



29 APRILE 2020

federalismi.it

Fascicolo n. 12/2020



ISSN 1826-3534

Numero 12, 2020

Tutti i contributi, ad eccezione dell'editoriale di apertura, sono stati sottoposti a *double blind peer review*.

Direttore responsabile: Prof. Beniamino Caravita di Toritto

Comitato di direzione: Prof. Luisa Casetti; Prof. Marcello Cecchetti; Prof. Carlo Curti Gialdino; Dott. Renzo Dickmann; Dott. Antonio Ferrara; Prof. Tommaso Edoardo Frosini; Prof. Diana Urania Galetta; Prof. Roberto Miccù; Prof. Andrea Morrone; Prof. Giulio M. Salerno; Prof. Annamaria Poggi; Prof. Maria Alessandra Sandulli; Prof. Sandro Staiano.

Redazione: Prof. Federica Fabrizzi (Redattore Capo); Prof. Cristina Bertolino; Prof. Tanja Cerruti; dott.ssa Federica Grandi; dott. Giovanni Piccirilli; dott. Massimo Rubechi; dott. Federico Savastano; Prof. Alessandro Sterpa.

Segreteria di redazione: dott. Federico Savastano (coordinatore); dott. Simone Barbareschi; dott. Paolo Bonini; dott. Lucio Adalberto Caruso; dott. Adriano Dirri; dott. Ekaterina Krapivnitskaya; dott. Elena Maioli Castriota Scanderbech; dott. Nicola Pettinari; dott. Michela Troisi.

E-mail: redazione@federalismi.it



Sommario

EDITORIALE

- Verso il post emergenza Covid-19: *Business as usual* o nuove opportunità?, di *Riccardo Leoncini* ... iv

SAGGI E ARTICOLI

- Participatory democracy and its dark sides, di *Alessandra Algostino* 1
- Neutralità, imparzialità e azione amministrativa. Riflessioni su pubblica amministrazione e controllo di costituzionalità, di *Marana Avvisati* 15
- La riduzione del numero dei parlamentari, fra merito e legittimità costituzionale, di *Paolo Colasante*..... 50
- Il “voto telematico *no presencial*” nell’esperienza delle assemblee rappresentative spagnole: le *Cortes Generales* e i Parlamenti delle Comunità Autonome, di *Salvatore Curreri e Claudia Marchese*. 76
- I principi del primato e dell’effetto diretto del diritto dell’Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fondamentali, di *Filippo Donati* 104
- La revisione puntuale sulla riduzione del numero dei parlamentari nella XVIII legislatura (ovvero del modificare la Costituzione per punti agili), di *Marta Ferrara* 126
- *Ne bis in idem* internazionale e diritto internazionale generale, di *Federica Iuliano*..... 144
- Istanza di prelievo e definizione in forma semplificata della controversia (riflettendo sull’art. 71 *bis* c.p.a.), di *Angelo Giuseppe Orofino*..... 159
- I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un “falso” costituzionale, di *Nicola Pignatelli* 177
- Partiti personali e vicende dei gruppi parlamentari nell’esperienza recente. Contributo allo studio della XVII e della XVIII Legislatura, di *Umberto Ronga*..... 200
- Il difficile equilibrio tra autonomia dei gruppi sportivi e garanzia dei singoli tesserati alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale, di *Ignazio Spadaro*..... 236
- L’eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo e l’oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici, di *Stefano Vinti*..... 252



L'eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo e l'oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici^{*}

di Stefano Vinti

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Sapienza – Università di Roma

Abstract [It]: L'articolo evidenzia un quadro settoriale composito in materia di pubblici affidamenti, dalle molte anime, e apparentemente privo di un elemento in grado di districare le fila di una trama non sempre lineare. Si tenta così di individuare un criterio capace di collegare le dimensioni sparse dell'evidenza pubblica e marcare la differenza fra obiettivi da perseguire e tutelare in quella sede e valori la cui salvaguardia e cura debba restare invece affidata ad altri attori e disciplinata da altre fonti, con l'effetto di agevolare il corso delle procedure di affidamento liberandole da funzioni ad esse estranee.

Abstract [En]: The paper provides an overview of the national regulatory system concerning the public tender awardness procedures pointing out its complexity and, under several aspects, its inconsistency due to the many, possibly too many, sources and interests which underlay the legislator's choices. Therefore, the purpose of the article is to identify guide-lines which may link the different perspectives contained in such a discipline and single out the differences between the aims and values which should be reasonably pursued and guaranteed in that judicial framework from those, not directly connected to it, which might be better mastered in different jurisdictional context, in order to clear from the awardness procedures unnecessary functions and obstacles to their access.

Sommario: 1. Gli appalti pubblici: un ordinamento settoriale dalle molteplici anime. 2. La tradizionale visione 'italiana': il contenimento della spesa pubblica. 3. La dimensione 'europea': la tutela della concorrenza. 4. La moderna deriva 'penalistica': il contrasto della corruzione. 5. L'appalto come operazione amministrativa. 6. Gli spunti del Codice del processo amministrativo. 7. Quali obiettivi perseguire. 8. Ragioni sistematiche sorreggono il ragionamento.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Gli appalti pubblici: un ordinamento settoriale dalle molteplici anime

Il presente studio vuol tornare ad affrontare un tema continuamente al centro delle attenzioni del legislatore ordinario¹: l'attività consensuale della pubblica amministrazione in rapporto alla disciplina della cd. «evidenza pubblica»².

L'argomento appare quanto mai attuale non tanto per i suoi incessanti rivolgimenti strutturali (specialmente dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici che ha potenziato il ruolo paranormativo dell'Anac, introducendo l'ambigua figura delle cd. 'Linee Guida'³), quanto e soprattutto per la perdurante mancanza di univocità di un sistema che attualmente risente della sovrapposizione (spesso anche disordinata), di norme eterogenee, di differente derivazione ordinamentale e non di rado giustificate da ragioni ideologiche prima ancora che giuridiche⁴.

Quel che ne deriva è un quadro settoriale composito – si potrebbe dire, dalle molte anime – apparentemente privo di un elemento in grado di districare le fila di una trama non sempre lineare⁵.

¹ Contributo dedicato al Prof. Vincenzo Cerulli Irelli, destinato a confluire nella raccolta di scritti in suo onore. L'apporto scientifico del Prof. Vincenzo Cerulli Irelli alla materia dell'evidenza pubblica e, in generale, al diritto privato della pubblica amministrazione è indubbio e risalente nel tempo. Lo si confronti in numerosi scritti che coprono oltre un ventennio tra cui si citano qui, ad esempio, *Qualche riflessione su "accordi" e "contratti di diritto pubblico"*, in G. BARBAGALLO – E. FOLLIERI – G. VETTORI (a cura di), *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, Napoli, 1995, p. 77; *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, I, Padova 1998, p. 553; *Note critiche in materia di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, n.2/2003, 217; *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n.5/2006, p. 747; *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008; *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011.

² L'espressione, come noto e al pari di tante altre utilizzate dalla scienza pubblicistica, si deve a Massimo Severo Giannini ed è entrata oramai in comune uso nel lessico, anche legislativo, di diritto amministrativo interno. Si trova espressa, ad esempio, in M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, p. 42, nei seguenti termini: il motivo è che si «cade sotto l'ambito di applicazione dei principi generali dell'azione amministrativa: principio di controllo della spendita del danaro pubblico e principio di legalità. La funzione dei procedimenti amministrativi previsti dalle varie norme è di dare evidenza pubblica alle scelte che si compiono e alle ragioni per le quali si spende».

³ Codice approvato col d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Le cd. 'Linee Guida' dell'Anac sollevano seri problemi sulla loro collocazione nel sistema delle fonti di produzione giuridica e sul loro conseguente trattamento giurisdizionale. L'art. 1, comma 5 della legge delega fa espresso riferimento alle "Linee Guida" dell'ANAC. Tale richiamo è declinato in una pluralità di norme che di volta in volta affidano alla norma *de qua* il compito di fornire la disciplina di dettaglio anche riguardo materie e aspetti di estrema rilevanza. A titolo meramente esemplificativo, si può richiamare l'art. 31, comma 5 in virtù del quale all'ANAC sono attribuiti poteri di normazione sui requisiti e i compiti del Responsabile unico del procedimento; sul sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti vediamo l'art. 38, commi 6 e 7; poteri sulle modalità di accertamento di alcune cause soggettive di esclusione dalle gare sono previsti all'art. 80, comma 13. Vi è poi una disposizione di chiusura, l'art. 213, che dopo aver ribadito che all'ANAC spetta la "vigilanza e il controllo sui contratti pubblici e l'attività di regolazione degli stessi" declina in termini generalissimi i vari poteri di regolazione. Sul punto R. GRECO, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2016, p. 3. In tema: L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Riv. reg. mercati*, n.2/2016, p. 72; da ultimo F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Dir. proc. amm.*, n.2/2017, p. 381.

⁴ Si vedano al riguardo le osservazioni di G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 159; S. CASSESE, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 4/2004, 901 ss; id., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010, 478-480.

⁵ Sul punto sia consentito rinviare, anche per considerazioni più ampie, al mio *La circolarità logica del diritto amministrativo. Decostruire concetti per ordinare frammenti*, Torino, 2014, 5 ss.

Su questi temi intendono allora soffermarsi, seppur brevemente, le presenti note con l'auspicio di individuare un criterio capace di collegare le dimensioni sparse dell'evidenza pubblica, e dare più di un motivo per marcare la differenza fra obiettivi da perseguire e tutelare in quella sede e valori la cui salvaguardia e cura resti invece affidata ad altri attori e disciplinata da altre fonti, che occorre tuttavia recepire e coordinare, quanto agli effetti, all'interno del sistema dei contratti pubblici.

2. La tradizionale visione 'italiana': il contenimento della spesa pubblica

In Italia, tradizionalmente, l'attività contrattuale della pubblica amministrazione è stata considerata una branca tipica del diritto finanziario. Proprio da questo settore deriva la disciplina dell'evidenza pubblica che rappresenta, da tale angolazione, il canale di collegamento tra l'autonomia privata delle stazioni appaltanti e le esigenze della funzione amministrativa (cioè dell'interesse pubblico) cui il contratto d'appalto è preordinato⁶.

Tale impostazione trova ancora oggi riscontro nelle norme interne di contabilità pubblica che contengono specifiche disposizioni relative al procedimento di formazione della volontà contrattuale della pubblica amministrazione: norme che costituiscono il primo corpo di leggi che ha riguardato – e tuttora continua a riguardare – l'attività negoziale della pubblica amministrazione nell'ottica di garantire il corretto e oculato utilizzo delle risorse erariali.

I «contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti» e ancora i «contratti dai quali derivi una spesa per lo Stato debbono essere preceduti da gare mediante pubblico incanto»: questo recitava e recita il regolamento interno di contabilità di Stato⁷.

Ciò dimostra – ma si tratta di aspetti indubbiamente risaputi⁸ – che in Italia la vicenda dei contratti della pubblica amministrazione è da sempre fortemente condizionata da imprescindibili esigenze di

⁶ Chiarissimo è sul punto V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., p. 116, che ricorda che la disciplina della evidenza pubblica «all'inizio aveva uno scopo prettamente aziendalistico, far sì che le Amministrazioni operassero in sede contrattuale con il minor dispendio di danaro pubblico».

⁷ Si veda l'art. 3 del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440: i «contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinare con il regolamento, l'amministrazione non intenda far ricorso alla licitazione ovvero nei casi di necessità alla trattativa privata (co. 1). I contratti dai quali derivi una spesa per lo Stato debbono essere preceduti da gare mediante pubblico incanto o licitazione privata, a giudizio discrezionale dell'amministrazione» (co. 2).

Parimenti l'art. 37 del regio decreto 23 maggio 1924, n. 827: «tutti i contratti dai quali derivi entrata o spesa dello Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, eccetto i casi indicati da leggi speciali e quelli previsti nei successivi articoli».

⁸ Si vedano, tra i tanti, i contributi di O. SEPE, *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 986; M. GALLO, *Contratti di diritto privato degli enti pubblici*, in *Nov. dig. it.*, IV, Torino, 1968, p. 632; D. BORTOLOTTI, *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, 1989, p. 37; S. BUSCEMA – A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, VII, Padova, 1994, p. 72; A. MASSERA, *I contratti*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2000, p. 1365.

contenimento della spesa e di corretta gestione delle risorse collettive, entrambe intese come limiti immanenti all'autonomia negoziale degli enti pubblici⁹.

L'obbligo di ricorrere a procedure selettive per i contratti conclusi dall'amministrazione è strettamente connesso, nelle intenzioni originarie del legislatore domestico, al rispetto del principio di buon andamento come mezzo per raggiungere un determinato obiettivo – nel qual caso la ricerca della controparte privata – anche col minor sacrificio possibile in termini di spesa.

Ora, queste brevi notazioni preliminari intendono dar fugace conto di un'impostazione tradizionale – un'anima che si potrebbe definire 'contabilistica' – che considera i contratti pubblici (anche di ingente valore economico) quali fatti finanziari che vincolano il processo di formazione della volontà negoziale dell'amministrazione¹⁰.

Di questa riferita vocazione contabile – ed è l'aspetto che più si vuole qui enfatizzare – permane traccia nel nuovo Codice dei contratti pubblici sotto la formula generale della «economicità» intesa come «uso ottimale delle risorse da impiegare nello svolgimento della selezione ovvero nell'esecuzione del contratto»¹¹.

In quest'ottica vengono in mente, ad esempio, le disposizioni relative alla fase selettiva che vietano ai concorrenti di presentare offerte in aumento¹²; che consentono all'amministrazione di affidare in taluni casi l'appalto col criterio del prezzo più basso¹³; che impongono di considerare l'incidenza del costo nell'offerta economicamente più vantaggiosa; che permettono alla stazione appaltante di non aggiudicare la gara in presenza di un unico concorrente o di offerte inidonee¹⁴; oppure, in riferimento alla fase esecutiva, le norme che impongono una durata definita del contratto e ne vietano il rinnovo tacito, quelle sullo *ius variandi* della stazione appaltante, sulla previa approvazione di nuovi prezzi, sul divieto di anticipazione in conto di spesa, solo di recente reintrodotta, sull'istituto delle riserve e sulle forme di tutela contrattuale apprestate all'amministrazione in caso di esecuzione inesatta o ritardata dell'appalto da parte del privato aggiudicatario¹⁵.

Previsioni che, in definitiva, valgono a delineare i contorni del vincolo 'contabilistico' che tradizionalmente connota l'attività consensuale della pubblica amministrazione e, specialmente, la materia

⁹ Ho provato a evidenziare questi aspetti nel mio *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, 178, cui mi permetto di rinviare anche per ulteriori approfondimenti. Per ampie considerazioni (anche di stampo economico) si veda pure lo studio di M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001, p. 171.

¹⁰ In questo senso le 'Linee Guida' dell'Anac del 26 ottobre 2016, n. 4, punto 3.2, lett. a).

¹¹ Art. 4 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹² Art. 59, co. 4, lett. c) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹³ Regola, peraltro, oramai generalizzata negli appalti sotto soglia dall'art. 36, co. 9-*bis* del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹⁴ Art. 95, co. 12 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹⁵ Artt. da 100 a 113-*bis* del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

dell'evidenza pubblica che di essa costituisce la manifestazione più diffusa per importanza pratica e per impatto sul sistema finanziario nazionale¹⁶.

3. La dimensione 'europea': la tutela della concorrenza

Con non minore fondamento è possibile tuttavia sostenere che la tradizionale concezione domestica dell'evidenza pubblica coesista oramai, nel tessuto ordinamentale che si è nel corso del tempo stratificato, con un'altra visione che si potrebbe invece definire di matrice 'europea'¹⁷.

È più che noto infatti che, in materia di appalti pubblici, si è assistito alla progressiva diffusione di regole e di principi di derivazione sovranazionale per effetto dell'ampliamento e del consolidamento del mercato unico all'interno dell'Unione¹⁸.

Queste vicende sono state ampiamente indagate dalla dottrina pubblicistica e su di esse non occorre diffondersi oltremodo.

Quel che però merita di essere qui evidenziato è che l'ordinamento europeo, da svariati decenni, ha individuato nella tutela della concorrenza il fine fondamentale della disciplina degli appalti pubblici, elevandola ad obiettivo principale dell'intero sistema¹⁹.

Fin dall'adozione delle prime direttive di settore, il legislatore sovranazionale ha infatti avvertito il bisogno di introdurre disposizioni volte ad assicurare il rispetto delle regole partecipative, garantendo a tutti gli operatori economici presenti nel mercato dell'Unione pari condizioni di competizione negli Stati membri e altrettanto eguali condizioni di accesso alle gare²⁰.

¹⁶ Così ancora V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., p. 117.

¹⁷ Si veda L. TORCHIA, *Diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario: sviluppi recenti del processo di ibridazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n.5/1997; G. GRECO, *I rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da Mario P. Chiti e G. Greco, parte generale, Tomo II, Milano, 2007, 827 ss.; S. CASSESE, *Verso un diritto europeo italiano*, in *Rivista italiana di diritto comunitario*, n.3/2017, pp. 303-309.

¹⁸ Si veda V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, cit., 757 ss.; per considerazioni più ampie riferite all'influenza del diritto amministrativo europeo su quello nazionale si veda S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n.2-3/2002, p. 291; C. FRANCHINI, *Organizzazione amministrativa europea*, in *Diritto amministrativo europeo*, (a cura di) E. CHITI, Milano, 2018, 251 ss.

¹⁹ Così il considerando n. 1 della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, ove è scritto che la «aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore a una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni per coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti in modo da garantire che a tali principi sia dato effetto pratico e che gli appalti pubblici siano aperti alla concorrenza». In tema si veda F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, n.1-2/2013, p. 15, che esamina la portata e le implicazioni del concetto nell'ordinamento europeo anche in rapporto con quello interno.

²⁰ Motivo per cui la sentenza della Corte costituzionale, 28 novembre 2007, n. 401, ha precisato che la nozione europea di concorrenza che rileva nel settore degli appalti pubblici «impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali» di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza (punto 6.7).

Le direttive europee hanno così inteso soddisfare, per esempio, esigenze di corretta informazione in modo che i partecipanti possano presentare le proprie candidature in maniera adeguata e consapevole. Hanno valorizzato il principio di non discriminazione che impedisce alle stazioni appaltanti di formulare criteri di aggiudicazione che possano essere soddisfatti solo da un numero limitato di imprese. Hanno unificato le procedure di aggiudicazione, con riferimento agli appalti che superano determinate soglie d'importo economico, per impedire agli Stati membri di limitare anche indirettamente la concorrenza nel mercato unico²¹.

Questo assetto – di impronta marcatamente europea – permea anche l'attuale Codice dei contratti pubblici che dichiara e ribadisce che le «disposizioni contenute nel presente codice sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza»²²: si tratta di un riconoscimento esplicito della funzione (pro)concorrenziale della disciplina dell'evidenza pubblica che discende dall'appartenenza dell'Italia all'ordinamento sovranazionale dell'Unione²³.

Nell'attuale codice dei contratti pubblici la concorrenza è una nozione indubbiamente fluida che si dipana attraverso molteplici e disparati parametri valutativi che le stazioni appaltanti possono seguire e applicare per aggiudicare le commesse pubbliche: criteri di natura qualitativa e tecnologica; criteri esperienziali e relativi al ciclo produttivo; criteri di carattere sociale ed ecologico; criteri di contenimento dei consumi energetici; criteri di riduzione dell'impatto ambientale²⁴.

²¹ Sempre su questi aspetti mi permetto di rinviare al mio *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, Padova, 2002, 12 ss. Si vedano anche R. CAVALLO PERIN – G. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, n.2/2010, p. 325.

²² Art. 2 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

²³ Che si rinviene, ad esempio, anche all'art. 30, co. 2 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in cui è scritto che le «stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici». Sul punto, L. TORCHIA, *Concorrenza fra ordinamenti e diritto amministrativo nell'ordinamento europeo*, in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza fra gli ordinamenti*, 2004, 109 ss.

²⁴ Si veda l'art. 95, co. 6 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50: i «documenti di gara stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto. Nell'ambito di tali criteri possono rientrare: a) la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità per le persone con disabilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, quali OSHAS 18001, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, caratteristiche innovative, commercializzazione e relative condizioni; b) il possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, in misura pari o superiore al 30 per cento del valore delle forniture o prestazioni oggetto del contratto stesso; c) il costo di utilizzazione e manutenzione avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera, bene o servizio, con l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione; d) la compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra associate alle attività dell'azienda calcolate secondo i metodi stabiliti in base alla raccomandazione n. 2013/179/UE della Commissione del 9 aprile 2013, relativa all'uso di metodologie comuni per misurare e comunicare le prestazioni ambientali nel corso del ciclo di vita dei prodotti e delle organizzazioni; e) l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza

Criteri che «non conferiscono un potere di scelta illimitata» alla stazione appaltante e devono garantire la «possibilità di una concorrenza effettiva»²⁵.

La previsione appare di non poco momento e testimonia come la tutela della concorrenza, nelle intenzioni legislative, abbia carattere pervasivo e forse addirittura prevalente sulla concomitante esigenza di contenere la spesa pubblica²⁶.

A lasciarlo intendere è lo stesso Codice dei contratti pubblici quando precisa che il «principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico»²⁷.

Tali criteri, pur appearing obiettivamente eterogenei fra loro (vi rientrano infatti aspetti, ambientali, sociali, occupazionali e altro ancora²⁸), non sono eclettici rispetto alle esigenze di una reale competizione tra operatori economici; sono anzi strumenti di cura concreta dell'interesse pubblico perché vogliono realizzare un confronto sulla qualità complessiva delle offerte, riducendo il peso della componente economica dell'appalto.

Per questa via essi finiscono quindi per realizzare, seppur indirettamente, un effetto di stimolo della concorrenza nel significato fatto proprio dal legislatore europeo²⁹.

4. La moderna deriva 'penalistica': il contrasto della corruzione

Le precedenti considerazioni non sarebbero complete se non si avesse cura di notare che le recenti modifiche apportate alla disciplina degli appalti pubblici hanno fatto da poco emergere anche una terza

significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto; f) il servizio successivo alla vendita e assistenza tecnica; g) le condizioni di consegna quali la data di consegna, il processo di consegna e il termine di consegna o di esecuzione».

²⁵ Art. 95, co. 1 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, dove appunto il «potere di scelta» cui allude la norma va riferito alla libera selezione del contraente privato nel rispetto dei principi di valutazione delle offerte ispirati al sano e regolare confronto concorrenziale teso a individuare l'offerta più idonea per l'amministrazione appaltante (cfr. *retro* nota 22). Sul punto, G. NAPOLITANO, *La crisi di legittimazione e di capacità amministrativa europea*, in *Riv. trim. dir. pub.*, n.3/2016, pp. 717-738.

²⁶ In questi termini M.P. CHITTI, *I principi*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS – R. GARAFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, Milano, 2008, p. 165, che parla proprio di «superamento della primazia necessaria del criterio di economicità» nelle gara d'appalto pubbliche, pur sottolineando comunque che la «scelta deve essere opportunamente motivata» dalla stazione appaltante tramite indicazione di criteri valutativi congrui.

²⁷ Art. 30, co. 1 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

²⁸ È d'accordo A. AZZENA, *Art. 30 – Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, I, Torino, 2017, p. 285.

²⁹ In questo senso P. CHIRULLI, *La proconcorrenzialità nel Codice dei contratti pubblici*, in F. LIGUORI – S. TUCCILLO (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Napoli, 2017, p. 23.

dimensione dell'evidenza pubblica legata soprattutto al contrasto dei fenomeni corruttivi in senso lato occorsi tra stazioni appaltanti e imprese concorrenti durante la fase di gara³⁰.

Si delinea così un'ulteriore via dell'evidenza pubblica che si potrebbe definire 'penalistica'³¹.

Rilevano al riguardo alcune significative norme del nuovo Codice dei contratti pubblici che, ai nostri fini, occorre in breve esaminare³².

La prima è l'art. 59, co. 4, lett. a) che ha chiarito che sono «considerate inammissibili», e quindi da escludere dalla gara, le offerte in relazione alle quali la «commissione giudicatrice ritenga sussistenti gli estremi per informativa alla Procura della Repubblica per reati di corruzione o fenomeni collusivi».

La seconda è l'art. 80, co. 1, lett. b) in cui si legge che devono essere esclusi dalla gara i concorrenti incorsi in «delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater»³³.

La terza è contenuta al comma 5, lett. c) dell'art. 80, che porta ad escludere dalla gara gli operatori in relazione ai quali la stazione appaltante dimostri che si sono resi colpevoli di gravi illeciti professionali, con una dizione estremamente generica, specie se riguardata alla luce della successiva lett. f -bis), relativa alle dichiarazioni non veritiere.

La quarta è il co. 5, lett. c-bis) del medesimo art. 80 che precisa che devono essere esclusi dalla competizione gli operatori economici che abbiano «tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante»³⁴.

³⁰ In tema si vedano, tra i tanti, A. CIOFFI, *Moralità amministrativa e conflitto di interessi*, in *Dir. amm.*, n.4/2017, p. 685; A. LALLI, *Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico. Una rassegna*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n.1/2016, p. 155; A. POLICE, *Contratti pubblici: tra ultime novità legislative ed esigenze di semplificazione*, in C. FRANCHINI - F. SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, Napoli, 2015, p. 193; G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, n.3/2015, p. 342; G.M. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, n.2-3/2015, p. 345; F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n.1/2012, p. 177; M. CORRADINO – G.F. LICATA, *Poteri dell'autorità nazionale anticorruzione nella materia dei contratti pubblici*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici I, Fonti e principi ambito programmazione e progettazione*, Roma, 2019, 498 ss.

³¹ Spunti interessantissimi si ricavano anche dal volume curato da M. D'ALBERTI, *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, 2017 (part. 619 ss.); M.A. SANDULLI *I contratti pubblici*, in F. MERLONI e L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzioni e rimedi*, Firenze, 2010, 437 ss.

³² Sul punto, L. TORCHIA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. Diritto amm.*, n.5/2016, pp. 605-6012.

³³ Cioè le fattispecie tipiche di corruzione e di concussione previste dal nostro Codice penale. Le quattro figure delittuose sono state sensibilmente modificate dall'art. 1, co. 75, lett. d), f), g), l) della legge 6 novembre 2012, n. 190.

³⁴ Tale sistema è stato posto sotto la regia dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) che, ai sensi dell'art. 213, co. 1 del Codice, deve assicurare la «vigilanza e il controllo sui contratti pubblici e l'attività di regolazione degli stessi» e deve agire anche per «prevenire e contrastare illegalità e corruzione». Presso l'ANAC è stato istituito un sistema di «rating di impresa» che racchiude i «requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono l'affidabilità dell'impresa». Il rating è calcolato dall'ANAC sulla base di appositi criteri tra cui rientra la «denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive» subite (art. 83, co. 10 del Codice). Sull'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) istituita con l'art. 19 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114 si vedano N. PARISI – M.L. CHIMENTI *Il ruolo dell'A.N.AC. nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici*, in *Dir. comm. int.*, n.2/2015, p. 419; E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam"*, in *Giorn. dir. amm.*, n.6/2015, p. 757; F. DI LASCIO – B. NERI, *I poteri di*

La quinta è contenuta alla lettera d) del citato art. 80, co. 5 per cui le stazioni appaltanti devono escludere dalla gara i concorrenti che versino in una «situazione di conflitto di interessi» irrisolvibile³⁵. Altre disposizioni ancora sono riferite ad analoghe cause di esclusione.

Le previsioni traggono ispirazione dal disposto della legge 28 gennaio 2016, n. 11 che ha ribadito in termini generali la necessità di garantire a livello interno una «armonizzazione delle norme in materia di trasparenza, pubblicità, durata e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi ad essa prodromiche e successive, anche al fine di concorrere alla lotta alla corruzione, di evitare i conflitti d'interesse e di favorire la trasparenza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione»³⁶.

Ora, le norme appena citate pongono, a nostro avviso, un serio problema di teoria generale che appare particolarmente significativo evidenziare e su cui bisogna riflettere.

Esse hanno infatti introdotto – e questo si ricava proprio dal testo di legge – cause di esclusione dalla gara fondate su vicende penali non ancora accertate con una sentenza passata in giudicato³⁷.

Hanno dato ingresso nell'ordinamento italiano a provvedimenti amministrativi fondati su semplici ipotesi di reato, anche tentato, in deroga al principio costituzionale di non colpevolezza sino al definitivo accertamento del fatto criminoso all'esito del contraddittorio processuale³⁸.

vigilanza dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, in *Giorn. dir. amm.*, n.4/2015, p. 454; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, n.1/2017, p. 15; M. LIPARI, *La regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee guida dell'ANAC nei settori speciali*, in *Riv. reg. mercati*, n.1/2018, p. 72.

³⁵ Sul punto, per considerazioni più ampie in tema di cause di esclusione, sia consentito rinviare al mio, *I "garbugli" della nuova disciplina delle esclusioni nel nuovo codice appalti*, in www.giustamm.it, 2017, 2.

³⁶ Art. 1, co. 1, lett. q) della legge 28 gennaio 2016, n. 11.

Si veda, già negli anni 90, SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la trasparenza*, in S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana. Un profilo*, Bologna, 1994. Si rimanda inoltre a A. POLLICE – L. DE GREGORIS, *Norme in materia di pubblicità e trasparenza*, in G.F. FERRARI – G. MORBIDELLI (a cura di) *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2013, 303 ss.

³⁷ In maniera condivisibile anche F. FRACCHIA, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in M. CAFAGNO– F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016, P. 388: il «diritto amministrativo sembra non riuscire a sottrarsi al richiamo del diritto penale, pur non muovendosi in un quadro di analoghe garanzie. Al riguardo, tenendo conto che viene colpita la libertà economica, ci si può chiedere se siano accettabili cedimenti sul versante del principio di legalità». In termini simili anche G.D. COMPORTEI, *La sfida delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Federalismi.it*, n.6/2015, p. 13.

³⁸ A titolo di esempio si può rimandare ad una sentenza del Consiglio di Stato che ha ritenuto essere nella piena discrezionalità della stazione appaltante escludere da una gara pubblica un concorrente, il quale ha ommesso di dichiarare di essere stato oggetto di una sentenza di condanna ancorchè non accertata definitivamente. Il Consiglio di Stato riprende le «Linee Guida» dell'ANAC che sono molto chiare sul punto: «L'ANAC ha infatti chiarito che (anche) i provvedimenti non definitivi rilevano ai fini dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. 50/16, qualora contengano una condanna al risarcimento del danno e uno degli altri effetti tipizzati dall'art. 80 stesso». Consiglio di Stato, Sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192.

Si deve comunque tener presente che è stato emanato il decreto-legge 18 aprile 2019, n.32, c.d. "sblocca cantieri" convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, che in materia di appalti pubblici, si è limitato a modificare, chiarendone la portata, proprio la disposizione relativa all'esclusione dell'operatore economico per gravi illeciti professionali (art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016), richiedendo che la stazione appaltante dimostri specificamente, con mezzi adeguati, l'eventuale esclusione dell'operatore, "che si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità".

Ora qui non si vuole ovviamente indulgere in digressioni critiche o all'opposto difensive della scelta legislativa³⁹.

Si intende solo notare che il principio garantista, che ancora contraddistingue il sistema penale italiano, appare difficilmente conciliabile con l'adozione di provvedimenti amministrativi afflittivi fondati sull'accertamento di fatti non ancora giudicati come penalmente rilevanti con una sentenza definitiva⁴⁰.

La tutela penale in Italia, infatti, rimane ancora ispirata a un fondamentale principio di garanzia nei riguardi del reo e a codesto principio non pare possibile derogare a Costituzione invariata.

Di questa esigenza il nuovo Codice dei contratti pubblici non sembra essersi fatto sufficientemente carico e anzi tra le righe delle sue disposizioni (specialmente quelle appena menzionate) pare emergere l'opposta constatazione per cui il contrasto della corruzione nelle gare d'appalto pubbliche, anche solo nelle forme più tenui del tentativo, rappresenti un'esigenza pressoché assoluta.

Un'esigenza che non solo può condurre alle estreme conseguenze la tutela di una (corretta e non corrotta) concorrenza tra gli operatori economici anche a scapito dell'offerta migliore⁴¹, ma può addirittura

Su questo e altri aspetti si rinvengono spunti interessanti già nel contributo di C. FRANCHINI, *Il controllo del giudice penale sulla pubblica amministrazione. I. Introduzione al tema*, Padova, 1998, 13 ss.

³⁹ Ci si può invece limitare a fornire un esempio concreto tratto dalla cronaca giudiziaria quotidiana; esempio che sembra riassumere in maniera limpida quanto siamo venuti finora dicendo a proposito del rapporto fra diritto amministrativo e diritto penale nell'ordinamento settoriale dei contratti pubblici. Si pensi, infatti, alla vicenda giudiziaria legata all'organizzazione dell'Expo di Milano del 2015 e alle accuse di corruzione che hanno coinvolto la stazione appaltante e l'impresa aggiudicataria di uno degli appalti. Nel corso del giudizio di primo grado il TAR Lombardia - sede di Milano, Sez. I, ha annullato il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara con la sentenza 9 luglio 2014, n. 1802 a causa delle «condotte inveratesi nella preordinata finalità di illecitamente condizionare il procedimento di gara». Secondo il TAR milanese la gara è stata «falsata e distorta da una pressione corruttiva connotata da illeciti accordi incidenti sulla sua legittimità e trasparenza, risultando incontestata – a prescindere dal giudizio di disvalore o di non definitivo accertamento della responsabilità penale, cui le parti hanno fatto riferimento nei loro scritti – l'avvenuta emersione di gravi indizi di colpevolezza circa il tentativo di condizionarne lo svolgimento e l'esito». Essendo mancate le «minime condizioni di trasparenza» il giudice di primo grado ha ritenuto che «non è, di conseguenza, necessario attendere gli esiti dei futuri giudizi [n.d.a. penali] per affermare che la sensibile alterazione delle condizioni di par condicio tra i concorrenti integri un motivo sufficiente per disporre l'annullamento dell'aggiudicazione, quale rimedio finalizzato a costituire una frontiera più avanzata di tutela dell'Amministrazione contro i possibili abusi dei partecipanti alle procedure di evidenza pubblica». La sentenza del TAR lombardo è stata tuttavia riformata in appello dalla decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143, secondo cui il «provvedimento «adottato in violazione di legge» è solo «quello in cui il vizio sia stato posto in essere nell'ambito dell'attività procedimentale/provvedimentale della p.a., senza che possano assumere rilievo *ex se* le eventuali condotte illecite (o finanche penalmente rilevanti) poste in essere dai soggetti che abbiano operato per conto della stessa p.a.». I fatti di rilievo penale possono eventualmente «rilevare sotto il profilo dell'eccesso di potere per sviamento», ma a condizione che il «vizio trovi “rappresentazione” negli atti impugnati attraverso le sue figure sintomatiche».

⁴⁰ Su questi aspetti mi permetto di rinviare al mio *I protocolli di legalità nelle procedure di evidenza pubblica e il giudice amministrativo come nuovo protagonista nelle politiche anticorruzione*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, III, Napoli, 2017, 2907 ss.

⁴¹ Infatti l'art. 42, co. 1 del Codice afferma in via generale che le «stazioni appaltanti prevedono misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione».

giustificare eclatanti deviazioni dai principi costituzionali in punto di tutela giurisdizionale penale (art. 27 Cost.)⁴².

In tal modo il legislatore vuole (o forse pretende di) ribaltare sulla stazione appaltante, chiamata ad operare in via preventiva nel procedimento di gara in base a un giudizio prognostico e inevitabilmente parziale del fatto, quello che dovrebbe fare il giudice penale nel corso del processo con le garanzie del contraddittorio nella formazione della prova⁴³.

L'effetto così prodotto è quello di innestare nel sistema delle gare pubbliche un'impronta marcatamente penalistica, peraltro ampliando a dismisura la discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice, nel tentativo maldestro di anticipare in tale non appropriata sede gli effetti della repressione dei fatti penali. Una finalità che solo marginalmente dovrebbe interferire con la ricerca di un criterio di efficienza funzionale – come appresso si dirà – che è alla base di tutta la contrattualistica pubblica⁴⁴, che resta fortemente inciso da una ipertrofica produzione normativa⁴⁵, figlia di pregiudizi ideologici che hanno portato a sovrapporre la disciplina e la regolazione dello Stato banditore con gli strumenti di repressione della corruzione, tanto da coniugare i due obiettivi anche sul piano istituzionale, denominando Autorità Nazionale Anticorruzione il Regolatore di riferimento del settore dei pubblici affidamenti⁴⁶.

5. L'appalto come operazione amministrativa

Quanto precede ci permette così di giungere alle conclusioni di questo breve studio e alla tesi che in esso si vorrebbe esprimere.

⁴² Sui quali appare finanche superfluo soffermarsi: basti qui un riferimento a F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1992, p. 25, anche per ulteriori approfondimenti bibliografici.

⁴³ Per un esempio in giurisprudenza si veda TAR Sardegna, Sez. I, 3 gennaio 2019, n. 2 che ha giudicato «legittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha revocato in autotutela gli atti di una gara, ivi compresa l'aggiudicazione definitiva (nella specie si trattava di una gara indetta da un'Autorità Portuale, per l'affidamento in concessione dei beni demaniali), che sia motivato con riferimento al fatto che, a seguito di un esposto, la competente Procura della Repubblica ha intrapreso un'indagine sulla procedura di evidenza pubblica e ha sequestrato tutti gli atti della stessa, avendo il legale rappresentante dell'aggiudicatario formalmente segnalato che il socio di maggioranza è intestatario fiduciario di altro soggetto; infatti, tra i “sopravvenuti motivi di pubblico interesse”, idonei a giustificare la revoca di una gara di appalto, ben possono rientrare anche comportamenti scorretti dell'aggiudicatario che si siano manifestati successivamente all'aggiudicazione definitiva».

⁴⁴ Lo ricorda M. CLARICH, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Riv. Giur. Mezz.*, n.3/2016, p. 751, che ha correttamente evidenziato come il considerare la disciplina dei contratti pubblici dall'angolo visuale della lotta alla corruzione rischia di far perdere di vista gli altri obiettivi della disciplina, in particolare quello dell'efficienza. Si veda sempre M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto Europeo e nazionale*, in *Diritto amministrativo*, n.1-2/2016, Milano, pp. 71-92.

⁴⁵ Sul punto di veda M. BERTOLISSI, *Ipertrafia della legge, principi e interpretazione*, in R. VILLATA - M. BERTOLISSI - V. DOMENICHELLI - G. SALA, *I contratti di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, 16 ss.

⁴⁶ Lo stigmatizza L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, n.5/2016, p. 607, che sottolinea le ambivalenze delle funzioni assegnate all'ANAC dalla legislazione di settore; funzioni che oscillano indistintamente tra la regolazione (anche paralegislativa) del mercato degli appalti e la repressione della corruzione.

Le considerazioni finora svolte hanno messo in luce, seppur per fugaci tratti, come l'attuale disciplina delle procedure concorsuali pubbliche in Italia sia frutto di una graduale stratificazione di fonti normative eterogenee sia per impostazione culturale, sia per provenienza ordinamentale.

In essa antiche norme di contabilità, tese principalmente a garantire la corretta e prudente gestione del denaro pubblico, sono state doppiate da norme di stampo europeo dirette soprattutto a salvaguardare la concorrenza tra gli operatori economici⁴⁷.

Solo di recente a queste stesse norme ne sono state aggiunte altre che paiono invece voler anticipare, già nel procedimento di aggiudicazione dell'appalto, gli effetti del contrasto penale della corruzione in senso lato e perseguire l'obiettivo di moralizzare l'agire amministrativo⁴⁸.

Ne derivano così tre distinti ordini di finalità – tre anime come le abbiamo in precedenza definite: assicurare l'economicità dei contratti pubblici, tutelare la concorrenza, prevenire e contrastare fenomeni criminali⁴⁹.

Ora a noi sembra che il crocevia normativo che attualmente caratterizza la disciplina dell'evidenza pubblica abbia di fatto determinato un sovraccarico dell'intero ordinamento settoriale nel quale paiono convivere esigenze fortemente diverse, talvolta non sempre compatibili tra di loro. Risparmio di spesa, tutela della concorrenza, contrasto della corruzione: si tratta di finalità che tra loro coesistono a fatica, che poco o nulla hanno in comune; molto spesso avviene che l'eccessiva valorizzazione dell'una in un singolo caso finisca inevitabilmente per comportare la sottovalutazione dell'altra, specie in mancanza di un ordine di priorità che corrisponda a una precisa volontà legislativa.

⁴⁷ La sintesi è chiara in M. CAFAGNO, *Gare pubbliche*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, p. 2651.

⁴⁸ Si veda la determinazione dell'Anac 28 ottobre 2015, n. 12, punto 2.1 (corsivi nostri), per cui la nozione di fatto corruttivo rilevante sul versante amministrativo è «più ampia dello specifico reato di corruzione e del complesso dei reati contro la pubblica amministrazione» e coincide con la «“maladministration”, intesa come assunzione di decisioni (di assetto di interessi a conclusione di procedimenti, di determinazioni di fasi interne a singoli procedimenti, di gestione di risorse pubbliche) devianti dalla cura dell'interesse generale a causa del condizionamento improprio da parte di interessi particolari. Occorre, cioè, avere riguardo ad atti e comportamenti che, anche se non consistenti in specifici reati, contrastano con la necessaria cura dell'interesse pubblico e pregiudicano l'affidamento dei cittadini nell'imparzialità delle amministrazioni e dei soggetti che svolgono attività di pubblico interesse». Parimenti la circolare n. 1 del 25 gennaio 2013 del Dipartimento della funzione pubblica che ha notato come il concetto di corruzione amministrativa dev'essere «inteso in senso lato, come comprensivo delle varie situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati. Le situazioni rilevanti sono quindi evidentemente più ampie della fattispecie penalistica» e sono tali da «comprendere non solo l'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione», ma anche le «situazioni in cui – a prescindere dalla rilevanza penale – venga in evidenza un malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite» (p. 4). Sul punto si vedano R. CANTONE – E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua Autorità*, in *Dir. pubbl.*, n.3/2017, p. 912.

⁴⁹ Si rimanda a M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, *Atti del 61° convegno di studi di scienza dell'Amministrazione*, Varenna, 2015, pp. 265-303.

Il problema non è di poco conto e caratterizza la vita quotidiana delle stazioni appaltanti troppo spesso disorientate nei meandri di una disciplina settoriale complessa e instabile che, lungi dall'orientare le scelte amministrative, finisce per porsi fundamentalmente in funzione di limite all'azione⁵⁰.

In un simile contesto non appare quindi semplice andare in cerca di un ipotetico e quanto mai sfuggente criterio ordinatore.

Provando però a fare un tentativo senza dubbio temerario si potrebbe allora sostenere che il fenomeno di stratificazione normativa cui abbiamo accennato – focalizzato quasi esclusivamente sul profilo pubblicistico dell'evidenza pubblica, cioè a dire la procedura di gara⁵¹ – abbia finito per relegare in secondo piano il profilo teleologico dell'intera disciplina dei contratti pubblici che è, e senz'altro rimane, l'esecuzione di un rapporto negoziale con l'amministrazione contrassegnato da indubbi e concomitanti profili funzionali di interesse pubblico⁵².

La punta di diamante di tale distorsione è nell'aver introdotto una regola sino ad oggi inedita, che consente alle stazioni appaltanti, una volta esaurita la fase concorsuale e pur se ampiamente spirati i termini per le impugnazioni giurisdizionali, di rieditare virtualmente la procedura di gara con l'effetto di risolvere il contratto in corso con l'aggiudicatario, sul presupposto che questi avrebbe dovuto essere escluso dal procedimento concorsuale divenuto nel frattempo inoppugnabile.

Si tratta di una nuova ipotesi di risoluzione “facoltativa” del contratto pubblico prevista dall'art. 108, comma 1, lett. c) che riattribuisce all'amministrazione poteri ormai disciolti nella disciplina negoziale privatistica e finisce per rappresentare un possibile *vulnus* per il principio di certezza del diritto, oltreché porre problemi anche in termini di riparto di giurisdizione⁵³.

⁵⁰ Sul punto, S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n.1/2019, p. 9, che mette in luce le distorsioni di prospettiva che inducono a considerare il diritto amministrativo solo in funzione di limite dell'azione amministrativa.

⁵¹ Anche le direttive europee del 2014 dedicano effettivamente poco spazio alla fase successiva all'aggiudicazione che riguarda l'esecuzione del contratto e che continua ad essere rimessa alle singole discipline nazionali.

⁵² Non vi è infatti dubbio che il «contratto, in molteplici manifestazioni dell'azione amministrativa, come cura concreta di interessi pubblici (della collettività) è lo strumento fondamentale ed ineliminabile dell'azione stessa, non alternativo agli strumenti pubblicistici, ma necessario (e in molti casi direttamente imposto dalla legge) al fine di perseguire determinati obiettivi; segnatamente laddove l'azione amministrativa ha ad oggetto l'acquisizione di prestazioni da parte di terzi, come lavori, servizi, forniture di beni; ciò che costituisce parte assolutamente rilevante dell'azione amministrativa» (così V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 512). Sia consentito anche un rinvio al mio *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, cit., 276 e ss.

⁵³ Art. 108, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 50/2016: le «stazioni appaltanti possono risolvere un contratto pubblico durante il periodo di sua efficacia, se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte: [...] c) l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una delle situazioni di cui all'articolo 80, comma 1, sia per quanto riguarda i settori ordinari sia per quanto riguarda le concessioni e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura di appalto o di aggiudicazione della concessione, ovvero ancora per quanto riguarda i settori speciali avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 136, comma 1». A tal proposito ci si deve chiedere se la scelta di risolvere il contratto, in questa particolare ipotesi che risale a vizi genetici del rapporto, possa essere in qualche modo sindacabile dal giudice amministrativo.

Non va infatti dimenticato che l'attuale Codice dei contratti pubblici, pur nella corposità e nell'estrema tecnicità delle sue previsioni riferite alla fase di selezione del contraente privato, si apre pur sempre con l'esplicita dichiarazione di voler disciplinare i contratti di appalto pubblici che riguardano la «acquisizione di servizi, forniture e lavori e opere»⁵⁴.

La norma sembra, neppure troppo indirettamente, confermare che l'importanza e la centralità della gara devono andare di pari passo con la fase esecutiva che non può mai assumere un ruolo ancillare nella logica che informa l'ordinamento di settore⁵⁵.

Invece quel che emerge scorrendo le pagine del Codice è l'eccessiva e pressoché totale polarizzazione sulla fase di ricerca della controparte contrattuale: quasi che la successiva esecuzione del contratto sia una vicenda di per sé estranea o comunque marginale rispetto alla disciplina dell'evidenza pubblica; una fase che troppo spesso si tende a dare per scontata nella complessiva vicenda che riguarda l'aggiudicazione di un appalto.

La prospettiva – non serve sottolinearlo – è quanto mai fuorviante visto che proprio la fase esecutiva vale a misurare la tenuta e l'effettività dell'intero sistema di selezione prefigurato dal legislatore⁵⁶, che in qualche modo non può che essere logicamente servente rispetto all'esecuzione del negozio che ne deriva. Le due fasi, quella pubblicistica e quella privatistica, sono infatti connotate dalla presenza costante dell'interesse pubblico affidato in cura all'amministrazione che vale a saldarle nel concreto andamento della vicenda contrattuale.

⁵⁴ Art. 1, co. 1 del d.lgs. 50/2016.

⁵⁵ Già nel documento di consultazione - Servizi e forniture: progettazione ed esecuzione del contratto dell'allora Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP) del 2013 si evinceva come tradizionalmente la regolazione e l'attenzione si sono focalizzate sulla fase di scelta del contraente, “basandosi sul presupposto che il buon esito della prestazione derivi, principalmente, da un'adeguata gestione della procedura di gara volta all'identificazione della migliore offerta e del soggetto più idoneo a svolgere il servizio/fornitura”. Pertanto, gli sforzi delle amministrazioni sembrano concentrarsi laddove è più alto il rischio di contenzioso o di danno erariale, cioè nella fase dell'affidamento, trascurando le fasi a monte (identificazione degli obiettivi e pianificazione dei fabbisogni) ed a valle della stipulazione (controllo e valutazione dei risultati nella fase esecutiva del contratto stesso). Appare invece evidente la stretta correlazione tra le due diverse fasi, in particolare “correlazione che intercorre tra le criticità riscontrabili nella fase esecutiva e le carenze riconducibili ad una incompleta o imprecisa predisposizione, da parte delle stazioni appaltanti, della relativa documentazione di gara”.

Tra il privato e la stazione appaltante s'instaura pur sempre un rapporto collaborativo indirizzato a un fine di pubblico interesse: per tutti C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000, p. 294.

⁵⁶ Questo perché, come giustamente ricorda anche L.V. MOSCARINI, *L'appalto nel codice civile e nel codice dei contratti pubblici*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, cit., p. 44, il rapporto contrattuale di appalto che si instaura tra contraente privato e pubblica amministrazione trova il suo fondamento giuridico in una valutazione, espressa anche in altre figure di contratti a prestazioni corrispettive riconducibili allo schema romanistico del *do ut facias*, ispirata a un criterio di preminenza dell'interesse del committente. Nel diritto amministrativo accade troppo spesso che la nozione di appalto sia invece utilizzata per indicare solo il procedimento con cui l'amministrazione sceglie il contraente privato e non anche la successiva fase di attuazione del rapporto contrattuale.

Esse danno vita a una complessa «operazione» intesa come insieme di atti e comportamenti che progrediscono verso un fine unitario⁵⁷.

Ecco perché, a voler ricercare (ma è solo un tentativo) un canale di collegamento tra le varie anime dell'evidenza pubblica, la scelta potrebbe ricadere sull'opportuna valorizzazione del rapporto negoziale sottostante, inquadrato nella sua dimensione funzionale⁵⁸.

Occorrerebbe in una parola riscoprire il valore sostanziale della causa del contratto d'appalto intesa come necessaria corrispondenza della procedura concorsuale allo scopo di pubblico interesse cui è preordinata: la realizzazione delle opere pubbliche, la prestazione di beni e servizi alla pubblica amministrazione⁵⁹; aspetti, questi, che da sempre sono all'origine la disciplina dell'evidenza pubblica non solo in Italia⁶⁰.

Vien da sé che tutto ciò non può e deve mai implicare affidamenti di appalti antieconomici, criminosi o frutto di logiche distorsive della concorrenza. Importa al contrario la necessità di conciliare, per quanto possibile, ognuna di queste insopprimibili esigenze con gli interessi della stazione appaltante legati all'esecuzione dei contratti che essa bandisce in favore della collettività⁶¹.

Ciò significa, in altre parole, che la doverosa tutela del risparmio pubblico, della legalità e della concorrenza nella fase concorsuale deve convergere e aver sempre di mira l'effettiva esecuzione degli appalti pubblici, essendo questo l'obiettivo primario dell'ordinamento di settore⁶².

Tale prospettiva – di intendere cioè l'appalto come un procedimento unitario scandito in fasi non distinte bensì compenstrate – è sicuramente ambiziosa e, ove attuata, potrebbe comportare a livello sociale un'autentica inversione di tendenza nel rapporto tra operatori e amministrazione implicati nella vicenda complessiva che incomincia con la gara e termina con l'esecuzione del contratto.

⁵⁷ Di cui parla F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, (agg.), VI, Milano, 2002, p. 84, come «insieme delle attività necessarie per conseguire un determinato risultato concreto». Ma anche D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005, p. 274.

⁵⁸ Aspetti su cui insiste anche C. FRANCHINI, *Pubblico e privato nei contratti delle amministrazioni*, in C. FRANCHINI – F. TEDESCHINI (a cura di), *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, 2009, pp. 5-6.

⁵⁹ Per tutti A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, I, Milano, 2012, p. 217. Da ultimo anche A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, p. 233.

⁶⁰ Si veda il considerando 22 della direttiva 2007/66/CE in cui è scritto che è necessario «consentire all'organo responsabile delle procedure di ricorso di non rimettere in discussione il contratto o di riconoscerne in parte o in toto gli effetti nel tempo quando, nelle circostanze eccezionali della fattispecie, ciò sia reso necessario per rispettare alcune esigenze imperative legate ad un interesse generale». In tali casi «l'organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore dovrebbe esaminare tutti gli aspetti pertinenti per stabilire se esigenze imperative legate ad un interesse generale impongono che gli effetti del contratto siano mantenuti».

⁶¹ Per quest'ordine di idee si veda ancora V. CERULLI IRELLI Irelli, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Milano, 2002, p. 91.

⁶² Si veda anche M. COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, Torino, 2011, p. 1.

Potrebbe, come primo passo, servire a evitare curiose e al contempo allarmanti conclusioni della giurisprudenza (sicuramente frutto di casuale disattenzione) per cui la «realizzazione dell'opera non rappresenta in ogni caso l'aspirazione dell'ordinamento»⁶³.

6. Gli spunti del Codice del processo amministrativo

Se così è, non devono allora essere guardate con sfavore alcune specifiche previsioni di legge che trovano albergo nel nuovo Codice del processo amministrativo e che permettono al giudice amministrativo di salvaguardare la stabilità di un contratto d'appalto, stipulato anche all'esito di un'aggiudicazione non del tutto legittima, qualora l'annullamento della gara rischierebbe di comprometterne la pronta esecuzione⁶⁴. Ci si riferisce, in particolare, all'art. 120, co. 8-ter c.p.a. secondo cui, nella decisione cautelare contro i provvedimenti di esclusione da una gara, il giudice amministrativo tiene conto delle «esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione contrattuali del contratto, dandone conto nella motivazione»; all'art. 121, co. 2 c.p.a. secondo cui, nei casi di appalti aggiudicati in violazione delle regole di pubblicità legale, il contratto resta efficace «qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti»; all'art. 125, co. 2 c.p.a. per cui, nelle controversie in tema di infrastrutture strategiche, la pronuncia cautelare del giudice

⁶³ Così Cass., SS.UU., 21 giugno 2012, n. 10294, punto 7 della motivazione. La sentenza è citata anche da G.D. COMPORTI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in F. LIGUORI – S. TUCCILLO (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, cit., p. 66.

⁶⁴ Per M. RAMAJOLI, *Il processo in materia di appalti pubblici da rito speciale a giudizio speciale*, in G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010, p. 154, il giudice degli appalti gode non solo del potere di «apprezzare se in concreto si verifica quella fattispecie che la norma da applicare suppone in astratto (sussunzione del caso sotto una norma di legge), ma anche e soprattutto del potere di scegliere quale conseguenza giuridica derivi dalla coincidenza della fattispecie concreta con la fattispecie astrattamente prevista dalla norma. La legge determina il contenuto dei possibili provvedimenti, ma lascia che sia il giudice a decidere, secondo le circostanze, se adottarli o meno e quali adottare. Così è il giudice a precisare ciò che non è ancora completamente individuato, a porre la regola di condotta caso per caso, soppesando le particolari necessità di ogni singola fattispecie, allo scopo di assicurare il migliore soddisfacimento degli interessi in contrasto». Si vedano anche G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n.3-4/2010, p. 737 e D. VAIANO, *Sindacato di legittimità e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, in F. MANGANARO – A. ROMANO TASSONE – F. SAITTA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, Milano, 2013, p. 11. In giurisprudenza si veda Cons. Stato, Sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4585: «dopo l'entrata in vigore delle disposizioni attuative della direttiva 2007/66/Ce, riprese negli art. 121 e 122 c.p.a., in caso di annullamento giudiziale dell'aggiudicazione di una pubblica gara, spetta al giudice amministrativo il potere di decidere discrezionalmente (anche nei casi di violazioni gravi) se mantenere o meno l'efficacia del contratto nel frattempo stipulato, così che l'inefficacia del contratto non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma costituisce oggetto di una specifica pronuncia giurisdizionale, costituendo quelle previsioni una significativa innovazione rispetto alla logica sequenza procedimentale che vede la privazione degli effetti del contratto strettamente connessa all'annullamento dell'aggiudicazione, e da questa dipendente, anche nella prospettiva delle esigenze di semplificazione e concentrazione delle tutele ai fini della loro effettività».

«tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera».⁶⁵

Norme che paiono valorizzare debitamente la fase contrattuale dell'evidenza pubblica nell'ottica di una maggiore effettività e speditezza e valgono, in definitiva, a riaffermare un principio di cui non si dovrebbe mai smarrire il concreto fondamento giuridico: «l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, essendo funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, si caratterizza per la esistenza di una struttura bifasica: al momento tipicamente procedimentale di evidenza pubblica segue un momento negoziale»⁶⁶, con la precisazione che, nel sistema appena delineato, la conservazione degli effetti del secondo può avere la meglio sulle esigenze di legalità della prima, cioè dell'azione amministrativa in senso stretto.

Conclusione che andrebbe solo integrata precisando il carattere comunque unitario di tale struttura duale nella quale si realizza una piena collaborazione tra il privato esecutore e lo Stato banditore⁶⁷.

7. Quali obiettivi perseguire

L'obiezione che si potrebbe muovere alla nostra conclusione è che essa sia forse troppo astratta o addirittura scontata⁶⁸.

Ciò potrebbe anche esser vero, ma spesso la soluzione a un problema complesso si può trovare prescegliendo il ragionamento più semplice.

A nostro avviso una possibile composizione delle diverse anime che attualmente qualificano la disciplina dell'evidenza pubblica in Italia – ognuna delle quali esprime un valore altrettanto meritevole di tutela – va trovata nell'esigenza di asservirle a un medesimo disegno funzionale.

È indubbio che l'evidenza pubblica implichi la costante ricerca e la tutela di concomitanti valori – economicità, concorrenza e legalità; ma essi devono sempre confluire verso lo scopo di fondo della materia: occorre dunque tornare a occuparsi degli appalti pubblici in modo concreto, avendo come

⁶⁵ Interessante sul punto, la giurisprudenza del Consiglio di Stato che in una recente pronuncia, in riferimento agli appalti di infrastrutture strategiche, con riguardo anche al rapporto tra gli artt. 122 e 125 c.p.a. ha chiaramente affermato che *“appare logico e comunque non irragionevole che una serie di opere qualora di importanza rilevante vengano sottratte ad un subentro di affidatario, pur trovandosi in posizione illegittima la P.A.: è del tutto palmare che un cambio di affidatario una volta giudicata la gara comporta un immane rallentamento per la realizzazione dell'opera, perciò in questo caso, nel bilanciamento degli interessi, non si ravvisano illegittimità costituzionali nel privilegiare comunque la via che oggettivamente conduce all'ultimazione sollecita dei lavori”*. (Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2019, n. 3492).

⁶⁶ Così la citata sentenza della Corte costituzionale, 28 novembre 2007, n. 401, punto 6.8.

⁶⁷ Per quest'ordine di idee riferito in via generale al rapporto tra amministrazione e privati si rinvia a F. BENVENUTI, *L'impatto del procedimento nell'organizzazione e nell'ordinamento (quasi una conclusione autobiografica)*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Milano, 1995, p. 1734. Non meno importanti sono poi le considerazioni di M.S. GIANNINI, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, I, cit., 3 ss.

⁶⁸ Basti qui un riferimento ancora a M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 463.

traguardo la loro puntuale esecuzione, alleggerendo i compiti degli operatori e, di conseguenza, le relative responsabilità da questi assunte; responsabilità che, sotto la minaccia dell'ANAC, del controllo contabile postumo e della genericità delle fattispecie legali penalmente rilevanti, finiscono per paralizzare l'attività dei pubblici poteri.

Ogni altra preoccupazione del legislatore, senza dubbio meritevole di attenzione, può risultare controproducente se massimizzata oltre misura. Può comporre effetti collaterali che spesso fuggono a ogni controllo (aumento del contenzioso giudiziario, irrigidimento delle procedure di aggiudicazione, aumento dei livelli di regolazione).

L'auspicio, per concludere sul punto, è allora che all'eccesso di attenzione dedicata alla fase prenegoziale possa quanto prima sostituirsi una efficiente considerazione della fase esecutiva finalmente valorizzata nell'ottica funzionale della complessiva operazione posta in essere dall'amministrazione⁶⁹.

È recente la notizia che il Governo italiano è stato delegato a revisionare nuovamente il Codice dei contratti pubblici approvato appena due anni orsono.

L'evento di per sé non desta alcuno stupore attesa l'estrema frequenza (lo abbiamo anticipato) con cui la normativa di settore è oggetto di modifiche ed emende legislative⁷⁰.

Colpisce però una previsione del disegno di legge che vale la pena trascrivere in chiosa a questi brevi note. È contenuta al punto 2 che assegna alla legislazione delegata il compito di «assicurare l'efficienza e la tempestività delle procedure di programmazione, di affidamento, di gestione, e di esecuzione degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, al fine di ridurre e rendere certi i tempi di realizzazione delle opere pubbliche, compresi le infrastrutture e gli insediamenti prioritari per lo sviluppo del paese, nonché di esecuzione dei servizi e delle forniture, limitando i livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee»⁷¹.

È ancora presto per dire che si tratta di un'esplicita presa d'atto circa l'importanza non secondaria, anzi centrale, della fase esecutiva degli appalti pubblici nella prospettiva qui delineata⁷².

Il disegno di legge si deve pur sempre tramutare in una legge dello Stato.

Ove ciò non fosse valga, quantomeno, come auspicio.

⁶⁹ Su cui insistono invece G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione, tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, e F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, entrambi in *Dir. amm.*, n.3/2002, 420 e 438.

⁷⁰ Basti solo pensare che solo il vecchio Codice dei contratti del 2006 è stato modificato da cinquantadue atti normativi intervenuti nel corso di un decennio. La successione è ben ricostruita in dettaglio al punto I.a).4 del parere del Consiglio di Stato del 21 marzo 2016, n. 464 cui si rinvia.

⁷¹ Così l'art. 1, co. 1 lett. d) del disegno di legge approvato dal Consiglio dei Ministri n. 48 del 28 febbraio 2019 che attribuisce al Governo la delega per la «semplificazione, la razionalizzazione, il riordino, il coordinamento e l'integrazione della normativa in materia di contratti pubblici» (corsivi nel testo nostri).

⁷² Sui cui insiste da ultimo proprio V. CERULLI IRELLI, *La tecnificazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI – L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, Firenze, 2016, p. 281, nei seguenti termini: «si tratta, insomma, di dare applicazione e di garantire il principio di efficienza e di efficacia: la decisione amministrativa deve arrivare più rapidamente al destinatario e quindi deve essere pronta a produrre immediatamente effetti».

8. Ragioni sistematiche sorreggono il ragionamento

Si è dunque concluso per la necessità di reindirizzare sotto il profilo teleologico l'intera disciplina dei pubblici affidamenti, depurandola dal surrettizio affastellarsi dei compiti più disparati e impropriamente rimessi alla fase concorsuale. Si è anche visto come lo stesso diritto positivo dia segnali forti nel senso della salvaguardia della fase concretamente volta ad assicurare l'attuazione degli obiettivi ultimi della disciplina, e cioè quella negoziale, considerando la conservazione del contratto quale valore preminente rispetto alle stesse esigenze di legalità della (prodromica e servente) fase concorsuale.

Ora, vi è anche che affrancare parzialmente la disciplina dei pubblici affidamenti dall'esigenza di perseguire obiettivi ad essa collaterali, se non addirittura estranei, non comporta semplicemente vantaggi funzionali rispetto agli obiettivi primari che la disciplina di settore deve assicurare⁷³, ma risponde ad una esigenza logico sistematica di natura squisitamente giuridica.

Ed invero ogni vicenda, ogni complesso organico di rapporti o di fattispecie ha un insopprimibile bisogno di essere governato da principi e regole fedeli ad un medesimo disegno funzionale e, se da una parte, sono i principi e le regole a dare sostanza e vita alle fattispecie cui si applicano, v'è, dall'altra, che la stessa natura delle situazioni cui la disciplina si riferisce finisce per orientare la scelta di principi e regole di un tipo, piuttosto che di un altro, cercando rifugio all'interno del sistema naturalmente più congeniale.

In una visione che può forse apparire prosaica, v'è da dire che le astrazioni, se avulse dal contesto materiale cui assumono di riferirsi, hanno comunque vita breve. E non è infrequente che gli sporadici tentativi di regolare determinati settori, per così dire nuovi, travasando in essi la disciplina di altri, per quanto si tratti di una disciplina resistente al tempo ed anzi arricchita dal contributo di dottrina e giurisprudenza, portino a risultati fallimentari.

Orbene, vi sono una serie di fattori condizionanti la regolare partecipazione alle gare pubbliche la cui genesi e la cui cura sono tuttavia ascritte a settori ordinamentali affatto distinti da quello dei pubblici affidamenti.

Si pensi alla rilevanza che le stazioni appaltanti possono o debbono attribuire a fatti, non ancora accertati penalmente, e che dunque non hanno allo stato rilevanza giuridica stando alle regole del diritto penale, ma che potrebbero, sulla base di una valutazione meramente prognostica, assumerla in futuro.

Si pensi ancora alla regolarità contributiva o a quella fiscale, quale indefettibile presupposto per la permanenza di una impresa in gara, e alla rilevanza che può assumere, ai fini della partecipazione, una

⁷³ Sul vincolo di scopo sia consentito rinviare ancora al mio *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, cit.

posizione anche solo temporaneamente irregolare che, se riguardata sotto il profilo della normativa che le sarebbe propria, potrebbe considerarsi irrilevante.

Sotto questo profilo, perseguire l'obiettivo di assicurare comportamenti virtuosi utilizzando lo strumento della disciplina dei pubblici affidamenti porta alla conseguenza di assoggettare tali comportamenti a principi e regole cui gli stessi sono naturalmente refrattari.

Il principio della par condicio e il formalismo proprio dei procedimenti di valutazione comparativa finiscono ad esempio per imporre la medesima conseguenza escludente a chi si trovi debitore di pochi euro, magari per un errore nell'inestricabile magma delle onerosità contributive, e a chi invece si presenti come sistematico evasore; con buona pace dei principi di ragionevolezza e proporzionalità che, fuori dal mondo delle pubbliche gare, porterebbero a ritenere del tutto irrilevante la prime ipotesi.

Allo stesso modo, alla decisione in sede amministrativa, in ordine a fatti assunti come rilevanti ai fini della partecipazione, nonostante si traduca in un provvedimento di natura sostanzialmente sanzionatoria come può essere l'esclusione da una gara, si perviene in spregio ai più elementari principi posti dall'ordinamento a tutela del soggetto cui i fatti sono ipoteticamente ascritti, ovvero sia il rigore della prova, la presunzione di non colpevolezza ed il diritto ad essere giudicati dal giudice naturalmente competente, ovvero sia da chi è culturalmente attrezzato per un certo tipo di valutazioni e offre al contempo garanzia di imparzialità. Sia nella prima che nella seconda delle ipotesi fatte, vi è poi che vicende in relazione alle quali non sarebbe sorto contezioso alcuno, o sarebbe sorto con effetti limitati alle parti interessate, lo Stato e l'impresa, una volta travasate senza filtro in un sistema connotato da altre priorità, finiscono per produrre effetti tossici di ben più vaste proporzioni.

Lo stesso effetto si produrrebbe se al vigile urbano, che limita l'accesso di una via ai soggetti espressamente autorizzati a percorrerla, fosse consentito sindacare il ricorrere dei presupposti sulla base dei quali si è ottenuto il permesso di transito o addirittura la concreta idoneità alla guida del soggetto fermato, ancorché dotato di regolare patente di guida.

Senonché nessuno ha mai dubitato del fatto che alla regolarità dei permessi provvedano altri uffici ed al rilascio della patente di guida altri ancora, non fosse altro perché attribuire questi compiti al vigile urbano significherebbe consegnarli a mani incapaci di svolgerli e creare un ingorgo all'ingresso della via a traffico limitato, che scongiurerebbe chiunque dal tentare di percorrerla.

Se ci rassegnassimo all'idea che, in un paese ordinato, alla regolarità contributiva pensa l'INPS, a quella fiscale l'Agenzia delle Entrate e ai comportamenti che possono assumere rilevanza penale provvede il giudice, peraltro dotato anche di poteri interdizione, forse potremmo pensare a disciplinare le opere e i servizi in modo che opere e servizi abbiano luogo davvero, occupandoci delle prestazioni oggetto di



affidamento e senza la pretesa di rimettere ossessivamente in discussione, ad ogni occasione utile, la regolarità della “patente” di chi dette prestazioni è chiamato ad eseguire.



Fascicolo numero 12

2020

29 aprile 2020