



25 MARZO 2015

La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni

di Gian Domenico Comporti
Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Siena



La sfida delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*

di Gian Domenico Comporti

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Siena

Sommario: 1. La prospettiva quasi salvifica di una nuova era nelle contrattazioni pubbliche – 2. Il “realismo” di Halit il regolatore – 3. La (assorbente) prospettiva pan-penalistica – 4. L’inquisizione sui requisiti e la giurisprudenza sulla escussione – 5. Una differente prospettiva: l’attrito della natura delle cose nel corso dell’operazione economica – 6. Le opportunità comunitarie per l’approdo ad un modello negoziale operativo e flessibile – 7. Conclusioni: come uscire dal dilemma del prigioniero.

1. La prospettiva quasi salvifica di una nuova era nelle contrattazioni pubbliche

L’entrata in vigore delle nuove direttive europee¹ sull’aggiudicazione dei contratti di concessione (2014/23), sugli appalti pubblici (2014/24) e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali (2014/25) è stata salutata quale “importante occasione per rivedere e razionalizzare la materia nel suo complesso, al fine di creare un sistema più snello, trasparente ed efficace, necessario per garantire la certezza giuridica nel settore e assicurare un’effettiva concorrenza e condizioni di parità tra gli operatori economici”². Richiamando il divieto di *goldplating*, si è altresì sottolineata la necessità di un “approccio alla disciplina degli appalti e delle concessioni di tipo sostanzialmente diverso da quello previsto

* Articolo sottoposto a referaggio. Testo riveduto ed aggiornato della relazione al Convegno organizzato dalla Società Toscana degli Avvocati Amministrativisti su “Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni. I profili problematici in sede di attuazione”, Scuola Superiore S. Anna, Pisa, 30 gennaio 2015.

¹ Per un’analisi d’insieme, anche del processo formativo delle nuove direttive, si rinvia a: M. COZZIO, *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di Public Procurement*, in *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, a cura di M. CAFAGNO – A. BOTTO – G. FIDONE – G. BOTTINO, Milano, 2013, 119; C. E. GALLO, a cura di, *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, 2014.

² Come si legge nella Relazione al disegno di legge A.S. 1678/2014, recante delega al Governo per l’attuazione delle citate direttive.

nell'attuale contesto normativo, caratterizzato da una regolamentazione forse troppo puntuale” ed inflazionata³. E' opinione diffusa, ancora, che “il recepimento delle direttive possa costituire un importante punto di svolta nel modo in cui le pubbliche amministrazioni effettuano i propri acquisti”⁴. Notevole è, dunque, il livello di attesa per una nuova era nelle contrattazioni pubbliche.

2. Il “realismo” di Halit il regolatore

Qualche dubbio sulla facile percorribilità di simile prospettiva salvifica, al momento affidata a molta enfasi ed ai troppo generici principi e criteri direttivi elencati nel disegno di legge delega n. 1678⁵, emerge se solo si osserva che il nuovo pacchetto di direttive esprime, a sua volta, un disegno riformatore né semplice né lineare, oltre che destinato a confrontarsi con un assetto normativo quale quello domestico già fortemente stratificato e caratterizzato da una non convergente impronta⁶.

Partendo da un dato puramente quantitativo, non appare inutile considerare che dalle due direttive del 2004 si è in un decennio passati ad un impianto normativo molto più ambizioso, articolato e complesso, strutturato in ben tre direttive. Per rimanere concentrati sul tema degli appalti pubblici, oggetto della presente analisi, basti confrontare i 51 considerando, 84 articoli e 12 allegati della direttiva 2004/18 con i 138 considerando, 94 articoli e 15 allegati della nuova direttiva 2014/24: dieci articoli e tre allegati in più, ma, soprattutto, più del doppio dei considerando, danno il senso di una manovra che non si lascia apprezzare per leggerezza e che appare frutto di non poche scelte di compromesso. Se poi si considera il moltiplicatore (per 4) seguito dal nostro legislatore già all'epoca del recepimento delle direttive di dieci anni fa (si ricordi che dai complessivi 150 articoli e 38 allegati delle direttive nn. 17 e 18 sono venuti fuori un codice di 257 articoli ed un regolamento di altri 359 articoli, per un totale di 616 articoli e 58 allegati,

³ *Ibid.*

⁴ Come si legge in Avcp, atto di segnalazione n. 3 del 21 maggio 2014, punto 1, ove peraltro si sottolineano anche il ruolo centrale attribuito alle scelte delle stazioni appaltanti ed il rafforzamento della funzione di regolazione dell'Autorità, svolta attraverso la *soft regulation* e destinata a divenire “l'asse portante nell'architettura di sistema di una disciplina snella ed essenziale”. Nello stesso senso, si vedano anche le audizioni della medesima Autorità e del Capo del Servizio di Struttura economica della Banca d'Italia, tenutesi il 16 giugno 2014 dinanzi alla Commissione 8° della Camera dei Deputati – Ambiente, territorio e lavori pubblici.

⁵ Si veda in proposito la condivisibile analisi critica svolta da F. FRACCHIA, nella audizione del 15 gennaio 2015 dinanzi alla Commissione 8° del Senato della Repubblica.

⁶ Il contrasto di prospettive è da ultimo ben evidenziato da M. CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 991.



modificati almeno 44 volte in sette anni e derogati con riferimento ad ipotesi speciali⁷; contro i circa 300 di Spagna e Francia, i 49 della Gran Bretagna, i 38 della Germania) si capisce che non c'è da farsi molte illusioni sull'auspicato snellimento del quadro regolatorio vigente, al quale in effetti si continua a guardare nella riduttiva e limitante ottica della unificazione e della “razionalizzazione” delle fonti (art. 1, lettere b) e c), del disegno di legge n. 1678).

Di tipo incrementale è anche il quadro valoriale preso in considerazione dal diritto europeo. Se, infatti, facendo leva sul divieto di discriminazione in base alla nazionalità (posto dall'art. 12 del Trattato istitutivo), le direttive degli anni '80 e '90 erano essenzialmente volte a tutelare “gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni e servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro” (Corte CE, 18 ottobre 2001, causa C-19/00, *Siac Construction*), diverso appare oggi il novero degli interessi presi in considerazione nel mercato degli appalti pubblici. La rilevanza strategica dal punto di vista economico ed istituzionale del settore ne ha progressivamente messo in luce le potenzialità quale fattore di “traino” per il sostegno di politiche ambientali ed occupazionali o di contrasto alla criminalità, o ancora quale strumento di “riorientamento” delle commesse pubbliche e dei consumi verso obiettivi sociali comuni⁸. Lo sforzo finora profuso nel tentativo di inseguire la pubblicità sostanziale dei soggetti tenuti a rispettare i vincoli di gara per assicurare maggiore forza espansiva alle regole di apertura dei mercati, è ora per lo più volto (come precisa la strategia Europa 2020, illustrata nella Comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010) «alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente

⁷ Come ricorda il Presidente dell'Anac nella audizione del 20 gennaio 2015 (nell'ambito dell'esame del ddl n. 1678/2014) dinanzi alla Commissione 8^o del Senato della Repubblica, emblematico è il caso delle opere necessarie al grande evento Expo Milano 2015, “per la realizzazione del quale le ordinanze del Presidente del Consiglio e successivamente una legge *ad hoc* hanno introdotto la possibilità di derogare a ben 85 articoli del codice!”.

⁸ Tale processo si è sviluppato gradualmente, a cominciare dal Libro verde del 1996 “Gli appalti pubblici nell'Unione europea. Spunti di riflessione per il futuro” (Comunicazione della Commissione del 27 novembre 1996), dal quale sono tratte le espressioni virgolettate, per finire con il Libro verde del 2011 “sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti” (Comunicazione della Commissione del 27 gennaio 2011), ove si legge: “L'attuale generazione di direttive sugli appalti pubblici, ossia le direttive 2004/17/CE4 e 2004/18/CE5, rappresenta l'ultima fase di una lunga evoluzione iniziata nel 1971 con l'approvazione della direttiva 71/305/CEE6. Mediante procedure trasparenti e non discriminatorie, queste direttive mirano soprattutto ad assicurare che gli operatori economici possano beneficiare appieno delle libertà fondamentali nel campo degli appalti pubblici. Le direttive vigenti citano inoltre una serie di obiettivi concernenti l'integrazione di altre politiche in tale contesto, quali la tutela dell'ambiente e gli standard sociali oppure la lotta contro la corruzione”. Cfr. altresì la sentenza della Corte di Giustizia, 10 maggio 2012, in causa C-368/10, in *Urb. app.*, 2012, con il commento di R. CARANTA, *L'incerta sostenibilità degli appalti pubblici*; G. FIDONE, *L'integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici: il green procurement*, in *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, a cura di G. F. CARTEI, Torino, 2013, 123.

l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici (...) in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica (...) e (...) un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale» (considerando 2 della direttiva 2014/24). Le procedure di gara sono così concepite, più ed oltre che per sviluppare la concorrenza tra imprese, per alimentare la dialettica e l'integrazione degli obiettivi economici con interessi diversi, quali quelli ambientali, sociali e del lavoro (considerando 40), o ancora quelli afferenti «alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, della salute, della vita umana e animale, o alla preservazione dei vegetali o altre misure ambientali in particolare nell'ottica dello sviluppo sostenibile» (considerando 41). Interessi che permeano ormai in modo trasversale tutte le fasi dei contratti pubblici, tanto da influire anche sulla valutazione degli aspetti qualitativi dell'offerta economicamente più vantaggiosa sub specie del miglior rapporto qualità/prezzo (art. 76, comma 2, lett. a); o legittimare appalti riservati, in deroga al principio generale di massima partecipazione e di libera concorrenza, in favore di categorie protette (c. d. laboratori protetti) e di operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale di persone disabili o svantaggiate o nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30% dei lavoratori appartengano a tali categorie protette (art. 20); fino a condizionare le vicende esecutive dell'appalto (art. 70).

La descritta tendenza espansiva ingloba anche settori finora lasciati al governo più flessibile dei principi, come le concessioni di lavori o servizi (art. 30, comma 3, del codice)⁹, per le quali si profila così il rischio di un'omologazione alla più stringente disciplina del trainante settore degli appalti¹⁰. Vero è che la direttiva 2014/23 ha cura di richiamare «un quadro giuridico idoneo, equilibrato e flessibile» quale «strumento per aprire maggiormente i mercati internazionali degli appalti pubblici e rafforzare gli scambi commerciali mondiali» (considerando 1), ponendo poi il principio di libertà di organizzazione della procedura di scelta del concessionario in apertura di un Titolo II relativo all'aggiudicazione dei contratti (art. 30, comma 1) per la verità strutturato in modo leggero e flessibile. Vero è anche però che, a parte il problematico impatto sui contratti esistenti e sulla imputabilità nel bilancio pubblico dei relativi oneri alla luce della rigorosa definizione comunitaria incentrata sul reale trasferimento al concessionario del rischio operativo

⁹ R. CARANTA e D. C. DRAGOS, *I principi "dettagliati" e le concessioni di servizi*, in *Giur. it.*, 2013, 2369; R. CARANTA, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2014, 494; V. FERRARO, *La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 835.

¹⁰ Con conseguente sensibile aumento dell'ambito di intervento delle Procure contabili anche in tale settore, prontamente segnalato dal Procuratore generale Salvatore Nottola, in *Corte dei Conti – Sezioni riunite, Inaugurazione dell'anno giudiziario 2015*, Roma, 10 febbraio 2015, 226, 249.

legato alla gestione dei lavori o dei servizi (art. 5)¹¹, l'obiettivo del contenimento degli effetti distorsivi associati all'impiego di un istituto tradizionalmente legato alle prerogative tipiche della sovranità si traduce talvolta in un'ansia definitoria e regolatoria che non appare allineata con gli obiettivi di fondo, come si evince anche dalla semplice lettura della disciplina dell'*in house providing* (art. 17).

Questa rincorsa alla regolazione, che caratterizza ormai anche il panorama sovranazionale, è problematica di per sé perché ingenera un meccanismo psicologico in virtù del quale nessuno si chiede più a che serva la novella del giorno e se sia meglio farne a meno, o se sia giusta la direzione imboccata, i più lasciandosi trascinare dal moto riformatore in atto con la convinzione che l'importante sia concentrarsi nel gioco delle spiegazioni con relative analisi comparative e computi metrici che accompagnano ricette per un adeguato recepimento.

Alla schiera degli entusiasti esegeti del flusso regolatorio, è consigliabile la lettura di un romanzo visionario turco degli anni '60, che ben riflette lo scenario attuale. Protagonista è la dialettica, a tratti gustosa e rappresentativa di alcuni schemi logico-comportamentali ricorrenti, tra due visioni contrapposte: da una parte quella dell'evocativo personaggio Halit il Regolatore¹² il quale, al motto "cominciare è riuscire" perché "il semplice fatto di dedicar(s)i a una grande causa (...) è di per sé un successo"¹³, si confronta con lo scetticismo dell'uomo comune Hayri Irdal, abituato a "vedere la realtà così com'è" piuttosto che "avere con essa una relazione più proficua" di tipo strumentale ed ideale¹⁴. Vincendo le sue domande scomode ed anche l'assioma generale della "impossibilità di una regolazione perfetta"¹⁵, il primo riuscirà a dare vita ad un mastodontico *Istituto per la regolazione degli orologi* per creare, "visto che l'indicazione del tempo esatto era impossibile – in effetti è una questione di libertà individuale degli orologi", un imponente sistema di controlli collettivi con relativo apparato sanzionatorio che godrà di un enorme successo tra i contemporanei, ivi compresi ovviamente i soliti intellettuali ed eminenti economisti, in ragione

¹¹ M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2014, 741.

¹² Si tratta di A. H. TANPINAR, *Saatleri Ayarlama Enstitüsü*, trad. it. di F. Salomoni, *L'istituto per la regolazione degli orologi*, Torino, 2014.

¹³ *Ibid.*, 295.

¹⁴ *Ibid.*, 267-268, ove all'idealismo dell'uomo comune si contrappone il realismo "dell'uomo nuovo", consistente nel porsi di fronte alle cose chiedendosi quale vantaggio ricavarne perché "la vita inventa ogni giorno qualcosa di nuovo". Inutile negare l'implicito richiamo a quel razionalismo costruttivistico che, soprattutto nell'ambiente continentale, ha impedito a molti intellettuali "di riconoscere che qualcos'altro potrebbe svolgere un ruolo benefico nell'organizzazione della società rispetto alla ragione consapevole" (F. A. VON HAYEK, *Über den Sinn sozialer Institutionen* (1956), trad. it. *Sul senso delle istituzioni sociali*, in *Tra realismo e utopia liberale. Scritti 1949-1956*, a cura di M. GREGORI, Milano, 2009, 80).

¹⁵ *Ibid.*, 15.

della possibilità che offrirà di guardare alla vita “da una prospettiva globale (...) come un impasto da lavorare nel (...) mortaio”¹⁶, prima di finire nel nulla per le pressioni del mondo esterno e le critiche di coloro che “amavano la novità a condizione che non li toccasse direttamente”¹⁷.

Come ha intuito il nostro poeta turco, alla base del successo degli Halit odierni vi sono ragioni soprattutto di ordine culturale, tutti gli attori del sistema essendo attratti dal fascino tangibile dei più o meno sofisticati meccanismi vincolistici che consentono di piegare la realtà ai contingenti obiettivi ideali, piuttosto che dalla considerazione pragmatica delle occasioni sacrificate, o delle alternative sfumate o, ancora, delle possibilità differenti di impiego di un istituto. Per dirla col Bastiat, “quando non siamo molto familiarizzati con la dottrina della libertà, i sofismi della protezione si affacciano incessantemente allo spirito ora sotto una forma, ora sotto un'altra”: il loro successo poggia sulla capacità di “esporre una verità incompleta”, perché il bene atteso è visibilmente concentrato in un dato punto e, dunque, “sensibile all'occhio esterno”, mentre i difetti sono dispersi, nascosti e svelabili solo esaminando un istituto “nella serie dei risultati fino all'effetto definitivo”, attraverso “un lungo processo analitico” che “non tutti hanno il tempo di fare; meno degli altri, i legislatori”¹⁸ ed i loro entusiasti apostoli.

3. La (assorbente) prospettiva pan-penalistica

Il risultato paradossale di tale stato di cose è la tendenziale perdita di rilevanza ermeneutica della specifica prospettiva amministrativistica, con il suo corredo di flessibilità, aderenza alla realtà, capacità ideativa frutto anche di un eclettismo tipico del settore disciplinare, e l'approdo verso una pervasiva chiave di lettura di tipo lineare e binario: precetto vincolistico – sanzione, che è tipica del diritto penale.

La connessione tra atti e fatti obbligatori ed esercizio di potestà discrezionali delle amministrazioni pubbliche che, nel prisma del debito pubblico, ha dato luogo sul finire del '700 allo sviluppo del diritto amministrativo (e del suo giudice)¹⁹, facendo della dialettica²⁰ con gli istituti ed i principi del diritto comune un evolutivo fattore di regolazione anche delle

¹⁶ *Ibid.*, 14-15, 18.

¹⁷ *Ibid.*, 439. Persone, in origine sostenitrici della novità, ma che, “adesso che in ballo c'erano i loro interessi, all'improvviso si erano tirate indietro”. Infatti, “quando cambia l'interesse, cambia anche la logica”.

¹⁸ Cfr. F. BASTIAT, *Sofismi economici*, trad. it. di A. Contrucci, con un discorso di A. SCIALOJA, Firenze, 1847, 34-35.

¹⁹ Si veda l'approfondimento di simile prospettiva per opera di F. MERUSI, *Debito pubblico e giudice amministrativo* in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3.

²⁰ Di recente approfondita da V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, e da M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e diritto privato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1019.

contrattazioni pubbliche, tende ormai ad essere soppiantata dalla diversa combinazione tra illeciti e potestà sanzionatorie che, nella trainante ottica della lotta alla corruzione, dirotta verso altri settori dell'ordinamento la chiave di lettura dei fatti amministrativi. Si spiega così il successo esplicativo del modello punitivo, che reca con sé un'opzione di metodo omologante le diverse forme di gestione di condotte plurioffensive, per effetto della quale i procedimenti conformati sempre più alla stregua di processi, al di là dell'indubbio valore delle garanzie del contraddittorio e della difesa ad armi pari, sono portati a rispondere alla logica di tipo rimediabile-afflittivo, che è propria della giurisdizione (e, segnatamente, di quella penale ed affini), abdicando alla funzione della decisione che è invece loro caratteristica²¹. Nello specifico, questo stato di cose è ben riflesso dal cambiamento della cabina di regia del settore contrattuale decretato (addirittura in via) d'urgenza, e sulla scia dei noti fenomeni di Milano-Expo e del Mose di Venezia, dall'art. 19 del decreto legge n. 90/2014²². Per effetto della sostituzione dell'Avcp con l'Anac e della concentrazione in capo alla stessa dei compiti in materia di trasparenza e prevenzione della corruzione, con parallela devoluzione ai Dipartimenti della funzione pubblica della valutazione e misurazione della performance, la regolazione dei contratti pubblici ha subito una notevole virata nell'ottica della lotta alla corruzione, com'è chiaramente dimostrato dalla peculiare *mission* di un'autorità che non vuole apparire come la semplice somma delle due preesistenti strutture²³ e

²¹ Si pensi alla nota sentenza della Corte di giustizia Edu Grande Stevens del 4 marzo 2014, che ha ravvivato un dibattito, per la messa a fuoco del quale si rinvia a: Corte di Cassazione – Ufficio del Ruolo e del Massimario – Settore penale, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia*, relazione n. 35/2014 dell'8 maggio 2014; G. M. FLICK – V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penale e amministrative: doppio binario o binario morto?*, in *Riv. società*, 2014, 953; G. GUIZZI, *La sentenza CEDU 4 marzo 2014 e il sistema delle potestà sanzionatorie delle Autorità amministrative indipendenti: sensazioni di un civilista*, in *Corr. giur.*, 2014, 1321; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014. Più in generale, sui rapporti tra procedimento e processo, si consenta il rinvio alle note di chiusura del saggio dell'autore di queste note *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 818-825.

²² La portata della svolta è ora analizzata, dal di dentro, nel lavoro collettaneo R. CANTONE – F. MERLONI, a cura di, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015.

²³ Come si legge sin dalla non breve premessa al “Piano di riordino” (deliberato ai sensi dell'art. 19, comma 3, del d. l. n. 90/2014), ove si sottolinea come le complessive coordinate ordinamentali della nuova Autorità vadano lette “in logica di una chiara nuova funzione istituzionale, costituita dal contrasto alla corruzione (...) con rinnovata visibilità, attraverso una più incisiva attività di vigilanza e controllo”. Del resto, già il primo atto di organizzazione del 29 ottobre 2014, adottato in attuazione della deliberazione n. 143 del 30 settembre 2014, individuava la missione istituzionale nella “prevenzione della corruzione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche, nelle società partecipate e controllate anche mediante l'attuazione della trasparenza in tutti gli aspetti gestionali, nonché mediante l'attività di vigilanza nell'ambito dei contratti pubblici, degli incarichi e comunque in ogni settore della pubblica amministrazione che potenzialmente possa sviluppare fenomeni corruttivi, evitando nel contempo di



dalla attribuzione alla stessa di una serie di funzioni di controllo preventivo tendenti in vario modo ad incentivare la trasparenza e correttezza delle procedure contrattuali (come si legge nella rubrica del Titolo III del citato decreto legge).

Tra le principali novità, meritano particolare menzione in questa sede, perché emblematici del cambiamento in atto, gli straordinari poteri monocratici attribuiti al Presidente dell'Anac²⁴ per assicurare maggiore tempestività ed immediatezza all'azione di contrasto al malaffare, e finalizzati tanto alla «alta sorveglianza e garanzia della correttezza e trasparenza delle procedure connesse alla realizzazione delle opere del grande evento EXPO Milano 2015» (art. 30, c. 1, del d. l. n. 90/2014), quanto all'adozione (ex art. 32) delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese coinvolte in delitti contro la pubblica amministrazione o in situazioni «anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali».

I poteri di alta sorveglianza sono esercitati con il supporto tecnico di un'apposita unità operativa speciale denominata "Expo 2015", istituita il 25 giugno 2014 e costituita con un ufficio di staff e un ufficio per la vigilanza e il controllo composto da personale del corpo della Guardia di finanza²⁵. Essi sono volti a garantire la verifica preventiva della legittimità degli atti relativi all'affidamento ed all'esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture per la realizzazione delle opere e delle attività connesse allo svolgimento del grande evento Expo Milano 2015, con particolare riguardo al rispetto delle disposizioni in materia di trasparenza nonché al corretto adempimento, da parte della Società Expo 2015 S.p.A., degli accordi in materia di legalità sottoscritti con la Prefettura di Milano²⁶. La stazione appaltante viene così affiancata nelle sue scelte da una assistenza e consulenza obbligatoria volta a segnalare eventuali irregolarità o non conformità di tutti i principali atti delle procedure di affidamento e di quelli ad esse prodromici (come le proposte di determina a contrarre) e successivi (come le varianti, le proposte relative al perfezionamento di accordi bonari e contratti di transazione, nonché di risoluzione contrattuale o altri atti in autotutela)²⁷. L'obiettivo, palesato anche dal meccanismo della vigilanza collaborativa

aggravare i procedimenti con ricadute negative sui cittadini e sulle imprese, orientando i comportamenti e le attività degli impiegati pubblici, con interventi in sede consultiva e di regolazione”.

²⁴ Cfr. R. CANTONE e B. COCCAGNA, *I poteri del Presidente dell'ANAC nel d.l. n. 90*, in *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit., 97.

²⁵ Si veda la delibera istitutiva n. 101 del 25 giugno 2014.

²⁶ Cfr. Part. 2 delle *Linee guida per l'esercizio dei compiti di alta sorveglianza e di garanzia della correttezza e della trasparenza delle procedure connesse alla realizzazione delle opere e delle attività connesse allo svolgimento del grande evento Expo Milano 2015*, deliberate il 17 luglio 2014.

²⁷ Il flusso documentale sottoposto a controllo preventivo obbligatorio è disciplinato dall'art. 3.1 delle citate *Linee guida*, che richiedono altresì la tempestiva comunicazione di ogni controversia giudiziale e



attivabile su richiesta delle stazioni appaltanti²⁸, è quello di “agevolare la riuscita e la tempestività dei rimedi correttivi ritenuti utili”²⁹; a tal fine, le delibere di vigilanza, fino ad oggi aventi funzione prevalentemente di indirizzo nei confronti dei soggetti coinvolti, sono state potenziate quanto a contenuti ed effetti, finendo per assumere i connotati della vero e propria raccomandazione nella parte in cui indicano nel dispositivo sia gli adempimenti ritenuti necessari per riaffermare la legalità e rimuovere le illegittimità riscontrate, sia i tempi per la comunicazione delle misure conseguentemente adottate³⁰.

Le misure straordinarie adottabili in ordine alla gestione delle imprese appaltatrici coinvolte in fenomeni corruttivi rappresentano una inedita³¹ forma di conformazione e limitazione della libertà di iniziativa economica che risponde alla “prioritaria istanza (...) di porre rimedio all'affievolimento dell'efficacia dei presidi legalitari da cui appaiono afflitte le procedure contrattuali, senza che ne risentano i tempi di esecuzione della commessa pubblica”³²: in tale modo soddisfacendo anche “interessi pubblici di rango più elevato (...) che vengono messi in pericolo da situazioni di contiguità o di agevolazione mafiosa”, quali quelli afferenti a servizi e funzioni indifferibili per la tutela dei diritti fondamentali, la salvaguardia dei livelli occupazionali, l'integrità dei bilanci pubblici³³. La loro attivazione da parte del Prefetto del luogo ove ha sede la

stragiudiziale inerente i contratti pubblici affidati e delle iniziative adottande al fine di risolvere in via bonaria le riserve, nonché di ogni altra informazione e documento ritenuti utili e richiesti.

²⁸ La relativa disciplina è contenuta nell'art. 4 del nuovo “Regolamento in materia di attività di vigilanza e di accertamenti ispettivi”, adottato il 9 dicembre 2014, ai sensi dell'art. 8, comma 3, del codice dei contratti pubblici.

²⁹ Come si legge al punto 4.2.2 del citato “Piano di riordino” dell'Anac.

³⁰ Cfr. l'art. 16 del citato Regolamento, il cui comma 2 prevede che, in caso di inutile riscontro entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della deliberazione, il competente ufficio dell'Autorità dà avvio al procedimento sanzionatorio del caso. L'esplicito riconoscimento di un generale potere di raccomandazione (e connesso potere di sanzionare il mancato rispetto delle raccomandazioni) è invocato dal Presidente dell'Anac nella citata audizione del 20 gennaio 2015 dinanzi alla Commissione 8° del Senato della Repubblica.

³¹ Di istituto “assolutamente innovativo nel sistema giuridico italiano e particolarmente utile nella prospettiva del contrasto in via amministrativa e preventiva della corruzione” ha parlato il Presidente dell'Anac Raffaele Cantone nella premessa della prima richiesta applicativa delle misure in esame, risalente al 10 luglio 2014 e riguardante la società Maltauro s.p.a. con riferimento all'appalto relativo alle “architetture di servizio” afferenti al sito per l'esposizione universale del 2015. Il successo dell'istituto è attestato dalla sua frequente applicazione in pochi mesi di vita: fino alla fine del 2014, nove sono i casi pubblicati sul sito dell'Anac; al 3 marzo 2015 ne risultano altri tre.

³² Come notato al punto 3 del Protocollo d'intesa siglato il 15 luglio 2014 tra il Ministro dell'Interno e il Presidente dell'Anac, recante “Prime linee guida per l'avvio di un circuito collaborativo tra Anac-Prefetture-UTG e Enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa” (pubblicato in G.U. – serie generale - n. 165 del 18 luglio 2014).

³³ Cfr. in questo senso il punto n. 1 delle “Seconde linee guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia”, definite dall'Anac e dal Ministero dell'Interno il 27 gennaio 2015.



stazione appaltante può avvenire direttamente, in caso di informativa antimafia interdittiva, o essere sollecitata dal Presidente dell'Anac, alternativamente: per incidere nella compagine sociale in modo da estromettere dalla relativa governance il soggetto coinvolto nei fatti illeciti, oppure, a seconda del livello di gravità dei fatti accertati e, comunque, nel caso di imprese individuali, per commissariare l'appalto o la singola commessa. In ogni caso, avendo di mira il duplice obiettivo di “evitare che le doverose indagini della magistratura penale sui fatti illeciti connessi alla gestione di appalti possa impedire e/o ritardare la conclusione di opere pubbliche”, nonché di scongiurare che l'esigenza di completamento dei lavori “si traduca in un (indiretto) vantaggio per l'autore dell'illecito” consentendogli cioè di trarre profitto da un appalto aggiudicato illegittimamente³⁴.

La rafforzata sinergia con il piano delle indagini penali e la chiara finalizzazione cautelare³⁵ di tale doppia tipologia di interventi hanno condotto, anche a dispetto del “carattere amministrativo” che si è ritenuto di poter loro riconoscere in base alla relativa finalizzazione al “perseguimento dei rilevanti interessi connessi alla corretta esecuzione dei contratti pubblici”³⁶, al risultato (solo apparentemente) paradossale segnalato all'inizio del paragrafo: la marginalizzazione delle forme di tutela giurisdizionale tipiche del giudice amministrativo, che pure all'indomani dell'attuazione della seconda direttiva ricorsi aveva guadagnato una signoria esclusiva sulla materia (con un'estensione di sindacato ben raffigurata dagli artt. 120 ss. c.p.a.). Simile esito è leggibile tra le righe delle motivazioni delle decisioni che al momento sono intervenute sul primo caso applicativo delle misure in esame, il commissariamento dell'impresa di costruzioni Giuseppe Maltauro s.p.a. disposto dal Prefetto di Milano il 16 luglio 2014. In prima battuta, infatti, il ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva dell'appalto integrato di progettazione ed esecuzione dei lavori di realizzazione delle architetture di servizio del sito Expo 2015 è stato accolto dal Tar Lombardia, sulla base della violazione del Protocollo di legalità risultante da indagini penali

³⁴ Cfr. ancora la citata richiesta di straordinaria e temporanea gestione della società Maltauro s.p.a. del 10 luglio 2014.

³⁵ Sottolineata sempre nella richiesta di cui sopra, ove si richiamano anche i presupposti, tipici di ogni provvedimento cautelare, del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. Sotto il primo aspetto, si ritiene necessaria e sufficiente l'acquisizione di elementi concreti “che si traducano nella valutazione probabilistica del fatto di illecita aggiudicazione di un appalto”; il secondo presupposto è invece “collegato alla graduazione di gravità del fatto accertato”, valutazione che “potrà derivare sia dal complessivo comportamento tenuto dal soggetto autore del fatto illecito sia dal livello di coinvolgimento dell'impresa – considerata come soggetto giuridico autonomo – in meccanismi di sistematica illiceità nella gestione degli appalti”.

³⁶ Argomento formalistico su cui il Tar Lazio, Roma, sez. II, 10 dicembre 2014 n. 12437 (non appellata) ha fatto in realtà leva, soprattutto, per negare il carattere affittivo o *lato sensu* sanzionatorio delle misure in esame e sostenerne, di conseguenza, l'applicazione in via analogica non solo agli appaltatori ma anche ai concessionari di lavori e servizi pubblici (ambito applicativo poi circoscritto, in sede di conversione in legge, ai soli concessionari di lavori e contraenti generali).



attestanti un disegno corruttivo preordinato a condizionare la regolarità della gara e considerando l'annullamento “quale rimedio finalizzato a costituire una frontiera più avanzata di tutela dell'amministrazione contro i possibili abusi dei partecipanti alle procedure di evidenza pubblica”³⁷. Nel riservare alla stazione appaltante, in base al principio della disponibilità dell'effetto risolutorio, la conseguente e responsabile decisione circa la possibile risoluzione del contratto di appalto medio tempore sottoscritto, “in un quadro di equilibrata ponderazione tra legalità ed efficienza dei lavori”³⁸, lo stesso giudice di primo grado ha incidentalmente ritenuto non decisiva ai fini di “poter favorire una rapida soluzione operativa” la sopravvenuta possibilità di commissariamento consentita dall'art. 32 citato: sia perché tale soluzione “nulla aggiungerebbe, in termini di speditezza ed efficienza, all'ipotesi di stipulazione del contratto con la RTI ricorrente, dovendosi considerare che quest'ultimo, avendo elaborato l'offerta per l'appalto in questione, conosce in modo approfondito lo stato dei luoghi, la natura dei lavori e il cronoprogramma degli stessi”; sia perché la stessa soluzione “non potrebbe garantire la definizione degli insorti conflitti”, essendo l'eventuale provvedimento prefettizio suscettibile di ricorso giurisdizionale e, così, “incidere ancor di più sui tempi di consegna delle opere”³⁹. Di diverso avviso è stato, invece, il giudice di appello che, una volta intervenuto in concreto il commissariamento della società aggiudicataria in primo grado solo ipotizzato, ha sospeso in sede cautelare la decisione di annullamento ritenendo: i) che la misura straordinaria adottata, oltre “a rafforzare le esigenze cautelari”, fosse idonea “a conciliare l'interesse pubblico alla rapida esecuzione dell'opera pubblica con l'esigenza di impedire la percezione dei profitti d'impresa da parte di soggetti sospettati di illeciti, almeno fino alla conclusione del procedimento penale”; ii) che in questo

³⁷ Cfr. la sentenza del Tar Lombardia, Milano, sez. I, 9 luglio 2014 n. 1802, in *Foro it.*, 2014, III, 618, con breve nota redazionale di A. TRAVI. La decisione è stata ricordata dal Presidente Francesco Mariuzzo nella *Relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2015*, Milano, 27 febbraio 2015, sottolineando che “la Sezione ha statuito in linea con i principi della direttiva 2004/18/CE che la garanzia di procedure scevre da possibili illeciti costituisce una precondizione di legittimità delle gare, incompatibile con la persistenza dell'aggiudicazione disposta a favore di un concorrente che aveva successivamente all'aggiudicazione confessato di aver alterato l'esito della procedura”.

³⁸ Esclusa la possibilità di caducazione del contratto, nella citata sentenza si dà atto che la potestà (prevista dal sottoscritto protocollo di legalità, con valore integrativo della *lex specialis* della gara) di esercitare la risoluzione dell'appalto, rimessa all'autotutela di tipo privatistico della stazione appaltante, non può essere in astratto condizionata o addirittura inibita dalla portata processuale dell'art. 125, comma 2, c.p.a. (che esprime una qualche preferenza per la tutela risarcitoria in presenza di un accertato “preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera”), perché non può accreditarsi “un'interpretazione della norma in questione nel senso di una dequotazione della trasparenza nelle gare d'appalto e dell'imperiosa esigenza che in sede giurisdizionale – e, prima ancora, da parte della stazione appaltante – sia assicurata la piena tutela dell'interesse pubblico a che gli appalti pubblici siano affidati a concorrenti sotto ogni profilo totalmente affidabili”.

³⁹ *Ibid.*, parte finale della motivazione.

scenario assumesse, di conseguenza, “natura recessiva (...)l’interesse a subentrare nella commessa delle altre imprese partecipanti alla gara, le quali evidentemente potranno far valere le proprie ragioni in altre e diverse sedi”⁴⁰. Impostazione poi confermata in sede di decisione di merito, più diffusamente dando atto che la sopravvenuta disciplina di cui all’art. 32 del decreto legge n. 90/2014, per un verso, ha reso disponibile, in presenza di fatti penalmente rilevanti emersi nella fase esecutiva dell’appalto non automaticamente vizianti gli atti di gara, “uno strumento *ad hoc* per impedire all’affidatario di continuare a percepire quello che potrebbe essere il profitto di un reato”; per altro verso, “piaccia o no – ha qualificato come recessivo l’interesse delle imprese partecipanti alla gara a subentrare nel contratto, rispetto al primario interesse pubblico all’esecuzione di opere pubbliche considerate urgenti”, esprimendo una chiara “opzione normativa in favore del mantenimento in essere del rapporto contrattuale scaturito dall’originario affidamento (come dimostrato dall’aver il legislatore bilanciato unicamente i due interessi pubblici alla sollecita realizzazione dell’opera pubblica e ad impedire al possibile reo di lucrare sul proprio illecito, lasciando sullo sfondo l’interesse delle altre imprese partecipanti alla gara *a monte*)”⁴¹.

Il caso appena citato evidenzia come lo speciale “regime di legalità controllato” che ormai governa il settore⁴² vede il giudice amministrativo tendenzialmente scavalcato dal combinato ruolo inquirente e cautelare esercitato dalla magistratura penale⁴³ e dalle autorità anticorruzione e prefettizie. Dalla prima (Anac) viene, anzi, l’auspicio di cogliere l’occasione per prevedere l’esercizio, parrebbe da intendere in ogni caso, di “altri poteri particolarmente incisivi”, quali quello di intervento cautelare “sugli atti delle procedure di gara e sugli atti di esecuzione del contratto, al fine di evitare, in casi di urgenza, danni gravi e irreparabili”; il potere di sanzionare il mancato rispetto delle raccomandazione; infine, il potere di agire in giudizio “per la rimozione

⁴⁰ Così l’ordinanza del Cons. stato, sez. IV, 16 settembre 2014 n. 4089, in *Foro it.*, 2015, III, 10 con breve nota redazionale di A. TRAVI in cui si segnala il “particolare rilievo” dato dalla sezione al sopravvenuto commissariamento.

⁴¹ Cfr. Cons. stato, sez. IV, 20 gennaio 2015 n. 143, rispettivamente punti 15 e 19.7 della motivazione, ove si precisa ulteriormente che “tale ultimo interesse, se del caso, potrà trovare tutela in via risarcitoria attraverso la costituzione di parte civile nel giudizio penale ovvero attraverso la proposizione di autonoma azione nei confronti di coloro che dovessero risultare responsabili di reati”.

⁴² Cfr. ancora le citate *Seconde Linee guida*, punto n. 1.

⁴³ Il cui ambito di intervento è stato già potenziato nel 2010 per effetto dell’introduzione del reato di turbata libertà della scelta del contraente di cui all’art. 353-*bis* c.p. (su cui cfr. N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Napoli, 2012; G. CARUSO, *Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente*, in *Dig. disc. pen., Agg.*, VII, Torino, 2013, 592).



delle illegittimità riscontrate nell'affidamento o nell'esecuzione dei contratti di appalto”⁴⁴. La tradizionale tutela costitutiva di annullamento finisce così per assumere una funzione recessiva entro un processo amministrativo, la incisività delle cui fasi cautelare e di merito sono già di per sé depotenziate per effetto delle limitazioni temporali introdotte (rispettivamente) alla durata (non superiore a sessanta giorni) delle misure interinali e per la fissazione dell'udienza di discussione⁴⁵, e che, quindi, sembra destinato ad incidere sui casi più complessi soltanto attraverso una tutela fortemente voluta ma raramente maneggiata con cura e ritenuta sussidiaria⁴⁶, qual'è il risarcimento dei danni⁴⁷.

La plausibilità dello scenario appena tratteggiato trova conferma nella discussione in atto circa la razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi alla tutela giurisdizionale⁴⁸, che vede l'Anac quale candidato naturale per la gestione di una rivitalizzata funzione di esame precontenzioso (attualmente previsto dall'art. 6, comma 7, lett. u, del codice) delle questioni relative alla gara congiuntamente affidate al suo esame da parte dei concorrenti e delle stazioni

⁴⁴ Cfr. la citata audizione del 20 gennaio 2015 del Presidente dell'Anac, dinanzi alla Commissione II. pp. del Senato della Repubblica.

⁴⁵ Come emerge dalla novella dell'art. 120, comma 6, per opera dell'art. 40, lett. a, del decreto legge n. 90/2014, secondo cui, per un verso, le misure cautelari possono essere subordinate alla prestazione di una cauzione di importo commisurato al valore dell'appalto e «sono disposte per una durata non superiore a sessanta giorni dalla pubblicazione della relativa ordinanza»; per altro verso, «il giudizio (...) viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente», mentre la sentenza deve essere depositata entro trenta giorni dall'udienza di discussione, «ferma restando la possibilità di chiedere l'immediata pubblicazione del dispositivo entro due giorni». Disposizioni che pongono notevoli problemi applicativi (sui quali si rinvia alle analisi di: M. A. SANDULLI, *Osservazioni a primissima lettura sull'impatto del d.l. 24 giugno 2014 n. 90 sul sistema di giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 2014, 1489; M. LIPARI, *L'efficienza della P.A. e le nuove norme per il processo amministrativo*, *ibid.*, 1504; R. DE NICTOLIS, *Il rito degli appalti pubblici dopo il D.L. 90/2014*, in *Urb. app.*, 2014, 1157) e di compatibilità con una durata media dei giudizi che, a partire dal 2010, è stata misurata in circa nove/dieci mesi dinanzi ai Tar ed in sette/otto mesi dinanzi al Consiglio di Stato (cfr. Presidente del Consiglio di Stato, *Relazione di inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2015*, Roma, 5 febbraio 2015).

⁴⁶ Sia consentito rinviare a G. D. COMPORI, *La responsabilità della pubblica amministrazione tra colpa e danni: la difficile ricerca di un filtro*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 521. Sulla singolare fioritura di voci tangenziali di danni attinenti alle gare, anche per opera della concorrente magistratura contabile, si veda la severa analisi della categoria del danno alla concorrenza di M. CAFAGNO, *La responsabilità amministrativa nascente dalla violazione delle norme di gara e l'evoluzione della disciplina dell'evidenza pubblica*, in *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, cit., 250.

⁴⁷ Si veda anche l'art. 9, comma 2-*sexies*, del decreto legge 12 settembre 2014 n. 133, convertito in legge 11 novembre 2014 n. 164, sull'emergenza del dissesto idrogeologico, che ha allargato il novero delle «esigenze imperative connesse ad un interesse generale», che ai sensi dell'art. 121, comma 2, c.p.a. mantengono efficace il contratto, includendovi anche quelle «funzionali alla tutela dell'incolumità pubblica».

⁴⁸ Previsto come criterio direttivo per la delega attuativa delle nuove direttive europee dall'art. 1, lett. l), del disegno di legge n. 1678 citato.



appaltanti, cui farebbe seguito la possibilità di ricorso in unico grado davanti al Consiglio di stato⁴⁹.

4. L'inquisizione sui requisiti e la giurisprudenza sulla escussione

L'evoluzione sopra descritta è stata agevolata da un sistema di contrattazione pubblica tradizionalmente incentrato sulla logica del vincolo e perciò affidato ad un soggetto che, dovendo agire nell'esigenza contabile del risparmio delle spese⁵⁰, viene posto nell'imbarazzante situazione di dovere negoziare senza una reale capacità di visione e di scelta delle migliori opportunità offerte dal mercato. Ciò è tanto vero che le procedure di evidenza pubblica sono state sempre connotate da un timbro esecutivo di un disegno (o interesse pubblico) asseritamente preconfezionato e, perciò, sono state variamente qualificate in termini di contrattazioni che si formano per "adesione", senza che sia ritenuto necessario "il lavoro comune delle parti"⁵¹; o di contrattazioni "in marcia", nel senso che lungo il procedimento l'amministrazione è sempre ritenuta domina dell'affare e "giudice della rispondenza dell'opera al pubblico interesse, non solo nel suo insieme, ma anche nei dettagli"⁵²; o, ancora, di "matrimonio per corrispondenza", concluso cioè non per attrazione reciproca ma sulla semplice base "delle indicazioni contenute nel bando di gara e nell'offerta presentata dai partecipanti alla gara, che compongono così il loro ideale accordo prematrimoniale": con la naturale conseguenza che l'esito del rapporto di coppia è altamente incerto, come accade in tutti i casi in cui "gli sposi non si erano mai visti primi e confidano semplicemente nell'incrocio epistolare tra le rispettive preferenze"⁵³.

⁴⁹ Secondo le parole del Presidente dell'Anac (nella citata audizione del 20 gennaio 2015), l'evoluzione dell'attuale attività di precontenzioso verso una forma di ADR "di tipo conciliativo" potrebbe avvenire prevedendo "che l'Autorità venga adita congiuntamente dalle parti coinvolte nella controversia (concorrente e stazione appaltante) per cui la pronuncia emessa dall'Anac, preceduta dall'autodeterminazione delle parti di rimettersi alla sua decisione, potrebbe assumere carattere vincolante ed essere oggetto di impugnazione con ricorso in unico grado davanti al Consiglio di Stato". Per altri accenni alla proposta, si vedano l'audizione del Presidente del Consiglio di stato in data 14 gennaio 2015 dinanzi alla 8^o Commissione permanente del Senato della Repubblica, in sede referente del disegno di legge n. 1678 recante delega per l'attuazione delle nuove direttive europee; nonché ID., *Relazione di inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2015*, cit.

⁵⁰ "Vera e propria ossessione (...) immanente e onnipresente" al sistema, come notato anche di recente dal Presidente dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture al convegno tenutosi a Palazzo Spada su "Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive", Roma, 14 maggio 2014.

⁵¹ L. FORTI, *Sulla formazione dei contratti dello Stato (note critiche)*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1938, 12.

⁵² E. PRESUTTI, *Contratto di appalto per la esecuzione di opere pubbliche. Risoluzione in danno dell'amministrazione per la inadempienza di queste*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1912, II, 195.

⁵³ Così G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 254.



Tale impianto si è riflesso su una particolare conformazione del rapporto comunicativo tra le parti in gara. Anzitutto, invertendo l'ordine logico che sarebbe dettato dalla logica negoziale e che sarà esaminato in seguito, l'analisi dell'offerta è preceduta da una lunga e defatigante parentesi procedimentale incentrata sull'esame dei vari requisiti per potere offrire. Tale vicenda è divenuta così ingombrante e difficile da spiegare, oltre che da gestire, che da anni ormai si parla in varie sedi di eccesso di oneri formali e di rigorismo, o di inutile caccia all'errore, ovvero di un meccanismo che ruota in larga parte su se stesso comportando un rilevante aggravio di lavoro di amministrazioni, imprese, avvocati e giudici. Di qui la diffusa richiesta di scelte coraggiose che vadano nel senso di una radicale semplificazione di questo segmento procedurale⁵⁴. Non pare però che scorciatoie come il diverso trattamento degli oneri formali di partecipazione (art. 39 d. l. n. 90/2014), o la veduta monetizzazione e limitazione temporale della tutela cautelare in favore della improbabile accelerazione della decisione di merito dei giudizi (art. 40 d. l. n. 90), o ancora il minacciato taglio delle capacità espressive degli avvocati difensori (art. 40, lett. a)⁵⁵ possano influire in maniera incisiva su un fenomeno che, essendo di impianto culturale, è più profondo.

Per capire il problema, è sufficiente risalire al segnalato intreccio tra approccio vincolistico e mentalità pan-penalistica. Ci troviamo così di fronte ad una sorta di bilanciamento, in virtù del quale la carenza di capacità negoziale effettiva della stazione appaltante sembra essere stata nel tempo compensata con il riconoscimento di una crescente potestà inquirente e con l'attribuzione di una corrispondente capacità punitiva e sanzionatoria delle riscontrate deviazioni rispetto all'ortodossia procedimentale uniformemente pretesa.

Il modello non è nuovo e richiama alla memoria i tribunali della coscienza che, dopo la controriforma, animarono il complesso sistema dell'inquisizione romana. Un sistema, con il suo articolato strumentario fatto di poteri di prevenzione, sorveglianza, e proibizione a posteriori ed a priori delle possibilità di pensare in modo dissidente, nel quale “la repressione degli eretici portava con sé una pastorale finalizzata a conformare i comportamenti dei fedeli a modelli” precostituiti⁵⁶. Come messo in evidenza da recenti indagini di carattere economico, l'enorme sforzo cinque-secentesco di edificazione e diffusione di tali meccanismi giustiziali accrebbe anche l'attenzione verso le risorse a disposizione, il cui incremento fu veduto come mezzo “per aumentare le potenzialità d'azione” degli uffici, tanto che pene pecuniarie e confische dei beni dei

⁵⁴ Da ultimo, in tal senso è indirizzato l'auspicio del Presidente del Consiglio di Stato, sia nella citata audizione parlamentare del 14 gennaio 2015, sia in sede di inaugurazione dell'anno giudizio 2015.

⁵⁵ Su cui si veda G. CUMIN, *Il passaggio dallo spazio logico allo spazio fisico nel rito degli appalti*, in *Urb. app.*, 2015, 5.

⁵⁶ Come sostenuto da G. G. MERLO, *Il cristianesimo medievale in Occidente*, Roma-Bari, 2012, 113.

condannati, alimentando “una incessante opera di costruzione della reputazione e del consenso pubblico”, divennero “ben più che una fonte di denaro (...) un agile strumento di amplificazione del potere della giustizia di fede”⁵⁷.

Lo stesso modello ci offre due ulteriori spunti di riflessione per leggere l’attuale sistema contrattuale delle amministrazioni pubbliche.

Il primo è legato all’osservazione che alla vastità del progetto repressivo si accompagnò lo “scaglionamento degli obiettivi della repressione (...) su filoni persecutori ritenuti emergenziali”. Infatti, nel passaggio tra il XVI e XVII secolo, quando ormai lo sradicamento dell’eresia poteva dirsi completato, le stesse esigenze di legittimazione e di finanziamento causarono “l’innesto di rinnovati oggetti di persecuzione tra cui stregoneria, pratiche magiche, bestemmie, imprecazioni, trasgressioni di divieti da parte di ebrei (...) sodomiti, bigami, giudaizzanti, astrologi, portatori e propagatori di superstizioni popolari, confessori turpi, scienziati, quietisti, giansenisti”⁵⁸.

In secondo luogo, da metà cinquecento circa si assiste al crescente tentativo di conversione del meccanismo inquisitoriale, diffuso in una “costellazione di tribunali” locali o periferici, in “una compagine unificata dal punto di vista normativo e procedurale, soprattutto grazie all’instancabile azione pontificia e dicasteriale di supervisione, coordinamento e avocazione di processi, oltre che di fissazione di indirizzi e norme generali di comportamento degli inquisitori”⁵⁹.

Chiare impronte di tale modello si trovano nella fase di accesso all’arena contrattuale pubblica, in origine regolato da una norma di carattere generale (art. 68, comma 2, del r.d. 23 maggio 1924 n. 827) che si limitava ad attribuire all’amministrazione la «piena ed insindacabile facoltà di escludere dall’asta qualsiasi concorrente», ed oggi invece retto da un vero e proprio regime di polizia che presiede al momento della qualificazione dei concorrenti nelle procedure aperte ed alla fase della c.d. prequalifica nelle procedure ristrette. Esso ha ad oggetto una costellazione di oneri documentali e formali riguardanti: i requisiti di carattere generale di cui all’art. 38 del codice, i requisiti c.d. speciali di capacità economico-finanziaria di cui all’art. 41 e di tipo tecnico-organizzativo di cui all’art. 42.

I primi attengono alla affidabilità morale e professionale dei partecipanti, aspetto che viene scandagliato sotto la lente di almeno 14 parametri soggettivi⁶⁰. Essi devono sussistere per tutto

⁵⁷ G. MAIFREDA, *I denari dell’inquisitore. Affari e giustizia di fede nell’Italia moderna*, Torino, 2014, X-XVI.

⁵⁸ *Ibid.*, 92, 131.

⁵⁹ *Ibid.*, 101.

⁶⁰ Cfr. la determinazione dell’Avcp, 12 gennaio 2010 n. 1. Si veda inoltre l’analisi generale dei requisiti offerta da A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *L’appalto di opere pubbliche*, XII ed., I, Milano, 2012, 458 ss.; G. BERGONZINI, *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *I contratti pubblici di*



l'intervallo temporale che va dalla scadenza del termine di presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione fino alla stipula del contratto e sono soggetti ad un controllo generalizzato che si ritiene debba svolgersi prima della valutazione delle offerte per impedire che la serietà ed imparzialità dei riscontri possano essere attenuate e condizionate da una precoce conoscenza dei contenuti economici dell'offerta⁶¹. La caccia all'errore ingenerata da tale apparato inquisitorio ha dato luogo a molteplici problemi pratici, per risolvere i quali sono state necessarie numerose decisioni dell'Adunanza Plenaria. Tra le principali, è sufficiente qui ricordare: la n. 8/2012 sul carattere astratto e derivato (da altro ordinamento, e segnatamente quello previdenziale) della nozione di regolarità contributiva, ma anche sulla immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare; n. 10/2012 sulla sussistenza anche in capo al cessionario (come anche nelle ipotesi di fusione o incorporazione di società) dell'onere di dichiarare l'assenza di condanne passate in giudicato anche in riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la cedente; le nn. 15 e 20 del 2013 sull'effetto rigidamente preclusivo collegato all'inadempimento fiscale legislativamente qualificato. Isolati i tentativi di elaborazione di visioni alternative e, tra essi, vanno sicuramente annoverati quelli promossi da alcune decisioni del Tar Lombardia: la ordinanza della sezione III n. 1669, che nel 2012 ha rimesso alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale della compatibilità con i principi europei di proporzionalità e di tutela della concorrenza dell'art. 38, comma 2, del codice che introducendo una nozione di violazione contributiva "del tutto rigida, desunta da un dato solo quantitativo" che incide "in modo esorbitante nella sfera del concorrente" senza essere "collegata ad un dato concretamente espressivo della sua inaffidabilità"⁶²; l'ordinanza della sezione I n. 123 del 2013 di analogo rinvio

lavori, servizi e forniture, a cura di R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA, I, Padova, 2014, 299.

⁶¹ Cons. stato, sez. V, 10 marzo 2011 n. 1541 ha ritenuto che: "a) le stazioni appaltanti ben possono sottoporre a verifica dei requisiti un numero di offerte superiore al 10 %, ma tale verifica deve avvenire prima della valutazione delle offerte; dopo tale momento, l'art. 48, comma 2, del d.lgs. n. 163/06 consente la verifica dei requisiti solo per il primo e secondo classificato; b) il suddetto principio deve essere esteso alla verifica di ogni tipologia di requisito di ammissione, al fine di non consentire all'amministrazione di assumere decisioni discrezionali (se procedere o meno ad una ulteriore verifica) dopo aver conosciuto l'esito della gara". Nello stesso senso anche Cons. stato, sez. V, 14 maggio 2012 n. 2746, in *I contratti dello stato e degli enti pubbl.*, 2012, 60, con il commento di C. Santarelli, che pure ha ritenuto tale principio non inderogabile quando la verifica "della regolarità dei requisiti da certificare (...) costituisca (...) atto dovuto".

⁶² In *Urb. app.*, 2012, 1310, con il commento di I. Pagani. La questione è stata di recente risolta dalla Corte di giustizia UE, sez. X, 10 luglio 2014, in causa C-358/12, in *Urb. app.*, 2014, 1170, con il commento di P. PATRITO, nel senso della compatibilità con il principio di proporzionalità di una soglia di punibilità predeterminata (come quella prevista dal nostro art. 8, comma 3, del D.M. 24 ottobre 2007, che considera gravi le violazioni contributive che eccedono il 5% dello scostamento tra somme dovute e somme versate, fermo restando la non gravità di violazioni di importo inferiore a € 100) che garantisca "non solo la parità



alla Corte di giustizia della verifica di compatibilità con l'art. 45 della direttiva 2004/18, che è informato ad una “verifica di tipo sostanziale della sussistenza di nominate cause ostative”⁶³, dell'interpretazione formale incline a ritenere sanzionabile comunque con l'esclusione ex art. 38 cit. l'omessa presentazione delle dichiarazioni di moralità anche quando la stessa sia accertata esistente considerando inapplicabile la teoria penalistica del falso innocuo e giungendo pertanto a considerare la completezza delle dichiarazioni come “già di per sé un valore da perseguire” in conformità al buon andamento dell'amministrazione e, specularmente, “una dichiarazione inaffidabile (perché falsa o incompleta) già di per sé lesiva degli interessi considerati dalla norma a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare alla gara”⁶⁴.

I secondi sono requisiti speciali che riguardano l'adeguatezza sotto vari profili oggettivi della prestazione offerta e sono assoggettati ad un obbligatorio procedimento di verifica (art. 48 del codice) che, prima dell'apertura delle buste con le offerte, ha ad oggetto la compatibilità di un campione (non inferiore al 10% arrotondato all'unità superiore e sorteggiato) delle offerte presentate e già ammesse con i livelli minimi stabiliti nel bando⁶⁵. A tale verifica sono obbligatoriamente assoggettati anche l'aggiudicatario provvisorio ed il concorrente che segue in graduatoria. Mentre nel vigore della disciplina previgente (in particolare della legge n. 109 del 1994) si affermarono indirizzi interpretativi⁶⁶ meno formalistici, in quanto inclini in alcune ipotesi a ritenere prorogabile il termine di presentazione della documentazione, o considerare giustificabile il ritardo dovuto a fatti imputabili all'amministrazione o comunque non all'impresa, magari incorsa in semplici irregolarità documentali o errori materiali o formali risultanti dal solo esame degli atti, o ancora circoscrivibili gli effetti dell'inadempimento alla sola esclusione dalla gara senza applicazione dell'incameramento della cauzione e della segnalazione all'Autorità⁶⁷, gli orientamenti attualmente vigenti sono assai più rigidi e formalistici perché, pur nel silenzio della legge, si riconosce ormai il carattere perentorio del termine di prova, a prescindere da

di trattamento degli offerenti ma anche la certezza del diritto”.

⁶³ In *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, con nota di P. PROVENZANO.

⁶⁴ Cfr. Cons. stato, III, 16 marzo 2012 n. 1471, poi seguita dalla sentenza 24 giugno 2014 n. 3198.

⁶⁵ Cfr. la determinazione dell'Avcp, 15 gennaio 2014 n. 1, che chiarisce al punto 6 che la verifica “non costituisce un *quid* distinto dalla fase di ammissione delle offerte, attenendovi invece essa stessa, in quanto ha ad oggetto il controllo della veridicità di quanto l'impresa dichiara per essere ammessa a concorrere; quello che la distingue è solo la sua collocazione cronologica tra le operazioni di gara, logicamente successiva a quelle preposte ai controlli formali circa la regolarità delle offerte”.

⁶⁶ Ricordati da A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, I, cit., 1001.

⁶⁷ Per esempio, in casi di lieve gravità della violazione (Tar Lazio, II, 6 marzo 2009 n. 2341, in *Foro amm.*, TAR, 2009, 740) o errore commesso in buona fede in ordine all'interpretazione del bando o della normativa generale (Cons. stato, sez. VI, 14 settembre 2006 n. 5324; Tar Campania, I, 28 marzo 2001 n. 1361, in *Foro amm.*, TAR, 2001, I, 1859).

eventuali stati soggettivi e dall'effettivo possesso dei requisiti e salve unicamente l'eventuale richiesta di chiarimenti ai sensi dell'art. 46, comma 1, del codice e l'ipotesi eccezionale dell'oggettivo impedimento alla produzione della documentazione non in disponibilità. Ciò – si sostiene – per ragioni di celerità della procedura e di automaticità della comminatoria prevista per la sua inosservanza, ed anche per riguardo delle posizioni particolari dell'aggiudicatario e del concorrente che segue in graduatoria ⁶⁸.

Ma ancora più significativa per quanto andiamo dicendo è la virata in senso decisamente sanzionatorio della chiave di lettura dei numerosi poteri di controllo che sorreggono tutto il veduto sistema ⁶⁹.

Per quanto, infatti, si sia sempre ritenuto l'art. 48 norma sanzionatoria e, quindi, di stretta interpretazione, come tale applicabile esclusivamente ai requisiti speciali ivi indicati e non a quelli di carattere generale e neppure al controllo degli elementi qualitativi e quantitativi delle offerte, tanto che la stessa Autorità di vigilanza ancora nel 2009 ⁷⁰ ribadiva l'inapplicabilità ai requisiti morali delle conseguenze sanzionatorie previste dall'art. 48 ⁷¹, osservando che “solo nel caso di carenza dei requisiti generali in capo all'aggiudicatario provvisorio, la stazione appaltante oltre alla revoca dell'aggiudicazione, procederà all'incameramento della cauzione, ma ciò non quale conseguenza dell'art. 48 ma dell'art. 75, comma 6, del codice che prevede tale sanzione per mancata stipula del contratto per fatto dell'affidatario”, dapprima l'Adunanza Plenaria n. 8/2012 ha ribadito la possibilità di escussione della garanzia resa dell'aggiudicatario anche per difetto dei requisiti generali, quindi ha esteso a tale ultima fattispecie anche la sanzione della segnalazione all'Autorità, oltre a ritenere la cauzione incamerabile anche nel caso di revoca in autotutela dell'intera gara ⁷²; fino a che la più recente giurisprudenza palesa l'intenzione di estendere la *ratio*

⁶⁸ Come stabilito da Cons. stato, Ad. Pl., 25 febbraio 2014 n. 10, in *Urb. app.*, 2014, 830, con commento di S. FOÀ.

⁶⁹ Se ne veda un'analisi ragionata in S. VINTI, *La funzione di controllo sulla qualificazione delle imprese nelle procedure di evidenza pubblica*, in *I contratti di pubblico appalto*, a cura di C. FRANCHINI, Torino, 2010, 559.

⁷⁰ Cfr. la determinazione dell'Avcp n. 5 del 21 maggio 2009, recante “Linee guida per l'applicazione dell'art. 48 del D. Lgs. n. 163/2006”.

⁷¹ *Ibid.*, punto 1.4: “In particolare, la dimostrazione della veridicità delle dichiarazioni relative ai requisiti di carattere generale resta onere della stazione appaltante, secondo le regole generali in materia di autocertificazione (capi II e III e art. 77 bis del D.P.R. n. 445/2000), e l'eventuale falsità delle stesse non trova disciplina, quanto alle sanzioni, nell'art. 48, ma la stazione appaltante procederà alla esclusione dalla gara per l'operatore inadempiente, alla denuncia dei fatti costituenti reato e alla segnalazione alla Autorità per l'iscrizione nel casellario informatico”.

⁷² Punti 6.2 e 6.3 della motivazione, ove si argomenta dell'autotutela come “un fatto successivo, e peraltro consequenziale alla circostanza delle numerose esclusioni e dei numerosi contenziosi pendenti; essa è del tutto irrilevante e non fa venir meno né la imputabilità al concorrente della causa di esclusione, e dunque l'incameramento della cauzione, né le ragioni legislative sottese all'istituto della cauzione”.

della cauzione provvisoria di cui all'art. 75 a garanzia, non solo della serietà ed attendibilità dell'offerta, ma anche di un non meglio precisato "rispetto dell'*ampio patto d'integrità* cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche"⁷³, tanto da assumere "anche una funzione sanzionatoria per altri comportamenti dell'offerente pure ascrivibili alla rottura del patto d'integrità, quali quelli delineati dall'art. 48 (...) e altresì dei requisiti di carattere generale ex art. 38"⁷⁴. Da queste premesse si è ritenuto di potere ricavare "l'elemento unificante di tutte le fattispecie considerate (...) nell'inverarsi di *fatti colpevoli* che incidono sul regolare svolgimento della gara e manifestano la violazione del ripetuto patto d'integrità, ossia di quell'onere di peculiare diligenza e/o buona fede che incombe sul concorrente"⁷⁵. Abbandonando, così, l'analisi specifica della singola offerta sotto esame ed il legame funzionale e di diretta strumentalità tra le garanzie di serietà ed attendibilità della stessa ed il "perfezionamento dello scopo dell'intero procedimento, consistente nella stipula del contratto per l'esecuzione della prestazione" (nesso enfatizzato dalla citata Ad. Pl. n. 10/2014 ai fini della dimostrazione della perentorietà dei termini di prova dei requisiti), ed abbracciando la più ampia e vaga prospettiva, di chiaro stampo moralistico ed inquisitorio, dell'integrità di un asserito patto che legherebbe le parti del rapporto procedimentale, si giunge a sostenere che "la cauzione (nel senso lato) copre ogni ipotesi nella quale la mancata sottoscrizione del contratto, e a monte il non conseguito perfezionamento dei suoi presupposti procedurali (aggiudicazione provvisoria, definitiva) sia addebitabile all'offerente", ivi compresa la rinuncia dell'impresa all'offerta, pure giustificata adducendo fatti sopravvenuti incolpevoli (es. guasti ad alcuni macchinari tra quelli costituenti l'apparato produttivo della mandante) che rendono difficile l'esecuzione della prestazione, in quanto "l'istituto sarebbe

⁷³ Cons. stato, sez. IV, 22 settembre 2014 n. 4733, il cui punto 3 della motivazione così recita: "nel quadro delle sanzioni conseguenti all'esclusione, l'istituto della cauzione provvisoria si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche, ed il suo incameramento, sussistendone i presupposti, risulta coerente con tale finalità, avendo esso la funzione di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta, sanzionando la violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente, mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti dalla stazione appaltante. E ciò tenuto conto del fatto che, con la domanda di partecipazione alla gara, l'operatore economico sottoscrive e si impegna ad osservare le regole della relativa procedura, delle quali ha, dunque, contezza".

⁷⁴ Cfr. Cons. stato, sez. IV, 22 dicembre 2014 n. 6302.

⁷⁵ *Ibid.*, punto 3.1 della motivazione, ove si evoca un parallelo con "quel particolare meccanismo di liquidazione del danno costituito dalla clausola penale ex art. 1382 c.c.", che appare un po' forzato, se si considera che il modello codicistico "accede ad un contratto" per la "sua connessione con l'inadempimento o il ritardo imputabili al debitore" (G. DE NOVA, *Clausola penale, Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988, 377-378), dal che deriva "l'incerta configurazione, nel nostro sistema, di penali che non siano costituite mediante accordo delle parti e/o che non siano riferite ad un contratto principale" (come sottolinea S. MAZZARESE, *Clausola penale. Artt. 1382-1384*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1999, 63; cfr. altresì F. Camilletti, *La clausola penale. Profili giuridici*, in *Contratto e impresa*, 2014, 179-180).

svuotato di efficacia, anche *deterrente* rispetto alla formulazione di offerte non serie o inattendibili, se si individuasse una sorta di finestra procedimentale (anteriore all'aggiudicazione provvisoria) nella quale al concorrente sia consentito di liberarsi senza alcuna conseguenza pregiudizievole”⁷⁶. L'ulteriore sviluppo della descritta linea evolutiva si deve ad una recente decisione dell'Adunanza Plenaria che, richiamandosi ancora una volta alla “garanzia del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa ad una gara pubblica”, ha ritenuto legittimo l'inserimento nei bandi e disciplinari di gara di clausole recanti la previsione dell'escussione della cauzione anche ai danni del concorrente non aggiudicatario risultato privo anche dei requisiti generali dell'art. 38. Ciò perché “la presenza di dichiarazioni non corrispondenti al vero altera di per sé la gara quantomeno per un aggravio di lavoro della stazione appaltante, chiamata a vagliare anche concorrenti inidonei o offerte prive di tutte le qualità promesse, con le relative questioni successivamente innescabili (come verificatosi nel caso di specie, con esigenze di ricalcolo e nuovo aggiudicatario)”⁷⁷. Restano ancora margini di incertezza quanto alla qualificazione dell'escussione quale “automatica conseguenza della violazione di regole e doveri contrattuali espressamente accettati”, proponendo la decisione da ultimo citata un'interpretazione in chiave patrimoniale (“misura di indole patrimoniale”, “autonoma ed ulteriore rispetto alla esclusione dalla gara ed alla segnalazione all'Autorità” che darebbe vita ad “un distinto rapporto giuridico fra quest'ultima e l'imprenditore”) anziché propriamente sanzionatoria, che, oltre a non apparire in linea con il modello dell'art. 48 per come interpretato anche dall'Autorità di vigilanza⁷⁸, sembra dettata soprattutto dalla contingente necessità di superare le eccezioni sollevate alla luce dei principi (tipici del diritto punitivo) di legalità e tassatività. Certo è però che il quadro generale fin qui riassunto distoglie ancora di più l'attenzione dal momento centrale e conclusivo del

⁷⁶ *Ibid.*, punto 3.1 della motivazione.

⁷⁷ Cfr. Cons. stato, Ad. Pl., 10 dicembre 2014 n. 34, punto 3 della motivazione, ora in *Foro it.*, 2014, *Anticipazioni e novità*, 376.

⁷⁸ L'Avcp, nella citata determinazione n. 1/2014, punto 8, ha chiarito il segmento sanzionatorio del procedimento ex art. 48, precisando che il potere sanzionatorio della stazione appaltante si esplica attraverso l'esclusione dalla gara e l'escussione della cauzione ed è esercitato, in modo obbligatorio ed automatico, sia in caso di mancata conferma delle dichiarazioni contenute nella domanda sia in caso di omissione o rifiuto o ritardo della relativa prova; invece le sanzioni di competenza dell'Autorità, a seguito della segnalazione, sono la sanzione pecuniaria e la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle gare. Esse “colpiscono il comportamento scorretto del singolo operatore in ragione dell'interesse di portata generale a che nel settore degli appalti pubblici agiscano soggetti non solo idonei ma anche rispettosi delle regole previste dalle stazioni appaltanti (...) a prescindere dalla singola procedura selettiva nel cui ambito si sono verificate le irregolarità nel concreto rilevate”, e sono rimesse “alla prudente valutazione della stessa Autorità, nel rispetto del principio di proporzionalità” e tenuto conto in ogni caso della “gravità dell'infrazione commessa e la presenza di giustificati motivi nonché il sussistere della buona fede o dell'errore scusabile”.



procedimento, ponendo ora in primo piano, rispetto al rilievo sinora detenuto dall'atto di esclusione, il carattere puramente pecuniario dell'escussione, divenuta autonomamente impugnabile, "se ritenuta realmente ed esclusivamente lesiva dell'interesse dell'impresa"⁷⁹.

Nel tentativo di riportare ordine all'insieme delle decisioni singolarmente assunte dalle varie stazioni appaltanti nella loro veste di giudici della coscienza e moralità imprenditoriale si è assistito a quanto già avvenuto all'epoca dell'inquisizione romana, cioè all'introduzione di direttive dall'alto finalizzate a regolare uniformemente precetti e relative sanzioni e limitare la discrezionalità dell'inquisitore locale (si ricordino i bandi-tipo e la tassatività delle clausole di esclusione, gli strumenti di aggregazione delle domande). Il rimedio, da tutti salutato come salvifico, perché volto - si è detto - a "delineare un quadro normativo scevro da incertezze interpretative (...) con cui misurare la correttezza dell'operato delle stazioni appaltanti (...) ed assicurare un elevato grado di standardizzazione nelle procedure di gara"⁸⁰ ovvero a rendere "meno formalistico" l'approccio degli interpreti⁸¹, è stato da chi scrive criticato tre anni orsono con parole che mi permetto di riportare letteralmente: "nella misura in cui allontana il livello di regolazione dall'ambiente regolato e dissocia l'autore delle regole dal soggetto tenuto a farle rispettare ricavando dalle stesse il miglior risultato, rischia di rappresentare un pericoloso diaframma tra la stazione appaltante e il mercato di riferimento e di deresponsabilizzare ulteriormente le scelte della prima, tendenzialmente operate volgendo lo sguardo all'autorità di vigilanza - e, in ultima analisi, al giudice chiamato a risolvere i casi dubbi - piuttosto che agli operatori economici"⁸². Non pare che l'evoluzione successiva abbia smentito tale sospetto, se è vero che gli indirizzi applicativi sono stati i più vari e sono state necessarie diverse decisioni dell'Adunanza Plenaria per tentare la quadratura del cerchio tra oneri formali e soccorso istruttorio (si ricordino almeno le sentenze nn. 9 e 16 del 2014). Ancora alla vigilia dell'entrata in vigore del decreto legge n. 90 del 2014 si poteva, per esempio, leggere decisioni secondo cui, in presenza di dichiarazioni sostitutive omnicomprendenti, cioè attestanti genericamente l'insussistenza delle situazioni escludenti di cui all'art. 38 ma carenti di specifica menzione di alcuni dei requisiti, "l'esclusione dalla gara non venga impedita dal fatto che nel bando non fosse stata prevista l'esplicita sanzione dell'esclusione né l'Amministrazione avrebbe dovuto attivare il

⁷⁹ Come sostiene Ad. Pl. n. 34/2014.

⁸⁰ Come notato dall'Autorità nel Documento di consultazione "Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro", a cura dell'Ufficio Studi, Legislazione e Regolazione del mercato, 2011, 5.

⁸¹ Come sostenuto da Cons. stato, sez. III, 8 giugno 2012 n. 3393.

⁸² G. D. COMPORITI, *Problemi e tendenze dell'assetto regolatorio degli appalti pubblici*, in *Dir. ec.*, 2012, 588-589.

proprio potere di soccorso istruttorio, evitando di comminare l'esclusione immediata, tenuto conto che si trattava di dichiarazioni omesse afferenti a requisiti sostanziali di partecipazione alla gara, non ricavabili da altra parte della dichiarazione effettuata e riconducibili alla qualità di non dubbio senso della legalità del contraente (art. 38 1°, comma m-ter) ovvero di rispetto del principio della concorrenza.(art. 38 1°, comma m-quater)”⁸³.

L'art. 39, comma 1, del decreto legge n. 90/2014 non pare dotato di una capacità realmente innovativa rispetto al quadro sinora rappresentato, tanto che i primi commenti sono tutti orientati a leggerne la portata semplificante in chiave confermativa⁸⁴, o al più espansiva⁸⁵, di un diritto vivente al quale si continua però a guardare come termine di paragone da cui comunque partire, con immutato senso di fedeltà e rispetto. Anzi, la nuova disposizione normativa (non a caso, citata in tal senso dall'Ad. Pl. n. 34/2014) pare ulteriormente avvalorare la preminente ottica sanzionatoria in cui viene ormai riguardato il rapporto comunicativo tra le parti, facendo obbligatoriamente seguito a qualunque irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive il pagamento alla stazione appaltante di una sanzione pecuniaria, da stabilire nei bandi in modo non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque a € 50 mila, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. Sanzione che parrebbe legata alla semplice violazione formale delle regola di gara, a prescindere dalla sanatoria o meno dell'irregolarità a seguito dell'esercizio del soccorso istruttorio, e pertanto volta a “dissuadere i concorrenti dal considerare in modo superficiale le prescrizioni di gara”⁸⁶. Senza entrare ulteriormente nell'analisi di un “lessico infelice e foriero di incertezze interpretative ed applicative”⁸⁷, che non pare comunque in grado di eliminare la ricorrenza di errori irrimediabili⁸⁸

⁸³ Cons. stato, sez. IV, 29 maggio 2014 n. 2778, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubbl.*, 2014, 60, con il commento di F. CALIANDRO.

⁸⁴ Per esempio: P. PROVENZANO, *Brevi riflessioni a margine della disciplina sugli oneri dichiarativi ex art. 38 D. Lgs. 163/2006 contenuta nell'art. 39 del D.L. n. 90/2014*, in *Giustamm.*, 2014; Lo stesso M. LIPARI, *L'efficienza della P.A. e le nuove norme per il processo amministrativo*, cit., 1501 ss., per quanto riconosca che la norma “intende modificare una linea di tendenza ormai radicata nel nostro ordinamento e nel suo diritto vivente, teso a concentrare una parte consistente del contenzioso in materia di contratti pubblici nella valutazione dei requisiti meramente formali di partecipazione”, coglie linee di continuità con “un principio sostanzialmente non nuovo, volto a ridimensionare la portata invalidante di violazioni meramente procedurali, secondo una logica omogenea a quella sancita nell'art. 21-octies, comma 2”.

⁸⁵ Come ritenuto per esempio da C. E. GALLO, *Il formalismo nelle procedure contrattuali pubbliche e il dovere di soccorso*, in *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, cit., 22; nonché da Anac, *Vigilanza contratti pubblici*, Bozza di determinazione su “Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163”, rimasta in consultazione fino al 19 novembre 2014. Ad essa ha fatto ora seguito la determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015.

⁸⁶ C. E. GALLO, *op. cit.*, 22.

⁸⁷ Come chiosato da Ad. Pl. n. 16/2014.



o di ipotesi intermedie di elementi esigibili, in quanto ritenuti indispensabili per “una celere e sicura verifica del possesso dei requisiti di ordine generale”⁸⁹, preme sottolineare che l’ipotizzata riduzione dell’ambito di rilevanza dei vizi escludenti non pare idonea a convertire apparati addestrati a sanzionare in centri decisionali capaci di scegliere. In quest’ottica, va piuttosto segnalata l’importanza dell’ultimo periodo della disposizione in esame che esclude la rilevanza di ogni variazione che intervenga successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte, «ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l’individuazione della soglie di anomalia delle offerte». Previsione che può anche dare adito ad alcuni dubbi nella misura in cui, per quanto volta ad impedire che si possa contestare l’ammissione o esclusione di un soggetto terzo, “potrebbe determinare la patologia opposta, consentendo una preventiva influenza sul procedimento di gara, al prezzo di sole sanzioni pecuniarie, mediante la domanda di partecipazione di soggetti sicuramente disinteressati”⁹⁰, ma la cui importanza meglio si comprende se si inquadra nello sfondo di alcune importanti novità desumibili dal nuovo quadro normativo europeo.

5. Una differente prospettiva: l’attrito della natura delle cose nel corso dell’operazione economica

Prima di passare in rassegna tali novità, proviamo però a ragionare liberi dalla sovrastruttura vincolistica-sanzionatoria ereditata dal passato, guardando semplicemente alla natura delle cose piuttosto che dei soggetti agenti. Si paleserebbe allora il seguente filo logico:

- a- Alla base di tutto il ragionamento si trova la scelta fondamentale tra *make or buy*, nel senso che la stazione appaltante dovrebbe prima di tutto valutare se è in grado di produrre all’interno della propria organizzazione i beni e servizi necessari a soddisfare determinate problematiche collettive oppure no. In questo secondo caso, la stazione appaltante si rivolge al mercato per acquistare un’opera, un servizio, una fornitura⁹¹. Basta questo

⁸⁸Per la cui sopravvivenza si veda l’analisi di P. CERBO, *Il soccorso istruttorio fra mere irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili*, in *Urb. app.*, 2014, 1290.

⁸⁹ L’Anac, nella citata determinazione n. 1/2015, parla in proposito di un “*tertium genus*” che rende possibile l’attivazione del soccorso istruttorio senza potestà di sanzione pecuniaria, ed individua a titolo di esempio: la posizione Inail, Inps, Cassa edile ai fini della verifica della regolarità contributiva, o l’indicazione del decreto di ammissione al concordato con continuità aziendale, o all’indirizzo dell’agenzia delle entrate competente per la verifica del rispetto degli adempimenti tributari.

⁹⁰ M. LIPARI, *op. cit.*, 1503.

⁹¹ Cfr. tra la letteratura fondamentale, si veda in particolare O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institution of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting*, trad. it., Milano, 1987, 183 e 235, la cui analisi è incentrata sui costi delle transazioni umane, intesi come “l’equivalente economico dell’attrito nei sistemi fisici” (*ibid.*,



accenno per capire che la scelta sospinge l'amministrazione fuori dal suo apparato e dai relativi vincoli burocratici, inducendola a cambiare la tradizionale veste autoritativa per assumere le sembianze del contraente che, al pari di qualunque altro contraente, si muove alla ricerca: i) dei dati effettivi del problema, necessari per elaborare l'offerta da indirizzare al mercato, ii) della migliore prestazione per rispondere a quell'offerta. In tutto ciò l'interesse pubblico non ha cittadinanza poiché esso si è fermato allo stadio della decisione preliminare, che è stata presa appunto per rispondere al meglio ad una sfida superiore ai mezzi di cui l'apparato può disporre. Nella negoziazione successiva l'amministrazione e gli operatori economici si confrontano come portatori di interessi individuali antagonisti, ed è il concretissimo scontro (attrito) tra gli stessi che porta alla migliore soluzione possibile data sul mercato.

- b- Una volta effettuata la scelta preliminare, l'amministrazione si imbatte in un problema di asimmetria informativa rispetto agli operatori economici del settore, rischiando di rimanere preda di loro comportamenti opportunistici: per compensare tale situazione di debolezza si ricorre a strumenti di emulazione controllata che consentono alla committenza pubblica di convertire l'antagonismo tra gli aspiranti contraenti in un vantaggio collettivo ⁹².
- c- L'antagonismo tra gli operatori economici è governato essenzialmente dal meccanismo del pubblico incanto che è largamente impiegato anche nel diritto comune dei contratti ove, per quanto manchi una rigida scansione in fasi come nel diritto amministrativo, sono comunque distinguibili i momenti dell'indizione della gara, della fissazione delle regole del gioco, dello svolgimento della gara, e si ha altresì chiara consapevolezza che la procedura competitiva vale a completare gli elementi mancanti del negozio; se del caso, ricorrendo

91), volti a dare spiegazione al seguente problema: "Si deve eseguire un determinato compito la cui esecuzione può essere organizzata in parecchi modi alternativi; a ciascuno di questi sono associati un contratto esplicito o implicito e un apparato di governo. Quali sono i costi?" (*ibid.*, 93), ed impiegati tenendo conto della razionalità limitata e dell'opportunismo che caratterizzano "la natura umana così come la conosciamo" (*ibid.*, 125). Un'analisi recente dei presupposti e dei rischi delle esternalizzazioni è offerta da M. CLARICH E B. G. MATTARELLA, *Efficienza e riduzione della spesa nel sistema pubblico*, in *Problematiche e prospettive nel percorso di riduzione della spesa pubblica in Italia*, a cura di D. IACOVONE, R. PATERNÒ, F. FONTANA E M. CAROLI, Bologna, 2014, 96.

⁹² Ne nasce il noto modello dei contratti amministrati, cui fa recente riferimento G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, 160, ma già individuato nella risalente voce di A. BONOMI, *Contratto amministrativo*, nel *Dig. it.*, VIII, p. 3, Torino, 1898-1900, 422, che, accennando a "restrizioni imposte da ragioni di pubblica utilità", chiosava: "Per garanzia di imparzialità, per lasciare libero l'adito alla concorrenza, si prescrive, come regola generale, che i contratti amministrativi siano conclusi in seguito a pubblici incanti".

all'ausilio di arbitratori esterni secondo l'art. 1349 c.c., tanto che è aperto il dibattito⁹³ sulla qualificazione dell'atto di impulso alla luce del paradigma dell'art. 1336 c.c. e, dunque, come proposta ancorché rivolta al pubblico, ovvero come promessa al pubblico ex art. 1989 c.c., o ancora come invito ad offrire. Avendo chiaro il principio comune "che il contratto non sorge se non quando la regola dei privati si sia formata completamente; fino a quando cioè le parti non siano d'accordo su tutti quanti i punti, su tutta quanta la materia trattata e che essi intendono regolare"⁹⁴, appare evidente l'impiego del concorso⁹⁵ quale tecnica progressiva di completamento degli elementi negoziali. Ed appare altresì chiaro il *favor* per tale via assicurato per modalità dialogiche flessibili e poco formalistiche, ovvero assistite da qual minimo di regole che siano funzionali al confronto tra offerte accompagnate, "anziché con una comune esibizione od elencazione di titoli e di requisiti posseduti, con una dimostrazione concreta della propria capacità"⁹⁶.

- d- Nell'indicata ottica, la negoziazione più che un insieme di figure ideal-tipiche da qualificare e classificare secondo la nota visione bipolare che è alla base della fortunata teoria dell'evidenza pubblica, appare un'operazione economica unitaria e complessa⁹⁷ da analizzare, soprattutto, avendo di mira la trama sostanziale che funge da connessione dei suoi snodi procedurali.

6. Le opportunità comunitarie per l'approdo ad un modello negoziale operativo e flessibile

Nell'ottica indicata, con maggiore fiducia si può volgere a questo punto lo sguardo ad alcune novità della direttiva appalti 2014/24, cominciando dalle disposizioni recate dagli articoli 56, comma 2, e 67, comma 1.

⁹³ Da ultimo sintetizzato in R. MONTINARO, *La scelta del contraente mediante gara nei contratti privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 954 ss.

⁹⁴ G. B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale «per relationem»*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II; 194.

⁹⁵ Ossia di "regole procedimentali" *ad hoc* che caratterizzano le fattispecie in esame, "più che non la sforzata configurazione negli schemi classici delle attività di formazione del contratto" (come messo in luce da A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, Milano, 1966, 397).

⁹⁶ A. C. JEMOLO, *Concorsi privati*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, 531.

⁹⁷ U. BRECCIA, *Il contratto e l'attività di negoziazione fra pubblico e privato. Nuovi problemi di teoria generale del diritto negli anni duemila*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 1045-1046, invita ad "uscire dai paradigmi del contratto-atto di autonomia e del provvedimento amministrativo variamente connesso all'accordo-atto" per "l'esigenza di guardare, con attitudine diversa in quanto più inclusiva, alla negoziazione, cioè a un agire che (...) ha tratti in parte corrispondenti (...) a quell'operazione economica a più vasto raggio che ora i civilisti, a loro volta, studiano (...) nei termini di una nuova, più ampia e più duttile, categoria, nelle tante sue evidenti connessioni con l'attività d'impresa".



La prima prevede per le procedure aperte la possibilità di «esaminare le offerte prima di verificare l'assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione», purché ciò avvenga, come ripetuto da ampia giurisprudenza della Corte europea, con la garanzia che tale verifica «sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato ad un offerente che avrebbe dovuto essere escluso o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice». Si enuncia in tal modo un'inversione di tendenza ⁹⁸ fondamentale, in quanto realmente tendente a ridimensionare l'enorme impianto punitivo che presidia l'ammissione alle gare, invitando le stazioni appaltanti a dismettere i comodi panni dello sceriffo e ad investire in professionalità per la scoperta dell'offerta migliore. D'altro canto, non dovrebbe scoraggiare la prevista applicabilità di questa metodologia operativa alle sole procedure aperte, perché anche in quelle ristrette il potere di verifica dei requisiti è destinato ad essere ricomposto entro margini di funzionalità con la selezione, in quanto gli artt. 28, comma 2, e 65, commi 1 e 2, prevedono la facoltà delle amministrazioni aggiudicatrici di limitare, tra coloro che abbiano presentato domanda di partecipazione, il numero dei candidati idonei che soddisfano i criteri di selezione da invitare, purché sia assicurata almeno una platea minima di cinque operatori ⁹⁹. In quest'ottica di recuperata strumentalità rispetto alla selezione del più capace operatore dovrebbe essere anche temporalmente riorientato anche l'uso del soccorso istruttorio che il terzo comma dello stesso art. 56, da leggere alla luce del considerando 84, consente all'ampio fine di «presentare, integrare, chiarire o completare» qualunque informazione o documentazione incompleta o non corretta o carente di specifici elementi: con l'unico limite del rispetto della *par*

⁹⁸ La logica sottesa all'inversione degli adempimenti di gara ha fatto capolino di recente anche nel nostro ordinamento, ma sempre per dichiarate ragioni di urgenza. Per esempio, per accelerare l'affidamento dei contratti necessari alla realizzazione del Grande Progetto Pompei (approvato dalla Commissione europea, con decisione 29 marzo 2012 n. 2154), si prevede che il Direttore generale di progetto proceda all'aggiudicazione dell'appalto «anche ove l'aggiudicatario non abbia provveduto a fornire, nei termini di legge, la prova del possesso dei requisiti dichiarati o a confermare le sue dichiarazioni», a tal fine assegnandogli un ulteriore termine (art. 2, comma 1, lett. c, del decreto legge 31 maggio 2014 n. 83, convertito in legge 29 luglio 2014 n. 106). Ancora, significativa è l'estensione anche ai casi di bonifica e messa in sicurezza di siti contaminati della procedura semplificata di cui al comma 1-*bis* dell'art. 48, che prevede, in alternativa alla verifica a sorteggio, la richiesta di presentazione della documentazione di comprova ai soli candidati invitati ad una procedura ristretta con il limite della c.d. forcella di cui all'art. 62, comma 1 (cfr. l'art. 34, comma 1, del decreto legge 12 settembre 2014 n. 133, convertito nella legge 11 novembre 2014 n. 164).

⁹⁹ Tali previsioni indurranno il legislatore delegato a rivedere la disciplina codicistica vigente che invece impone, salvo casi eccezionali, l'obbligo di invito alle procedure ristrette di tutti coloro che ne abbiano fatto richiesta (art. 55, comma 6), così omologando tale modello di scelta dei contraenti alla procedura aperta con l'unica variante operativa della c.d. prequalifica. Cfr. R. M. PELLEGRINI, *Le procedure di scelta del contraente*, in *Autorità e consenso*, cit., 62-63.



condicio, che dovrebbe impedire nella sostanza la presentazione di nuove offerte o la variazione sostanziale di quelle già presentate ¹⁰⁰.

L'art. 67, comma 1, a sua volta, rende concretamente possibile praticare tale via dal momento che, prevedendo ormai come unico criterio generale di aggiudicazione l'offerta economicamente più vantaggiosa, disinnesci la necessità del controllo generale dei requisiti in sede di qualifica ai fini della rideterminazione delle soglie di anomalia o di congruità che non sarebbero più parametrare sulla media di tutte le offerte ammesse, com'è ora previsto per il metodo del prezzo più basso dall'art. 86, comma 1, del codice ¹⁰¹.

Due previsioni ipotizzano però le potenzialità del descritto disegno rinnovatore: la riserva di contrarie disposizioni di diritto nazionale quanto al recepimento della nuova disciplina del soccorso istruttorio, e la salvezza di regimi nazionali speciali relativi al prezzo per l'aggiudicazione di determinate forniture o taluni servizi.

Come che sia, pare che quello che non entrerà dalla porta della delega di recepimento sarà suscettibile di fare comunque breccia nel nostro ordinamento per via di altre due importanti indicazioni di principio contenute nell'art. 57. Anzitutto, ferma la necessità di «evitare l'aggiudicazione di appalti pubblici ad operatori economici che hanno partecipato a un'organizzazione criminale o che si sono resi colpevoli di corruzione, di frode a danno degli interessi finanziari dell'Unione, di reati di terrorismo, di riciclaggio dei proventi di attività illecite o di finanziamento del terrorismo» o ancora di frodi fiscali o contributive (considerando 100 e correlativi casi di esclusione obbligatoria di cui all'art. 57, commi 1 e 2 primo periodo), l'accento si sposta su un concetto di affidabilità ¹⁰² che, salve le ipotesi nominate di «violazione di obblighi ambientali o sociali, comprese le norme in materia di accessibilità per le persone con disabilità, o (...) le violazioni di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale», perde i connotati domestici della rigidità ed astrattezza finendo per parametrarsi ad un criterio elastico e parcellizzato, qual'è la «grave violazione dei doveri professionali», che rimanda a specifiche azioni od omissioni pregresse che la stazione appaltante dovrebbe avere la «responsabile» capacità di individuare anche sotto forma di «notevoli mancanze» agli obblighi sostanziali di precedenti appalti (per esempio, «mancata fornitura o esecuzione, carenze significative del prodotto o

¹⁰⁰ Cfr. ancora C. E. GALLO, *op. cit.*, 19.

¹⁰¹ Si veda l'esplicazione dei complessi calcoli in A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 1038.

¹⁰² Cfr. in questi termini V. CAPUZZA, *I requisiti di ordine generale nelle nuove direttive europee sui contratti pubblici*, relazione al Convegno I.G.I. su “Contratti pubblici: inizia il viaggio all'interno delle direttive”, Roma, 6 maggio 2014.

servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto o comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi sull'affidabilità»), provare ed apprezzare come sintomatiche della carenza di integrità di un operatore economico «indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto» (considerando 101, primi due capoversi). In tale ottica, importante è il richiamo (contemplato nell'ultimo capoverso del considerando in esame) al principio di proporzionalità in funzione della possibile previsione di una soglia ordinaria, e dunque salve le circostanze eccezionali o ipotesi di recidiva, di esenzione dalla sanzione espulsiva per «lievi irregolarità», come gli omessi pagamenti di «piccoli importi di imposte o contributi previdenziali» o anche la tardiva comunicazione dell'esatto importo dovuto con consumazione pertanto della «possibilità di prendere provvedimenti in merito (...) prima della scadenza del termine» di partecipazione alla gara (art. 57, comma 3, secondo periodo), così come il venir meno della possibilità di esclusione «quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe» (art. 57, comma, 2, terzo periodo). Ma ancora più decisiva è la possibilità riparatrice concessa agli operatori che siano incorsi in un'ipotesi di esclusione obbligatoria o facoltativa di scongiurare gli effetti della sanzione attraverso l'adozione di misure volte a porre rimedio alle conseguenze pregiudizievoli dei reati commessi e ad impedire efficacemente che i comportamenti scorretti posti in essere si verificano di nuovo (considerando 102). Viene in tal modo richiamato il c.d. modello organizzativo di cui al d. lgs. n. 231/2001, che la concretezza del procedimento di gara – riguardato non più in termini di successione di formalismi e relativi controlli – trasforma da astratto esercizio di retorica aziendale¹⁰³ in strumento rimediabile specifico ex post, capace di tradursi in decisioni riguardanti il personale e l'organizzazione che siano «sufficienti a dimostrare la (...) affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione» (art. 57, comma 6).

Nel complesso, l'insieme delle citate disposizione getta le basi per un ripensamento del margine di compatibilità concesso al sistema domestico di previsione delle soglie di punibilità dalla citata decisione della Corte di giustizia, nel caso *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici c° Comune di Milano*; un ripensamento che, al di là del richiamo letterale ad una facoltà di scelta che parrebbe riservata agli Stati membri (ai quali più volte ci si riferisce con l'allocuzione possono), sembra in

¹⁰³ I cui aspetti problematici sono colti da C. PIERGALLINI, *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in *Le Società, Gli Speciali, D.Lgs. 231: 10 anni di esperienze*, 2011, 47, e sono esemplarmente rappresentati nella vicenda *Impregilo*, da ultimo definita da Cass. pen., Sez. V, 30 gennaio 2014 n. 4677, su cui si veda M. MONTESANO, *Il caso Impregilo: la cassazione definisce delle regole più rigorose in relazione all'accertamento della efficacia dei modelli organizzativi*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2014, 249.

realtà imposto dal decisivo riferimento all'immanente, e dunque comunque vincolante, principio di proporzionalità delle decisioni ¹⁰⁴, alla cui luce: «lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali. Tuttavia, casi ripetuti di lievi irregolarità possono far nascere dubbi sull'affidabilità di un operatore economico che potrebbe giustificare l'esclusione» (come recita l'ultimo periodo del considerando 101).

L'approdo verso un approccio di tipo operativo si riscontra anche nella nuova disciplina dell'avvalimento. Istituito, com'è noto, di chiara derivazione comunitaria e di disciplina originariamente scarna e permissiva (essendo nella direttiva 2004/18, agli artt. 47.2 e 48.3, prevista soltanto la condizione della effettiva e futura disponibilità dei «mezzi necessari» su cui fare affidamento), il cui obiettivo di favorire la più ampia apertura alla concorrenza dei mercati facilitando in modo particolare l'accesso alle gare delle piccole e medie imprese si è subito scontrato con l'orientamento nazionale incline a tutelare anche il valore della massima certezza della stazione appaltante in ordine al rispetto di adeguati standard qualitativi ¹⁰⁵. Il recepimento del modello europeo è così avvenuto all'insegna dei limiti e trasformando un modulo organizzativo flessibile e non tipizzato delle attività d'impresa, lasciato all'autonomia degli operatori in funzione dell'esecuzione di un appalto, in rapporto negoziale (qual è quello definito dall'art. 49 del codice e dall'art. 88 del regolamento recato dal d.p.r. n. 207/2010 ¹⁰⁶) trilaterale che

¹⁰⁴ Così giustamente anche P. PATRITO, *La disciplina italiana sulla regolarità contributiva è compatibile con il diritto UE*, in *Urb. app.*, 2014, 1179, il quale sollecita anche pertinenti confronti con il diritto straniero.

¹⁰⁵ Cfr. per esempio Cons. stato, sez. III, 1 ottobre 2012 n. 5161: “Vero è che l'istituto dell'avvalimento risponde all'esigenza della massima partecipazione alle gare, consentendo ai concorrenti che siano privi dei requisiti richiesti dal bando di concorrere ricorrendo ai requisiti di altri soggetti; tuttavia, l'istituto va letto in coerenza con la normativa comunitaria che è volta sì a favorire la massima concorrenza, ma come condizione di maggior garanzia e di sicura ed efficiente esecuzione degli appalti”. Cfr. altresì Avcp, determinazione 1 agosto 2012 n. 2. In dottrina: N. PAOLANTONIO, *L'avvalimento*, in *I contratti di pubblico appalto*, cit., 521; F. CINTIOLI, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 1421; F. MAZZONETTO, *L'avvalimento (o «possesso indiretto dei requisiti»)*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, I, cit., 431.

¹⁰⁶ Cons. stato, sez. IV, 24 novembre 2014 n. 5805, nel sanzionare la ricorrente pratica della mera riproduzione, nel testo dei *contratti di avvalimento*, della formula legislativa della messa a disposizione delle risorse necessarie di cui è carente il concorrente, in quanto “inidonea a permettere qualsivoglia sindacato, da parte della stazione appaltante, sull'effettività della messa a disposizione dei requisiti” ha notato: “Il limite di operatività dell'istituto, di per sé suscettibile di un amplissimo campo operativo, è dato dal fatto che la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 16 gennaio 2014, nr. 135). L'esigenza di una puntuale individuazione del suo oggetto, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico, nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale nella necessità di non permettere agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti d'ingresso alle gare pubbliche (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio



coinvolge anche l'amministrazione¹⁰⁷ e che appare funzionale a rispondere all'esigenza di un rigoroso espletamento dei controlli formali che presidiano la qualificazione.

Per dare un'idea della dialettica sviluppatasi sul punto, può essere utile richiamare l'epilogo della questione dell'avvalimento plurimo segnato dalla recente decisione della Corte di giustizia, sez. V, 10 ottobre 2013, in causa C-94/12¹⁰⁸, che, in sede di rinvio pregiudiziale del Tar Marche, ha ritenuto incompatibile con il diritto europeo che "consente il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi di capacità imposti dall'amministrazione aggiudicatrice" il diritto nazionale (art. 49, comma 6, del codice) che impone il vincolo dell'unicità dell'impresa ausiliaria per ogni categoria di specializzazione¹⁰⁹. Nelle conclusioni dell'avvocato generale presentate il 28 febbraio 2013 ben si spiega il punto di vista fatto proprio dalla Corte di giustizia, laddove si precisa come: "Dell'obiettivo relativo all'apertura alla concorrenza più ampia possibile va tenuto conto non solo con riguardo all'interesse alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, bensì anche nell'interesse stesso dell'amministrazione aggiudicatrice, la quale disporrà così di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa"; mentre "l'esclusione degli offerenti sulla base del numero di altri soggetti che partecipano all'esecuzione dell'appalto, da cui discende che sia ammessa una sola impresa ausiliaria per categoria di criteri di classificazione, non consente una valutazione caso per caso e perciò, in effetti, riduce le scelte dell'amministrazione aggiudicatrice e può incidere sull'efficacia della concorrenza". Come ha ben chiosato un commentatore italiano, "proprio lì dove il nostro ordinamento non vede che pericoli in agguato, rischi mortali per le amministrazioni aggiudicatrici, il diritto dell'Unione europea individua opportunità non solo per il mercato ma per gli stessi committenti pubblici"¹¹⁰. Altrettanto importante è l'altra indicazione di

2014, nr. 2365)".

¹⁰⁷ Rispetto alla quale l'art. 49, comma 4, del codice prevede una responsabilità solidale sia del concorrente che dell'impresa ausiliaria.

¹⁰⁸ In *Urb. app.*, 2014, 147, con il commento di R. CARANTA, *La Corte di giustizia bacchetta l'Italia sull'avvalimento*.

¹⁰⁹ Impostazione che ha condotto al superamento anche del divieto dell'avvalimento c.d. frazionato o cumulativo, che cioè avviene per integrare un requisito non posseduto interamente dal concorrente. Ne dà per esempio atto Cons. stato, sez. V, 5 dicembre 2014 n. 5987: "la Corte ha ritenuto che l'integrazione dei requisiti minimi di capacità imposti dall'Amministrazione può essere dimostrata sia utilizzando l'avvalimento frazionato che l'avvalimento plurimo, poiché ciò che rileva è la dimostrazione da parte del candidato o dell'offerente, che si avvale delle capacità di uno o svariati altri soggetti, di poter disporre effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto. L'orientamento della Corte, come è noto, è vincolante per il Giudice nazionale (e nello specifico risulta conforme a quello già espresso da questo Consiglio, Sez. V, con la sentenza 8 febbraio 2011, n. 857). Sicché la Sezione, con le menzionate decisioni nn. 5874/2013 e 1327/2014, ha già superato il diverso orientamento seguito in passato dalla Sez. VI con la decisione 13 giugno 2011 n. 3565, uniformandosi all'indirizzo espresso dall'Istituzione comunitaria".

¹¹⁰ R. CARANTA, *La Corte di giustizia bacchetta l'Italia sull'avvalimento*, cit., 152.

metodo che si legge nelle conclusioni dell'avvocato Nilo Jääskinen: “Non metto in dubbio il fatto che gli Stati membri dispongano di un margine di discrezionalità relativamente ampio per l’attuazione delle direttive sugli appalti pubblici. Tuttavia, ciò non si estende alle questioni espressamente previste dal legislatore dell’Unione europea; tale è a mio parere la fattispecie riguardante la possibilità di fare riferimento alle capacità di terzi nel contesto di gare per l’aggiudicazione di appalti pubblici”.

Sul fronte interno, nonostante alcuni passi avanti fatti nell’ottica appena indicata, permangono ancora incertezze e resistenze legate alla “obiettiva e notoria difficoltà, al di là dell’enfasi liberale dell’istituto, di precisarne l’oggetto tra le parti del relativo contratto (...). A più forte ragione quando si intendano comunicare requisiti soggettivi”¹¹¹: come quelli personali di carattere generale di cui all’art. 38 e 39 del codice¹¹²; o le attestazioni SOA che, attenendo ad elementi qualitativi, metodi o *know how* che trascendono la mera efficienza nella strutturazione dei fattori produttivi, sono ritenuti difficilmente trasmissibili disgiuntamente dall’organizzazione aziendale complessiva (e, dunque, senza un apposito contratto di affitto o cessione d’azienda), “non per l’angustia della norma nazionale rispetto a quella comunitaria, né a causa di interpretazioni fallaci o grette”, ma “solo a causa della evidente, materiale irriproducibilità, al di là cioè, d’ogni diritto positivo o di mentalità giuridica, della qualità fuori dal contesto in cui è generata e viene certificata”¹¹³.

L’art. 63 della direttiva 2014/24, pur se entro una disciplina più articolata e complessa di quella preesistente, che evidentemente sconta l’esito di una difficile mediazione tra istanze nazionali ed europee, evidenzia alcune significative linee di rottura rispetto al residuo assetto vincolistico

¹¹¹ Così Cons. stato, sez. III, 25 febbraio 2014 n. 887. A tale proposito, si precisa altresì che il mutamento dell’assetto interno dell’impresa ausiliaria, se non rileva dal punto di vista civilistico della validità del contratto (di diritto privato) di avalimento stipulato da colui che al momento dell’accordo rappresenta l’impresa, “può avere rilievo sotto un profilo pubblicistico perché occorre comprendere se il nuovo amministratore è in possesso dei requisiti di ordine generale indicati dall’articolo 38 Codice Contratti, requisiti che certamente deve avere l’impresa ausiliaria per evitare che l’istituto di origine comunitaria possa trasformarsi in mezzo di elusione delle regole di partecipazione alle gare” (così Cons. giust. amm., 21 gennaio 2015 n. 29, che di conseguenza, a fronte della mancata comunicazione del mutamento di amministratore dell’impresa ausiliaria, ha ritenuto illegittima l’esclusione decisa dalla stazione appaltante e ha considerato necessaria l’attivazione del soccorso istruttorio per assicurare “un’interlocuzione con l’operatore partecipante allo scopo di accertare se anche il successivo amministratore fosse nelle condizioni previste e richieste dalla legge”).

¹¹² Per i quali l’avalimento è escluso da Cons. stato, sez. IV, n. 5805/2014, perché “tali requisiti, infatti, non sono attinenti all’impresa e ai mezzi di cui essa dispone e non sono intesi a garantire l’obiettiva qualità dell’adempimento, riguardando invece la mera e soggettiva idoneità professionale del concorrente – quindi non dell’impresa ma dell’imprenditore – a partecipare alla gara d’appalto e ad essere quindi contraente con la pubblica amministrazione”.

¹¹³ Così Cons. stato, sez. III, n. 887/2014.



appena ricordato. Anzitutto, è significativo ancora una volta il *favor* mostrato per la generale possibilità di fare affidamento sulla capacità di altri soggetti ed il ribadito disimpegno sul piano tipologico, lasciandosi libero il concorrente ausiliato di ricorrere a non meglio precisati impegni per dimostrare la disponibilità dei mezzi necessari. Prospettiva che focalizza subito l'attenzione dell'interprete, non sul versante statico del tipo di legame esistente o preteso tra le imprese, ma su quello dinamico delle prestazioni che le stesse, nella loro evolutiva autonomia organizzativa, riescono a mettere in campo per la migliore esecuzione dell'appalto. Inoltre, viene espressamente ammesso l'avvalimento anche dei titoli di studio e professionali o delle esperienze professionali, a condizione che gli ausiliari eseguano direttamente i lavori e servizi per cui tali capacità sono richieste; e si prevede che solo limitatamente ai requisiti di capacità economica e finanziaria la stazione appaltante possa esigere la responsabilità solidale tra il concorrente e l'ausiliario. Il che, lungi dal rappresentare un esempio di felice imitazione del legislatore nazionale, come alcuni nostalgici della cultura del vincolo hanno subito sostenuto, significa, piuttosto, confinare la responsabilità solidale solo entro l'indicato ambito, inducendo così a rivedere gli argomenti impiegati dalla nostra giurisprudenza contro i c.d. avvalimenti a cascata che, risolvendosi in una catena di prestiti "di ausiliari dell'ausiliario", non consentirebbero un agevole controllo personale da parte della stazione appaltante ¹¹⁴.

Bastano questi accenni per evidenziare la distinzione di fondo che si va profilando all'orizzonte tra avvalimenti di garanzia ed avvalimenti operativi. I primi, aventi ad oggetto i requisiti di tipo economico-finanziario dell'impresa (come le referenze bancarie, il capitale sociale, il fatturato), si risolvono in sostanza nella messa a disposizione della stazione appaltante di una garanzia aggiuntiva e di tipo cartolare per l'esatto adempimento del contratto. I secondi, aventi ad oggetto i requisiti tecnico-organizzativi, comportano la messa a disposizione materiale dei mezzi e delle risorse anche professionali per la corretta esecuzione delle prestazioni e, dunque, implicano il coinvolgimento diretto e mirato delle imprese a seconda delle capacità volta per volta necessarie. Nella stessa ottica operativa che guarda al segmento realizzativo di messa in opera delle capacità selezionate, piuttosto che a quello preliminare di riscontro dei formalismi di gara, si colloca l'ulteriore importante novità ¹¹⁵, rappresentata dalla sostituzione dell'ausiliario che non soddisfi un pertinente criterio di selezione o che risulti carente di un requisito di idoneità morale la cui mancanza sia causa di esclusione dalla procedura. La previsione si riannoda idealmente a quanto

¹¹⁴ Cfr. per esempio Cons. stato, sez. III, 7 marzo 2014 n. 1072, in *Urb. app.*, 2014, 819, con il commento di A. MANZI.

¹¹⁵ Non a caso colta anche dalla citata decisione del Cons. giust. amm., n. 29/2015.

osservato nel paragrafo che precede e conferma la tendenziale declinazione di un potere espulsivo a geometria variabile, del quale si suggerisce un esercizio modulato e (proporzionalmente) differenziato a seconda dell'entità della violazione commessa e del contesto di riferimento: dunque, non solo in chiave sanzionatoria per il ripristino della lesione inferta a valori generali ritenuti comunque meritevoli di protezione, ma anche nell'ottica promozionale di ravvedimenti operosi concretamente idonei a risolvere la criticità del momento ed a recuperare l'affidabilità del concorrente, o, ancora, costruttiva di alternativi e più funzionali sistemi aggregativi delle imprese.

La presente analisi non può non chiudersi abbracciando anche il momento esecutivo del contratto ¹¹⁶, nel quale – complice il calo di attenzione che si consuma con il solenne atto di aggiudicazione ¹¹⁷ – si annidano le principali insidie della materia, sia in termini di corruzione, sia in termini di costi ¹¹⁸. Se la direttiva 2004/18 dedicava all'esecuzione un solo articolo (il 26), volto a garantire il possibile inserimento nei bandi di gara o nei capitolati d'oneri di condizioni particolari anche di tipo sociale ed ambientale, diverso è il grado di attenzione esibito dalla direttiva 2014/24, che contempla, a valle del considerando 104 che richiama il «processo di esecuzione dell'appalto» che segue la valutazione comparativa delle offerte, un apposito Capo IV ¹¹⁹ che si apre con il rinvio (contenuto nell'art. 70) a condizioni «collegate all'oggetto dell'appalto» e, in modo particolare, a qualsiasi aspetto e fase del relativo «ciclo di vita» (con rinvio all'art. 67, comma 3).

Una nuova unità di misura dinamica e trasversale, che comprende «tutte le fasi consecutive e/o interconnesse» dell'appalto (come si legge, con maggiore dettaglio, nella definizione offerta dall'art. 2, comma 2, n. 20), lega dunque l'aggiudicazione sulla base del «miglior rapporto qualità/prezzo» (art. 67, comma 2) alla realizzazione della prestazione. Ciò in modo da rendere

¹¹⁶ Cfr. in tema: R. CAVALLO PERIN – G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325; A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Napoli, 2012; R. CORI – I. PARADISI, *La fase di esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici*, in *Negoziazioni pubbliche*, cit., 568; G. CREPALDI, *L'esecuzione del contratto*, in *Autorità e consenso*, cit., 109.

¹¹⁷ Come notato da ultimo da M. CORRADINO e B. NERI, *L'ANAC nella riforma della disciplina dei contratti pubblici: il recepimento delle direttive appalti*, in *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit., 188: «Mentre la fase di scelta del contraente è “sotto i riflettori”, se non altro perché i diversi concorrenti nutrono un interesse concreto all'affidamento della gara e, quindi, monitorano lo svolgimento del procedimento, la fase dell'esecuzione contrattuale si tiene dopo la stipula del contratto, quando si sono chiusi anche eventuali contenziosi, e dunque il controllo sulla regolarità delle procedure tende ad allentarsi».

¹¹⁸ Il dato è segnalato dai principali studi sulla corruzione: dal Rapporto della Commissione Cassese del 23 ottobre 2006 fino alla Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione del 3 febbraio 2014 (COM2014) 38 final, allegato 12 sull'Italia. Il medesimo dato è confermato anche nella relazione del Procuratore Generale della Corte dei Conti, Sezioni Riunite, *Inaugurazione dell'anno giudiziario 2015*, Roma, 10 febbraio 2015, 221.

¹¹⁹ Anche la direttiva concessioni 2014/23 reca un analogo Titolo III dedicato alla fase dell'esecuzione.



quanto più possibile la scelta consapevole di tutte le possibili variabili attinenti all'oggetto del contratto che sono in grado di riflettersi anche sulla sua esecuzione: di qui l'attenzione, già in sede di valutazione comparativa del livello di prestazione che ciascuna offerta presenta rispetto alle specifiche tecniche, verso una pluralità di fattori sostanziali diversi dal solo prezzo e dalla sola remunerazione (si veda l'elenco non esaustivo, come precisato nel considerando 92, contenuto nel secondo comma dell'art. 67), che si ampliano fino ad inglobare anche le esternalità negative di tipo ambientale.

Di notevole importanza è poi l'attenzione riservata, oltre al subappalto (art. 71), ai delicati aspetti della modifica dei contratti e della loro risoluzione. La prima è disciplinata dall'art. 72 e risponde alla necessità di dotare l'amministrazione, che abbia dimostrato «una ragionevole e diligente preparazione» della gara¹²⁰, di una dose di flessibilità necessaria per fare fronte a circostanze esterne ed imprevedibili, soprattutto nel corso dell'esecuzione di appalti di lungo periodo: con il limite della variazione sostanziale della natura e dei contenuti del contratto (art. 72, comma 2, ultimo periodo), il cui superamento denota la «volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali» del rapporto¹²¹ e presuppone pertanto la previa indizione di una nuova gara. La seconda è ammessa dall'art. 73 quale rimedio per sanare tempestivamente determinate patologie senza che si debba attendere il ricorso giurisdizionale. Le disposizioni richiamate spingono in buona sostanza le amministrazioni appaltatrici ad un esercizio attento, dosato e consapevole di facoltà che sembrano collocarsi su un versante diverso rispetto ai tradizionali poteri di autotutela pubblicistici per meglio situarsi nel novero della ordinaria manutenzione del fascio di interessi che si sviluppano nel corso del ciclo di vita di quell'operazione economica da cui si è preso le mosse. La più recente giurisprudenza pare avere percepito una parte della questione, rimanendo per il resto vittima della gabbia concettuale imposta dal conflitto delle giurisdizioni. Per un verso, infatti, sembra ormai assodato che i poteri esercitati dalla stazione appaltante nel corso del rapporto negoziale che trae origine dalla conclusione del contratto vadano ascritti al *genus* della

¹²⁰ Tenendo conto, come precisa il considerando 109, «dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile».

¹²¹ Come chiarito dalla fondamentale sentenza della Corte di Giustizia, 19 giugno 2008, causa C-454/06, in *Urb. app.*, 2009, 22. Il Procuratore Generale della Corte dei Conti, Sezioni Riunite, *Inaugurazione dell'anno giudiziario 2015*, cit., 223, ha messo in guardia su questi delicati aspetti, che investono «uno specifico terreno di elezione della corruzione, trattandosi perlopiù di ripiani economici che possono essere strumentalmente adoperati per riequilibrare contratti viziati all'origine da ribassi eccessivi finalizzati ad eludere la sana concorrenza e che di conseguenza possono essere intercettati dalla giurisdizione contabile per le conseguenze dannose sulla gestione di pubbliche risorse finanziarie».

autotutela non pubblicistica ma privatistica (Ad. pl. n. 6/2014), che non ha più ad oggetto (al di là del *nomen* occasionalmente e variamente impiegato) l'aggiudicazione definitiva “destinata ad esaurirsi con la stipulazione del contratto e l'avvio dell'esecuzione delle relative prestazioni”¹²² le cui forme di manifestazione sono definite “dall'insieme delle norme comuni, civilistiche, e di quelle speciali, individuate dal codice dei contratti pubblici” (e segnatamente dagli artt. 134 sul recesso e 135-136 sulla risoluzione (Ad. pl. n. 14/2014¹²³). Per altro verso però, ragionando in termini di carenza di potere in concreto o in astratto, anziché nell'ottica della liceità o meno dell'esercizio di un diritto potestativo di stampo negoziale, si continua a dibattere sulla riserva delle relative controversie alla giurisdizione amministrativa (così Tar Lazio n. 2432/2013 cit., che ha dato luogo al rinvio all'adunanza plenaria per il tramite di Cons. stato, V, n. 5786/2013), in tal modo obliterando la “differente linea concettuale” che separa le due prospettive¹²⁴ e perpetuando una chiave di lettura delle tecniche di gestione della fase esecutiva del rapporto alla luce “delle tipiche manifestazioni di potestà amministrativa” (come opinò Cons. stato, V, n. 5786/2013).

7. Conclusioni: come uscire dal dilemma del prigioniero

La conclusione del discorso è affidata a due osservazioni.

La prima vuole essere una risposta a coloro che fossero rimasti delusi, tra l'altro, per l'omessa trattazione dei consueti problemi inerenti i metodi di scelta dei contraenti, pure notevolmente rivisti dalla nuova disciplina europea nel senso dell'incremento di flessibilità operativa (considerando 42) e di adattabilità alle peculiarità del caso (si pensi solo all'impulso dato alla procedura competitiva con negoziazione ed al nuovo partenariato per l'innovazione): valori da prendere in seria considerazione, nonostante l'ondata moralizzatrice in atto, perché “l'irrigidimento dei meccanismi procedurali non costituisce la soluzione ottimale”¹²⁵. Dovrebbe essere infatti chiaro, a questo punto, che la vera sfida del domani risiede soprattutto nel modo in cui si disegna la gara e nella mentalità con cui ci si prepara a governare il confronto con gli operatori ed a seguirne gli sviluppi fino alla realizzazione della prestazione.

¹²² Tar Lazio, Roma, sez. II-ter, 6 marzo 2013 n. 2432.

¹²³ In *Urb. app.*, 2014, 1195, con il commento di A. LONGO e E. CANZONIERI. Cfr. anche S. A. ROMANO, *Procedura ad evidenza pubblica e contratto*, in *Giur. it.*, 2014, 2545.

¹²⁴ Tenute invece ben presente da Cons. stato, sez. VI, 17 marzo 2014 n. 1312, in *Urb. app.*, 2014, 798, con il commento di F. MANGANARO, in tema di recesso da un contratto di servizi, e, più in generale, da Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2011 n. 391, *ivi*, 2011, 420.

¹²⁵ M. CORRADINO e B. NERI, *L'ANAC nella riforma*, cit., 188.



La seconda vorrebbe invece rivolgersi alla obiezione di idealismo utopico comunemente mossa nei confronti delle tesi sopra esposte, la cui scarsa probabilità di successo viene generalmente asserita in base al seguente copione argomentativo: la ricerca delle migliori capacità richiede un investimento in professionalità che non è possibile nell'attuale stagione di carenza di organici e di scarse disponibilità finanziarie. Di qui la perdurante necessità che la debolezza della compagine burocratica sia compensata dai salvagenti dei rituali formali e dei vincoli decisionali il cui rispetto sia assicurato, dall'esterno, dagli inquisitori e giudici del settore. Quello appena rappresentato altro non è che un vero e proprio dilemma del prigioniero, ovverosia un problema logico di scelta che affligge chi si trova in situazioni di interazione strategica ed avverte il rischio di cooperare con gli altri soggetti coinvolti: ciascun attore resta così prigioniero della propria rappresentazione del gioco e tende ad adottare condotte non cooperative dall'esito sub-ottimale. E' ovvio che è difficile uscire da tale paradossale situazione di stallo rimanendo ancorati alle prospettive di partenza della caccia all'errore, in funzione del contenimento di possibili costi/danni per l'erario pubblico e del perseguimento di una serie eterogenea di interessi pubblici: fino a che ci si immette nell'arena negoziale con la paura di tradire aspettative ritenute prioritarie dall'ordinamento rispetto alla buona riuscita della singolare transazione commerciale si creano i presupposti incentivanti per decisioni meno efficienti in quanto meno rischiose¹²⁶. Per provare a risolvere il dilemma, occorre un cambio di paradigma, cogliendo nella situazione di carenza iniziale che induce la stazione appaltante a rivolgersi al mercato (*to buy*) non un vincolo modale che limita la sua azione nell'arena negoziale fino a farne un guardiano severo ma ceco della moralità di tutti i soggetti che incontra, ma un incentivo di risultato che induce a privilegiare strategie, azioni e scelte calibrate sul contesto ed atte a selezionare operatori capaci di mettere a fuoco e soddisfare compiutamente il problema sul tappeto. In questa prospettiva, quello che conta non è selezionare l'impresa più onesta ma quella professionalmente più attrezzata per il tipo di prestazione richiesto dal caso. Su questa rinnovata visione potrà poggiare, con migliori probabilità di successo, un auspicato sistema di premialità (richiamato dall'art. 1, lett. i, del disegno di legge delega n. 1678/2014) fondato su criteri reputazionali che facciano riferimento, più che alla moralità, a parametri oggettivi e misurabili "collegati alla capacità *latu sensu* imprenditoriale (rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti eseguiti)"¹²⁷.

¹²⁶ Si veda la chiara analisi sul punto di M. CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazione*, cit., 1016 ss., e la letteratura economica ivi citata.

¹²⁷ In tal senso si esprime il Presidente dell'Anac nella citata audizione parlamentare del 20 gennaio 2015, osservando che si tratta di un istituto "che, se ben calibrato, può svolgere una funzione utilissima (...), rispondendo ad un principio secondo cui l'illegalità deve essere sanzionata, vanno di converso premiati



quei soggetti che hanno dimostrato di comportarsi secondo standard elevati di correttezza e rispetto delle regole”. Viene anche auspicato che a tale rinnovato sistema di premialità si raccordi il *rating* di legalità delle imprese, oggetto del Protocollo d’intesa con l’Autorità garante della concorrenza e del mercato dell’11 dicembre 2014 ed attualmente legato ad indici di fatturato.