gerarchico, il mero decorso del termine equivalga ad un rifiuto di provvedere in senso conforme all'istanza. In senso contrario potrebbe ritenersi che l'ANAC abbia l'obbligo di provvedere e che valga dunque il precetto generale di cui all'art. 2, I. 241/90, con la conseguenza che potrà utilizzarsi il rimedio giurisdizionale di cui all'art.116 c.p.a. In ogni caso l'adozione tardiva del parere non ne fa venire meno l'efficacia vincolante per le parti che si sono impegnate ad osservarlo e per la stazione appaltante. Il parere può essere impugnato dinanzi al g.a. da chi si è impegnato ad osservarlo come da chi non abbia prestato un simile consenso. Nel caso in cui la stazione appaltante non intenda adeguarsi al parere dovrà proporre ricorso giurisdizionale, invocando la tutela cautelare per ottenere la sospensione dell'efficacia del detto parere. Nel caso in cui la tutela cautelare non venga richiesta o venga respinta è dubbio se l'ANAC possa eseguire il parere sostituendosi alla stazione appaltante, utilizzando la previsione di cui all'art 21-ter, I.

241/90. Il dettato di cui al comma 2 dell'art. 211, infatti, per la raccomandazione vincolante prevede delle sanzioni diverse dall'esecuzione in forma specifica, sicché deve ritenersi che l'esecuzione del parere al quale la stazione appaltante non voglia conformarsi debba passare dal ricorso giurisdizionale promosso dal concorrente svantaggiato dalla mancata osservanza del detto parere attraverso impugnazione dell'atto difforme dal parere o dietro istanza volta a stimolare il silenzio inadempiuto o con richiesta di ottemperanza nel caso in cui permanga la volontà dell'amministrazione di non conformarsi anche all'esito del giudizio avverso il parere ANAC in cui sia rimasta soccombente. Nel caso in cui il concorrente dissente dal parere che è per lui vincolante, si aprono due distinti scenari: a) se il parere è reso in relazione all'atto di ammissione, esclusione o all'aggiudicazione, il concorrente dovrà impugnare entrambi gli atti; b) se il parere è reso nei confronti di un atto endoprocedimentale, il concorrente dovrà impugnare solo il parere, poiché il parere anche se condizionerà solo in futuro uno degli atti ritenuti lesivi dal legislatore, risulta per il concorrente immediatamente vincolante. Nel caso in cui il concorrente dissente dal parere che non è per lui vincolante, non sembra sorgere un onere di immediata impugnazione, dal momento che il detto parere non è vincolante per il concorrente e la stazione appaltante potrebbe decidere di non uniformarsi al parere, quindi, la lesione per il concorrente sarebbe del tutto teorica. Quanto al rito da seguire, in caso di impugnazione del solo parere dovrà seguirsi il rito speciale ordinario, nel caso in cui si impugni congiuntamente il parere ed il correlato atto di ammissione o di esclusione, deve ritenersi che operi il rito specialissimo di cui al comma 2 bis dell'art. 120, per non vanificare la specifica *ratio* acceleratoria. Nel caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante il giudice valuta il comportamento della parte ai sensi

dell'art. 26 c.p.a. non solo con riferimento alla condanna alle spese, ma anche in relazione alla condanna per lite temeraria.

12.2. L'atto di raccomandazione dell'ANAC: profili problematici

L'atto di raccomandazione, a differenza del parere, non ha finalità deflattiva del contenzioso, ma è espressione del potere di vigilanza assegnato in materia all'ANAC.

La raccomandazione è il frutto di un'iniziativa anche ufficiosa dell'ANAC, attraverso la quale si intendono correggere eventuali illegittimità poste in essere dalle stazioni appaltanti. Il potere dell'ANAC è discrezionale sia nell'anche nel quando, non potendo ritenersi che la denuncia da parte di un terzo della presenza di un vizio di legittimità imponga all'ANAC di provvedere. L'invito alla stazione appaltante è in realtà l'imposizione di un obbligo al quale l'amministrazione non può sottrarsi a pena di subire le sanzioni indicate dal comma 2 dell'art.211. Particolarmente complessa risulta la riconduzione a sistema della detta raccomandazione vincolante, già in ragione del fatto che l'istituto in questione ha un carattere definitorio ossimorico. Se si pone mente, infatti, alla disciplina contenuta nell'art. 21-nonies, I. 241/90, si può notare come l'utilizzo del potere di annullamento in autotutela è subordinato alla presenza di alcuni requisiti particolari, quali a) il decorso di un termine non superiore a diciotto mesi dall'adozione dell'atto illegittimo; b) la presenza di un interesse pubblico diverso dal mero ripristino della legalità; e) la ponderazione degli interessi secondari intercettati dall'esercizio del potere di autotutela; d) la sussistenza di un vizio di legittimità con esclusione dei casi di cui all'articolo 21-octies, comma 2, I.

241/90. Si pone, quindi, il problema del coordinamento tra la disciplina generale e quella di cui all'art. 211, D.Lgs. 50/2016, che resta silente sul punto. Un'auspicabile soluzione è quella che conduce al coordinamento tra le due discipline, e che porta a ritenere che i limiti fissati nell'art. 211, I. 241/90, vengano estesi anche all'atto di raccomandazione vincolante. Trattandosi di raccomandazione vincolante, l'eventuale atto adottato in conformità che si riveli illegittimo per aver mutuato le considerazioni espresse nell'atto di raccomandazione farà sorgere una responsabilità in capo all'ANAC più che in capo alla stazione appaltante. Il carattere vincolante della raccomandazione comporta il sorgere dell'onere di impugnativa dal momento della conoscenza della raccomandazione, in ragione della sua immediata lesività. L'impugnazione dovrà poi essere estesa all'atto dell'amministrazione che recepisce il contenuto della raccomandazione. In ragione della responsabilità che deriva in capo al dirigente dalla mancata adozione di un atto conforme alla raccomandazione discende l'obbligo per quest'ultimo di impugnare immediatamente l'atto di raccomandazione, al quale ritenga di non doversi adeguare, senza attendere la successiva sanzione, che è atto automatico e conseguente alla mancata esecuzione della raccomandazione.

13. Altre regole processuali

Il nuovo comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a. introduce la regola secondo la quale è inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività. Si tratta di una previsione che recepisce un consolidato principio giurisprudenziale secondo il quale gli atti endoprocedimentali non immediatamente lesivi

non devono essere impugnati. Quanto alla proposta di aggiudicazione, prima aggiudicazione provvisoria, la giurisprudenza amministrativa aveva chiarito che l'impugnazione della stessa era facoltativa, salvo l'onere di proporre motivi aggiunti contro quella definitiva. L'unico cambiamento di fatti introdotto dalla novella è quello di impedire una simile possibilità, dovendosi comunque attendere l'aggiudicazione prima di adire il g.a. La modifica del comma 9 dell'art 120 c.p.a. ha prodotto l'effetto di chiarire che le parti possono chiedere l'anticipata pubblicazione del dispositivo, che avviene entro due giorni dall'udienza e non dalla richiesta di una delle parti. Quanto all'appello, nonostante i rilievi contenuti nel parere del Consiglio di Stato, resta fermo il termine lungo di tre mesi per impugnare la sentenza nel caso di mancata notifica della stessa, con la sola eccezione del rito specialissimo di cui al comma 6-bis dell'art. 120 c.p.a., che prevede l'appello debba sempre essere proposto nel termine breve di trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della sentenza e non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione. Nel caso in cui il concorrente partecipi infruttuosamente ad una gara con più lotti, può proporre ricorso cumulativo solo se vengono dedotti motivi di ricorso identici contro lo stesso atto. La previsione che cerca di limitare l'eventuale elusione dell'obbligo di corrispondere il contributo unificato, stante la stringente previsione dei limiti in cui può utilizzarsi il ricorso cumulativo può però tradursi in un sacrificio del diritto di difesa per le piccole e medie imprese.

14. Il parere del Consiglio di Stato e le soluzioni adottate nel testo definitivo del D.Lgs. n.50/2016

Il Codice degli Appalti Pubblici e delle Concessioni si appresta a riaprire una "stagione di codici", necessari in funzione di semplificazione e chiarezza del quadro regolatorio. Il Consiglio di Stato ha ricevuto lo schema di codice il 7 marzo 2016 e ha reso il suo parere in venticinque giorni, nei quali è stata Istituita una Commissione speciale di diciannove Magistrati, che ha ripartito i suoi lavori in cinque sottocommissioni, ciascuna coordinata da un Presidente di sezione. La Commissione speciale si è riunita in sede plenaria nell'adunanza del 21 marzo; il parere è stato successivamente redatto e infine pubblicato il 1° aprile.

L'apporto consultivo del Consiglio di Stato si è mosso lungo tre direzioni:

- esame di questioni di carattere generale;
- esame dei singoli articoli con formulazione di osservazioni puntuali e di agevole recepimento;
- esame dei singoli articoli con formulazione di osservazioni che richiedono maggior tempo e dovranno essere affidate ai decreti correttivi.

Dopo il varo del codice, il Consiglio di Stato può dare il proprio apporto consultivo per l'elaborazione dei decreti correttivi e degli atti attuativi o, più semplicemente, può rispondere a specifici quesiti sulla nuova disciplina.

Dal punto di vista processuale giova ricordare che il Consiglio di Stato aveva richiesto che:

- il precontenzioso fosse disciplinato con modalità chiare, per evitare che si generasse un "contenzioso sul precontenzioso" (art. 211);

- che la decisione dell'ANAC resa in sede precontenziosa sull'accordo delle parti, che vincola le parti, fosse impugnabile entro un termine breve, e con la previsione per il giudice di poter valutare la condotta della parte soccombente ai fini della lite temeraria (art. 211);
- fosse rimodulato il potere dell'ANAC di sollecito dell'autotutela delle stazioni appaltanti, trasformandolo da potere sanzionatorio a potere impugnatorio secondo il modello AGCM (controllo collaborativo) (art. 211);
- che l'immediata impugnazione degli atti di ammissione e esclusione dalle gare fosse accompagnata da tempi certi di conoscenza e accesso agli atti; - fosse valutata una riduzione della misura del contributo unificato;
- non venisse soppressa la tutela cautelare nel rito superspeciale (artt. 204,29, 76).

Il Codice, infatti, appresta un corpo normativo cui è sottesa l'esigenza della riduzione dei contenziosi e della definizione veloce delle liti. Questo obiettivo è anzitutto affidato, in via preventiva, alle buone regole e alla buona amministrazione, nonché ai nuovi criteri reputazionali di selezione degli operatori, volti a creare una nuova cultura e responsabilità etica dei partecipanti alle gare. Quando tuttavia il contenzioso è inevitabile, occorre trovare un ragionevole punto di equilibrio tra la giusta esigenza di rapida definizione delle liti e il valore, costituzionale e sovranazionale, dell'effettività della difesa. La tutela giurisdizionale, proprio nel settore degli appalti pubblici, secondo i principi comunitari non può essere ostacolata, resa eccessivamente difficile, mutilata dalla tutela cautelare. Il sistema eurounitario si spinge ad apprestare una tutela cautelare *ex fege* ai concorrenti: il c.d. *standstill*. Le nuove disposizioni processuali impongono l'immediata impugnazione di ammissioni ed esclusioni, al condivisibile fine di deflazionare il successivo contenzioso sull'aggiudicazione, nella prassi complicato ed esasperato dai

ricorsi incidentali che rimettono in discussione la fase di ammissione. Tuttavia tale onere d'immediata impugnazione, che grava le parti con tempi stretti e ulteriori costi processuali, dovrà essere compensato da una tempestiva accessibilità degli atti di gara inerenti ammissioni ed esclusioni, e, in prospettiva, e fatte le pertinenti verifiche di compatibilità finanziaria, con una rimodulazione del contributo unificato. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea è già intervenuta sulla misura del contributo unificato per i pubblici appalti, come previsto dalla legge italiana, riconoscendone la legittimità comunitaria "a condizione" di una interpretazione caso per caso ispirata al criterio della proporzionalità (dovendo il giudice nazionale valutare che non è dovuta una duplicazione del contributo se i motivi proposti separatamente contro atti diversi sono identici o sostanzialmente tali o comunque non costituiscono un ampliamento considerevole della materia del contendere¹⁰³). Gli strumenti precontenziosi apprestati dal codice (parere vincolante dell'ANAC sull'accordo delle parti; raccomandazione dell'ANAC alle stazioni appaltanti a rimuovere atti in autotutela), se non ben definiti nei presupposti, procedimento, ed effetti, potrebbero sortire l'effetto di generare ulteriore contenzioso, con una eterogenesi dei fini che l'intervento legislativo si prefigge. A sua volta, il nuovo rito processuale che onera dell'impugnazione immediata delle ammissioni in gara, se depotenzia la tattica dei ricorsi incidentali strumentali, deve tuttavia coordinarsi con le regole sulla piena conoscibilità degli atti di gara. Dovrà anche valutarsi una riflessione sulla misura del contributo unificato, al fine di non rendere la tutela giudiziaria (articolata in struttura bifasica, con la doppia impugnazione degli atti di

¹⁰³C. Giust. UE 6.10. 2015 C-61.

ammissione/esclusione e della successiva aggiudicazione) troppo complessa e costosa.

CAPITOLO TERZO

Cenni comparatistici e ordinamento dell'Unione Europea in tema di appalti pubblici

1. Introduzione

Uno dei settori più vulnerabili alla corruzione in ambito europeo è senza dubbio quello degli appalti pubblici. Nella classifica di *Transparency International*¹⁰⁴ il suddetto settore è identificato come uno dei “nervi scoperti” in tutti gli Stati membri dell'Unione europea.

In tale ambito, per frenare la corruzione, è necessario che l'Unione europea garantisca trasparenza e legalità mediante controlli e responsabilità specifiche. Per questo motivo, una normativa comune efficace e la sua corretta applicazione sono indispensabili per il buon funzionamento del sistema degli appalti in ambito europeo.

Nell'Unione europea, il settore è regolamentato da un quadro legislativo costantemente riformato e adeguato alle esigenze del mercato economico. Nonostante ciò, spesso gli appalti pubblici subiscono infiltrazioni della criminalità organizzata e sono oggetto di pratiche corruttive.

¹⁰⁴*Transparency International* (TI) è un'organizzazione internazionale non governativa che si occupa della corruzione, non solo politica. TI è stata fondata nel maggio del 1993 a Berlino, dove attualmente si trova la sede centrale. Nel 1995 TI ha sviluppato l'*Indice di corruzione percepita - Corruption Perceptions Index* (CPI), una lista comparativa della corruzione percepita in tutto il mondo che viene aggiornata e pubblicata ogni anno.

In considerazione della difficoltà di individuare un sistema omogeneo ed efficace, appare tuttora impresa ardua fornire statistiche sui danni economici e finanziari causati dalla corruzione negli appalti pubblici. Per avere dati chiari, tuttavia, dovrebbe essere possibile individuare indicatori comuni all'interno dei singoli Stati membri anche allo scopo di sviluppare un sistema di prevenzione migliore.

Poiché le analisi nel settore sono particolarmente complesse, si possono fare solo previsioni approssimative sul numero di appalti connessi alla corruzione.

All'uopo sarebbe necessario partire da una visione complessiva del settore degli appalti pubblici nell'Unione europea e avere una definizione omogenea di corruzione in ambito europeo. Un altro aspetto degno di rilievo dovrebbe essere quello di analizzare il recepimento delle direttive europee sugli appalti pubblici e confrontarlo con i reati di corruzione dei Paesi membri dell'Unione europea, al fine di ottenere un sistema chiaro ed omogeneo.

La Commissione europea aveva annunciato, in una sua Relazione annuale sugli appalti in UE¹⁰⁵, che avrebbe raccolto dati e informazioni per utilizzare le migliori pratiche possibili negli Stati membri dell'UE, con lo scopo di garantire la massima armonizzazione delle procedure. L'applicazione omogenea delle norme giuridiche e il buon governo sono fondamentali per il buon funzionamento del sistema degli appalti.

Si stima che la corruzione in materia di appalti pubblici costituirebbe il 15% del PIL nei Paesi OCSE. Inoltre, la corruzione in questo settore è strettamente legata allo sviluppo economico del debito pubblico in Europa e comporta il rischio della perdita di fiducia dei cittadini europei non solo nei confronti dei loro governi nazionali ma anche verso le istituzioni europee.

¹⁰⁵ Commissione Europea, Relazione annuale sugli appalti in UE, 2012.

Al fine di porre rimedio a questa situazione, la Commissione europea aveva proposto nel 2011 alcune direttive riguardanti le politiche dell'UE in materia di appalti pubblici. L'obiettivo primario era quello di semplificare le procedure di aggiudicazione e potenziare i controlli già esistenti. La redazione delle proposte di direttive ha seguito il criterio dell'omogeneità sostanziale e, per quanto possibile, della disciplina, che invero riscontra molte disposizioni uguali o analoghe, non solo tra le due nuove direttive appalti dei settori ordinari e speciali, ma anche per quella delle concessioni. Pubblicate nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 28/3/2014, la direttiva 2014/23/UE¹⁰⁶ riguarda l'aggiudicazione dei contratti di concessione, la direttiva 2014/24/UE¹⁰⁷ gli appalti pubblici e la direttiva 2014/25/UE¹⁰⁸ le procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

La Commissione ha più volte sottolineato il fatto che la politica degli appalti pubblici deve assicurare l'uso più efficiente possibile dei fondi pubblici, in quanto la corruzione si palesa in forme diverse proprio in questo contesto. Secondo la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione¹⁰⁹, la stessa negli appalti pubblici può assumere le seguenti forme: 1) pratiche di corruzione, ovvero l'offerta di dare, ricevere, o sollecitare, direttamente o indirettamente, qualsiasi cosa di valore per influenzare l'azione di un pubblico ufficiale nel processo di selezione o esecuzione del contratto; 2) pratiche fraudolente, vale a dire una falsa dichiarazione od omissione di fatti, al fine di influenzare un processo di selezione o l'esecuzione di un contratto; 3) pratiche collusive, cioè un regime o un accordo tra due o più partecipanti con o senza la conoscenza del

¹⁰⁶Dir. 2014/23/UE.

¹⁰⁷Dir. 2014/24/UE.

¹⁰⁸Dir. 2014/25/UE.

¹⁰⁹La Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003 e aperta alla firma a Merida dal 9 all'11 dicembre dello stesso anno, è entrata in vigore a livello internazionale il 14 dicembre 2005. La Convenzione, che si articola in un Preambolo e 71 articoli suddivisi in VIII titoli, è stata ratificata in Italia con la legge del 3 agosto 2009, n. 116 ed esecuzione della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003.

soggetto appaltante, diretto a fissare i prezzi a livelli non competitivi;4) pratiche coercitive, consistenti nel danneggiare o minacciare di danneggiare, direttamente o indirettamente, persone o loro proprietà per influenzare la loro partecipazione ad una procedura di appalto, o influenzare l'esecuzione di un contratto.

Secondo l'OCSE, il conflitto di interessi, l'abuso e la manipolazione delle informazioni riservate, la discriminazione nel settore pubblico, il processo di approvvigionamento e l'abuso di risorse organizzative, sono forme complementari di violazione dei requisiti di correttezza e trasparenza del sistema degli appalti pubblici. La corruzione in questo settore comprende varie condotte corruttive: pagamenti per ottenere agevolazioni, conflitto di interessi, la manipolazione delle offerte, influenze illecite e tutto ciò può sussistere in tutte le fasi di una gara pubblica: a) fase procedimentale; b) fase negoziale; c) fase esecutiva.

La Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione rappresenta di certo, a livello mondiale, un punto da cui partire per creare un'efficace normativa del settore. Non a caso, quasi centocinquanta Stati l'hanno attualmente firmata e ratificata.

Anche la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione nelle transazioni internazionali¹¹⁰ fornisce un insieme di strumenti e misure per aumentare l'efficacia della lotta contro la corruzione negli appalti pubblici.

¹¹⁰La convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione nelle transazioni internazionali è stata redatta a Parigi nel 1997 ed è entrata in vigore il 15 dicembre del 1999. Tale documento è volto a fornire un quadro giuridico in materia di corruzione ed è vincolante per i quarantaquattro stati che vi hanno aderito. La finalità primaria è quella di reprimere la corruzione attiva dei pubblici ufficiali stranieri nel quadro delle transazioni di affari internazionali, poiché il fenomeno corruttivo in questo settore rappresenta un impedimento allo sviluppo sostenibile e all'affermazione della democrazia.

Gli Stati membri del G20, come risposta alla crisi economica globale, hanno adottato un efficace piano d'azione anticorruzione¹¹¹ per affrontare tematiche complesse quali: il riciclaggio di denaro sporco, la corruzione, la criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici.

Si è occupata di questo delicatissimo settore anche l'Organizzazione Mondiale del Commercio mediante l'adozione di un Accordo sugli appalti pubblici¹¹². Tale documento contiene diritti e obblighi che impongono agli Stati membri di migliorare la trasparenza nel settore pubblico e di ridurre al minimo i rischi della corruzione. Questo importante documento conta attualmente, tra gli aderenti ad esso, tutti i 27 membri dell'Unione europea.

La legislazione dell'UE prevede, inoltre, una specifica normativa finalizzata a prevenire le varie ipotesi di corruzione all'interno degli Stati membri.

Da un lato, i trattati dell'UE forniscono i principi generali applicabili all'ambito degli appalti pubblici: l'articolo 34 TFUE¹¹³ garantisce la libera circolazione delle merci all'interno dell'UE, l'articolo 49 TFUE¹¹⁴ garantisce il diritto di impresa in un altro Stato di membro, l'articolo 56 TFUE¹¹⁵ garantisce il diritto

¹¹¹ I leader del G20 hanno istituito Il Gruppo di lavoro Anticorruzione (ACWG) in occasione del Summit di Toronto del 2010, per analizzare l'impatto fortemente negativo della corruzione sulla crescita economica, sul commercio e sullo sviluppo. Dal 2010 i lavori del Gruppo sono stati dedicati al monitoraggio degli impegni presi da parte dei paesi G20 in merito alla ratifica e implementazione della Convenzione ONU contro la Corruzione, alla criminalizzazione e investigazione della corruzione in ambito internazionale (*foreign bribery*) ed alla cooperazione internazionale per tracciare i proventi della corruzione. A questo fine, l'ACWG continuerà a lavorare con l'OCSE e la Banca Mondiale per fornire indirizzi di *policy* ai paesi G20 nella definizione e attuazione delle misure contro la corruzione.

¹¹² L'accordo sugli appalti pubblici dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (AAP) è stato firmato a Marrakesh il 15 aprile 1994. L'AAP è uno degli accordi "multilaterali" inseriti nell'allegato 4 all'accordo che istituisce l'OMC, e pertanto non tutti i membri dell'OMC ne sono vincolati. L'UE e gli USA sono membri dell'AAP. I firmatari dell'accordo si impegnano a fornire un trattamento non discriminatorio e pari a quello nazionale alle merci, ai servizi e ai fornitori degli altri paesi firmatari, garantendo attraverso procedure dettagliate la reale possibilità di concorrere all'aggiudicazione di appalti pubblici. L'AAP fissa le norme che garantiscono condizioni eque e non discriminatorie per le gare d'appalto internazionali basate sulla concorrenza. I governi partecipanti devono istituire procedure locali in base alle quali gli offerenti privati che si ritengono lesi possono impugnare le decisioni relative agli appalti e ottenere riparazione nel caso tali decisioni siano giudicate contrarie alle norme che regolano l'accordo.

¹¹³ Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, art.34.

¹¹⁴ Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, art.49.

¹¹⁵ Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, art.56.

di fornire servizi in un altro Stato membro e, infine, l'articolo 18 TFUE¹¹⁶ vieta tutte le forme di discriminazione in base alla nazionalità.

Dall'altro lato, due direttive UE vennero dedicate alla materia degli appalti pubblici: la direttiva 2004/18/CE¹¹⁷ per il settore pubblico e la direttiva 2004/17/CE¹¹⁸ per i contratti di servizi. Successivamente, dopo dieci anni dalla loro emanazione, il 28 marzo 2014 l'Unione europea, al fine di semplificare e coordinare la normativa in materia di appalti pubblici, ha adottato tre nuove direttive che riformano il settore degli appalti e delle concessioni: la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei cd. "settori ordinari", la direttiva 2014/25/UE sugli appalti nei cd. "settori speciali", ovvero acqua, energia, trasporti, servizi postali e la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione

Queste direttive, sono state progettate per assicurare il principio della libera concorrenza negli appalti pubblici. Le direttive, inoltre, mirano a garantire l'accesso libero e non discriminatorio delle imprese di tutti i Paesi europei agli appalti pubblici.

Nonostante il quadro giuridico esistente, la corruzione negli appalti pubblici resta un problema rilevante all'interno dell'UE. Al fine di rivedere l'attuale sistema e colmare le lacune, la Commissione europea negli ultimi anni ha lavorato costantemente alla elaborazione di soluzioni ulteriori. Tra le varie problematiche si è analizzato sia il rapporto costo-efficacia, sia la mancanza di concorrenza tra le imprese. La legislazione sugli appalti pubblici, pertanto, è ritenuta come uno dei dodici settori prioritari del mercato economico europeo.

La trasparenza resta, ad ogni modo, l'obiettivo primario delle attuali riforme comunitarie sugli appalti pubblici e comprende l'applicazione di meccanismi di

¹¹⁶Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, art.18.

¹¹⁷ Dir.2004/18/CE. Appalti pubblici di lavori, forniture e servizi.

¹¹⁸Dir.2004/17/CE. Settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

responsabilità, la prevenzione di condotte illecite e il controllo efficace delle procedure di appalto.

Per rendere le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici più semplici e flessibili, le principali misure di semplificazione oggetto di costante attenzione da parte della Commissione sono le seguenti:

- 1) maggiore uso possibile della negoziazione con controlli efficaci;
- 2) procedure semplificate per le amministrazioni aggiudicatrici nazionali e regionali;
- 3) riduzione della documentazione richiesta;
- 4) misure efficienti in materia di appalti elettronici;
- 5) riduzione dei termini;
- 6) attenuazione delle esigenze pubbliche. L'attenzione è rivolta anche al miglioramento delle garanzie esistenti volte a combattere i conflitti di interesse e la nomina da parte degli Stati membri di un'unica autorità nazionale responsabile del monitoraggio.

Come già detto in precedenza, in Europa vi è una mancanza di statistiche pienamente attendibili sulla corruzione nel settore degli appalti pubblici. Sono possibili, quindi, soltanto delle stime che potrebbero anche essere semplicemente la punta dell'*iceberg*. Questo è uno dei motivi per cui è difficile stabilire con certezza quali Stati membri siano più vulnerabili alla corruzione rispetto ad altri.

La Commissione europea, consapevole di questa difficoltà, ha fatto un passo concreto avanti. In primo luogo, l'Ufficio europeo per la lotta antifrode¹¹⁹ ha bandito una gara per un'indagine sullo sviluppo di un meccanismo di valutazione dell'UE in materia di lotta contro la corruzione, con una particolare attenzione

¹¹⁹Istituito nel 1999, l'Ufficio europeo per la lotta antifrode ha l'obiettivo di rafforzare la portata e l'efficacia della lotta contro le frodi e le altre attività illecite lesive degli interessi comunitari.

all'identificazione e alla riduzione dei costi della corruzione negli appalti pubblici relativi ai fondi comunitari.

In secondo luogo, la Commissione ha avviato procedure per raccogliere informazioni e sviluppare metodologie e strumenti per l'attuazione di politiche anticorruzione all'interno dei singoli Stati membri.

In terzo luogo, si sono avviati degli studi al fine di individuare una definizione comune della corruzione negli appalti pubblici, ed un sistema di controllo in grado di evidenziare l'aumento dei costi dei progetti con relativa incidenza per il bilancio pubblico.

Secondo i trattati UE, il ruolo della Commissione europea è quello di monitorare e verificare la corretta applicazione del diritto comunitario nel diritto nazionale. Anche se gli Stati membri sono responsabili per la corretta attuazione della legislazione UE, tuttavia, la Commissione europea è definibile come "il custode" dei trattati.

Ai sensi dell'articolo 258 TFUE¹²⁰ e 260 TFUE¹²¹, la Commissione esercita il suo ruolo esecutivo, chiedendo procedure di infrazione nel caso in cui uno Stato membro non adempia gli obblighi e può rivolgersi, ove ve ne siano i presupposti, anche alla Corte di Giustizia Europea.

I delitti di corruzione in materia di appalti pubblici hanno un impatto su tutti i Paesi, e non sono limitati solo a quelli in via di sviluppo.

La Commissione europea, nelle sue Relazione annuali nella materia in esame, ha sottolineato più volte la necessità di affrontare con urgenza la problematica relativa alle definizioni nazionali della corruzione. Tra i meccanismi di lotta alla corruzione, si evidenzia come risultato fondamentale dare una definizione chiara e comune del termine "corruzione". Questo certamente costituirebbe un

¹²⁰Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea art.258.

¹²¹ Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea art.260.

importantissimo passo in avanti nei sistemi di lotta alla corruzione in Europa nel contesto penale.

Ormai è palese che la corruzione influenza l'economia dell'UE, e quindi la vita dei cittadini europei. Per questo motivo, il Parlamento europeo che li rappresenta ha uno specifico interesse al rafforzamento della lotta contro la corruzione.

Anche il lavoro della Commissione per le Libertà civili, Giustizia e Affari (LIBE) è dedicato a questo tema. Inoltre, la Commissione per Riciclaggio di denaro, Criminalità organizzata e Corruzione (CRIM) ha ottenuto un mandato speciale per analizzare le suddette attività criminali ed elaborare un piano d'azione contro la corruzione a livello europeo. Mentre la Commissione sta svolgendo il suo ruolo di "custode" dei trattati, mettendo a fuoco l'attuazione della legislazione comunitaria, altre organizzazioni stanno svolgendo importanti ruoli nella lotta alla corruzione.

Tra loro, ONG come *Transparency International*, la Banca Mondiale¹²², il Gruppo di Stati contro la Corruzione del Consiglio d'Europa¹²³, il *World*

¹²²La Banca Mondiale è un'istituzione internazionale di sviluppo fondata nel 1944 per promuovere la crescita economica e ridurre la povertà. Oggi ne fanno parte 181 Paesi. Tra le sue funzioni c'è quella di gestire il prestito di danaro ai Paesi, in genere appartenenti al sud del mondo, e pianificare il saldo del debito. La Banca Mondiale però non si limita a questo. Ritenendo che lo sviluppo sia un processo a lungo termine, che richiede anche una graduale trasformazione della società, l'istituzione tenta di favorire la stabilità dell'economia, la costruzione di infrastrutture come strade e porti e l'avvio di profonde riforme sociali.

¹²³Il GRECO (*Groupe d'Etats contre la Corruption*), con sede a Strasburgo, è un organismo istituito nel 1999 in seno al Consiglio d'Europa, al quale sono tuttavia ammessi anche Stati che non partecipano al Consiglio d'Europa medesimo, tra cui segnatamente gli Stati Uniti che, in qualità di Stato osservatore, ha firmato l'accordo parziale nel Gruppo di Stati contro la corruzione il 20 Settembre 2000 e la Convenzione penale sulla corruzione. Lo scopo del GRECO è quello di monitorare il livello di conformità delle legislazioni degli Stati che ne fanno parte agli *standards* anti-corruzione dell'organizzazione. Il meccanismo di controllo si fonda sulla reciproca valutazione (c.d. *peer review*) e sulla pressione fra pari tra i vari Stati partecipanti. Si identificano le lacune nella politica di lotta alla corruzione del Paese valutato e si stimolano gli Stati a realizzare riforme legislative, istituzionali ed anche di prassi che meglio aderiscano al dettato ed allo spirito della Convenzione.

*Economic Forum*¹²⁴, elaborano strategie di prevenzione e di lotta per tutti quegli Stati che si trovano ad affrontare problemi di corruzione.

Uno studio di *Transparency International* ha individuato preoccupanti fenomeni di corruzione in particolare nella Repubblica Ceca, in Italia, in Romania, in Bulgaria e in Slovacchia. Nella Repubblica Ceca uno dei problemi è il facile superamento dei massimali negli appalti pubblici. In Bulgaria l'assoluta mancanza di trasparenza nelle procedure d'appalto che spesso non sono pubblicate. In Romania le regole che disciplinano il settore sono facilmente aggirabili. Un gran numero di Stati membri, inoltre, non ha una legislazione finalizzata a proteggere chi denuncia casi di corruzione (Ungheria, Paesi Bassi, Romania, Danimarca e Svezia). La trasparenza è un problema serio in alcuni Stati membri. Sempre secondo *Transparency International*, molti contratti di appalti pubblici internazionali non sono pubblicati e non ricevono adeguata pubblicità in Italia, in Germania e in Bulgaria. Mentre, Grecia, Romania e Ungheria hanno organismi di controllo insufficienti per monitorare le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Possiamo quindi affermare che, la legislazione degli appalti pubblici è altamente vulnerabile a quasi tutte le forme di corruzione. Quindi, per ridurre al minimo i reati di questo tipo, dovrebbero essere prese in considerazione le seguenti proposte:

- 1) maggiore trasparenza;
- 2) legislazione chiara ed efficace;
- 3) rafforzamento degli organismi di controllo;

¹²⁴Il *World Economic Forum*, è una fondazione senza fini di lucro con sede a Cologny, vicino a Ginevra, in Svizzera, nata nel 1971 per iniziativa dell'economista ed accademico Klaus Schwab.

La fondazione organizza ogni inverno, presso la cittadina sciistica di Davos in Svizzera, un incontro tra esponenti di primo piano della politica e dell'economia internazionale con intellettuali e giornalisti selezionati, per discutere delle questioni più urgenti che il mondo si trova ad affrontare, anche in materia di salute e di ambiente. Oltre a questo celebre incontro annuale, il Forum economico mondiale organizza ogni anno un *meeting* in Cina e negli Emirati Arabi Uniti e diversi incontri a livello regionale. La Fondazione produce anche una serie di rapporti di ricerca e impegna i suoi membri in specifiche iniziative settoriali.

4) gare d'appalto aperte e altamente pubblicizzate.

Inoltre, due ulteriori proposte potrebbero essere sviluppate: innanzitutto risulta essenziale stabilire indicatori concreti e un sistema *red-flag* per rafforzare i sistemi di monitoraggio; altresì è da ritenersi fondamentale il perfezionamento dei meccanismi di controllo delle responsabilità e di attribuzione delle competenze.

In ultimo, andrebbe affrontato anche il problema connesso ai rischi di intercomunicazione tra appalti pubblici, criminalità organizzata e corruzione. Occorre un approccio combinato in materia di politica europea degli appalti in vista di una *governante* pubblica più efficiente nella lotta e nella prevenzione della criminalità. Inoltre, anche l'introduzione di sistemi di *e-procurement*, una maggiore trasparenza, una più forte tutela per chi denuncia, potrebbero rappresentare un passo determinante nella giusta direzione.

Studi specifici sono necessari per individuare e prevenire la criminalità degli appalti, come ad esempio il "progetto CAPACI" presentato nella riunione CRIM del settembre 2012 dal Ministero dell'Interno italiano. Si tratta di un programma sperimentale per il monitoraggio finanziario di alcune grandi opere pubbliche, con la finalità di svolgere una migliore protezione del mercato degli appalti pubblici attraverso il rafforzamento della trasparenza e l'utilizzazione del potenziale informativo dei flussi finanziari di tutte le imprese (appaltatori, subappaltatori, fornitori) coinvolte nella realizzazione di opere pubbliche, al fine di acquisire una maggiore conoscenza dell'uso di risorse pubbliche e di fornire supporto alle indagini volte a prevenire le infiltrazioni della criminalità negli appalti pubblici.

2. Il diritto UE: effetti sulle disposizioni legislative dei suoi stati membri

L'ordinamento giuridico interno opera tenendo conto della peculiarità della presenza delle fonti del diritto dell'Unione europea, la quale dispone di personalità giuridica e di un proprio ordinamento giuridico. Il diritto UE ha un effetto diretto ed indiretto sulle disposizioni legislative dei suoi Stati membri, entrando a far parte del sistema giuridico di ciascuno Stato membro e costituendo fonte di diritto. L'ordinamento giuridico dell'Unione Europea è normalmente suddiviso in diritto primario (trattati e principi generali del diritto), diritto derivato (che ha la sua fonte nei trattati) e diritto complementare.

Per esercitare le competenze dell'Unione le istituzioni adottano regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri. Il regolamento ha portata generale, è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi da conseguire. La decisione invece è obbligatoria in tutti i suoi elementi e se individua i destinatari è obbligatoria nei confronti di questi. Le raccomandazioni e i pareri non sono vincolanti¹²⁵.

La direttiva è una delle fonti del diritto dell'Unione europea dotata di efficacia vincolante ed è adottata congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio dell'Unione europea per il raggiungimento degli scopi previsti dai Trattati, perseguendo un obiettivo di armonizzazione delle normative degli Stati Membri. Obiettivo principale della direttiva non è, come per il regolamento, l'unificazione del diritto, bensì, in individuati settori ed al fine di applicare i medesimi principi, il ravvicinamento delle legislazioni all'interno dell'Unione europea.

¹²⁵ TCE, articolo 288.

3. La disciplina comunitaria sugli appalti pubblici

3.1 Oggetto: le finalità delle fonti normative interne ed europee

Il diritto europeo degli appalti apparentemente non disciplina la fase dell'esecuzione del contratto, essendo finalizzato a porre regole per la selezione del contraente da parte della stazione appaltante, al fine di evitare che quest'ultima, non soggetta alle regole del mercato, operi in modo tale da alterare la concorrenza. Il titolo stesso della direttiva 2004/18/CE del Parlamento e del Consiglio del 31 marzo 2004¹²⁶ è eloquente: essa si definisce infatti come *“relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi”*. Oggetto delle direttive comunitarie in materia di appalti è pertanto la sola *“aggiudicazione”* degli appalti, il che significa che esse apparentemente non disciplinano tutto ciò che accade dopo l'aggiudicazione¹²⁷. Vi sono però alcuni casi nei quali si può parlare di *“ultrattività”* o di *“forza espansiva”*¹²⁸ delle direttive comunitarie in materia di appalti in quanto esse dispiegano i loro effetti anche nella fase di esecuzione del contratto. Essi riguardano, tra le fattispecie più rilevanti, i tempi e le modalità di stipulazione del contratto, la possibilità di modificare le condizioni del contratto in fase di esecuzione ed i limiti al subappalto.

In ciascuno di questi tre casi è fondamentale la giurisprudenza elaborata dalla Corte di giustizia la quale tende sempre a ricondurre la giustificazione di tale

¹²⁶Dir. 2004/18/CE del Parlamento e del Consiglio del 31 marzo 2004.

¹²⁷In tal senso, G. MORBIDELLI- M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M. CHITI- G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, II ed., 2007, parte speciale, tomo I, dove si osserva che l'unico ambito di esecuzione del contratto nel quale le direttive comunitarie stabiliscono alcune regole è quello del subappalto (pp. 535-539).

¹²⁸L'espressione è tratta da E. FERRARI, *Introduzione – I contratti della pubblica amministrazione: dalla ricerca del mercato alla ricerca delle regole*, in E. FERRARI (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. XXXIII quale nota come la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, pur riferendosi esclusivamente alla fase dell'aggiudicazione, sia però dotata di una forza espansiva che la porta inevitabilmente ad estendere la sua influenza anche ad istituti ed aspetti non immediatamente regolati dalla stessa, come appunto l'esecuzione dei contratti di appalto.

“ultrattività”^a considerazioni comunque connesse al procedimento di aggiudicazione, facendo così salvo il principio per il quale la disciplina dell’esecuzione del contratto rientra nella competenza legislativa nazionale di diritto privato. Ma è evidente che, pur salvo il principio, nella sostanza non si può affermare l’estraneità della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici alla fase di esecuzione del contratto in generale, e dunque anche, in particolare, per gli appalti di lavori pubblici. Anzi, appare utile precisare che la gran parte della fase di esecuzione del contratto di opera pubblica non possa prescindere da un costante riferimento alla disciplina comunitaria.

3.2 Obiettivo

Il diritto comunitario è intervenuto a disciplinare la materia dei contratti pubblici a partire dagli anni settanta in modo progressivamente più esteso. Ciò è essenzialmente legato, da un lato, alla consapevolezza del valore economico del settore che impegna risorse per un ammontare di oltre il 16% del prodotto interno lordo dell’Unione Europea; dall’altro, al fatto che l’attività negoziale della Pubblica amministrazione incide, in forma diretta o indiretta, sulle libertà fondamentali tutelate dal Trattato della Comunità Europea¹²⁹; sulla libertà di circolazione delle merci; sulla libertà delle prestazioni; sulla libertà di circolazione di servizi; sulla libertà di stabilimento. La centralità della materia trova una conferma anche nel Trattato UE¹³⁰, il quale fa riferimento in particolare, “all’apertura degli appalti pubblici nazionali”, allo scopo di garantire alle imprese la possibilità di sfruttare appieno le potenzialità del mercato interno. L’obiettivo della politica comunitaria in tema di appalti pubblici, sin dalle

¹²⁹Dell’Unione Europea, a partire dal 2009, dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

¹³⁰ Trattato UE, art. 179.

origini, fu quello di predisporre le condizioni di concorrenza necessarie: a) affinché i contratti potessero essere aggiudicati senza discriminazioni, b) per pervenire ad un utilizzo razionale del denaro pubblico attraverso la scelta del contraente migliore, c) per rendere accessibile agli operatori economici un mercato unico, in modo da consentire ad un'impresa di un qualsiasi Stato membro di concorrere per l'affidamento di un determinato appalto in condizioni di parità con le altre imprese provenienti dal medesimo Stato cui appartiene la stazione appaltante. In aggiunta a ciò, allo scopo di assicurare effettività alla disciplina sostanziale, sono state adottate, sin dalla fine degli anni ottanta, anche direttive volte a disciplinare i mezzi di tutela avverso violazioni del diritto comunitario.

3.3 Liberalizzazione dei contratti pubblici. Condizioni di reciprocità

La progressiva liberalizzazione dei contratti pubblici nell'Unione Europea ha costituito un modello adottato dalla stessa Unione anche per porre le condizioni per un'apertura alle imprese comunitarie di ambiti di mercato maggiormente ampi. In particolare, in data 15.4.94, l'UE ha concluso nell'ambito dell'Accordo che istituisce l'Organizzazione Mondiale del Commercio¹³¹, anche uno specifico Accordo sui contratti pubblici¹³² volto all'istituzione di un quadro multilaterale equilibrato di diritti e doveri in materia di appalti pubblici per liberalizzare ed espandere il commercio mondiale. L'Unione Europea ha formalmente aderito al GPA con decisione del Consiglio n. 94/800/CE del 22.12.94. L'operatività di questo Accordo è stata poi estesa tramite ulteriori accordi bilaterali stipulati

¹³¹World Trade Organization - WTO stipulato a Marrakech il 15.4.94 ed entrato in vigore nel 1995.

¹³²Agreement sugli appalti pubblici - GPA, all. IV.

dall'Unione Europea con singoli Stati¹³³ ovvero direttamente dai singoli Stati. L'Accordo è stato modificato in data 2.12.13¹³⁴.

In forza di ciò, le direttive comunitarie prevedono espressamente la parità di trattamento tra imprese dell'Unione Europea ed operatori economici provenienti da Paesi firmatari dell'Accordo. La disciplina nazionale, nel recepire tale impostazione, pone gli operatori italiani e quelli stabiliti negli altri Stati aderenti all'Unione Europea in posizione di piena equivalenza rispetto a quelli stabiliti nei Paesi firmatari dell'Accordo sui contratti pubblici o in Paesi che, in base ad altre norme di diritto internazionale o in base ad accordi bilaterali siglati dall'Unione Europea o con l'Italia, consentano la partecipazione ad appalti pubblici a condizioni di reciprocità¹³⁵. Questa disposizione ha tradotto sul piano nazionale le disposizioni del GPA, a loro volta recepite dalle direttive europee, per cui, nell'ordinamento italiano, in base all'impegno assunto dall'Europa, vige il principio di apertura del mercato degli appalti pubblici alla concorrenza internazionale, subordinatamente al rispetto del principio di qualificata reciprocità.

4. Le norme comunitarie e la disciplina degli appalti

4.1 Cenni sulla evoluzione della disciplina

Le norme europee in materia di appalti pubblici sono state adottate, come già precisato, alla fine degli anni Settanta con le prime direttive europee in materia e sono state più volte aggiornate e modificate. A differenza della *ratio* delle fonti interne che ha sempre mirato a garantire la corretta gestione delle risorse pubbliche ed il rispetto dei principi di legalità e di imparzialità della P.A.,

¹³³ V. l'Accordo bilaterale UE - Svizzera, con cui nel 1999, furono ampliati i termini dell'intesa conclusa in ambito OMC.

¹³⁴ Decisione del Consiglio dell'Unione Europea, n. 2014/115/UE, pubblicata sulla GUCE del 7.3.14, con l'approvazione del "protocollo che modifica l'accordo sui contratti pubblici". Il protocollo è entrato in vigore il 6.4.14.

¹³⁵ D. Lgs n.50 del 2016, Codice degli Appalti, art. 47.

la *ratio* delle fonti di origine europea è stata quella di tendere al raggiungimento della promozione e della tutela della concorrenza.

Gli ambiti dell'intervento sovranazionale hanno riguardato in particolare: la modifica delle vecchie direttive sui lavori e le forniture, allo scopo di agevolare la partecipazione agli appalti e aumentare la trasparenza; l'introduzione di adeguati mezzi di tutela sia amministrativa che giurisdizionale per garantire l'osservanza delle disposizioni vigenti; l'estensione della disciplina agli appalti pubblici di servizi, di lavori e di forniture nei settori in precedenza esclusi quali acqua, telecomunicazioni, energia, trasporti; l'equiparazione di imprese comunitarie e imprese dei Paesi terzi firmatari dell'accordo sugli appalti pubblici concluso nell'ambito dell'*Uruguay Round*¹³⁶. Il primo intervento comunitario avente carattere unificante la disciplina degli appalti pubblici fu effettuato con le direttive 93/36/CE¹³⁷ relativa alle forniture nei settori ordinari, 93/37/CE¹³⁸ relativa ai lavori nei settori ordinarie 93/38/CE¹³⁹ relativa alle procedure di aggiudicazione nei c.d. "settori esclusi". Finalità principale di tali direttive fu quella di garantire i principi di pubblicità, trasparenza, imparzialità, apertura del mercato e par condicio, mediante la previsione di norme comuni nell'ambito del mercato europeo.

L'Unione europea ha sviluppato nel tempo una politica economica più organica, consentendo di qualificare il settore dei contratti pubblici come mercato unitario, disciplinato in modo armonico. La Comunità, in tale contesto, ha spostato

¹³⁶ L' *Uruguay Round* è stato l'8° turno di negoziati commerciali multilaterali (MTN), condotti nell'ambito del Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (GATT), che coprono 1986-1994 e che abbraccia 123 paesi come "parti contraenti". La rotonda ha portato alla creazione della Organizzazione mondiale del commercio, con GATT rimanendo come parte integrante degli accordi OMC. L'ampio mandato del *Round* era stato quello di estendere le norme GATT ad aree precedentemente esenti da troppo difficile da liberalizzare (agricoltura, tessile) e sempre più importanti nuove aree precedentemente non incluse (gli scambi di servizi, la proprietà intellettuale, politica di investimento distorsioni commerciali). La rotonda è entrata in vigore nel 1995 con scadenze che terminano nel 2000 (2004 nel caso di in via di sviluppo parti contraenti paese) sotto la direzione amministrativa della neonata Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC).

¹³⁷ Dir. 93/36/CE.

¹³⁸ Dir. 93/37/CE.

¹³⁹Dir. 93/38/CE.

l'interesse sulla tutela della concorrenza, ritenendo che le stazioni appaltanti dovessero perseguire anche l'interesse del mercato che si pone come corollario della corretta esplicazione delle regole di gara.

La Commissione europea, pur confermando la validità degli obiettivi generali della politica UE in materia di appalti, quali la promozione di una concorrenza non discriminatoria e la lotta alla corruzione, ha inteso perseguire ulteriori obiettivi al fine di semplificare una serie di aspetti della disciplina vigente in materia di appalti pubblici, in particolare per quanto riguarda il campo di applicazione, le procedure, il valore delle soglie, la selezione dei candidati, la produzione dei documenti relativi alle gare di appalto. Ulteriori interventi sono stati mirati a favorire la creazione di un vero e proprio mercato europeo degli appalti mediante il ricorso obbligatorio agli appalti elettronici; un migliore accesso delle PMI al mercato degli appalti pubblici mediante la riduzione degli oneri e la suddivisione degli appalti in lotti; la previsione di un regime speciale per i servizi sociali; il calcolo del costo del ciclo di vita dei prodotti o dei servizi oggetto dell'appalto ai fini della sua aggiudicazione; le modifiche dell'appalto in corso di esecuzione; l'uso strategico degli appalti, prestando maggiore attenzione ai vincoli sociali ed ambientali, al tema della tutela della sicurezza e del lavoro. L'Unione europea si è dotata di una legislazione volta a coordinare le regole nazionali, imponendo obblighi che riguardano, *in primis*, la pubblicità dei bandi di gara e criteri imparziali per l'esame delle candidature. L'obbligo di pubblicità delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici e concessioni costituisce principio generale nonché tratto caratterizzante della disciplina europea¹⁴⁰. Si tratta di un principio mai espressamente formulato nei Trattati dell'Unione, che non rientra, dunque, tra i principi codificati dalle norme primarie

¹⁴⁰Cfr. G. BENACCHIO, M. COZZIO, Gli obblighi di pubblicità, in V. ITALIA (a cura di) Commentario al nuovo Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, Gruppo 24 Ore, 2016.

dell'ordinamento europeo. La sua elaborazione ed enunciazione è da ricondurre all'attività di interpretazione delle regole europee svolta dalla Corte di giustizia. Nell'arco di oltre quarant'anni l'azione europea, politica, legislativa e giurisprudenziale, ha perseguito l'eliminazione degli ostacoli diretti e indiretti al funzionamento di un mercato unico degli appalti pubblici e ha favorito la realizzazione di un quadro giuridico il più possibile omogeneo. La spinta euro-unitaria ha inciso soprattutto sulla definizione dei principi che presiedono la selezione dei contraenti, l'articolazione delle procedure di aggiudicazione, le garanzie circa l'effettività delle tutele. Gli sforzi compiuti hanno portato a un grado di armonizzazione delle regole nazionali altrimenti irraggiungibile, al punto che oggi è difficile negare l'esistenza negli Stati membri di un diritto *europeizzato* degli appalti pubblici, quale espressione di un sempre più esteso diritto pubblico-amministrativo europeo¹⁴¹.

In questo scenario, caratterizzato, come detto, dalla progressiva europeizzazione delle regole nazionali, l'Unione ha recentemente attivato¹⁴² un processo di riscrittura delle direttive sugli appalti pubblici, che nel dicembre 2011 ha portato alla presentazione di una serie di proposte riguardanti la nuova direttiva sugli appalti pubblici che sostituisce la direttiva 2004/18/CE e la nuova direttiva sugli appalti pubblici degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali che sostituisce la direttiva 2004/17/CE; in ultimo la nuova direttiva sulle concessioni.

Pertanto, a dieci anni dalla pubblicazione delle dir. 17 e 18 del 2004, è stato innovato il quadro normativo in materia di contratti pubblici attraverso la

¹⁴¹ Cfr. S. CASSESE, La signoria comunitaria sul diritto amministrativo, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2002, pagg. 291 ss.; Per una visione complessiva del fenomeno si rinvia a A. SANDULLI, La scienza italiana del diritto pubblico e l'integrazione europea, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2005, pagg. 859 ss.

¹⁴² Fra gli atti che hanno scandito la fase preliminare di riscrittura delle direttive europee si segnalano: il Rapporto Monti alla Commissione europea, Una nuova strategia per il Mercato unico, 9 maggio 2010; la Comunicazione Verso un atto per il mercato unico - Per un'economia sociale di mercato altamente competitiva - 50 proposte per lavorare, intraprendere e commerciare insieme in modo più adeguato, COM/2010/608, 27 ottobre 2010; il Libro Verde Sull'estensione dell'uso degli appalti elettronici nell'UE, COM/2010/571, 18 ottobre 2010; il Libro Verde, Sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, COM/2011/15, 15 gennaio 2011.

pubblicazione di tre nuove direttive, del 26.2.2014: si tratta della dir. 23 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (essa riguarda sia le concessioni di lavori già disciplinate dalle previgenti disposizioni europee, sia le concessioni di servizi, prima non disciplinate); della dir. 24 che abroga la dir. 18/2004 (ovvero la disciplina riferibile ai cd. settori ordinari); della dir. 25 sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali che abroga la dir. 17/2004 (settori speciali).

Non è stata oggetto di modifica la dir. 2009/81/CE relativa agli appalti nei settori della difesa e della sicurezza¹⁴³; modifiche formali hanno riguardato la dir. 89/665/CE e la dir. 92/13/CE in materia di procedure di ricorso sulle procedure di aggiudicazione¹⁴⁴.

Le nuove direttive, che sono state pubblicate sulla GUE del 28.3.2014 e sono entrate in vigore il 17 aprile del medesimo anno, hanno fissato un termine comune per il loro recepimento (18.4.2016), con possibili deroghe (al 2018) esclusivamente contemplate per la dir. 24/2014, limitatamente alle regole applicabili alle comunicazioni (art. 22), al documento di gara unico europeo (art. 59), all'uso del registro online dei certificati (*e-certis*, art. 61). Si tratta di deroghe funzionali all'allestimento da parte delle amministrazioni e della Commissione di piattaforme tecnologiche efficienti per la definitiva dematerializzazione dei flussi comunicativi nell'ambito delle procedure di gara.

Rispetto alle direttive del 2004, che rappresentavano un consolidamento del quadro normativo all'epoca esistente e soprattutto rafforzavano l'idea di fondo dell'intero sistema orientato verso l'apertura alla concorrenza nel settore, i nuovi testi appaiono ispirati da ragioni di "politica pubblica" destinata alla realizzazione di una crescita "intelligente, sostenibile ed inclusiva garantendo

¹⁴³Le nuove direttive prendono in considerazione le disposizioni speciali in materia di difesa e sicurezza relativamente alla disciplina dei contratti misti.

¹⁴⁴Contenute nel titolo IV dir. 23.

contemporaneamente l'uso più efficiente possibile degli investimenti pubblici¹⁴⁵". L'intero pacchetto delle nuove direttive è stato preceduto dalla pubblicazione del Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici¹⁴⁶, che aveva individuato alcuni obiettivi essenziali nella necessaria revisione del quadro normativo¹⁴⁷.

La sollecitazione alla revisione del quadro normativo in materia di appalti pubblici provenne dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 18.5.2010 sui nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici, che costituì un *j'accuse* verso l'immobilismo della Commissione: venne infatti deplorata la mancata semplificazione delle norme sugli appalti, e rammentata la necessità di una maggiore certezza giuridica; venne stigmatizzata l'esistenza di un insieme di regole complicato e confuso; in tali circostanze i committenti pubblici erano tenuti a dare priorità alla certezza giuridica rispetto alle proprie esigenze e, data la pressione sui bilanci pubblici, hanno preferito l'aggiudicazione in base al prezzo più basso anziché all'offerta economicamente più vantaggiosa, con il conseguente indebolimento della base innovativa e della competitività globale dell'UE.

¹⁴⁵2° considerando dir. 24.

¹⁴⁶Il Libro Verde sulla modernizzazione degli appalti pubblici in Europa, è stato presentato dalla Commissione Europea e contiene una serie di utili indicazioni destinate alle stazioni appaltanti degli Stati membri dell'Unione nell'ottica di conseguire una maggiore efficienza nell'ambito del mercato degli appalti pubblici.

Il documento, che reca la data del 27 gennaio 2011, prende spunto dalla strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, fondata su un triplice ordine di priorità: sviluppare un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione; promuovere un'economia efficiente sotto il profilo delle risorse, a basse emissioni di carbonio e competitiva; incoraggiare un'economia con un alto tasso di occupazione che favorisca la coesione sociale e territoriale.

In questo quadro, la Commissione europea riconosce il ruolo strategico degli appalti pubblici quale veicolo per la realizzazione dei seguenti obiettivi:

1. migliorare il contesto generale per l'innovazione nelle imprese, utilizzando integralmente le politiche incentrate sulla domanda;
2. favorire la transizione verso un'economia efficiente sotto il profilo delle risorse e a basse emissioni di carbonio, ad esempio promuovendo un più ampio ricorso agli appalti pubblici "verdi";
3. migliorare il clima imprenditoriale, specialmente per le PMI aperte all'innovazione.

L'importanza di tale politica rileva anche sul versante dell'esigenza di razionalizzazione della spesa pubblica e contenimento degli sprechi. In proposito, la strategia Europa 2020 sottolinea che la politica in materia di appalti pubblici deve garantire il più efficiente uso dei fondi pubblici e che i mercati degli appalti pubblici vanno mantenuti aperti a livello UE.

¹⁴⁷Modernizzazione delle procedure, problemi relativi all'esecuzione, accesso delle PMI al mercato, ma soprattutto «uso strategico degli appalti pubblici» in risposta alle nuove sfide, con particolare riferimento all'innovazione ed ai servizi sociali, prevenzione di conflitti di interesse e lotta contro la corruzione.

Se le direttive del 2004 segnavano una importante affermazione del principio di concorrenza, sino a rovesciare il paradigma del centro di tutela della disciplina in materia di appalti pubblici¹⁴⁸, quelle del 2014 segnano l'evoluzione verso un sistema ispirato al perseguimento di un interesse generale, costituito dal bilanciamento delle esigenze competitive del mercato con l'efficienza della spesa delle amministrazioni, dei principi di parità di trattamento e non discriminazione con gli obiettivi a valenza sociale e ambientale. Si tratta quindi di una revisione del quadro normativo tutta politica, volta a promuovere l'innovazione, la competitività, l'efficienza, la garanzia di regole certe di semplice applicazione; ma questa linea di indirizzo presuppone inevitabilmente l'esistenza di amministrazioni che sappiano coniugare le funzioni di microregolazione del mercato - attraverso la scelta e la predisposizione del modello procedimentale più coerente con il mercato cui si rivolgono - con le esigenze di destinazione del proprio potere di spesa verso obiettivi di politica industriale, sociale o ambientale.

In particolare, l'efficienza della spesa pubblica si realizza attraverso la facilitazione alla partecipazione delle PMI ed il sostegno al conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale; questa finalità è particolarmente evidente per le direttive concernenti gli appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, ma è presente anche nella direttiva sulle concessioni, considerate strumenti per lo sviluppo strutturale a lungo termine di infrastrutture e servizi strategici che concorrono al miglioramento della concorrenza in seno al mercato interno e contribuiscono a conseguire efficienza ed innovazione.

Un secondo obiettivo perseguito dalle istituzioni europee consiste nel chiarimento di alcune nozioni di base per assicurare la certezza del diritto;

¹⁴⁸ Nelle legislazioni nazionali questo era storicamente rappresentato dall'interesse pubblico alla scelta del migliore contraente; in ambito europeo è la dinamica concorrenziale, il mercato, e quindi gli operatori economici, che costituiscono il soggetto indiscusso posto a fondamento dell'intero plesso normativo.

contribuisce all'opera di razionalizzazione normativa la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, i cui punti di approdo nelle questioni di maggiore rilevanza sono stati trasfusi nei nuovi testi.

Più intuibili ragioni di consolidamento normativo presidiano la direttiva concessioni: l'incertezza normativa ha impedito da un lato l'accesso delle PMI a significativi segmenti di mercato e dall'altro ha indotto le autorità pubbliche ad un uso non ottimale del denaro pubblico; il rimedio viene individuato nella predisposizione di un quadro giuridico idoneo, equilibrato e flessibile, articolato su norme chiare e semplici¹⁴⁹.

4.2. Il recepimento da parte degli stati membri

A pochi mesi dalla scadenza dei termini per il recepimento della Direttiva 2014/24/UE, la maggior parte dei Paesi aveva dato avvio al processo di recepimento della Direttiva, ad eccezione di Lussemburgo e Malta che non lo avevano ancora iniziato e del Regno Unito che lo aveva già completato. A questo punto sono necessarie due precisazioni: innanzitutto va ricordato che il breve tempo impiegato dal Regno Unito per il recepimento delle direttive europee è in gran parte dovuto al fatto che lo stesso Paese applica la tecnica del *copy out* che consiste nell'attenersi alla formulazione delle disposizioni come contenute nella legislazione UE o di fare riferimento diretto alle previsioni pertinenti. Tale tecnica, se da un lato agevola una pronta trasposizione della normativa a livello interno, dall'altro consente un minore adattamento alle particolarità nazionali; altra precisazione doverosa è la sua uscita successiva dall'Unione europea

¹⁴⁹ Considerando 1 e 2 dir. 23.

avvenuta in via definitiva il 31 gennaio 2020. Il 23 giugno 2016 nel Regno Unito si è tenuto un referendum sull'eventuale uscita del paese dall'Unione europea (il cosiddetto "Brexit"). Il 29 marzo 2017 il Regno Unito ha notificato al Consiglio europeo l'intenzione di lasciare l'UE, invocando quindi formalmente l'articolo 50 del trattato sull'Unione europea.

Diversi Paesi avevano avviato un iter consultivo prima del processo di recepimento, alcuni di essi (Austria, Bulgaria, Francia, Irlanda, Romania e Regno Unito) optando per una consultazione aperta con gli *stakeholders* più importanti (pubblica amministrazione, operatori economici e organizzazioni non governative), altri attraverso la costituzione di gruppi di lavoro (Lituania e Portogallo). La Finlandia aveva condotto dapprima una consultazione pubblica e successivamente costituito un gruppo di lavoro; inoltre, dopo la pubblicazione del memorandum redatto dal gruppo di lavoro, tale Stato ha nuovamente aperto la procedura di consultazione dando la possibilità a ogni cittadino di commentare e fornire suggerimenti scritti.

Un numero piuttosto contenuto di Paesi ha recepito la Direttiva entro i termini: è il caso di Francia, Danimarca, Germania, Italia, Slovacchia, Ungheria. Il governo irlandese ha redatto un testo che è stato approvato in via definitiva a maggio 2016, mese in cui si è anche concluso l'accidentato processo di recepimento da parte della Romania. In Croazia, Paesi Bassi, Polonia, Malta l'iter legislativo si è protratto per qualche mese, ma si è comunque concluso con l'entrata in vigore della normativa di recepimento.

L'*iter* di approvazione ha subito ritardi in diversi Paesi, come in Spagna; ciò è stato dovuto ad appuntamenti elettorali o crisi di governo. In questo paese, l'otto novembre 2017 è stata approvata la nuova Legge 9/2017 sui contratti del settore pubblico ("LCSP"), che recepisce le direttive 2014/23/ EU e 2014/24/ UE. La legge approvata mira ad ottenere un miglior rapporto qualità - prezzo e una maggior trasparenza negli appalti pubblici, prevedendo che i criteri di

assegnazione comprendano aspetti qualitativi, ambientali, sociali e innovativi legati all'oggetto del contratto. A tali fini di controllo la LCSP prevede la creazione dell'Ufficio Indipendente del Regolamento e della Supervisione dei Contratti, che garantirà la legittimità dell'intero processo di appalto.

In Portogallo, a seguito del mancato raggiungimento di risultati da parte del gruppo di lavoro istituito, una nuova proposta di legge è stata sottoposta ad una consultazione pubblica.

In altri Stati, segnatamente la Finlandia e la Svezia, il processo di recepimento si sta protraendo nel tempo. Simile la situazione in Svezia. In entrambi i Paesi scandinavi non si applica il sistema del *copy out* e il recepimento delle direttive ha rappresentato l'occasione per un ampio processo di riforma degli appalti, anche al di là degli aspetti su cui interviene la Direttiva.

Stante questo panorama variegato, che vede alcune legislazioni approvate con la tecnica del *copy out*, altre frutto di un articolato processo di incorporazione delle nuove norme europee nel quadro nazionale e altre ancora in divenire, non è facile confrontare leggi e progetti di legge di diversi Paesi che stanno modificando una normativa precedente i cui punti di forza e di debolezza non erano necessariamente gli stessi. Ad ogni modo, appare interessante analizzare i tipi di risposta che i Paesi stanno dando, identificando direzioni comuni che possono rappresentare la base di riflessioni ulteriori di carattere programmatico.

Per quanto riguarda i motivi di esclusione, l'Italia ha previsto nella legge delega 28 gennaio 2016, n.11¹⁵⁰ unicamente l'obbligo di dimostrare l'assenza di motivi di esclusione in capo ai subappaltatori. Non sono previste, quindi, modifiche alle clausole di esclusione che nella normativa italiana erano nel passato più

¹⁵⁰ Si tratta della legge delega per il nuovo codice appalti, così denominata "Deleghe al Governo per l'attuazione delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture".

numerose che negli altri Stati membri e tendenzialmente obbligatorie, con pochissimo spazio al potere discrezionale dell'autorità aggiudicatrice. A questo proposito è utile ricordare che la sopracitata legge delega, tra i principi e criteri direttivi per l'attuazione della normativa europea, ha previsto il divieto di *gold plating*, cioè il divieto di introdurre livelli di regolazione superiori a quelli minimi imposti dalle direttive europee da recepire. Tuttavia, come per le cause di esclusione, il legislatore delegato ha mantenuto o previsto norme più rigorose relativamente ai diversi istituti del nuovo codice appalti. A questo proposito, il Consiglio di Stato¹⁵¹ ha chiarito in modo cristallino che il divieto debba essere interpretato come esclusione di “oneri non necessari, e non anche in una prospettiva di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali, in relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione ed efficienza non possono che risultare recessive”. Ha poi aggiunto che ove il maggior rigore non sia di ostacolo alla concorrenza e sia “giustificato (quando non imposto) dalla salvaguardia di interessi e valori costituzionali, ovvero enunciati nell'art. 36 del TFUE”, non potrà che essere consentito. Il decreto legislativo di attuazione della legge delega demanda inoltre all'Autorità Nazionale Anti-Corruzione l'emanazione di linee guida in ordine ai mezzi di prova per la dimostrazione delle circostanze di esclusione dell'operatore economico che si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, con l'obiettivo di garantire un'applicazione il più possibile omogenea da parte delle stazioni appaltanti¹⁵².

¹⁵¹ Consiglio di Stato, Comm. Spec, parere 1 aprile 2016, n. 855.

¹⁵² Art. 80, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 “Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”. Si veda inoltre il recente comunicato del Presidente dell'ANAC del 26 ottobre 2016 “Indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici sulla definizione dell'ambito soggettivo dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 e sullo svolgimento delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti ai sensi del d.p.r. n. 445/2000 mediante utilizzo del modello di DGUE”.

Tutti gli altri Paesi europei mantengono la divisione tra motivi obbligatori e discrezionali di esclusione, così come previsto nella Direttiva. Tuttavia, alcuni Stati prevedono la possibilità di non escludere i partecipanti alla gara anche in presenza di un motivo di esclusione obbligatorio (ad eccezione di quelli relativi alle sentenze di condanna) qualora l'esclusione risulti sproporzionata (Germania e Paesi Bassi) o laddove sussistano fondati motivi di interesse pubblico (Germania e Slovenia).

Alcuni Paesi, come la Finlandia e la Slovacchia, non sembrano intenzionati a recepire alcuni dei motivi non obbligatori di esclusione o a utilizzare – nella misura più ampia possibile – la flessibilità offerta dalla Direttiva. Il progetto di legge dell'Estonia, invece, rende obbligatori i motivi di esclusione connessi a pagamenti di imposte e contributi e anche la Polonia ha recepito come obbligatorio il motivo di esclusione relativo ai casi di grave illecito professionale. Per quanto riguarda il subappalto, possiamo suddividere gli Stati membri in due gruppi principali. Nel primo rientrano quelli che stanno optando per l'introduzione di disposizioni inderogabili da parte della stazione appaltante o, comunque, di forme di tutela rafforzata anche rispetto a quanto prevede la Direttiva (Francia, Italia, Lituania, Polonia, Repubblica Ceca, Slovenia e Austria). Si tratta di norme relative all'identificazione di subappaltatori, alla prova delle qualificazioni di questi ultimi e all'introduzione dell'obbligo dei pagamenti dall'autorità aggiudicatrice ai subappaltatori. Con alcune differenze, tutti questi Paesi identificano come assolutamente necessaria la protezione della pubblica amministrazione dalla mancanza di trasparenza nei subappalti, nonché la protezione delle piccole e medie imprese da una "debole cultura di pagamento" che approfitta della subalternità organizzativa ed economica dei subappaltatori non garantendo i pagamenti nei tempi dovuti. Il secondo gruppo di Paesi (Estonia, Finlandia, Paesi Bassi, Slovacchia, Svezia e Ungheria) include gli Stati che si limitano a ripetere la formulazione della Direttiva, autorizzando l'autorità

aggiudicatrice a scegliere in che misura debbano essere implementate le disposizioni sui subappalti. In particolare, le norme relative ai pagamenti diretti ai subappaltatori non sono prese in considerazione in molti di questi Paesi.

Il conflitto di interessi è certamente l'area di intervento più complessa, in quanto le previsioni contenute nella normativa in materia di appalto sono spesso solo una parte, non necessariamente la più rilevante, delle norme esistenti. In generale, tutti i Paesi (ad eccezione di Germania¹⁵³ e Italia¹⁵⁴) sembrano intenzionati a lasciare alle autorità aggiudicatrici la libertà di adottare misure efficaci finalizzate a “prevenire, individuare e porre rimedio in modo efficace a conflitti di interessi nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici”, in conformità all'art. 23, par. 1 della Direttiva.

In conclusione, appare utile evidenziare che il conflitto di interesse non sanabile rientra tra le cause di esclusione non obbligatorie previste nella Direttiva. Diversi Paesi (Finlandia, Francia, Germania, Paesi Bassi, Polonia, Repubblica Ceca e Slovenia) hanno incluso tra i motivi di esclusione discrezionale il conflitto di interessi, lasciando all'autorità aggiudicatrice la libertà di decidere se escludere l'offerente qualora il conflitto di interessi non possa essere risolto efficacemente con altre misure meno intrusive. Tra questi, vi sono anche quegli Stati che non hanno optato o non sembrano voler optare per il recepimento della maggior parte dei motivi non obbligatori di esclusione, a conferma della rilevanza riconosciuta

¹⁵³In Germania, le norme sul conflitto di interessi sono definite nella normativa sugli appalti e non sono lasciate alla discrezionalità dell'autorità aggiudicatrice.

¹⁵⁴L'Italia non ha introdotto nella legge delega alcuna norma relativa al conflitto di interessi. Ha invece previsto una norma specifica in merito alla necessità di valutare eventuali conflitti di interessi delle persone facenti parte dell'elenco di possibili membri delle commissioni di valutazione. Norme sul conflitto di interesse sono inoltre presenti nell'art. 6 *bis*, l. n. 241/1990 (introdotto dalla l. n. 190/2012, c.d. legge anti-corrruzione) e nel Codice di comportamento dei dipendenti pubblici (art. 7, d.p.r. n. 62/2013).

alla regolamentazione del conflitto di interessi come mezzo per tutelare la legalità e la trasparenza.

4.3 La valutazione dei rapporti tra le norme interne e dell'Unione Europea in caso di contrasto. La disapplicazione.

L'introduzione delle norme comunitarie ha profondamente modificato la configurazione del diritto nazionale e la disciplina degli appalti pubblici è sottoposta quindi alle norme di due ordinamenti differenti.

I rapporti tra norme di fonte comunitaria e norme di fonte nazionale vanno valutati, da parte delle singole amministrazioni, sulla base del principio, costantemente affermato dalla Corte di giustizia, di prevalenza delle prime sulle seconde. Per tale ragione non va tenuto conto della norma nazionale in contrasto con le norme dell'Unione (c.d. Disapplicazione) e delle prime va fornita una lettura costituzionalmente orientata al fine di rendere applicabile in concreto, e non solo in teoria, il principio o la regola comunitaria (c.d. Effetti utile). A fronte di ciò, tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con quelle europee direttamente applicabili. Numerosissime sono le sentenze che hanno progressivamente contribuito a definire gli assetti attuali, come descritti. Inizialmente la Corte Costituzionale¹⁵⁵ aveva stabilito che gli atti comunitari immessi nel nostro ordinamento dovessero essere valutati in base al criterio cronologico della successione delle leggi nel tempo e, di conseguenza, considerati abrogabili da leggi interne posteriori. Successivamente, nel caso di conflitto, le leggi interne sarebbero dovute essere impugnate davanti alla Corte costituzionale per un vaglio di legittimità¹⁵⁶. La terza fase della giurisprudenza

¹⁵⁵Corte Cost., sentenza n. 14 del 1964.

¹⁵⁶ Corte Cost., sentenza n. 232 del 1975.

costituzionale ha invece conformato l'impostazione della nostra Corte con quella della Corte di Giustizia, ed è tuttora valida. Infatti, a partire dalla sentenza n. 170 del 1984¹⁵⁷, è stato valorizzato il primato del diritto comunitario, che si afferma attraverso il potere-dovere del giudice comune di disapplicare le norme interne in contrasto con regolamenti comunitari o con altre norme comunitarie direttamente applicabili, senza bisogno di sollevare questione di costituzionalità sulle prime.

La Corte è andata poi oltre, definendo che non spetta soltanto al giudice disapplicare la normativa interna con tali atti incompatibile, ma anche alla pubblica amministrazione con riferimento quindi anche agli organi amministrativi¹⁵⁸.

In particolare, già da alcuni decenni, la Corte ha affermato nella sentenza n. 170 del 1984 e in altre successive che, *“il riconoscimento dell'ordinamento comunitario e di quello nazionale come ordinamenti reciprocamente autonomi, ma tra loro coordinati e comunicanti, porta a considerare l'immissione diretta nell'ordinamento interno delle norme comunitarie immediatamente applicabili come la conseguenza del riconoscimento della loro derivazione da una fonte (esterna) a competenza riservata, la cui giustificazione costituzionale va imputata all'art. 11 della Costituzione e al conseguente particolare valore giuridico attribuito al Trattato istitutivo delle Comunità europee e agli atti a questo equiparati. Ciò significa che, mentre gli atti idonei a porre quelle norme conservano il trattamento giuridico o il regime ad essi assicurato dall'ordinamento comunitario, nel senso che sono assoggettati alle regole di produzione normativa, di interpretazione, di abrogazione, di caducazione e di invalidazione proprie di quell'ordinamento, al contrario le norme da essi prodotte operano direttamente nell'ordinamento interno come norme investite*

¹⁵⁷Corte Cost., sentenza n. 170 del 1984.

¹⁵⁸Corte Cost., sentenza n.389 del 1989.

di forza o valore di legge, vale a dire come norme che, nei limiti delle competenze e nell'ambito degli scopi propri degli organi di produzione normativa della Comunità, hanno un rango primario".

Da ciò deriva che, nel campo riservato alla loro competenza, le norme comunitarie direttamente applicabili prevalgono rispetto alle norme nazionali, anche se di rango legislativo, senza tuttavia produrre, nel caso che queste ultime siano incompatibili con esse, effetti estintivi. L'eventuale conflitto fra il diritto comunitario direttamente applicabile e quello interno produce un effetto di disapplicazione delle disposizioni interne, seppure nei limiti di tempo e nell'ambito materiale entro cui le competenze comunitarie sono legittimate a svolgersi. I giudici nazionali, agendo come organi giurisdizionali comuni del diritto europeo o organi decentrati della giurisdizione europea obbligati a farne rispettare le regole, diventano parte attiva nell'applicazione del diritto europeo all'interno di un ordinamento sempre più integrato¹⁵⁹. Tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi in senso materiale, tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi, sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme stabilite dagli artt. 52 e 59 del Trattato C.E.E. nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea.

La disapplicazione, quale modo di risoluzione delle antinomie normative, presuppone la contemporanea vigenza delle norme reciprocamente contrastanti, non producendo alcun effetto sull'esistenza o meno delle stesse.

Gli Stati membri è necessario che apportino le modificazioni o abrogazioni al proprio diritto interno, al fine di depurarlo da eventuali incompatibilità o

¹⁵⁹Tizzano, *Il ruolo della Corte di giustizia UE in una fase di crisi del modello sopranazionale*, in www.affarinternazionali.it, 2008.

disarmonie con le prevalenti norme comunitarie. Tale esigenza, che si collega al principio della certezza del diritto, sul piano comunitario, invece, rappresenta una garanzia tanto essenziale al principio della prevalenza del proprio diritto su quelli nazionali da costituire l'oggetto di un preciso obbligo per gli Stati membri¹⁶⁰.

La Corte costituzionale ha quindi accettato le conclusioni del giudice europeo sulla diretta applicabilità delle direttive ed estende questa caratteristica alle sentenze interpretative e alle sentenze di condanna della Corte di Giustizia, nonché alle cd. direttive dettagliate o auto-applicative¹⁶¹, non soltanto rispetto alla legge ordinaria o ad altri atti aventi forza di legge, ma anche rispetto a norme costituzionali¹⁶², pur rimanendo fermo il limite del rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili.

4.4 Breve analisi giurisprudenziale con riferimento al processo di europeizzazione

Nell'arco di oltre quarant'anni, le decisioni della Corte di giustizia e dei giudici nazionali hanno condizionato intensamente la legislazione e il funzionamento del sistema italiano di contrattazione pubblica, svolgendo un ruolo decisivo di rinnovamento.

Il processo di europeizzazione delle regole nazionali in materia di appalti pubblici ha ridefinito, anche con il contributo insostituibile delle Corti, l'impostazione della disciplina italiana, non solo verso "il basso" sulle prassi e

¹⁶⁰V., in tal senso, Corte di giustizia delle Comunità europee: sent. 25 ottobre 1979, in causa 159/78; sent. 15 ottobre 1986, in causa 168/85; sent. 2 marzo 1988, in causa 104/86.

¹⁶¹Corte Cost., sent. n. 168/1991.

¹⁶²Corte Cost., sent. nn. 399/1987; 126/1996.

le regole nazionali di dettaglio, ma anche verso “l’alto”, modificando la *ratio* stessa degli interventi del legislatore italiano.

L’impulso euro-unitario ha scardinato l’impianto classico delle norme e delle procedure nazionali¹⁶³.

Il sistema legislativo nazionale, invero, è passato da una concezione unipolare attenta alla tutela di un unico momento di interesse, ovvero la salvaguardia del corretto agire e trasparente operare dell’amministrazione, ad una bipolare, nella quale gli estremi sono, da una parte, la tutela dell’amministrazione pubblica e, dall’altra, la tutela del mercato. Sul cambiamento ha influito profondamente l’azione di *rules makers* dei giudici europei. Si pensi, ad esempio, alla progressiva estensione del campo di applicazione soggettivo e oggettivo delle regole europee, al tema della partecipazione alle gare, con le conseguenti garanzie di pubblicità, alla tipizzazione delle procedure, alla liberalizzazione dei criteri di aggiudicazione, alle forme di responsabilità e all’effettività dei mezzi di tutela.

Pertanto, non richiede particolari evidenze scientifiche l’affermazione circa l’importanza del ruolo assunto dal formante giurisprudenziale¹⁶⁴ soprattutto nel settore degli appalti pubblici, tanto a livello europeo quanto nazionale.

Riconoscere questo ruolo/funzione della giurisprudenza europea implica molteplici conseguenze, fra tutte, quella macroscopica dell’alterazione dei processi di produzione delle regole, specialmente evidente nei sistemi (come quello italiano) dove gli stessi processano invece fondati sulle procedure parlamentari.

¹⁶³La Corte chiarisce che la fissazione in termini generali ed astratti di un’unica modalità di aggiudicazione priva le amministrazioni della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di ogni singolo appalto e conseguentemente di scegliere la soluzione più adatta in relazione alla natura dell’appalto e all’obiettivo di garantire l’individuazione della miglior offerta; cfr. sentenza CGCE, C-247/02.

¹⁶⁴Ignazio Francesco CARAMAZZA, *La giurisdizione delle Corti sovranazionali e nazionali nella prospettiva del diritto globale*, in Pier Luigi PORTALURI (a cura di), *L’Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, atti del convegno di Lecce 27-28 Aprile 2012 "Collana della Facoltà di Giurisprudenza - Università del Salento" 2012, cit., pag 417, più esplicitamente parla di “prepotente crescita del potere giudiziario nell’età della globalizzazione”.

In questi sistemi assistiamo, dunque, alla progressiva formazione di un diritto giurisprudenziale¹⁶⁵, vale a dire un diritto che trova la soluzione delle controversie sia fra le disposizioni normative, sia nei precedenti giurisprudenziali¹⁶⁶, che sono anzitutto quelli della Corte di giustizia.

Al mutamento del processo di produzione delle regole corrisponde, quale ulteriore conseguenza, il mutamento qualitativo delle stesse.

In altri termini è vero che con la propria attività interpretativa la Corte riesce a unificare le regole nazionali più efficacemente di quanto riescano le disposizioni dei Trattati, delle direttive o dei regolamenti. Ciò avviene perché quando la Corte interpreta una norma o un principio essa impone *erga omnes* quell'unica interpretazione e applicazione, che viene quindi sottratta alla discrezionalità degli Stati membri.

A questo *deficit* di sistematicità e di certezza giuridica si somma un'ulteriore conseguenza. L'azione interpretativa della Corte, infatti, in molte occasioni offre una lettura in termini specifici e cogenti dei principi generali (ad esempio con riferimento ai principi di non discriminazione, proporzionalità, parità di trattamento, trasparenza) che tende a tradursi nell'obbligo per le amministrazioni di rispettare nuove regole procedurali.

¹⁶⁵Sulla convergenza che detto fenomeno comporta fra il modello delle regole scritte dell'Europa continentale e quello dello *stare decisis* dell'Europa anglosassone vedi G.A. BENACCHIO, *Verso le direttive di quarta generazione*, in G.A. BENACCHIO, M. COZZIO (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano, 2012, pagg. 13 ss.

¹⁶⁶Si riportano, in via esemplificativa, alcune decisioni del Consiglio di Stato del 2012 che rinviano alle pronunce della Corte di giustizia; cfr., ad esempio, Consiglio di Stato, sez. VI, 8 maggio 2012, n. 2657 sul tema della partecipazione alle gare pubbliche da parte di imprese collegate; Consiglio di Stato, sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482, Consiglio di Stato, sez. V, 19 novembre 2012, n. 5846, entrambe sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione per violazione delle regole europee nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici; Consiglio di Stato, sez. V, 1 marzo 2012, n. 1195 e sez. III, 1 febbraio 2012, n. 514, entrambe sulla preventiva indicazione nei documenti di gara del valore ponderale dei criteri di valutazione delle offerte; Consiglio di Stato, sez. V, 17 ottobre 2012, n. 5293 sulla commistione fra criteri di valutazione tecnica e criteri di qualificazione; Consiglio di Stato, sez. VI, 9 luglio 2012, n. 4025, sulla qualificazione di un ente fiera quale organismo di diritto pubblico; Consiglio di Stato, sez. III, 20 novembre 2012, n. 5882 sulla nozione di operatore economico delle associazioni di volontariato; Consiglio di Stato, sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810 sulle formalità necessarie per la validità del contratto di avvalimento.

Il risultato finale, pertanto, è quello di trasformare per via giurisprudenziale il principio generale in norma di dettaglio. Di qui un'ulteriore spinta all'affermarsi di uno *jus commune* in materia di appalti pubblici che agisce direttamente nei confronti delle amministrazioni "scavalcando" gli Stati, i quali non possono disattendere le scelte delle amministrazioni (perché attuative, appunto, delle regole dell'Unione), pena l'applicazione delle sanzioni per violazione degli obblighi derivanti dai Trattati con le conseguenze che ne derivano in tema di responsabilità dello Stato.

5. L'orientamento recente dell'Unione Europea a rafforzare il buon funzionamento del mercato a tutela dell'operatore economico

5.1 Lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali

Le differenze tra le norme dell'Unione in tema di pagamento e le prassi seguite negli Stati membri costituiscono un ostacolo al buon funzionamento del mercato interno.

L'orientamento della Corte di Giustizia è volto ad evidenziare che tali situazioni limitano notevolmente le transazioni commerciali tra gli Stati membri; ciò contrasta con l'articolo 18 del trattato secondo il quale gli operatori economici dovrebbero essere in grado di svolgere le proprie attività in tutto il mercato interno in condizioni che garantiscano che le operazioni transfrontaliere non comportino rischi maggiori di quelle interne. Invero, l'applicazione di norme sostanzialmente diverse alle operazioni interne e a quelle transfrontaliere comporterebbe la creazione di distorsioni della concorrenza.

La Commissione europea ha chiesto alla Corte di Giustizia di dichiarare che la Repubblica italiana, avendo omesso e omettendo tuttora di assicurare che le sue amministrazioni pubbliche non oltrepassino i termini di 30 o 60 giorni di calendario per il pagamento dei loro debiti commerciali, è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza della direttiva 2011/7/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali¹⁶⁷, e, in particolare, a quelli di cui all'articolo 4 di tale direttiva.

La direttiva 2011/7 è stata recepita nell'ordinamento giuridico italiano dal decreto legislativo 9 novembre 2012, n. 192 – Modifiche al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, per l'integrale recepimento della direttiva 2011/7/UE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, a norma dell'articolo 10, comma 1, della legge 11 novembre 2011, n. 180¹⁶⁸. Il decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, a sua volta, aveva recepito nell'ordinamento giuridico italiano la direttiva 2000/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 giugno 2000, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali¹⁶⁹.

Tra i provvedimenti adottati dalla Repubblica italiana per garantire la puntualità dei pagamenti delle pubbliche amministrazioni rientrano il decreto legge 8 aprile 2013, n. 35 – Disposizioni urgenti per il pagamento dei debiti scaduti della pubblica amministrazione, per il riequilibrio finanziario degli enti territoriali, nonché in materia di versamento di tributi degli enti locali¹⁷⁰, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 6 giugno 2013, n. 64¹⁷¹, nonché il decreto legge 24 aprile 2014, n. 66 – Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale¹⁷²,

¹⁶⁷GU 2011, L 48, pag. 1.

¹⁶⁸GURI n. 267, del 15 novembre 2012.

¹⁶⁹GU 2000, L 200, pag. 35.

¹⁷⁰GURI n. 82, dell'8 aprile 2013.

¹⁷¹GURI n. 132, del 7 giugno 2013.

¹⁷²GURI n. 95, del 24 aprile 2014.

convertito in legge, con modificazioni dalla legge 23 giugno 2014, n. 89¹⁷³. Tali decreti legge prevedono in particolare lo stanziamento di risorse finanziarie aggiuntive per il pagamento dei crediti certi, liquidi ed esigibili delle imprese nei confronti delle pubbliche amministrazioni. A seguito di una serie di denunce presentate da operatori economici e associazioni di operatori economici italiani, la Commissione ha inviato alla Repubblica italiana, il 19 giugno 2014, una lettera di messa in mora, contestandole l'inadempimento degli obblighi ad essa incombenti, segnatamente, ai sensi dell'articolo 4 della direttiva 2011/7/UE.

La Commissione fa valere che i dati comunicati dalla Repubblica italiana stessa dimostrano che le pubbliche amministrazioni italiane hanno superato i termini di pagamento di 30 o 60 giorni stabiliti dall'articolo 4, paragrafi 3 e 4, della direttiva 2011/7. Un superamento siffatto, la cui esistenza non sarebbe espressamente contestata da tale Stato membro, riguarderebbe l'insieme delle pubbliche amministrazioni e si estenderebbe su un periodo di diversi anni.

Secondo la Commissione, un siffatto superamento continuato e sistematico, da parte delle pubbliche amministrazioni italiane, dei termini di pagamento previsti dall'articolo 4, paragrafi 3 e 4, della direttiva 2011/7/UE costituisce di per sé una violazione di quest'ultima, imputabile alla Repubblica italiana. Infatti, dopo l'entrata in vigore di tale direttiva, gli Stati membri, in forza del suo articolo 4, paragrafi 3 e 4, sarebbero tenuti non solo a prevedere, nella loro normativa di recepimento di detta direttiva e nei contratti relativi a transazioni commerciali in cui il debitore è una delle loro pubbliche amministrazioni, termini massimi di pagamento conformi a tali disposizioni, ma anche ad assicurare il rispetto effettivo di questi termini da parte delle suddette pubbliche amministrazioni.

La circostanza, quand'anche accertata, che la situazione relativa ai ritardi di pagamento delle pubbliche amministrazioni italiane nelle transazioni

¹⁷³ GURI n. 143, del 23 giugno 2014.

commerciali contemplate dalla direttiva 2011/7/UE sia in via di miglioramento non può ostare a che la Corte dichiari che la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del diritto dell'Unione¹⁷⁴. La Corte (Grande Sezione) ha dichiarato che l'Italia non assicurando che le sue pubbliche amministrazioni rispettino effettivamente i termini di pagamento stabiliti all'articolo 4, paragrafi 3 e 4, della direttiva 2011/7/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tali disposizioni.

5.2 Esclusione automatica dell'operatore in caso di carenza di requisiti in capo al subappaltatore: sentenza 30 gennaio 2020 nella causa c-395/18

La Corte di Giustizia, in data 30 gennaio 2020 nella causa C-395/18, si è pronunciata sulla previsione del Codice Appalti, che allo stato è sospesa dallo “Sblocca Cantieri”, che prevede l'esclusione automatica del concorrente che ha indicato in gara un subappaltatore poi risultato privo di requisiti. *“L'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, non osta ad una normativa nazionale, in virtù della quale l'amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di detto operatore*

¹⁷⁴V., per analogia, sentenza del 24 ottobre 2019, Commissione/Francia (Superamento dei valori limite per il biossido di azoto), C-636/18, EU:C:2019:900, punto 49.

venga constatato il motivo di esclusione previsto dalla disposizione sopra citata. Per contro, tale disposizione, letta in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 6, della medesima direttiva, nonché il principio di proporzionalità, ostano ad una normativa nazionale che stabilisca il carattere automatico di tale esclusione”.

In conclusione, la normativa nazionale che prevede in modo generale e astratto l'esclusione automatica dell'operatore economico, qualora nei confronti di uno dei subappaltatori indicati nell'offerta di tale operatore venga constatata una violazione degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, indipendentemente dalle circostanze in cui si è verificata tale violazione, viola il principio di proporzionalità, imponendo alle amministrazioni aggiudicatrici di procedere automaticamente a tale esclusione a causa della violazione commessa da un subappaltatore, ed eccedendo così il margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri, a norma dell'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24, in ordine alla precisazione delle condizioni di applicazione del motivo di esclusione previsto dall'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), di detta direttiva nel rispetto del diritto dell'Unione.

CAPITOLO QUARTO

Considerazioni critiche e prospettive di riforme

1. Il Decreto Sblocca Cantieri: le criticità rilevate

Il Decreto-Legge 18 aprile 2019 n. 32 recante “*Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l’accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*” (c.d. Decreto Sblocca Cantieri), pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 92 del 18 aprile 2019 apporta, con gli articoli 1 e 2, numerose modifiche al D.Lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), le quali pongono alcune criticità. Si evidenzia preliminarmente che tutte le modifiche intervenute sul Codice, dalla sua emanazione ad oggi, incluse quelle recate dal D.L. 32/2019, rendono il quadro normativo di settore poco chiaro, estremamente fluido e in continuo divenire, quale circostanza che determina evidenti difficoltà applicative delle norme di riferimento da parte degli operatori del settore.

L’incertezza giuridica del quadro normativo di settore influisce inevitabilmente sul corretto svolgimento del mercato degli appalti pubblici. Si osserva, infatti, che laddove il dato normativo si presenta frammentato e non chiaro, si incorre nel rischio di un’applicazione errata o distorta delle disposizioni di riferimento, di un allungamento dei tempi occorrenti per lo svolgimento delle procedure di aggiudicazione, oltre che della fase di esecuzione dei relativi contratti e di un conseguente aumento del contenzioso. Sotto altro profilo, un quadro giuridico confuso non favorisce la concorrenza, scoraggiando gli investimenti anche di

imprese estere e, questione da evidenziare, può favorire la commissione di eventi corruttivi.

È quindi evidente il rischio che al continuo mutamento delle norme di settore, consegua un non corretto esercizio dell'azione amministrativa nel settore contrattuale pubblico.

Le criticità sopra rappresentate, impongono di prestare particolare attenzione al coordinamento generale della disciplina in materia e di limitare eventualmente gli interventi di modifica urgenti alle disposizioni che presentino effettivamente un contenuto più critico, o perché necessitano di chiarimenti da parte del legislatore o per l'impatto che a breve periodo possono avere sul mercato degli appalti pubblici.

1.1 Appalti sotto-soglia

Le modifiche apportate alla disciplina degli appalti sotto-soglia rischiano di non centrare gli obiettivi di snellimento e semplificazione che la novella si prefigge. In primo luogo, la riduzione della soglia entro cui è possibile ricorrere alla procedura negoziata per l'affidamento dei lavori amplia l'ambito di applicazione delle procedure aperte, con le conseguenti complessità legate alla gestione di procedure molto partecipate. I contrappesi introdotti non paiono essere del tutto efficaci. Invero, gli effetti acceleratori della preferenza accordata al criterio del prezzo più basso potrebbero rivelarsi di scarso rilievo in quanto impattanti su una percentuale non significativa di affidamenti e potrebbero essere in parte neutralizzati dalla reintroduzione dell'appalto integrato che implica l'utilizzo del criterio dell'OEPV. L'inversione procedimentale, oltre a non essere coerente con un sistema di aggiudicazione al prezzo più basso con esclusione automatica delle offerte anomale che calcola la soglia di anomalia sulla base delle offerte ammesse, implica l'appesantimento procedurale del secondo calcolo della soglia

di anomalia, favorisce l'aumento del contenzioso e lascia margini per manovre in grado di condizionare gli esiti dell'affidamento, in sede di soccorso istruttorio, da parte di operatori economici non utilmente collocati in graduatoria e soggetti al controllo dei requisiti.

1.2 Motivi di esclusione

Le modifiche apportate ai motivi di esclusione dalle gare rischiano di ingenerare numerosi contenziosi e rallentare l'affidamento delle commesse pubbliche. L'introduzione della causa di esclusione "facoltativa" nei confronti degli operatori economici che non abbiano ottemperato agli obblighi di pagamento di imposte o contributi in caso di violazioni "non definitivamente" accertate andrebbe temperata richiamando il carattere di gravità della violazione, in ossequio al principio di proporzionalità. Diverse sono, inoltre, le criticità riscontrate riguardo l'efficacia temporale dell'interdizione dalle procedure di gara: 1) relativamente alle sentenze penali di condanna, è necessario un maggiore coordinamento tra la prescrizione di cui al comma 10, lett. b dell'art. 80, quella di cui al comma 10-bis, primo periodo, del Codice dei contratti pubblici, e l'art. 317-bis c.p., onde evitare possibili antinomie tra le disposizioni dello stesso Codice degli appalti e le previsioni del Codice penale; 2) relativamente ai casi diversi dalle condanne penali, la previsione di una durata fissa (tre anni) per l'interdizione difetta della necessaria proporzionalità con le eterogenee ipotesi contemplate dal comma 5 dell'art. 80, ingenerando anche confusione sulla valenza escludente di fatti la cui verifica è soggetta ad un accertamento puntuale disposto con riferimento al momento dell'autodichiarazione resa, senza considerare che la decisione di ancorare il decorso del termine alla "data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione", oltre a porsi in

contrasto con le direttive europee, rende incerto quale debba essere il *dies a quo*, rendendo al contempo inapplicabile l'esclusione agli illeciti professionali gravi non cristallizzati in un provvedimento amministrativo; 3) appare, in ogni caso, poco chiara la formulazione dell'ultimo periodo del comma 10-bis dell'art. 80, che sembra introdurre uno spazio di discrezionalità eccessivamente lato in favore delle stazioni appaltanti, chiamate a tener conto del tempo occorrente alla definizione del giudizio ai fini delle loro decisioni in ordine all'eventuale esclusione del concorrente dalla gara.

1.3 Trasparenza

L'abrogazione dell'obbligo di pubblicare il provvedimento recante le ammissioni e/o esclusioni, nella sezione "Amministrazione Trasparente", sebbene appaia coerente con la soppressione del cd. rito "superaccelerato" sulle ammissioni/esclusioni, necessita di un maggior coordinamento con l'art. 76, comma 2-bis, del Codice, laddove è previsto l'obbligo di comunicare individualmente il provvedimento de quo, potendo sorgere il dubbio circa l'onere di impugnativa, ai sensi dell'art. 120, comma 5, c.p.a.

1.4 Qualità e controlli

Il sistema normativo vigente pone, per espressa previsione dell'art. 30 D.Lgs. 50/2016, la qualità al vertice dei principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni. Questa indicazione ha origini risalenti, trovandosi già enunciata nell'art. 1 della Legge Merloni che ne evidenzia la derivazione Costituzionale. Ciò in quanto essa risponde all'esigenza di perseguire i maggiori benefici per la società, promuovendo una crescita economica sostenibile attraverso l'attuazione di misure che possano garantire, nella realizzazione di opere ed affidamenti pubblici e nella loro gestione, la sicurezza e il benessere

degli utilizzatori finali in un sistema di economia circolare. Nel tempo sul tema si è innestata anche una decisa attenzione da parte del legislatore europeo. Il perseguimento della qualità della prestazione è strettamente connesso al profilo dei controlli che in molti casi hanno costituito, in un'ottica sistematica, un contrappeso a sempre maggiori istanze di liberalizzazione. È fondamentale per un efficace perseguimento della qualità delle prestazioni il mantenimento di un adeguato bilanciamento tra le due contrapposte esigenze¹⁷⁵ (controllo vs deregolamentazione). Diverse, tra le modifiche apportate dal D.L. 32/2019 in esame al Codice dei Contratti, alterano tale bilanciamento. Tra queste si segnalano quelle che incidono direttamente sulle esistenti misure volte a garantire la qualità delle prestazioni e quelle che concorrono ad attenuare il sistema di controlli delineato dal previgente quadro normativo.

1.5 Qualificazione

Uno dei cardini del sistema di qualificazione degli operatori economici a presidio della qualità della prestazione offerta è che possa essere garantita la continua verifica della idoneità e della capacità di esecuzione delle imprese. Ciò implica un adeguato bilanciamento tra l'esperienza maturata nel tempo e la continuità di esecuzione. L'estensione da 10 a 15 anni del periodo documentabile per il possesso dei requisiti per l'attestazione di qualificazione SOA¹⁷⁶ per gli esecutori di lavori pubblici, introdotta dal D.L. 32/2019 in esame, altera l'equilibrio sopra indicato rendendo prevalente la sola esperienza, oltretutto anche risalente nel tempo. Ciò rischia di aprire il mercato ad imprese non in possesso delle

¹⁷⁵Vedi *infra* par.4.2

¹⁷⁶L'Attestazione SOA è la certificazione obbligatoria per la partecipazione a gare d'appalto per l'esecuzione di appalti pubblici di lavori, ovvero un documento necessario e sufficiente a comprovare, in sede di gara, la capacità dell'impresa di eseguire, direttamente o in subappalto, opere pubbliche di lavori con importo a base d'asta superiore a € 150.000,00; essa attesta e garantisce il possesso da parte dell'impresa del settore delle costruzioni di tutti i requisiti previsti dalla attuale normativa in ambito di Contratti Pubblici di lavori.

competenze tecniche più aggiornate o addirittura non attive, con conseguente alterazione della concorrenza. La scelta di ampliare il periodo documentabile per il possesso dei requisiti rischia inoltre di rallentare il sistema di qualificazione, a causa di prevedibili difficoltà nel reperimento ed asseverazione della documentazione più risalente, posto che il momento iniziale del nuovo termine di legge si colloca in un periodo antecedente alla informatizzazione del sistema. Per contro, l'obiettivo di sostenere le imprese che hanno difficoltà nell'attestazione di lavori per gli importi previsti a legislazione vigente può essere diversamente perseguito tramite la promozione dell'utilizzo di strumenti già esistenti che consentono l'aggregazione delle imprese, con conseguente possibilità di cumulo dei requisiti, sia nel solo momento di accesso alla gara sia a monte, con riferimento all'attività di qualificazione della specifica impresa.

1.6 Subappalto

L'innalzamento della quota di affidamento subappaltabile (dal 30% al 50%) e la completa eliminazione della verifica dei requisiti del subappaltatore in gara arrecano problemi di varia natura. L'assenza di limite al subappalto viene a livello europeo strettamente correlata alla necessità che i documenti dell'appalto impongano ai concorrenti di indicare nelle offerte l'intenzione di subappaltare ai subappaltatori proposti, di modo che l'amministrazione sia posta in grado di verificare le loro capacità in occasione della valutazione delle offerte e della selezione dell'aggiudicatario. Per contro, le modifiche introdotte dal D.L. 32/2019 in esame tendono parallelamente sia a ridurre i limiti per il subappalto sia a posticipare ad una fase successiva all'aggiudicazione e direttamente afferente all'esecuzione ogni verifica che possa riguardare i subappaltatori ed anche l'individuazione degli stessi.

Ciò potrebbe altresì aggravare talune criticità esistenti¹⁷⁷ che le disposizioni modificate dal D.L. 32/2019 miravano a contenere, tenuto anche conto che il limite del 50% risulta essere virtuale per i lavori, in relazione al combinato disposto con l'art. 1, comma 2, D.M. n. 248 del 10.11.2016¹⁷⁸.

L'eliminazione del divieto di subappalto in favore del concorrente¹⁷⁹ potrebbe stimolare accordi collusivi in fase di gara, che sfociano in cospicue "spartizioni" in fase di esecuzione.

1.7 Progettazione

Le scelte operate dal D.L. 32/2019 in materia di progettazione destano perplessità circa il concreto perseguimento dell'obiettivo di semplificazione indicato. La scelta di introdurre all'art. 24 del Codice il nuovo comma 3 bis che estende anche alle manutenzioni straordinarie la possibilità di affidamento sulla base della sola progettazione definitiva e senza limite di importo, al pari delle manutenzioni ordinarie, incrementa il rischio criticità in fase esecutiva e il ricorso a varianti, data l'evidente differenza tra le due tipologie di manutenzione e la maggiore complessità delle prime. L'attribuzione della progettazione esecutiva all'aggiudicatario ha mostrato, già nel previgente sistema poi riformato dal D.Lgs. 50/2016, manifesti limiti in termini di incremento dei costi di partecipazione alle gare per gli operatori economici (predisposizione del progetto esecutivo in fase di gara); nessuna riduzione significativa del ricorso alle varianti in corso d'opera; nessuna riduzione del contenzioso amministrativo; negativa incidenza sulla qualità dei lavori. A fronte delle note criticità dell'istituto dell'appalto integrato, il D.L. 32/2019 non introduce elementi di temperamento

¹⁷⁷Segnatamente le Infiltrazioni della criminalità organizzata, la violazione delle norme a tutela del lavoro nonché lo scarso controllo sull'effettivo esecutore dell'affidamento.

¹⁷⁸Ancora in vigore anche ai sensi del nuovo art. 216 comma 27 *octies* del Codice.

¹⁷⁹Norma precedentemente prevista dall'art. 105 comma 4 lett. a) D.Lgs. 50/2016, abrogata dal d.l. 32/2019.

idonei ad escludere che le stesse si ripresentino, quale la promozione ed incremento della competenza e della qualificazione delle stazioni appaltanti. Per effetto della reintroduzione dell'appalto integrato troverà, inoltre, consistente mitigazione l'utilizzo del criterio del prezzo più basso e ciò in controtendenza con gli stessi obiettivi del D.L. 32/2019. Infine, anche la scelta di rimettere alle stazioni appaltanti, anziché al CIPE, l'approvazione delle varianti fino al 50% è idonea a ridurre sensibilmente il controllo sulla fase di esecuzione, alla luce di tutto quanto sopra rilevato.

1.8 Centrali di committenza e qualificazione delle stazioni appaltanti

L'art. 37 comma 4 D.Lgs. 50/2016, come modificato dal D.L. 32/2019, prevede la facoltà, anche per i comuni non capoluogo, di svolgere le procedure di gara senza l'ausilio degli strumenti aggregativi¹⁸⁰.

La norma ostacola il processo di riduzione del numero delle stazioni appaltanti e, in attesa che sia dato rinnovato impulso all'indispensabile attuazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti¹⁸¹, ripropone le criticità connesse alle capacità gestionali dei piccoli comuni, in termini di competenza, contenimento dell'azzardo morale, facilitazione dei controlli da parte dei soggetti deputati, ed economia degli affidamenti.

L'effetto combinato tra la presente disposizione, come novellata, e la mancata promozione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti produce l'effetto di rendere difficoltosa l'azione di controllo generalizzato su un sistema di affidamenti diffuso e polverizzato.

¹⁸⁰Quali le Centrali di committenza, ai soggetti aggregatori o alle stazioni appaltanti uniche.

¹⁸¹Previsto dall'art. 38 D.Lgs. 50/2016.

1.9 Commissari straordinari

In tema di riduzione dei controlli, appare utile segnalare l'art. 4 del D.L. 32/2019 che introduce la facoltà di nomina di commissari straordinari per interventi prioritari che possono operare in deroga alla generalità dei settori/materie¹⁸², con talune eccezioni¹⁸³.

La norma non prevede criteri in base ai quali individuare gli interventi prioritari e non indica la normativa applicabile in concreto, lasciando ai singoli commissari la soluzione dei problemi applicativi e interpretativi, con evidenti riverberi sull'operatività dei commissari stessi.

Non sono state valorizzate talune recenti esperienze¹⁸⁴ che consentono di inserire l'intervento emergenziale, *latu sensu* inteso, in un quadro di ordinaria gestione. Si tratta di strumenti, chiari e flessibili, non totalmente abdicativi della normativa di riferimento, mediante i quali sono individuate, nello stesso codice dei contratti pubblici, le norme che operano in regime di urgenza e le attività per le quali interviene la deroga, fermo restando un generale obbligo motivazionale.

2. Codice Appalti: le ulteriori criticità riscontrate

Successivamente all'approvazione del Codice degli Appalti le diverse associazioni di categorie degli operatori economici coinvolti nel ciclo dei lavori pubblici hanno insistito nel porre all'attenzione del legislatore varie problematiche che rendono difficoltosa ed a volte impossibile l'applicazione del Codice degli Appalti, alle quali sin dal primo momento si è reso necessario porre rimedio mediante innesti legislativi.

¹⁸²Es.: urbanistica, contrattualista pubblica ecc.

¹⁸³Es.: i principi inderogabili derivanti dall'appartenenza alla U.E., la legislazione antimafia.

¹⁸⁴Segnatamente quelle maturate nel contesto delle attività conseguenti agli eventi sismici del 2006 in centro Italia.

Entrando nel dettaglio, le proposte di modifica sono state raggruppate per finalità da perseguire:

- semplificazione delle procedure;
- nuovo impulso agli appalti;
- il problema delle aggregazioni delle stazioni appaltanti: creare un quadro di regolazione semplificato e omogeneo.

2.1 Semplificazione delle procedure

In riferimento al primo punto è stato proposto l'aumento delle soglie per l'utilizzo delle procedure negoziate¹⁸⁵ limitatamente alle Stazioni Appaltanti in possesso di un proprio Albo Informatizzato di operatori economici, costituito a seguito di avviso pubblicato sul “Servizio Contratti Pubblici” del M.I.T., e sempre aperto agli operatori, da utilizzare secondo il principio della equa rotazione.

Con specifico riferimento alla proposta UNITEL¹⁸⁶, questa prevede l'utilizzo della procedura negoziata invitando:

- almeno 5 operatori economici per importi lavori fino a 500.000 euro;
- almeno 15 operatori economici per importi lavori fino alla soglia comunitaria.

Viene suggerita una semplificazione delle procedure e dei requisiti per la qualificazione delle Stazioni appaltanti¹⁸⁷, escludendo dalla qualificazione quelle in cui il Dirigente Responsabile non sia in possesso dei requisiti di

¹⁸⁵Art. 36, comma 2, lett b e c. del C.A.

¹⁸⁶Nel mese di aprile 2019 si è svolta presso l'VIII Commissione Lavori Pubblici del Senato l'audizione dell'Unione Nazionale dei Tecnici degli Enti Locali (UNITEL) in merito alle proposte di modifica al D.Lgs. n. 50/2016 (c.d. *Codice dei contratti*). All'audizione sono state rappresentate alcune delle principali criticità che secondo UNITEL “rendono difficoltosa ed, a volte impossibile, l'applicazione del Codice degli Appalti”. Oltre alle criticità, sono state illustrate anche le proposte di modifica come la Piattaforma Nazionale degli Appalti e l'Albo Nazionale dei Fornitori abilitati a contrarre con la PA, che hanno lo scopo di “ridurre in maniera drastica i tempi della procedura di gara e le incombenze burocratiche poste a carico delle Stazioni Appaltanti e degli Operatori Economici”.

¹⁸⁷Art. 38 del C.A.

professionalità previsti per la figura del RUP. Questo al fine di evitare la richiesta di requisiti eccessivamente onerosi soprattutto per i piccoli Enti che saranno costretti ad aggregazioni o a delegare alle centrali di committenza con aggravio dei costi. Inoltre, le prime esperienze applicative della stazione unica appaltante hanno evidenziato:

- tempi lunghi per le procedure di gara;
- costi elevati per il funzionamento nel caso di ricorso a soggetti esterni (c.d. soggetti aggregatori);
- sperpero di esperienza e di competenza del personale dei singoli Enti, esautorati nei compiti espletati per decenni.

"Si diceva -rileva UNITEL - che riducendo il numero delle Stazioni Appaltanti da 13.000 a circa 300, il settore degli appalti avrebbe avuto una impennata nella crescita; invece forse non è proprio così. In Francia le S.A. sono 30.000 e nessuno ha mai parlato di ridurle. La qualificazione delle Stazioni Appaltanti, rappresenta comunque un controsenso, alla luce dell'obbligo del ricorso all'Albo dei Commissari di Gara di cui all'art.78 del Codice".

Altra modifica riguarda la verifica del possesso dei requisiti mediante banca dati nazionale degli operatori¹⁸⁸ che avrebbe dovuto entrare in vigore entro il 31 dicembre 2016 ma che, come tante altre disposizioni, non ha mai visto la luce costringendo gli operatori a utilizzare il sistema dell'AVCPass¹⁸⁹ dell'ANAC per il quale sono state individuate parecchie anomalie. La proposta è quella di realizzare una Banca Dati Nazionale degli Operatori Economici che consenta alle Stazioni Appaltanti di verificare in tempo reale il possesso dei requisiti di

¹⁸⁸Art. 81 del C.A.

¹⁸⁹Il nuovo sistema AVCPASS permette alle Stazioni Appaltanti e agli Enti aggiudicatori l'acquisizione dei documenti a comprova del possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per l'affidamento dei contratti pubblici. Agli Operatori Economici permette di inserire a sistema i documenti la cui produzione è a proprio carico ai sensi dell'art. 6-bis, comma 4, del Codice. L'operatore economico può utilizzare tali documenti per ciascuna delle procedure di affidamento alle quali partecipa, entro il periodo di validità del documento.

carattere generale, tecnico-professionale ed economico-finanziario, sia durante la partecipazione alle procedure di gara che durante l'esecuzione.

Viene richiesta la modifica delle disposizioni previste per la verifica dei requisiti di partecipazione¹⁹⁰ ed in particolare viene proposto di definire chiaramente quali siano gli adempimenti a carico delle Stazioni Appaltanti per definire "l'esito della verifica della documentazione attestante la sussistenza dei requisiti".

In riferimento al subappalto¹⁹¹ viene proposta l'abolizione dell'obbligo di indicazione della terna di subappaltatori per importi inferiori alla soglia comunitaria.

2.2 Nuovo impulso agli appalti

E' stato rilevato¹⁹² che "Anche quando il progettista è altamente qualificato - il progetto subisce modifiche durante la fase di esecuzione. Modifiche generate dai mancati utili dell'impresa che si aggiudica la gara con ribassi eccessivi e, quasi sempre, vengono messi in discussione i materiali. Urge pertanto proteggere e garantire la qualità progettuale dell'opera, sia sotto l'aspetto architettonico, formale, paesaggistico ed ambientale, che per l'uso dei materiali, i quali devono essere ben individuati dal progettista, senza penalizzare tali scelte con il pretesto che l'individuazione precisa del materiale individua il produttore. Perché questo giochetto favorisce l'impresa, in quanto utilizza un prodotto simile, ma di bassa qualità a basso costo".

Altra criticità riguarda i tempi strettissimi sia per la redazione del progetto che per l'esecuzione dell'opera.

Viene proposta la possibilità di tornare all'appalto integrato e l'estensione del criterio del minor prezzo con esclusione automatica delle offerte anomale per

¹⁹⁰Art. 85 del C.A.

¹⁹¹Art. 105 del C.A.

¹⁹²Vedi nota n.9.

tutti i lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria nel caso in cui a base di gara sia posto il progetto esecutivo.

2.3 Il problema delle aggregazioni

Una delle difficoltà di maggiore applicazione delle nuove norme riguarda inoltre le aggregazioni delle stazioni appaltanti al fine di limitarne il numero, congiuntamente all'obbligo di avvalersi delle centrali di committenza allo scopo di conseguire risparmi di spesa per l'acquisizione di lavori, beni e servizi. Ciò comporta un processo di aggregazione dei Comuni che devono associarsi per poter stipulare determinati contratti. Tuttavia, dato che parecchi enti non dispongono di strutture adeguate, emerge che molti non sono in grado di gestire gli appalti di particolare complessità e delicatezza, anche associandosi fra loro.

Il ricorso a supporti esterni qualificati diventa una strada obbligata. In questo quadro un ruolo importante di ausilio e di supporto ai propri associati potrebbe essere svolto anche dal sistema associativo e di rappresentanza degli enti locali.

Pur essendo condivisibile, pertanto, l'individuazione delle forme di aggregazione e decisamente verso le Province e le Città metropolitane come risposta organizzativa per una più efficace gestione del sistema degli appalti¹⁹³, va sottolineato come anche a questo livello, in seguito alla crisi finanziaria dell'ente Provincia, si pone un problema di ricambio e di rafforzamento delle competenze con l'immissione di figure professionali idonee in grado di gestire l'applicazione concreta del codice e di sostenere i comuni.

E' quindi fondamentale rafforzare le centrali di committenza che aggregano la domanda degli enti locali al fine di soddisfare al meglio le esigenze degli enti

¹⁹³In particolare quindi nell'individuazione dell'ente intermedio quale riferimento istituzionale privilegiato.

locali medesimi. In questo contesto un supporto specializzato di affiancamento può essere fornito anche dalle associazioni rappresentative degli enti locali.

In definitiva occorre creare un quadro di regolazione omogeneo e più semplice che valorizzi e rafforzi le aggregazioni già in essere e il sistema di qualificazione.

3 L'ultima riforma del codice appalti: il D.L. semplificazioni

Il 17 luglio scorso è entrato in vigore il decreto legge 16 luglio 2020, n. 76 contenente “Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale” che include anche interventi, la maggior parte dei quali a carattere temporaneo, nell’ambito del codice dei contratti pubblici.

Di seguito vengono elencate alcune delle integrazioni di maggior rilevanza.

3.1 Contratti sotto-soglia

Nell’ambito delle procedure di affidamento sotto-soglia con determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento adottato entro il 31 luglio 2021, in deroga temporanea del disposto dall’articolo 36, comma 2 e 157 comma 2 del codice, si applica quanto previsto dall’articolo 1, comma 2 lettere a) e b) del D.L. 16 luglio 2020, n. 76 che prevede, per i lavori servizi e forniture, le seguenti modalità:

- affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150 mila euro¹⁹⁴;
- procedura negoziata senza bando (articolo 63 del codice) per servizi e forniture di importo pari o superiore a 150 mila euro e inferiore alle soglie di cui all’art. 35 del codice, con consultazione di almeno 5 operatori economici;

¹⁹⁴Per i servizi e forniture affidamento diretto fino alle soglie di cui all’articolo 35 del Codice.

- procedura negoziata senza bando (articolo 63 del codice) per lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, con consultazione di almeno 5 operatori economici;
- procedura negoziata senza bando (articolo 63 del codice) per lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, con consultazione di almeno 10 operatori economici;
- procedura negoziata senza bando (articolo 63 del codice) per lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del codice, con consultazione di almeno 15 operatori.

L'avviso sui risultati della procedura contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati.

3.2 Maggiori costi sicurezza

Fino al 31 luglio 2021, ai sensi dell'articolo 8, comma 4, lettera b) del D.L. 76/2020, sono riconosciuti, a valere sulle somme a disposizione della stazione appaltante indicate nei quadri economici dell'intervento e, ove necessario, utilizzando anche le economie derivanti dai ribassi d'asta, i maggiori costi derivanti dall'adeguamento e dall'integrazione, da parte del coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, del piano di sicurezza e coordinamento, in attuazione delle misure di contenimento di cui agli articoli 1 e 2 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e all'articolo 1 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, e il rimborso di detti oneri avviene in occasione del pagamento del primo stato di avanzamento successivo all'approvazione dell'aggiornamento del piano di sicurezza e coordinamento recante la quantificazione degli oneri aggiuntivi.

3.3 Avvio procedure non incluse nella programmazione

Sempre fino al 31 luglio 2021, ai sensi dell'articolo 8, comma 1, lettera d) del D.L. 76/2020, le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture possono essere avviate anche in mancanza di una specifica previsione nei documenti di programmazione di cui all'articolo 21 del decreto legislativo n. 50 del 2016, già adottati, a condizione che entro trenta giorni decorrenti dalla data di entrata in vigore del presente decreto si provveda ad un aggiornamento in conseguenza degli effetti dell'emergenza COVID-19.

3.4 Adozione stato di avanzamento

Ancora fino al 31 luglio 2021, ai sensi dell'articolo 8, comma 4, lettera a) del D.L. 76/2020, il direttore dei lavori adotta, in relazione alle lavorazioni effettuate alla medesima data e anche in deroga alle specifiche clausole contrattuali, lo stato di avanzamento dei lavori entro quindici giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto. Il certificato di pagamento viene emesso contestualmente e comunque entro cinque giorni dall'adozione dello stato di avanzamento. Il pagamento viene effettuato entro quindici giorni dall'emissione del certificato di cui al secondo periodo.

3.5 Obbligo visita luoghi

Per le procedure avviate fino alla data del 31 luglio 2021, ai sensi dell'articolo 8, comma 1, lettera b) del D.L. 76/2020 le stazioni appaltanti possono prevedere, a pena di esclusione dalla procedura, l'obbligo per l'operatore economico di procedere alla visita dei luoghi, nonché alla consultazione sul posto dei

documenti di gara e relativi allegati ai sensi e per gli effetti dell'articolo 79, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016 esclusivamente laddove detto adempimento sia strettamente indispensabile in ragione della tipologia, del contenuto o della complessità dell'appalto da affidare.

3.6 Consegna in via d'urgenza

Per le procedure avviate fino alla data del 31 luglio 2021, l'articolo 8, comma 1, lettera a) del D.L. 76/2020 dispone che resta sempre autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, fermo restando quanto previsto dall'articolo 80 del medesimo decreto legislativo.

3.7 Sospensione dei lavori

Ai sensi di quanto disposto dall'articolo 5 del D.L. 76/2020, fino al 31 luglio 2021 la sospensione volontaria o coattiva dell'esecuzione dei lavori di opere pubbliche può avvenire esclusivamente per il tempo strettamente necessario al loro superamento, per le seguenti ragioni:

- a) cause previste da disposizioni di legge penale, dal codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché da vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea;
- b) gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere, ivi incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria globale da COVID-19;

c) gravi ragioni di ordine tecnico, idonee a incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti;

d) gravi ragioni di pubblico interesse.

La sospensione è in ogni caso disposta dal responsabile unico del procedimento.

3.8 Cause di forza maggiore

Anche in questo caso fino al 31 luglio 2021, ai sensi di quanto disposto dall'articolo 8, comma 4, lettera c) del D.L. 76/2020, quando il rispetto delle misure di contenimento previste dall'articolo 1 del decreto-legge n. 6 del 2020 e dall'articolo 1 del decreto-legge n. 19 del 2020 nonché dai relativi provvedimenti attuativi, impedisca, anche solo parzialmente, il regolare svolgimento dei lavori ovvero la regolare esecuzione dei servizi o delle forniture costituisce causa di forza maggiore¹⁹⁵, e, qualora impedisca di ultimare i lavori, i servizi o le forniture nel termine contrattualmente previsto, costituisce circostanza non imputabile all'esecutore ai sensi del comma 5 del citato articolo 107 ai fini della proroga di detto termine, ove richiesta; non si applicano gli obblighi di comunicazione all'Autorità Nazionale Anticorruzione e le sanzioni previste dal terzo e dal quarto periodo del comma 4 dell'articolo 107 del decreto legislativo n. 50 del 2016.

4. Considerazioni finali

4.1 Prospettive di riforma auspicabili

In conclusione, a parere di chi scrive, si ritiene opportuno orientare le prossime scelte del legislatore verso politiche volte a sostenere adeguatamente le funzioni

¹⁹⁵Ai sensi dell'articolo 107, comma 4, del decreto legislativo n. 50 del 2016.

e le capacità di programmazione e di progettazione dei Comuni, attraverso i quali passa la gran parte degli investimenti pubblici. Altrettanto utile sarebbe incentivare l'innovazione tecnologica e l'uso delle piattaforme telematiche in funzione della trasparenza e della lotta alla corruzione nonché l'introduzione di meccanismi che attenuino i contenziosi e la paralisi delle gare.

Un ulteriore elemento di valutazione dell'impatto del nuovo codice è dato dall'introduzione generalizzata dell'offerta economicamente più vantaggiosa e gli ampi margini di discrezionalità attribuiti alla stazione appaltante. La condivisione di norme che portano alla giusta considerazione della qualità progettuale, dei tempi e dell'organizzazione imprenditoriale sono tuttavia legate ad una specializzazione e qualificazione delle stazioni uniche appaltanti ancora non attuata e con le criticità sopra richiamate.

Considerando la necessità di velocizzare appalti di importo contenuto, in assenza di particolare complessità tecnica e bassi margini di discrezionalità tali da non rendere necessario il ricorso all'OEPV, può apparire utile una riflessione che porti ad innalzare l'importo dei lavori aggiudicabili con il criterio del massimo ribasso sulla base del progetto esecutivo ed esclusione delle offerte anomale e con metodo antiturbativa semplificato rispetto all'attuale.

Infine, ribadendo la proposta di regole semplificate e differenziate in materia di appalti pubblici per i piccoli Comuni, si richiama la opportunità di rivedere la disciplina, semplificandola, in materia di Responsabile Unico del Procedimento e dei requisiti professionali richiesti affinché il RUP possa essere individuato anche tra dipendenti non di ruolo ovvero, in caso di carenza di organico e di competenze idonee, anche tra soggetti esterni alla P.A. locale.

Da diverse indagini effettuate, è emerso il disorientamento dei funzionari pubblici locali. Per i Comuni sono troppe le variabili da considerare, gli adempimenti da effettuare e gli atti da emanare successivamente all'adozione del nuovo codice, con confusione normativa e contraddittoria rispetto alla

giurisprudenza in materia, con linee guida talvolta considerate poco chiare. In questo contesto andrà attentamente valutata e senza pregiudizi la creazione di un corpo normativo di natura regolamentare, che sostituirà in parte le linee guida di ANAC, rispetto alle quali sono emerse evidenti difficoltà di assimilazione.

Pur non emergendo infatti nel sistema delle autonomie una vera critica sul ruolo dell'ANAC, è vero anche che non se ne coglie sempre il vero ausilio e supporto, com'è invece richiesto, rispetto ad una realtà come quella dei comuni soprattutto più piccoli.

4.2 La coesistenza di due tendenze contraddittorie

Un'ultima riflessione appare necessaria nella considerazione della coesistenza, in tema di appalti, di due tendenze diverse e contraddittorie: da un lato il liberismo di ispirazione europea e dall'altro la necessità, unicamente italiana, di proteggersi dalla "corruzione", ricorrendo ad una proliferazione di norme, anche di dettaglio, che di fatto ingessano le procedure e vanificano qualsiasi tentativo di snellimento.

Quindi l'adozione di un corpo normativo più snello che dia maggiore certezza al sistema pubblico locale appare prioritario, considerando che compito del codice è favorire la selezione delle imprese più idonee e l'offerta più vantaggiosa per l'interesse pubblico e non costituire, o perlomeno non solo, uno strumento surrettizio di controllo e contrasto alla corruzione, che va comunque colpita soprattutto garantendo, accanto alla semplificazione, procedure trasparenti e lineari.

4.3 Riflessioni conclusive

Al momento dell'entrata in vigore del nuovo Codice degli Appalti più di un interrogativo si è posto sulla sua idoneità a raggiungere, attraverso una normativa più semplice, agile e trasparente, gli scopi di rilancio degli investimenti e degli appalti connessi.

Si tratta indubbiamente di una riforma molto complessa e articolata, che richiedeva e richiede tuttora tempo perché possa dispiegarsi ed essere attuata ma sulla quale è possibile ora, a circa quattro anni di distanza, trarre un primo, anche se provvisorio, bilancio, utile soprattutto in vista di eventuali, ulteriori e auspiccate riforme del codice.

L'approvazione di una ingente quantità di decreti attuativi e l'attivazione della cosiddetta *soft regulation*, cioè la fissazione di regole operative che non hanno valore di legge ma con notevoli difficoltà interpretative, da parte dell'Anac, non ha agevolato la fissazione di una normativa certa in grado di assicurare, in un paese fatto di circa otto mila Comuni, l'attività degli operatori, siano essi Amministratori che Funzionari, dell'amministrazione locale. Del resto lo stesso Consiglio di Stato, in sede di espressione del parere sullo schema del Codice Appalti, aveva evidenziato come alcune norme di particolare rilevanza per le Amministrazioni Locali, sembrassero comportare un aumento della regolamentazione rispetto a quanto richiesto dalle direttive europee.

In conclusione, pur considerando che non basta modificare il quadro normativo e le procedure affinché ci sia un rilancio degli appalti, se gli investimenti restano fermi e se diminuisce la spesa per acquisti di beni e servizi, ora che sono state modificate le regole del patto di stabilità interno ed è stato istituito in

ambito europeo il Meccanismo Europeo di stabilità (MES)¹⁹⁶ c.d. “Fondo salva Stati” e sembra, pertanto, ci sia maggiore disponibilità di risorse, non manca chi attribuisce anche alla farraginosità e alla vischiosità della normativa del nuovo codice una faticosa ripresa degli investimenti.

¹⁹⁶Nato nel 2012, a sostituzione del Fondo europeo di stabilità finanziaria e del Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria, esso è di fatto il fondo monetario del Vecchio Continente, avente l’obiettivo di dare sostegno ai Paesi membri in caso di crisi e di probabile *default*. Ad oggi il Meccanismo Europeo di Stabilità ha “salvato” Cipro, Spagna e Grecia. L’Italia, dal canto suo, è una delle maggiori sostenitrici del fondo salva-Stati. Il dibattito sulla sua utilizzazione e sui criteri di erogazione dei finanziamenti è diventato di grande attualità. Il Meccanismo Europeo di Stabilità in Italia ha fatto esplodere tante polemiche, prima sulle ipotesi di riforma e poi durante l’emergenza COVID-19.

CAPITOLO QUINTO

Riflessioni conclusive

A seguito della grave crisi sanitaria e conseguentemente economica, tuttora in atto, è sorto un intenso dibattito nel mondo scientifico incentrato nella revisione della disciplina degli appalti pubblici. Ciò in quanto buona parte della dottrina giuspubblicistica considera tale disciplina come un potenziale ostacolo alla ripresa economica ed al dispiegarsi delle prospettive di sviluppo sulle quali il Paese ripone fiducia per il prossimo futuro.

Invero, nel mondo scientifico, e comunque in quello degli appartenenti al settore in oggetto, si è fatta strada la convinzione che la ripresa dovrebbe passare per l'attuazione di riforme radicali, essenzialmente compendiabili, in tema di commesse pubbliche, nella suggestiva idea consistente nella abrogazione del Codice dei Contratti Pubblici.

Prima di soffermarsi sulle possibili criticità che si accompagnano a questa ipotesi, è doveroso riferire quelle che presumibilmente ne sono le ragioni ispiratrici. È ragionevole credere che esse risiedano nell'idea, di per sé tutt'altro che infondata, per cui il codice in questione contenga regole "esorbitanti" rispetto al contenuto delle previsioni comunitarie di cui il D.Lgs. n. 50/2016 è attuazione. In altre parole, abrogando (o sospendendo) il codice degli appalti ci si libererebbe di quelle "gabbie dorate" che proprio l'UE avversa, laddove invita gli Stati membri ad astenersi da iniziative di sovra-regolamentazione rispetto al parametro rappresentato giustappunto dalle direttive europee in tema di contratti pubblici.

Ebbene, chiariti gli intenti della prospettiva “abolizionista”, ci si può confrontare sulle conseguenze che da essa potrebbero scaturire.

1. Rapporto con le fonti europee

In questa prospettiva, una prima critica investe il problema dei rapporti con le fonti europee. Coloro che invocano la sospensione del codice degli appalti, per la verità intendono raggiungere un ulteriore risultato consistente nella applicazione delle direttive europee del 2014. Il tutto sulla scorta dell’assunto per il quale le direttive in questione disegnerebbero procedure di acquisto connotate da un significativo surplus di semplicità e snellezza. Prima di entrare nel merito di questo assunto, il primo argomento che appare doveroso affrontare riguarda proprio la fattibilità di una eventuale “inversione di marcia”, relativa, ovviamente, ai processi di recepimento delle direttive. Pertanto i quesiti che vengono posti sono i seguenti: è consentito, dopo il perfezionamento delle iniziative di recepimento, appellarsi al (presunto)carattere *self executing* delle direttive per predicarne la diretta applicazione? In altre parole: è possibile considerare il recepimento avvenuto nel 2016 *tamquam non esset*, ed invocare l’efficacia diretta della fonte europea, come se essa, sul fronte nazionale, non fosse mai stata attuata?

Con stretto riguardo a questo profilo occorre innanzitutto ricordare che l’efficacia diretta è concepita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia come una sanzione nei confronti degli Stati inadempimenti, non come un fisiologico meccanismo per realizzare gli obiettivi di armonizzazione. Per questa ragione la Corte ammette l’efficacia diretta nei soli rapporti “verticali”, in cui il privato rischia di vedere sacrificata l’effettività di un diritto assegnato per l’appunto dalle direttive auto-applicative. Nell’ipotesi auspicata dalla tesi abolizionista lo

scenario è del tutto differente. Ciò, non solo perché il recepimento pur sempre vi è stato, ma anche perché le direttive non assegnano ai singoli puntuali situazioni attive, eventualmente da rivendicare a fronte del mancato recepimento. Il carattere essenzialmente procedurale delle norme dettate dalle direttive in oggetto rende, in altre parole, difficile inquadrare gli effetti di queste ultime nella alternativa tra effetti verticali e orizzontali, che sappiamo essere dirimente in tema di diretta applicabilità della fonte europea in ipotesi non recepita.

In concreto ci si chiede come si possa escludere che l'abrogazione della disciplina di recepimento delle direttive 2014 possa dar luogo all'apertura di una procedura di infrazione, così come sarebbe potuto succedere se le direttive in questione non fossero mai state recepite. Sul piano politico è forse improbabile che la Commissione europea, in un frangente così delicato, assuma iniziative di questo tipo. Ciò non toglie, tuttavia, che l'idea della applicabilità della direttiva successiva alla abrogazione dei relativi atti di recepimento rischia di rappresentare un insidioso precedente, dal quale per l'appunto potrebbero scaturire conseguenze non trascurabili, in termini sia politici che economici, come la sottoposizione ad una procedura di infrazione.

2. Carattere auto-applicativo delle Direttive UE

Il secondo aspetto con cui occorre fare i conti consiste nella verifica del carattere realmente auto-applicativo delle direttive 2014 in materia di appalti. Anche a voler accantonare le perplessità sopra espresse in merito alla "reviviscenza" di una direttiva pur sempre recepita, sia pure da un atto poi abrogato, resta da verificare se le direttive da cui è scaturito il codice di cui si discute effettivamente contengano norme così dettagliate da rendere le direttive medesime auto-applicative. La risposta è solo in parte positiva. In termini generali il fatto che

una direttiva contenga sia previsioni dettagliate (e dunque potenzialmente auto-applicative) che previsioni prive di tale attributo di per sé non costituisce una difficoltà nell'applicazione della disciplina contenuta nella direttiva stessa. Invero, In questa situazione si assiste alla parziale diretta applicazione della disciplina europea non recepita e, per converso, alla necessità della emanazione di una normativa interna di dettaglio per i restanti ambiti.

La questione in esame, tuttavia, è più complessa. Invero, nelle direttive del 2014 vi sono, numerose norme che espressamente rimettono agli Stati membri la scelta tra diverse opzioni circa le modalità di conduzione di una determinata procedura di aggiudicazione. Il punto non è, quindi, il carattere non sufficientemente dettagliato di alcune norme europee in tema di appalti, ma il fatto che alcune norme delle direttive in questione rimettono al legislatore nazionale scelte che non possono essere “restituite” all'esame ed alla deliberazione dell'UE. Ciò per il semplice fatto che, rispetto ad istituti cruciali, il legislatore europeo – consapevole delle specificità dei contesti nazionali – ha prospettato una pluralità di scelte di regolamentazione possibili, il che rende impraticabile la strada della abrogazione del codice finalizzata alla applicazione della direttiva. Gli esempi che, in tal senso, possono essere forniti riguardano istituti cruciali, primo fra tutti quello relativo alle cause di esclusione dalle gare, previste dall'art. 57 della direttiva 2014/24/UE. Ai parr. 3 e 4 dell'articolo in questione si prevede che gli Stati membri possano prevedere deroghe alle cause di esclusione dettate dal par. 1 per esigenze di salute pubblica, di tutela dell'ambiente o di rispetto del principio di proporzionalità (con riguardo alle esclusioni derivanti da violazioni di natura fiscale e tributaria). È chiaro che qui l'intento espresso della direttiva è stato quello di sollecitare il discernimento del legislatore nazionale, che dunque non può essere pretermesso dal processo di

attuazione del diritto UE¹⁹⁷. Con riguardo invece alla fase di esecuzione, merita di essere richiamato l'art. 73, in cui si prevede che gli Stati membri assicurino alle amministrazioni aggiudicatrici la possibilità di risolvere il contratto «almeno» in presenza di una delle tre circostanze di seguito indicate dall'articolo medesimo.

Si potrebbe obiettare che norme del genere si limitano a riconoscere una possibilità al legislatore nazionale, e che dunque tale possibilità debba ritenersi in qualche modo semplicemente non sfruttata laddove il recepimento non ci fosse. Per la verità, la situazione appena menzionata è più complessa di quello che possa apparire. Infatti, la scelta del legislatore UE risulta ispirata dalla volontà di sollecitare una consapevole presa di posizione in sede nazionale. Il che non consente di accettare, *ex post*, soluzioni che disconoscano il potere/dovere degli Stati di prendere posizione sui profili di cui sono stati puntualmente investiti dalla direttiva.

3. Lessico delle Direttive UE

Il terzo aspetto concerne il “linguaggio” delle direttive, che talvolta non ha connotati di estremo tecnicismo proprio in ragione degli obiettivi di armonizzazione perseguiti. Un caso per tutti: il già citato art. 57, al par. 1 include tra le cause di esclusione la condanna passata in giudicato relativa a fattispecie di reato che non trovano diretta corrispondenza nel novero delle fattispecie di reato che popolano la disciplina penalistica. La stessa vaghezza, sempre nel par. 1 dell'articolo in questione, riguarda poi l'individuazione dei soggetti – intesi

¹⁹⁷Oppure si pensi, restando in materia di cause di esclusione, a quanto previsto sempre dal par. 4 dell'art. 57, laddove si dispone che il legislatore nazionale, in deroga alla prima parte dello stesso par. 4, possa stabilire che non venga escluso l'operatore sottoposto a fallimento (o soggetto a concordato preventivo) laddove quest'ultimo possa eseguire il contratto in base alla disciplina nazionale sulle procedure concorsuali. O ancora si veda, in tema di subappalto, quanto disposto dal par. 7 dell'art. 72, ai sensi del quale gli Stati membri possono prevedere pagamenti diretti ai subappaltatori senza la necessità che questi ultimi ne facciano richiesta.

come persone fisiche – rispetto ai quali si debba verificare, ai fini della partecipazione alla gara dell’impresa di “appartenenza”, l’assenza delle sentenze di condanna.

Abrogare il codice, per “tornare alla direttiva” significherebbe, dunque, rinunciare ad una considerevole dose di certezza che, per l’appunto, è stata impressa al sistema dalla normativa nazionale di recepimento, la quale, ad esempio, ha puntualmente elencato i reati rispetto ai quali l’eventuale condanna possa esprimere effetti preclusivi sul fronte dell’ammissione in gara. Questa rinuncia in termini di certezza, oltre a non agevolare le auspiccate dinamiche di ripresa del mercato, difficilmente può considerarsi compatibile con i principi di concorrenza e *favor participationis*.

4. Conclusioni

Le considerazioni sinora svolte hanno avuto un dichiarato intento critico, ma esso non vuole e non può tradursi in un atteggiamento di irresponsabile rassegnazione rispetto alle evidenti difficoltà che la vigente normativa degli appalti pone agli operatori del diritto, primi fra tutti i Funzionari pubblici, talvolta ingiustamente condannati al ruolo di comodi capri espiatori.

La corrente rappresentata da coloro che si collocano nella prospettiva di abolire il Codice di Contratti Pubblici coglie nel segno con riguardo alla individuazione dei problemi, ma si espone alle criticità sopra indicate nella formulazione di possibili soluzioni.

Il corpus normativo di maggiori restrizioni rappresentato dalle norme o delle interpretazioni nazionali che innalzano il livello della regolamentazione fissato in sede europea è fuori di dubbio che esiste, ma rispetto ad esso occorre riconoscere almeno due circostanze.

La prima concerne il fatto che molte di queste norme non hanno un concreto effetto di rallentamento sulle procedure, pur potendo porre problemi sul diverso terreno della compatibilità rispetto al diritto UE che, come noto, ripudia il *gold plating*¹⁹⁸.

Ebbene, liberandoci del codice certamente depureremmo l'ordinamento da queste incrostazioni, ma ciò, con molta probabilità, determinerebbe risibili effetti positivi sul fronte della semplificazione e velocizzazione delle procedure, a costo in ogni caso di un pericoloso allentamento del regime dei controlli nella attuale disciplina anticorruzione riguardo il settore in oggetto.

In aggiunta a ciò, si consideri che il Codice degli Appalti non è l'unica, e neppure la principale, materia disciplinata da un sistema regolamentare a "maglie strette". Esse, innanzitutto, albergano spesso nella cultura giuridica degli interpreti, ancora ispirata ad una diffidenza nei confronti di istituti che implicano l'investimento, da parte del compratore pubblico, di un significativo margine di discrezionalità. Non solo, a dover essere prese in considerazione sono anche i piani anticorruzione di cui devono dotarsi i singoli Enti Pubblici. Tali atti, come noto, presentano come contenuto fondamentale e indefettibile la predisposizione di stringenti misure di gestione del rischio le quali debbono riguardare, secondo quanto prescritto dalla disciplina anticorruzione, sempre e comunque i processi¹⁹⁹ in materia di affidamento delle commesse. Tali misure, per essere effettive, come raccomanda annualmente Anac nel piano nazionale, devono tradursi in regole che non si limitino a parafrasare il contenuto delle vigenti prescrizioni legislative. Ecco che, dunque, i piani in questione si rivelano una

¹⁹⁸Gli esempi più efficaci sono offerti dalla disciplina del subappalto. È noto che il legislatore nazionale ha introdotto un limite quantitativo al subappalto privo di premesse nelle direttive europee, e perciò considerato (quantomeno nell'originaria quantificazione pari al 30% del valore della commessa) contrastante con il diritto UE proprio perché frutto di una iniziativa di iper-regolamentazione (Corte di Giustizia, causa C-63/18, sentenza 26 settembre 2019; C-402/18, sentenza 27 novembre 2019). Lo stesso si può dire per il divieto di subappalto a cascata, puntualmente censurato dalla Commissione in sede di procedura di infrazione (infrazione 2018/2273).

¹⁹⁹L'uso del lemma aziendalistico "processi" in luogo di "procedimenti" è frutto delle indicazioni rivolte da Anac agli enti tenuti alla redazione dei piani.

sede naturale di proliferazione del *gold plating*, e comunque di perpetuazione della cultura della iperregolazione in luogo di quella della sperimentazione di buone pratiche in vista di una contrattazione efficiente, oltre che legittima.

In conclusione, a parere di chi scrive, il giusto compromesso tra l'abrogazione del codice e il mantenimento dell'attuale quadro normativo interno è rappresentato da un auspicabile cambio di passo volto a innescare dinamiche di cambiamento che non costringano a dolorose rinunce sul piano della certezza, che resta, nonostante tutto, un indefettibile presupposto per l'efficienza delle regole del gioco.

BIBLIOGRAFIA

- A.A.V.V., *Il contrasto al fenomeno della corruzione nelle Amministrazioni Pubbliche - commento alla L.190/2012 e decreti attuativi*. Prefazione di Filippo Patroni Griffi. Collana di studi e dialoghi giuridici. Edizioni Eurilink 2013.
- A.A.V.V., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*. Atti del LXI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Giuffrè Editore 2016.
- A.A.V.V., *L'Autorità Nazionale Anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*. A cura di Ida Angela Nicotra. Prefazione di Filippo Patroni Griffi. G. Giappichelli Editore 2016.
- *Amministratori sotto tiro. Rapporto 2015*
Quinta edizione del rapporto, a cura di Avviso pubblico, sul complesso fenomeno delle minacce e delle intimidazioni mafiose e criminali nei confronti degli amministratori locali e di persone che operano all'interno della Pubblica Amministrazione in tutta Italia - giugno 2016.
- *Amministratori sotto tiro. Rapporto 2016*
Sesta edizione del rapporto, a cura di Avviso pubblico, sul complesso fenomeno delle minacce e delle intimidazioni mafiose e criminali nei confronti degli amministratori locali e di persone che operano all'interno della Pubblica Amministrazione in tutta Italia – 22 giugno 2017.
- *ANAC. Relazione annuale 2015*
Relazione annuale al Parlamento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione per l'anno 2015 – 14 luglio 2016.
- *ANAC. Relazione annuale 2016*
Relazione annuale al Parlamento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione per l'anno 2016 - 6 luglio 2017.
- *Analisi istruttoria per l'individuazione di indicatori di rischio corruzione e di prevenzione e contrasto nelle amministrazioni pubbliche coinvolte nella politica di coesione*. Report finale realizzato da Autorità Nazionale Anticorruzione e Presidenza

del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche di coesione nell’ambito del Programma di azione e Coesione Complementare al PON “Governance e Assistenza Tecnica 2007-2013”, Obiettivo Operativo I.2, Progetto “Attività esterne di valutazione del PON GAT 2007/2013” – 6 febbraio 2017.

- Assemblea legislativa dell’Emilia-Romagna, *Primo piano triennale della prevenzione della corruzione (P.T.P.C.), (2014–2016)*.
- Autorità Nazionale Anticorruzione, *Segnalazione di illeciti e tutela del dipendente pubblico: l’Italia investe nel whistleblowing*. Primo monitoraggio italiano sul whistleblowing, 22 giugno 2016.
- Banca d’Italia, *Criminalità e scelte degli amministratori locali in tema di procedure di acquisto*. Documento di analisi sul nesso esistente tra il ricorso da parte dei Comuni agli strumenti “centralizzati” per l’acquisto di beni e servizi e il contesto in cui tali amministrazioni operano. Serie Questioni di economia e finanza n.294 – 9 ottobre 2015.
- Benacchio G.A., *Verso le direttive di quarta generazione*, in Benacchio G.A., Cozzio M. (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano, 2012, pagg. 13 ss.
- Benacchio G.A., Cozzio M., *Gli obblighi di pubblicità*, in Italia V. (a cura di) *Commentario al nuovo Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*, Gruppo 24 Ore, 2016.
- Bombardelli M., *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Le istituzioni del federalismo*, bimestrale di studi giuridici e politici della Regione Emilia Romagna , A. 34, n. 3-4 (2013: luglio-dicembre), p. 657-685.
- Camera del Deputati, *Scambio elettorale politico mafioso: scheda di lettura per l’esame in Assemblea*. Dossier n. 11/3 nell’ambito di Documentazione per l’esame di Progetti di legge - 21 marzo 2014.
- Cammarata L., Cammarata M., Fumagalli M., Vedana F., *Whistleblowing: come pubblico e privato rafforzano i sistemi anticorruzione*, Altalex, 2018.
- Cancrini A., Capuzza V., Celata G., Simonetti A., *Il nuovo codice dei contratti pubblici con linee guida ANAC*. Terza Edizione, EPC Editore 2017.
- Caramazza I.F., *La giurisdizione delle Corti sovranazionali e nazionali nella prospettiva del diritto globale*, in Portaluri P. (a cura di), *L’Europa del diritto: i Giudici*

e gli ordinamenti, atti del convegno di Lecce 27-28 Aprile 2012"Collana della Facoltà di Giurisprudenza -Università del Salento"2012, cit., pag 417.

- Carida' R., *Principi costituzionali e Pubblica Amministrazione*, consultaonline.org, 23.
- Cassese S., *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2002, pagg, 291 ss.;
- Carloni E., *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Le istituzioni del federalismo: bimestrale di studi giuridici e politici della Regione Emilia Romagna*, A. 34, n. 2 (2013 aprile-giugno), p. 377- 407.
- Cavallo Perin R., Merloni F., *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano,2009.
- Cerioni M., *Anticorruzione, trasparenza e Costituzione. Verso un legal personal scanner?* Ancona-Camerino, marzo 2017.
- Chimenti M. L., *Nuovo diritto degli appalti e le linee guida A.N.A.C.*, Nel Diritto Editore, 2016.
- Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza grandi opere (Ccasgo) e Istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale (Itaca). *Protocollo di collaborazione*, 11 ottobre 2012.
- Commissione anticorruzione, *Prime riflessioni e proposte emendative. Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*. Relazione presentata al Ministro per la Pubblica amministrazione e la semplificazione, Filippo Patroni Griffi, il 30 gennaio 2012.
- Commissione Europea, *Il Libro Verde sulla modernizzazione degli appalti pubblici in Europa*, contiene una serie di utili indicazioni destinate alle stazioni appaltanti degli Stati membri dell'Unione nell'ottica di conseguire una maggiore efficienza nell'ambito del mercato degli appalti pubblici.27 gennaio 2011.
- Commissione Europea, *Relazione annuale sugli appalti in UE*, 2012.
- Commissione europea, *Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione. Italia*. 3 febbraio 2014.
- Commissione di studio su Trasparenza e Corruzione nella P. A. *Prima integrazione del rapporto depositato in data 30 gennaio 2002*. Individuazione dei settori di indagine

e valorizzazione della rete delle Prefetture sull'attuazione degli strumenti di prevenzione della corruzione. Il ruolo del Segretario comunale. 23 marzo 2012.

- *Corruption Perceptions Index 2015*.
Ventunesima edizione dell'Indice di percezione della corruzione nel settore pubblico e politico di 168 Paesi nel Mondo. Nell'edizione 2015 si registra un lieve miglioramento per l'Italia, anche se si attesta in fondo alla classifica europea. Report infografica e fonti a cura di *Transparency International* - 27 gennaio 2016.
- De Nictolis R., *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2016.
- Dipartimento Funzione pubblica, Commissione per lo studio e l'elaborazione di misure per la prevenzione della corruzione, *La corruzione in Italia: per una politica della prevenzione, analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma*. Rapporto, presentato il 22 ottobre 2012.
- Ferrari E. (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003.
- Gallone G., *L'annullamento d'ufficio nel nuovo Codice dei contratti pubblici: riflessioni a prima lettura*, in www.italiappalti.it, 2016.
- Garofoli R., *Il contrasto alla corruzione. La Legge 6 novembre 2012, n. 190, il Decreto trasparenza e le politiche necessarie*, in giustizia-amministrativa.it, Anno 2013.
- Gnes M., *Il nuovo codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione: prime note*, in www.quotidianogiuridico.it, 2016.
- Graycar A. and Jancsics D., *Gift Giving and Corruption*, in *International Journal of Public Administration*, June 2016.
- Gruppo di Stati del Consiglio d'Europa contro la corruzione (GRECO), *Fighting corruption promoting integrity*. Quindicesimo rapporto annuale. Parte speciale sul tema "Corruzione nello sport e manipolazione delle competizioni sportive" - 18 giugno 2015.
- Istat, *La corruzione in Italia: il punto di vista delle famiglie*. Indagine sulla sicurezza dei cittadini e sul fenomeno della corruzione nel 2016, in particolare sui casi di coinvolgimento delle famiglie in eventi corruttivi quali richieste di denaro, favori, regali o altro in cambio di servizi o agevolazioni – 12 ottobre 2017.

- Jannone A., Maccani I., *Corruzione e anticorruzione in Italia. Pubblico e privato, trasparenza e appalti, prevenzione e contrasto*, Franco Angeli Editore, 2017.
- Legautonomie, Dossier, *La Legge anticorruzione e il sistema dei controlli nella P.A. locale*. La prima parte del dossier raccoglie la normativa in materia di anticorruzione. La seconda parte raccoglie contributi sul tema e materiali presentati dai relatori ai seminari di Legautonomie. - 26 Novembre 2013.
- Libera, Legambiente e Avviso pubblico, Dossier: *Corruzione. La tassa occulta che impoverisce e inquina il paese*. Roma, 1 ottobre 2012.
- Magri M., *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in *Le istituzioni del federalismo: bimestrale di studi giuridici e politici della Regione Emilia Romagna*, A. 34, n. 2 (2013, aprile -giugno), p. 425-451.
- Mantini P., *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici. Semplificazione, efficienza, concorrenza, anticorruzione*, Giuffrè Editore, 2015.
- Massari A., *Nuovo Codice Appalti: dopo l'entrata in vigore quali problemi operativi?*, in [www. leggioggi.it](http://www.leggioggi.it), 2016.
- Merloni F., *L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle Regioni e negli enti locali tra discipline unitarie e autonomia organizzativa*, in *Le istituzioni del federalismo: bimestrale di studi giuridici e politici della Regione Emilia Romagna*, A. 34 n. 2 (2013 aprile - giugno), p. 349-376.
- Morbidelli G.- Zoppolato M., *Appalti pubblici*, in M. Chiti- G. Greco, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, II ed., 2007, parte speciale, tomo I, (pp. 535-539).
- Osservatorio ambiente e legalità città di Venezia, *Focus corruzione e legalità debole*, Quaderno n. 2 del giugno 2013, Dossier su come cambia la corruzione nel contesto veneto.
- Osservatori regionali Appalti, *Linee guida trasparenza e pubblicità: analisi dei nuovi obblighi e del loro impatto sull'affidamento dei contratti pubblici*
La guida, elaborata nell'ambito del GdL "Osservatori regionali Appalti", è stata redatta da uno specifico gruppo di lavoro coordinato dall'Osservatorio regionale sui contratti pubblici della Regione autonoma del Friuli-Venezia-Giulia. Approvata dalla Commissione Infrastrutture, Mobilità e Governo del Territorio nella seduta del 29 maggio 2013, approvata dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome il

13 giugno 2013 e presentata al Consiglio Direttivo Itaca nella seduta del 26 giugno 2013.

- Osservatorio Regionale dei Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture (D.Lgs n.163/2006), Rapporto. *I contratti pubblici di lavori, forniture e servizi in Emilia-Romagna 2012*. Legalità e sicurezza. Edilizia pubblica e privata in collaborazione con NuovaQuasco srl, società *in house* della Regione Emilia-Romagna.- marzo 2013.
- Organizzazione Mondiale del Commercio, *Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP)*, Marrakesh il 15 aprile 1994.
- Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico in collaborazione con l'Autorità Nazionale Anticorruzione di ausilio, *High Level Principles for integrity, transparency and effective control of major events and related infrastructures*. Documento per la promozione dell'integrità e della trasparenza nella realizzazione di grandi eventi e progetti infrastrutturali. Realizzato il 25 marzo 2016.
- Parlamento europeo - Commissione speciale sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro, *Documento di lavoro sulla Corruzione* , 3-12-2012.
- Patroni Griffi A., *Il fondamento costituzionale della legislazione in tema di trasparenza e di lotta alla corruzione: riflessioni*, in forumcostituzionale.it, 29 marzo 2016.
- Pezzi M.G., *La corruzione come "malattia": implicazioni sociali e culturali del considerare la corruzione come una patologia dello Stato italiano*, in *Palaver*, n.1/2017, p.5-29.
- Pintore A., *Stato di diritto*, *Dir e Quest. Pubbl.*, 11/2011,875.
- Polidori C., *L'attuazione delle misure anticorruzione nelle pubbliche amministrazioni (Legge 190/2012)*, Itaedizioni, 2013.
- Ponti B., *La regolazione dell'accesso agli incarichi esterni da parte dei dipendenti dopo la legge 190/2012: evoluzione del sistema e problemi di applicazione agli enti territoriali*, in *Le istituzioni del federalismo: bimestrale di studi giuridici e politici della Regione Emilia Romagna* , A. 34, n. 2 (2013, aprile-giugno), p. 409-424.
- Porcari N, Turturiello R., *Manuale teorico-pratico in materia di anticorruzione e trasparenza*, Maggioli Editore, 2018.

- Presidente dell’Autorità Nazionale Anticorruzione. Comunicato. *Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici*, 4 maggio 2016.
- *Rapporto sullo stato di attuazione e la qualità dei piani triennali di prevenzione della corruzione nelle amministrazioni pubbliche 2015-2017*.
Risultati dell’analisi condotta su 1911 enti pubblici, tendente ad orientare la strategia nazionale di prevenzione della corruzione. A cura dell’Autorità Nazionale Anticorruzione in collaborazione con Formez e Università di Roma Tor Vergata - 16 dicembre 2015.
- *Relazione annuale sull’attività svolta: anno 2013*.
Relazione di attività relativa all'anno 2013 dell'Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche - marzo 2014.
- *Relazione annuale 2014*.
Relazione annuale al Parlamento dell’Autorità Nazionale Anticorruzione per l’anno 2014 - 2 luglio 2015.
- *RIM Criminalità organizzata, corruzione e riciclaggio di denaro del PE*.
Rapporto della Commissione CRIM (Criminalità organizzata, corruzione e riciclaggio di denaro) del PE - “Ruolo ed esperienze dei Parlamenti nazionali nella lotta contro la criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro - 7 maggio 2013.
- Sandulli A., *La scienza italiana del diritto pubblico e l’integrazione europea*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2005, pagg 859 ss.
- Sanna C., Pani M., Braglia A., *Appalti e trasparenza nella normativa anticorruzione (versione in eBook)*, Mattia Pani Editore, 2014.
- Santoro D., *Misure legislative in ambito europeo. Protezione e promozione dell’attività di denuncia dei whistleblower. Trasparenza nelle amministrazioni pubbliche e nel settore economico*. in IRPPS Working paper n.93/2016.
- Spasiano M.R., *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, Report annuale - 2011 – Italia (aprile 2011).
- Spartà S., *Appalti pubblici e criminalità organizzata* in Rivista di Studi e Ricerche sulla criminalità organizzata, n.3/2016.

- *Transparency International* (A cura di), *Lobbying in Europe: hidden influence, privileged access*. Prima ricerca comparata europea sulla trasparenza del fenomeno del *lobbying*, 15 aprile 2015.
- *Transparency International: Curiamo la corruzione: percezione, rischi e sprechi in sanità*.
Indagine statistica sulla percezione della corruzione in 151 strutture sanitarie, realizzata nell'ambito del progetto «Curiamo la corruzione» da Italia, Censis, ISPE - Sanità e Risc - aprile 2016.
- *Transparency International, Corruption Perceptions Index 2016*. Rapporto dell'organizzazione che misura l'indice di corruzione percepita nel settore pubblico e politico (Cpi), 24 gennaio 2017.
- *Transparency International Italia* (A cura di), *Impact of statutes of limitations in corruption cases affecting EU financial interests: a comparative report*. Pubblicazione su progetto finanziato dall'OLAF-European Anti-Fraud Office - gennaio 2017.
- Tizzano, *Il ruolo della Corte di giustizia UE in una fase di crisi del modello sopranazionale*, in www.affarinternazionali.it, 2008.
- Vannucci A., *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*. La diffusione della corruzione in Italia. I fattori che favoriscono lo sviluppo della corruzione italiana. Continuità e fratture nelle politiche anticorruzione e corruzione. La corruzione in Italia e le politiche di contrasto: alcune osservazioni conclusive 2013.
- Viterbo E., *Il nuovo Codice degli appalti tra novità e criticità*, in www.italiappalti.it, 2016.
- Zagrebelsky N.G., *Riflessioni, Il diritto mite*, Torino, 1992, 39.
- Zanella M., *Corruzione in Europa: la mappatura delle definizioni*, in Quaderno Collana Strumenti anticorruzione della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione- Quaderno n. 5 /2011 * Collana Strumenti anticorruzione.

NORMATIVA

- D.Lgs. n. 97 del 25 maggio 2016. *Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza*, correttivo della L.

n. 190/2012 e del D.Lgs n.33/2013, ai sensi dell'art.7 della L. n. 124/2015 in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.

- Decisione del Consiglio dell'Unione Europea, n. 2014/115/UE, pubblicata sulla GUCE del 7.3.14, con l'approvazione del "protocollo che modifica l'accordo sui contratti pubblici". Il protocollo è entrato in vigore il 6.4.14.
- Delibera ANAC n.1033 del 20 ottobre 2018 -art.3 - (G.U. n.269 del 19/11/2018)- *Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro di cui all'art. 54-bis del D.Lgs. 165/2001.*
- Direttiva 93/36/CE.
- Direttiva 93/37/CE.
- Direttiva 93/38/CE
- Direttiva 97/5/CE
- Direttiva 97/7/CE
- Direttiva 2004/17/CE. *Settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.*
- Direttiva 2004/18/CE. *Appalti pubblici di lavori, forniture e servizi.*
- Direttiva 2007/66/UE.
- Direttive nn. 23/2014 UE, 24/2014 UE e 25/2014 UE.
- D.Lgs.163/2006.
- D. Lgs. 18 aprile 2016, n.50.
- D.P.R. n.2017/2010.
- D.P.R. n.62/2013, *Codice di comportamento dei dipendenti pubblici.*
- GU 2000, L 200, pag. 35.
- GU 2011, L 48, pag. 1.
- GURI n. 267, del 15 novembre 2012.
- GURI n. 82, dell'8 aprile 2013.
- GURI n. 132, del 7 giugno 2013.
- GURI n. 95, del 24 aprile 2014.
- GURI n. 143, del 23 giugno 2014.
- Legge di Contabilità del 1923 e Regolamento del 1924.

- Legge n.241 del 7 agosto 1990, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi.*
- Legge 21 dicembre 2001, n. 443, *Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici e da altri interventi per il rilancio delle attività produttive.*
- Legge n. 190 del 6 novembre 2012. *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica Amministrazione.*
- Legge delega per il nuovo codice appalti, così denominata *Deleghe al Governo per l'attuazione delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.*
- Raccomandazione della Commissione 98/257/CE.
- TCE, articolo 288.
- Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, art.18.
- Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, art.34.
- Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, art.49.
- Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, art.56.
- Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea art.258.
- Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea art.260.
- Trattato UE, art. 179.
- Ufficio ricerche del Senato della Repubblica, *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione*,(XVI legislatura Disegno di legge A.S. n. 2156 e abb.) Dossier n. 216/II del giugno 2010.

GIURISPRUDENZA

- Cass., Ordinanze n. 25818 dell'11 dicembre 2007 e n. 3169 del 9 febbraio 2011.
- Cass.,S.U., n. 10160 del 2003 e n.29425 del 2008.
- Cons. Stato, Ad. Plen., n. 1/2003.

- Cons. di Stato, Sez. IV, 22 ottobre 2004, n. 6972, in *Foro Amm.* CDS 2004.
- Cons. di Stato, Sez. IV, 22 ottobre 2004, n. 6959, in *Foro Amm.* CDS 2004, 2855
- Cons. di Stato, Sez. V, 15 marzo 2006, n. 3568, in *Foro Amm.* CDS 2006, 3, 872.
- Cons. di Stato, Sez. IV, 22 giugno 2006, m.2066, in *Foro Amm.* 2006, 6, 1771.
- Cons. di Stato, Sez. V, 16 ottobre 2007, n. 5388, in *Ragiusan*2008, 291, 37.
- Cons. di Stato, Sez. V, 6 dicembre 2007, n. 6243, in *Foro Amm.* CDS 2007, 12, 3433.
- Cons. di Stato, Sez. VI, 2770/08.
- Cons. di Stato, Sez. V, 27 marzo 2009, n. 1840, in *Foro Amm.* CDS 2009, 10, 2343.
- Cons. di Stato, Sez. V, 10 settembre 2009, n. 5424, in www.giustiziaamministrativa.it.
- Cons. di Stato, Sez. IV, 10 dicembre 2009, n. 7744, in www.giustizia-amministrativa.it.
- Cons. di Stato, Sez. VI, n. 1554 del 2010.
- Cons. di Stato, Sez. VI, 10 febbraio 2010, n. 668, in *Dir. & Giust.* 2010.
- Cons. di Stato, Sez. V, 17 febbraio 2010, n. 915, in *Foro Amm.* CDS 2010, 2, 382.
- Cons. di Stato, Sez. VI, 28 aprile 2010, n. 2428, in *Dir. & Giust.* 2010.
- Cons. di Stato, Sez. IV, 27 luglio 2010, n. 4910, in *Dir. & Giust.* 2010.
- Cons. di Stato, Ad. Plen., n. 4/2011.
- Cons. di Stato, Sez. III, 13 luglio 2011, n.4225.
- Cons. di Stato, Sez. VI, n. 5993 del 2012.
- Cons. di Stato, Sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482.
- Cons. di Stato, Sez. III, 1 febbraio 2012, n. 514.
- Cons. di Stato, Sez. V, 1 marzo 2012, n. 1195.
- Cons. di Stato, Sez. VI, 8 maggio 2012, n. 2657.
- Cons. di Stato, Sez. VI, 9 luglio 2012, n. 4025.
- Cons. di Stato, Sez. V, 3 ottobre 2012, n.5197.
- Cons. di Stato, Sez. V, 17 ottobre 2012, n. 5293.
- Cons. di Stato, Sez. V, 19 novembre 2012, n. 5846.
- Cons. di Stato, Sez. III, 20 novembre 2012, n. 5882.
- Cons. di Stato, Sez. IV, n. 156 del 2013.
- Cons. di Stato, Sez. V, 30 settembre 2013, n.4833.

- Cons. di Stato, Ad. Plen., n.9 del 2014.
- Cons. di Stato, Ad. pl., 25 febbraio 2014, n. 10.
- Cons. di Stato, Sez. IV, 18 aprile 2014, n. 1987.
- Cons. di Stato, Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14.
- Cons. di Stato, Ad. Plen., n. 8 del 20 luglio 2015.
- Cons. di Stato, Ad. Plen., nn.3 e 9 del 2015.
- Cons. di Stato, Pareren.855/2016.
- Cons. di Stato, Sez. V, 27 gennaio 2016, n. 264.
- Cons. di Stato, Sez. V, 6 giugno 2016, n. 2384.
- Cons. Stato, Ad. Plen., nn. 5 e 10 del 2016.
- Cons. di Stato, Ad. Plen. 27 luglio 2016, n. 19.
- Cons. di Stato, Sez. V, 22 agosto 2016, n. 36.
- Cons. di Stato, Sez. III, 27 settembre 2016, n. 3970.
- Cons. di Stato, Sez. III, 27 ottobre 2016, n. 4528.
- Cons. di Stato, Sez. III, 25 novembre 2016, n. 4994.
- Cons. di Stato., Sez. III, 2014/2017.
- Cons. di Stato, Sez. V, 17 gennaio 2018, n. 279.
- Consiglio di Stato, Sez. V, 17 marzo 2020, n. 1916.
- Corte Cost., sentenza n. 14 del 1964.
- Corte Cost., sentenza n. 232 del 1975.
- Corte Cost., sentenza n. 170 del 1984.
- Corte Cost., sentenza n. 399/1987;
- Corte Cost., sentenza n.389 del 1989.
- Corte Cost., sentenza n. 168/1991.
- Corte Cost., sentenza n. 126/1996.
- Corte Conti, Reg. Lombardia, Sez. Giur., 10 marzo 2006, n. 172, in *Foro Amm.* 2006, 3, 1153.
- Corte di Giustizia dell'Unione Europea (C.G.U.E.) 7 aprile 2016, n. C-324/14.
- Corte di Giustizia UE Sesta Sezione, 2 giugno 2016, C-27/15.
- Corte di Giustizia, causa C-63/18.
- Corte di Giustizia, sentenza 26 settembre 2019.

- Corte di Giustizia C-402/18, sentenza 27 novembre 2019.
- T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 3 aprile 2006, n. 3316, in *Com. It.* 2006, 6, 88.
- T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 7 aprile 2006, n. 438, in *Foro Amm.* TAR 20086, 4, 1442.
- T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 9 giugno 2006, n. 1352, in www.giustizia-amministrativa.it.
- T.A.R. Sicilia, Catania, 30 gennaio 2007, n. 179, in *Foro Amm.* TAR 2007, I, 297.
- T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 7 giugno 2007, n. 1627, in *Il merito* 2007, 65.
- T.A.R. Campania Napoli, Sez. III, 30 luglio 2007, n. 7088.
- T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 8 giugno 2009, n. 5449, in *Foro Amm.* TAR 2009, 6, 1769.
- T.A.R. Umbria, Sez. I, 29 dicembre 2009, n. 832.
- T.A.R. Sardegna, Sez. I, 21 maggio 2010, n. 1240.
- T.A.R. Toscana, Sez. III, 14 settembre 2010, n. 5938, in *Red. Amm.* 2010, 09.
- T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 8 aprile 2011, n.190.
- T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 14 luglio 2016, n. 1423.
- TAR Puglia, 8 novembre 2016, n. 1262.
- T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 02 dicembre 2016, n.1201.
- T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 9 dicembre 2016, n.2631.
- T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. III, 12 dicembre 2016, n.1756.
- T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, 14 dicembre 2016, n.1365.
- T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez., 15 dicembre 2016, n. 1315.
- TAR Catanzaro, Sez. I, sentenza, 22 febbraio 2021, n. 357.
- TAR Catanzaro, Sez. I, sentenza, 5 marzo 2021, n. 472.