



IL DIRITTO DEI CONTRATTI PUBBLICI

TEMI E QUESTIONI
AGGIORNATO AL D.L. 77/2021

A cura di

PAOLO LAZZARA





©

ISBN

979-12-5994-011-7

PRIMA EDIZIONE
ROMA NOVEMBRE 2021

INDICE

Parte I

Introduzione generale

- 11 Capitolo I
Introduzione al sistema dei contratti della Pubblica amministrazione
PAOLO LAZZARA
- 27 Capitolo II
L'evoluzione del sistema di regolazione dei contratti pubblici
tra ritorni al passato e novità
MARIA PIA SANTORO
- 63 Capitolo III
Principi di trasparenza e accesso civico semplice e generalizzato
LUCIA MINERVINI
- 95 Capitolo IV
Accesso agli atti di gara e riservatezza degli offerenti
LUCIA MINERVINI

Parte II

Ambito soggettivo e oggettivo della disciplina sui contratti pubblici Forme e assetti organizzativi per la partecipazione alle procedure a evidenza pubblica

- 123 Capitolo I
Le amministrazioni aggiudicatrici: l'organismo di diritto pubblico
MARCO DI LULLO

- 145 Capitolo II
Gli enti aggiudicatori: l'impresa pubblica e soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi
MARCO DI LULLO
- 163 Capitolo III
Gli altri soggetti aggiudicatori
MARCO VENTURA
- 177 Capitolo IV
Le centrali di committenza
MARCO DI LULLO
- 195 Capitolo V
Le società "in house"
MARCO DI LULLO
- 221 Capitolo VI
Le società miste
MARCO DI LULLO
- 237 Capitolo VII
Avvalimento
GIANMARIA COVINO

Parte III

Le procedure di affidamento

- 271 Capitolo I
Le procedure sotto soglia nel codice degli appalti
ANDREA REGGIO D'ACI
- 307 Capitolo II
Bandi tipo dell'ANAC: tipologie e funzioni
ALBERTO CUCCHIARELLI

- 329 Capitolo III
La vigilanza collaborativa
LAURA MASCALI
- 371 Capitolo IV
La regolarità fiscale e previdenziale
ALBERTO CATANIA
- 395 Capitolo V
Il Responsabile unico del procedimento
LUCIA MINERVINI
- 419 Capitolo VI
La Commissione giudicatrice
RAFFAELLA CUGINI
- 449 Capitolo VII
I criteri di aggiudicazione dell'appalto
AURORA DONATO
- 481 Capitolo VIII
Contratti pubblici e crisi d'impresa
DAVIDE PALAZZO

Parte IV

Le altre forme di partenariato

- 527 Capitolo I
Il project financing
MARCO RICCI
- 553 Capitolo II
Baratto amministrativo
ALICE CAUDURO

Parte V

Le più importanti discipline settoriali

- 567 Capitolo I
Appalti pubblici e beni culturali
VALERIA MASCELLO
- 585 Capitolo II
Gli affidamenti nel settore dei servizi sociali
ROCCO JUNIOR FLACCO

Parte VI

Esecuzione - Autotutela e Tutela Giurisdizionale

- 617 Capitolo I
Proposta di aggiudicazione, aggiudicazione e autotutela sugli atti di gara
MARCO DI LULLO
- 647 Capitolo II
L'esecuzione del contratto di appalto. Le varianti
LAURA MASCALI
- 697 Capitolo III
Il Subappalto tra esigenze nazionali e concorrenza comunitaria
MATTEO LARICCIA
- 735 Capitolo IV
Il Direttore dell'esecuzione del contratto
CLAUDIO CALLOPOLI
- 753 Capitolo V
Le vicende "patologiche" nella fase di esecuzione dei contratti pubblici:
sospensione, proroga, risoluzione e recesso
FRANCESCO CORONIDI
- 787 Capitolo VI
La tutela giurisdizionale relativa alle procedure di gara
MARCO DI LULLO

PARTE I
Introduzione generale

CAPITOLO I

INTRODUZIONE AL SISTEMA DEI CONTRATTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

PAOLO LAZZARA*

Sommario

1.1. Premessa, 12 – 1.2. I contratti pubblici tra diritto privato e diritto pubblico, 13 – 1.3. Il rapporto Stato-mercato, nei contratti pubblici: la prospettiva eurounitaria, 14 – 1.4. I contratti pubblici nella “tutela della concorrenza”, 17 – 1.5. Il contesto istituzionale UE, 18 – 1.6. Concorrenza in senso debole e concorrenza in senso forte, 20 – 1.7. Le ultime novità normative: il d.l. 77/2021 sulla Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza, 22 – 1.8. Conclusioni, 23.

Abstract

Il contributo fornisce una introduzione al tema dei contratti pubblici alla luce delle più recenti novità normative. Il lavoro si sofferma sulla relazione tra diritto pubblico e privato, tra diritto sopranazionale e interno, e mette in luce i maggiori spazi di negoziazione che caratterizzano alcune delle procedure di gara.

The work provides an introduction to the topic of public contracts in the light of the most recent legislative changes. The author focuses on the relationship between public and private law as well as between supranational and internal law. The work highlights also the greater margins of negotiation that mark some of the tender procedures.

* Paolo Lazzara, Professore ordinario di Diritto Amministrativo, Università di Roma Tre.

1.1. Premessa

La pubblica amministrazione, come tutti gli enti pubblici e privati, necessita di beni e servizi per lo svolgimento dei propri compiti istituzionali nonché per l'erogazione a terzi dei pubblici servizi. La macchina amministrativa richiede dunque l'acquisizione continua di beni, servizi, forniture e lavori necessari al relativo funzionamento e alle prestazioni da garantire ai cittadini.

Il contratto è il modo ordinario con cui l'amministrazione acquisisce beni e servizi "comuni" e non vi è alcuna alternativa possibile. Così ad esempio, se la scuola intende offrire il servizio mensa, dovrà stipulare un contratto di appalto con un'impresa terza (a meno che non lo organizzi con mezzi propri); se il Comune deve arredare una propria sede dovrà acquistare i mobili; se l'amministrazione ha bisogno di nuove automobili, aerei, divise, tavoli, computer, ecc., dovrà necessariamente acquistare tali beni sul mercato. Nell'ambito del mercato dei beni "privati" la posizione della pubblica amministrazione non è di privilegio, né relativo, né (tanto meno) assoluto.

Non vi è perciò alcuna interscambiabilità tra strumenti privatistici e strumenti pubblicistici ai fini dell'acquisizione di beni e servizi: l'amministrazione agisce *iure privatorum*, salve le (rare) ipotesi in cui vi siano i presupposti per l'acquisizione autoritativa di beni di pubblico interesse (espropriazione) o di prestazioni o servizi essenziali (mediante ordinanza o precettazione).

Da questa prima constatazione derivano alcune conseguenze importanti. Occorre rilevare anzitutto che l'ente pubblico deve manifestare in anticipo e con chiarezza le proprie esigenze di acquisto, in modo da definirne correttamente oggetto e prezzo del contratto (anche in base alla copertura finanziaria). Le procedure devono garantire la massima trasparenza nei processi di acquisto, ma non incidono sulla definizione dei bisogni e sulle scelte sostanzialmente negoziali ("di acquisto") dell'ente pubblico. Si tratta di una fondamentale chiave di interpretazione della disciplina del codice dei contratti pubblici, che impone di distinguere di volta in volta gli aspetti procedurali da quelli sostanziali.

In secondo luogo, l'amministrazione può, nei limiti del ragionevole e senza discriminazioni, decidere il livello di capacità del contraente, stabilendo di negoziare con soggetti dotati di una certa capacità tecnica ed economica, in relazione all'oggetto del contratto.

Ci sono due momenti preliminari che bisogna considerare con la massi-

ma attenzione. La scelta negoziale di partenza, ovvero la necessità di acquistare per soddisfare un determinato bisogno, e la individuazione del livello e della capacità degli operatori. Solo successivamente si potrà stabilire quale sia la procedura più adatta da utilizzare per la scelta del contraente.

1.2. I contratti pubblici tra diritto privato e diritto pubblico

Molto importante, ai fini interpretativi, è distinguere tra profili privatistici e pubblicistici della disciplina. Questi ultimi, infatti, sebbene condizionino fortemente l'amministrazione, non possono incidere sulla definizione dei bisogni che spingono l'amministrazione all'acquisto.

Sul piano operativo, ciò significa che le regole procedurali e formali – per quanto inderogabili e condizionanti rimangono sul fronte procedurale e non possono mortificare le esigenze sostanziali che la pubblica amministrazione intende soddisfare attraverso il contratto.

In questo senso, occorre sottolineare che la disciplina dell'appalto è posta, anzitutto, nel codice civile, di talché le finalità pubblicistiche possono incidere su aspetti contrattuali, ma non anche portare allo snaturamento del modello privatistico.

Non a caso, le modifiche continue alla disciplina sui contratti pubblici ruotano – quasi sempre – attorno ad aspetti che ora la allontanano, ora la ravvicinano al diritto comune. Le novelle limitano e condizionano – più o meno – i contenuti negoziali normalmente ricompresi nel modello civilistico: varianti, subappalto, definizione del corrispettivo, ecc.

Qual è dunque il fondamento e la *ratio* della disciplina pubblicistica sui contratti della pubblica amministrazione?

Va detto anzitutto che, a differenza dei privati, l'amministrazione non può contrattare liberamente, dovendo agire secondo trasparenza e imparzialità in vista del perseguimento del pubblico interesse⁽¹⁾. Ne consegue che le scelte normalmente demandate all'autonomia privata, ovvero quelle che attengono al contraente da preferire e al prezzo da concordare, debbono essere adottate con un procedimento che garantisca pubblicità, *par condicio*, e trasparenza.

Il procedimento c.d. “ad evidenza pubblica” rende trasparenti alcuni aspetti fondamentali della scelta negoziale (acquisto o spesa mediante de-

(1) Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato della pubblica amministrazione*, Torino, 2008.

naro pubblico), fermo restando che spetta all'ente pubblico individuare autonomamente i propri bisogni, nonché stabilire il budget a disposizione e le condizioni essenziali per il relativo soddisfacimento.

Alle regole civilistiche si affianca dunque, in parte sovrapponendosi, la disciplina amministrativa che si occupa dei profili inderogabili di interesse pubblico.

La normativa pubblicistica – a sua volta – è molto complessa e articolata in quanto persegue, contemporaneamente, obiettivi diversi, non sempre omogenei tra loro: vi è anzitutto l'esigenza di razionalizzare la spesa connessa agli acquisti della pubblica amministrazione, in modo da rendere conveniente il contratto; a ciò si affianca il bisogno di massima pubblicità, in ambiti in cui si annidano i rischi di collusione e corruzione. Altre finalità, sempre nella prospettiva pubblicistica, attengono alla tutela dei lavoratori, sia dal punto di vista economico, sia per quanto riguarda la sicurezza, al corretto adempimento degli obblighi previdenziali e tributari, al coinvolgimento di operatori solidi e capaci dal punto di vista tecnico, economico e con riferimento alle relative doti morali e capacità professionali, ecc. A ciò si aggiungono le prescrizioni dell'Unione europea che pongono ulteriori e diversi obiettivi con conseguenti aspetti di complessità.

1.3. Il rapporto Stato-mercato, nei contratti pubblici: la prospettiva eurounitaria

Come appena accennato, il quadro normativo interno, è integrato dalle regole eurounitarie.

La CE, prima, e l'UE poi, intervengono sulle procedure di acquisto degli enti pubblici nella prospettiva della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi⁽²⁾.

A tal fine, le amministrazioni “aprono” il più possibile le procedure di affidamento nel mercato unico, al fine di innescare una competizione virtuosa tra le imprese⁽³⁾.

In questa prospettiva, gli appalti pubblici costituiscono strumento di mercato che contribuisce alla “realizzazione di una crescita intelligente, sostenibi-

(2) Dir. 2014/24/UE del 26/2/2014, 1° considerando.

(3) M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. Amm.*, 2016, pp. 71 ss.

le e inclusiva” garantendo al contempo il buon uso delle risorse pubbliche⁽⁴⁾.

Si muove, com'è noto, dalla differenza tra “concorrenza nel mercato” e “concorrenza per il mercato”, nel senso che gli affidamenti pubblici si trovano nella seconda condizione; a fronte di un mercato monopolistico, si deve aprire una competizione “per il mercato”, ovvero “per acquisire quel mercato”⁽⁵⁾. Semplificando al massimo, questa è la “gara” ovvero il procedimento ad evidenza pubblica per la scelta del contraente.

Vi è un altro aspetto, forse ancor più rilevante nella prospettiva del diritto UE. La concorrenza tra le imprese dovrebbe infatti condurre al “migliore” acquisto in termini qualità/prezzo, soprattutto sotto il profilo dell'innovazione dei prodotti e dei processi.

In senso ancor più radicale, la disciplina UE vorrebbe mettere il “mercato” di riferimento (inteso soprattutto come innovazione e sviluppo) “al servizio” della pubblica amministrazione. Si spiega in questo modo la particolare insistenza sulla professionalità delle stazioni appaltanti che dovrebbe metterle in una posizione contrattualmente più forte, in virtù di una migliore conoscenza dei prodotti e dei mercati di riferimento. Ancora, la possibilità di aggregare la domanda dovrebbe determinare lo stesso risultato nella relazione tra offerente privato e acquirente pubblico⁽⁶⁾.

La disciplina sugli affidamenti pubblici pone dunque le condizioni fondamentali per la libertà di iniziativa economica privata nel mercato degli appalti pubblici.

Le due impostazioni, quella interna e quella europea, si pongono talvolta in tensione o in antitesi tra loro. La *ratio* della normativa interna è infatti primariamente rivolta alla cura dell'interesse pubblico nazionale e al controllo della spesa, laddove il diritto UE privilegia la prospettiva della libertà di iniziativa economica delle imprese⁽⁷⁾.

In termini generali, si pone l'antitesi tra spinte (eurounitarie) verso l'elasticità e la discrezionalità delle scelte, e il timore (principalmente interno) che i margini di valutazione si traducano in occasioni di collusione e corruzione. In questo senso, la normativa nazionale tende a irrigidire le procedu-

(4) Dir. 2014/24/UE del 26/2/2014, 2° considerando.

(5) Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2019.

(6) Cfr. M. MACCHIA, M. *La qualificazione delle amministrazioni appaltanti*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2017, p. 53.

(7) Cfr. A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. Amm.*, 1998, pp. II ss.

re e a ridurre i margini di discrezionalità; quella eurounitaria, di contro, tende a preferire procedure nelle quali le imprese possano dimostrare la qualità del prodotto o del servizio proposto, lasciando alla stazione appaltante corrispondenti margini di apprezzamento e valutazione⁽⁸⁾.

La questione principale si pone sull'incontro e la corrispondenza tra domanda e offerta, nel senso che a fronte di una domanda (pubblica) rigida e imm modificabile, gli operatori non hanno margini per far valere la qualità del prodotto o del servizio, gli aspetti innovativi e più avanzati dello stesso, ecc.

Ciò si verifica, ad esempio, nell'alternativa tra l'offerta economicamente più vantaggiosa e il prezzo più basso; solo il primo meccanismo consente l'apprezzamento di profili di qualità che giustificano e spiegano un prezzo eventualmente maggiore.

Va rilevato ancora come il codice del 2016, sulla base della direttiva eurounitaria del 2014⁽⁹⁾, segna un significativo ampliamento delle ipotesi di negoziazione tra operatori interessati ed amministrazione giudicatrice; la normativa intende in questo modo superare alcune difficoltà ed insuccessi del precedente sistema, nonché realizzare il pieno soddisfacimento delle esigenze sostanziali dell'amministrazione aggiudicatrice.

Un altro esempio; il diritto UE lascia maggiormente "liberi" i contratti sottosoglia di rilevanza eurounitaria, laddove il legislatore nazionale non può disinteressarsi rispetto a tale significativa fetta di affidamenti, che sono perciò sottoposti a procedure di acquisto ad evidenza pubblica, sebbene molto più snelle e semplificate.

In sintesi possiamo notare come il nuovo assetto della disciplina mira a determinare un diverso equilibrio tra esigenze formali e sostanziali, contrastando le ipotesi in cui le une possano mortificare le altre; si auspica, in concreto, il miglior risultato sostanziale nella negoziazione della pubblica amministrazione.

Si giunge così ad un sistema complesso e caratterizzato da molteplici profili funzionali, mosso da ratio diverse e da interessi talvolta disomogenei.

(8) Cfr. M. CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2013, pp. 991 ss.

(9) Cfr. A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford, 2015, p. 10: «EU public procurement rules have been evolving and tilting towards a more flexible approach and towards conferring increased discretion to the public buyer, and this increased flexibility is particularly relevant and visible in the 2014 new public procurement directives».

1.4. I contratti pubblici nella “tutela della concorrenza”

La normativa eurounitaria e la modifica del titolo V della Costituzione, con i successivi interventi della Corte, hanno definitivamente collocato i c.d. “procedimenti ad evidenza pubblica” nelle materie “tutela della concorrenza” e “ordinamento civile” (art. 117, comma 2 Cost.), escludendo quasi del tutto i margini di intervento della legislazione regionale⁽¹⁰⁾.

Tale evoluzione trova ancoraggio nella competenza UE in materia di contratti pubblici e si giustifica, soprattutto, per l’incidenza sulle libertà economiche garantite e protette a livello sovranazionale.

In questo senso, gli operatori che aspirano all’aggiudicazione sono considerati titolari di veri e propri diritti soggettivi, in quanto la disciplina della gara integra le regole “della concorrenza” e la libertà di iniziativa economica. Regole, come autorevolmente chiarito⁽¹¹⁾, che si pongono anzitutto a garanzia del corretto assetto concorrenziale tra le imprese; non contengono la disciplina del procedimento (amministrativo) ma le condizioni di accesso e di “funzionamento” del “mercato dei contratti pubblici”.

La conseguenza, com’è stato sottolineato da Alberto Romano, è che le situazioni giuridiche soggettive degli operatori assumono protezione diretta e rilievo principale nella disciplina UE, di talché esse si traducono nella partecipazione ai processi di regolazione nel mercato stesso.

Un altro elemento che sempre più caratterizza la normativa è la progressiva riduzione delle cause di esclusione, con il connesso istituto del soccorso istruttorio, ormai ampliato al massimo. Sono in questo senso favoriti gli operatori che aspirano al contratto riducendosi il potere delle stazioni appaltanti nel condizionare l’accesso alla gara. Il principio della tassatività delle clausole di esclusione, invero, rafforza la riserva statale sulle condizioni soggettive di partecipazione, con la conseguenza che qualsiasi normativa amministrativa (leggi regionali, regolamenti, bandi, ecc.) non potrebbe irrigidire le condizioni di accesso alla procedura competitiva, né dal punto di vista so-

(10) Corte cost., sent. n. 401/2007; sul punto, M. D’ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2008, pp. 298 e ss.; M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, cit., p. 89.

(11) È la ricostruzione di A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, pp. 1 ss., successivamente ripresa e ribadita da molta dottrina. Cfr. altresì Cons. Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza 6 febbraio 2006.

stanziale (“ordinamento civile”) né dal punto di vista procedurale e formale (“tutela della concorrenza”).

Più precisamente, lo zoccolo duro di questioni che possono essere considerate come “regole di concorrenza” si compone della disciplina che disciplina l’accesso “al mercato”: bando di gara, qualificazione e capacità delle imprese, cause di esclusione, ecc. Tutte questioni che debbono essere affrontate tenendo conto anche della normativa sovranazionale con il connesso divieto di irrigidimento ulteriore dei sistemi nazionali (c.d. divieto di “gold plating”).

1.5. Il contesto istituzionale UE

Come accennato, nel contesto istituzionale UE, l’esigenza principale è di “aprire” il mercato dei contratti della pubblica amministrazione⁽¹²⁾. Ciò è alla base degli interventi comunitari di armonizzazione delle discipline nazionali: da tempo è maturata la consapevolezza che risultati soddisfacenti in questo senso possano essere raggiunti aumentando le garanzie di trasparenza e pubblicità delle procedure, nonché rafforzando il sistema della vigilanza sull’osservanza del diritto comunitario⁽¹³⁾. Parimenti incrementato è il sistema statistico volto a migliorare l’informazione sulle modalità di affidamento degli appalti onde comprenderne le anomalie e ricorrenti distorsioni.

Nelle diverse relazioni al Parlamento ed al Governo l’Autorità nazionale ha sottolineato l’esigenza che la disciplina degli appalti sia accompagnata da un *approccio innovativo* su tutte le componenti del sistema, con la consape-

(12) E. PICOZZA, *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *I contratti con la Pubblica Amministrazione*, a cura di C. Franchini, Torino, 2007, I, p. 9.

(13) Il libro verde su “Gli appalti pubblici nell’unione europea” (comunicazione del 27 novembre 1996) ed il libro bianco su “Gli appalti pubblici nell’unione europea” (comunicazione dell’11 marzo 1998) ponevano già particolare attenzione sulle autorità nazionali specializzate nel settore dei contratti pubblici; organismi indipendenti dalle stazioni appaltanti chiamati soprattutto a «ristabilire una situazione conforme al diritto comunitario» attraverso la risoluzione dei dubbi interpretativi più gravi e dei problemi di accesso al mercato dei contratti pubblici. Le scelte di fondo sottese a queste politiche vanno dunque verso il rafforzamento delle azioni istituzionali in favore dell’effettività del diritto UE nella materia dei contratti della pubblica amministrazione; sia sul piano della vigilanza amministrativa accentrata, sia su quello della risoluzione rapida ed efficace delle liti.

volezza che attraverso i contratti pubblici, si debba acquisire valore aggiunto in termini di innovazione, qualità e convenienza, nonché accrescere le responsabilità sociali e ambientali connesse.

Se il mercato spinge naturalmente verso questi obiettivi, bisogna allora incoraggiare e supportare tale tendenza. In questo senso, valgono anche le linee di politica legislativa UE in materia di appalti pubblici, aggiornate e specificate nel c.d. “Atto per il mercato unico” adottato il 13 aprile 2011 dalla Commissione⁽¹⁴⁾ e dal successivo “Atto per il mercato unico II- Insieme per una nuova crescita”⁽¹⁵⁾.

Rilievo importante assumono, in questa prospettiva di analisi, anche le direttive comunitarie “Ricorsi” del 1989⁽¹⁶⁾ e del 2007⁽¹⁷⁾ che dimostrano l’attenzione dell’ordinamento sovranazionale all’effettività del diritto della concorrenza nell’ambito dei contratti della pubblica amministrazione: la possibilità che le imprese possano ottenere il riconoscimento dei propri diritti e pretese attribuite dalle leggi europee costituisce impegno fondamentale nelle politiche comunitarie, presupposto per la configurazione di veri e propri diritti soggettivi (risarcibili), in collegamento alle regole che stabiliscono le modalità di accesso al mercato degli appalti⁽¹⁸⁾.

(14) Commissione UE, L’Atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia. “Insieme per una nuova crescita”, SEC (2011) 467 def, 13 aprile 2011, COM (2011) 206 DEF. Tra le “azioni chiave” vi è la «revisione e ammodernamento del quadro normativo degli appalti pubblici per giungere ad una politica equilibrata, che sostenga una domanda di beni, opere e servizi rispettosi dell’ambiente, socialmente responsabili e innovativi». Si intende altresì attuare procedure di aggiudicazione più semplici e flessibili nonché agevolare «l’accesso alle imprese, in particolare alle PMI».

(15) Commissione europea, Atto per il mercato unico II, COM (2012), 573 final. Cfr. altresì Commissione europea, 20/5/2015, Better regulation for better results – An EU agenda, COM (2015) 215 final. Si prevede un modulo standard per ridurre gli oneri e rimediare alle difficoltà incontrate dalle PMI nella partecipazione agli appalti pubblici.

(16) Direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all’applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori.

(17) Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell’efficacia delle procedure di ricorso in materia d’aggiudicazione degli appalti pubblici.

(18) Cfr., CGUE, 6 ottobre 2015, C- 61/14, sulla disciplina italiana in materia di contributo unificato per i ricorsi in materia di appalti pubblici.

1.6. Concorrenza in senso debole e concorrenza in senso forte

Come già notato, le politiche eurocomunitarie considerano l'ambito dei contratti pubblici come vero e proprio "mercato".

L'ordinamento UE – com'è noto – si fonda infatti sull'idea di un "mercato" il cui accesso dipende da una disciplina formale e sostanziale che condiziona direttamente i diritti delle imprese in concorrenza e che ha perso l'originaria finalità di protezione diretta e specifica dell'interesse pubblico⁽¹⁹⁾.

In questa direzione vanno naturalmente anche le nuove direttive su appalti pubblici e concessioni⁽²⁰⁾; con enfasi ancor più accentuata si manifesta l'esigenza che la negoziazione pubblica si svolga in un mercato "aperto e trasparente", nella prospettiva dell'efficienza e dell'innovazione⁽²¹⁾; in questo contesto, la pubblica amministrazione è attore fondamentale che, con le sue scelte, incoraggia ed orienta le dinamiche del mercato e le strategie di impresa⁽²²⁾. Tutto ciò determina alcune conseguenze molto importanti.

Negli affidamenti pubblici – che costituiscono mercati "monopolisti"

(19) A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, cit., pp. 1 ss.

(20) Dir. 2014/24/UE, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE; Dir. 2014/25/UE, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE; Dir. 2014/23/UE, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

(21) Per un'efficace ricostruzione della prospettiva dell'UE, cfr. G.M. RACCA, *Le prospettive dell'aggregazione nell'amministrazione dei contratti pubblici*, su *ApertaContrada*, 2014, che sottolinea soprattutto l'esigenza di acquisire nella pubblica amministrazione adeguata professionalità per potere trarre le maggiori utilità dal mercato degli appalti pubblici; cfr. altresì G.M. RACCA, *L'aggregazione dei contratti pubblici per la sostenibilità, la concorrenza e la qualità delle prestazioni*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, III, p. 2259.

(22) In questo senso, F. SATTA, *Vento nuovo per gli appalti*, in *ApertaContrada*, 2012. Tale prospettiva è ancor più marcata nella proposta della Commissione del 20.II.2011-COM 2011 (896) DEF: «gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione dei suoi obiettivi con il miglioramento del clima imprenditoriale e del contesto per l'innovazione delle imprese e promuovendo un più ampio ricorso agli appalti pubblici "verdi", favorendo la transizione verso un'economia efficiente sotto il profilo delle risorse e a basse emissioni di carbonio (...) la politica in materia di appalti pubblici deve garantire l'uso più efficiente dei fondi pubblici e che i mercati degli appalti pubblici vanno mantenuti aperti a livello UE. Per affrontare queste sfide è necessario rivedere e ammodernare la normativa in vigore in materia di appalti pubblici per renderla più idonea alla costante evoluzione del contesto politico, sociale ed economico».

per definizione – la mancanza di un mercato concorrenziale deve essere surrogata dalla concorrenza “per il mercato”, ovvero da una modalità che consenta ai diversi operatori di concorrere per ottenere quel mercato (“concorrenza per il mercato”).

Oltre alla condizione procedurale, la concezione eurounitaria muove dalla convinzione che la competizione tra gli operatori, consenta alla pubblica amministrazione il “migliore” acquisto in termini di qualità e prezzo.

In altri termini, la disciplina dei contratti pubblici non deve soltanto realizzare una procedura competitiva, ma porre il mercato, inteso come qualità, innovazione e miglior prezzo, al servizio della pubblica amministrazione, di talché le gare e i contratti dovrebbero realizzare questo obiettivo.

Per comprendere l’incidenza della prospettiva UE, occorre sottolineare che le politiche sovranazionali non fanno riferimento alla semplice concorrenza formale (che consiste nelle regole della gara: pubblicità, trasparenza e *par condicio*), bensì mirano a fornire alla pubblica amministrazione tutti i vantaggi del ricorso al mercato, in termini di qualità e innovazione⁽²³⁾.

Non si tratta semplicemente di applicare rigorose discipline procedurali, ma anche di predisporre sistemi di negoziazione, strumenti contrattuali e meccanismi che possano aiutare l’amministrazione ad acquisire i migliori prodotti e servizi. Le stesse regole, d’altra parte, dovrebbero sviluppare un mercato qualificato di operatori che intendono lavorare con la pubblica amministrazione offrendo le migliori condizioni e innovazioni disponibili.

Queste linee fondamentali delle ultime direttive costituiscono i punti di riferimento principali del codice dei contratti pubblici.

Si segnala, in particolare, la spinta verso l’istituzione di centrali di committenza più grosse e maggiormente qualificate, la maggiore considerazione per le procedure negoziate considerate come forma ordinaria di scelta del contraente; la preferenza per il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, più idonea alla valutazione della qualità complessiva dell’offerta; una leggera apertura verso la rinegoziazione, in quanto idonea a realizzare la maggiore rispondenza delle prestazioni alle esigenze della pubblica amministrazione, ecc.

Ferme restando queste linee fondamentali, il codice persegue poi politiche più specifiche, da tempo incluse nella disciplina sui contratti pubblici. Va ricordata anzitutto la particolare attenzione per la piccola e media impre-

(23) In questa prospettiva, L. TORCHIA, *Diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2012, pp. 239 ss.

sa, che si traduce negli istituti dei raggruppamenti temporanei di impresa, dell'avvalimento, del subappalto e della divisione in lotti.

Particolare menzione merita la tutela dell'ambiente, che costituisce la *ratio* di alcune fondamentali scelte legislative. Si pensi ancora alla definizione del ciclo-vita dell'appalto come criterio per la corretta determinazione del prezzo; alle regole sui criteri minimi ambientali e sul valore dei sistemi di gestione ambientale nelle procedure di gara.

Il codice pone dunque un sistema normativo particolarmente articolato e complesso, che si adegua alla disciplina eurounitaria e alle evoluzioni del mercato. La pubblica amministrazione dovrebbe porsi come soggetto qualificato nella scelta dei prodotti e dei servizi e dovrebbe orientare la competizione tra le imprese.

Le nuove procedure di negoziazione, d'altra parte, sono articolate in modo da potere essere congrue alle stesse condizioni di mercato e da consentire un confronto precedente alla gara in modo da potersi giungere alla soluzione maggiormente rispondente alle esigenze dell'ente pubblico. Anche in questo caso, sulla spinta della disciplina sovranazionale, la normativa spinge per un'apertura verso forme negoziate e meno rigide, in vista delle migliori modalità di incontro tra domanda e offerta.

1.7. Le ultime novità normative: il d.l. 77/2021 sulla Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza

La disciplina dei contratti pubblici è stata da ultimo oggetto del decreto legge sulla *governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza (d.l. 77/2021), nella prospettiva dello snellimento e dell'accelerazione delle procedure⁽²⁴⁾.

Il decreto interviene nuovamente sul codice dei contratti pubblici prevedendo anzitutto misure incentivanti per la parità di genere e l'imprenditoria giovanile. Si costruisce poi un binario accelerato per gli affidamenti che riguardano il PNRR. È rimarcata anzitutto la possibilità di affidamenti diretti, senza bando, per i casi di estrema urgenza (anche legati ai tempi di realizzo del piano). Si amplia il ricorso all'appalto integrato, che può essere

(24) Per un primo commento v. A. COIANTE – S. TRANQUILLI, *Semplificare per resistere. Il d.l. "Semplificazioni-Governance" n. 77/2021 e i contratti pubblici*, in www.giustiziainsieme.it, 29 giugno 2021.

bandito sulla base della semplice fattibilità tecnico-economica dell'appalto e successiva aggiudicazione col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Rilevante è l'intervento in materia di subappalto. Si eleva al 50% la soglia del suo possibile utilizzo e si rimarcano, al contempo, una serie di garanzie sugli standard retributivi dei lavoratori, soprattutto per i contratti ad alta densità di manodopera.

A novembre 2021 verrà meno qualsiasi limite quantitativo: saranno le stazioni appaltanti ad indicare, caso per caso, le prestazioni o lavorazioni sulle quali non è ammesso il subappalto, motivando adeguatamente la scelta.

Di contro, si rafforzano i controlli sulle attività di cantiere e sui luoghi di lavoro per garantire le condizioni di salute e sicurezza dei lavoratori. Controlli che dovranno allo stesso tempo garantire da infiltrazioni criminali nell'esecuzione degli appalti.

Sul piano della tutela giurisdizionale, il giudice, nel contemperamento degli interessi in gioco, deve considerare adeguatamente l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera e, in caso di avvenuta stipula, analizzare soltanto i profili risarcitori dell'azione.

Sul piatto della bilancia pesano dunque maggiormente l'interesse pubblico alla piena e sollecita realizzazione degli interventi, con proporzionale diminuzione del rilievo legato ai condizionamenti formali e sostanziali legati a garanzie procedurali e di tutela giurisdizionale.

Si tratta dell'ennesimo intervento sui contratti pubblici che dimostra la rilevanza del tema, le spinte in ogni direzione verso continue modifiche, aggiustamenti, deroghe, ecc. Si evidenzia, ancora una volta, che il legislatore è stretto tra spinte verso l'efficacia e l'efficienza del sistema degli affidamenti pubblici, e le irrinunciabili esigenze di trasparenza, legalità e tutela dei lavoratori⁽²⁵⁾.

1.8. Conclusioni

Il nuovo sistema dei contratti pubblici rimarca gli aspetti sostanziali della disciplina contrattuale, vira chiaramente nel senso di pretendere il rispetto di alcune condizioni formali di pubblicità e trasparenza per poi preferire la

(25) Cfr. CLARICH, *I modelli contrattuali*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2017, 414 ss.; ID., *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in Dir. Amm., 2016, 71 ss.

permanenza di margini di valutazione e apprezzamento sia con riferimento alle clausole di esclusione, sia per quanto riguarda la valutazione delle offerte e la negoziazione in generale, con disfavore per i meccanismi automatici di esclusione e valutazione.

Sul piano sostanziale, si registra una spinta verso forme di negoziazione più elastiche che possano risultare maggiormente congrue alle esigenze della pubblica amministrazione: procedura negoziata con pubblicazione del bando, dialogo competitivo e partenariato per l'innovazione. Salvo l'ultima ipotesi, le altre erano già presenti nella disciplina precedente, ma ricevono adesso un'attenzione di gran lunga superiore e uno spazio operativo ampliato⁽²⁶⁾. Interessa sottolineare le ragioni per le quali l'UE si spinge nella direzione di ampliare i margini di negoziazione nei contratti pubblici.

Per rispondere bisogna considerare che l'ordinamento dell'UE si forma progressivamente, attraverso aggiustamenti progressivi e con andamento volto a integrare nuove finalità o correggere precedenti errori, per superare aspetti rispetto ai quali la disciplina aveva fallito. In quest'ultimo senso, il considerando 42 della direttiva 2014/24 chiarisce che «è indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura di appalto che prevede la negoziazione (...) È probabile che un più ampio ricorso a tali procedure incrementi anche gli scambi transfrontalieri (...)». Si sottolinea soprattutto che «la valutazione ha dimostrato che gli appalti aggiudicati con procedura negoziata con previa pubblicazione hanno una percentuale di successo particolarmente elevata di offerte transfrontaliere». «È opportuno che gli Stati membri abbiano la facoltà di ricorrere a una procedura competitiva con negoziazione o al dialogo competitivo in varie situazioni qualora non risulti che le procedure aperte o ristrette senza negoziazione possono portare a risultati di aggiudicazione di appalti soddisfacenti».

Le procedure più elastiche (ovvero negoziate) hanno dunque realizzato la maggiore apertura del mercato dei contratti pubblici con maggiore successo dal punto di vista della libera circolazione. Viene affermato chiaramente che in molti casi le procedure senza negoziazione determinano risultati insoddisfacenti. Si ammette, in altri termini, che l'eccesso di formalismo non consente alla pubblica amministrazione di soddisfare al meglio determinate esigenze e determina difficoltà di incontro tra la domanda e l'offerta.

Si pone così un'alternativa (piuttosto netta) tra due ipotesi fondamen-

(26) Cfr. R. CARANTA, D.C. DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in Urb. App., 2014, pp. 497 ss.

tali: da una parte vi è il caso in cui il “mercato di riferimento” sia adeguato congruo sufficientemente dinamico ed articolato, tale da consentire alla pubblica amministrazione di acquisirne i vantaggi, sfruttandone la naturale condizione competitiva. Quest’ultima, d’altra parte, è in grado di definire in anticipo le proprie esigenze, come anche il modo per soddisfarle.

L’altra ipotesi, si verifica invece quando l’amministrazione non riesce a definire i mezzi atti a soddisfare le proprie necessità o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche finanziarie e giuridiche (progetti innovativi, reti informatiche, finanziamenti complessi, ecc.).

In questa seconda evenienza, la negoziazione dovrebbe migliorare le offerte e permettere all’amministrazione aggiudicatrice di acquistare lavori, forniture e servizi perfettamente adeguati a specifiche esigenze. Si mira a creare le condizioni per il corretto incontro tra domanda e offerta, nel senso di preparare la pubblica amministrazione a determinare correttamente la propria domanda anche attraverso la migliore conoscenza del mercato nonché, allo stesso tempo, di consentire al mercato di offrire in termini di innovazione e competizione le migliori soluzioni.

Sono evidenti i rischi connessi alle soluzioni negoziate, nel senso che esse possono agevolare prassi collusive illecite o meccanismi di favoritismi di vario genere. Tutti i meccanismi discrezionali di apprezzamento e scelta sono percepiti come pericolosi in questo senso.

Di contro si può ritenere che “caricare” la disciplina sui contratti pubblici dei problemi legati ai fenomeni di cattiva amministrazione e corruzione, rende tale normativa troppo rigida e complessa, sia per la pubblica amministrazione, sia per le piccole e medie imprese. Né l’interesse pubblico risulta sempre vittorioso solo per il fatto che vi sia stato il rigoroso rispetto di rigide forme e procedure che si rivelano talvolta estenuanti.

Bisogna riporre maggiore fiducia nei pubblici funzionari e dotare la pubblica amministrazione di uffici qualificati, in grado di contrattare alla pari con le imprese in virtù di una adeguata conoscenza del mercato⁽²⁷⁾.

In ogni caso, il ricorso alle procedure negoziate non elide i principi di pubblicità, trasparenza e par condicio che debbono essere sempre rispettati.

La disciplina, d’altra parte, dovrebbe articolarsi in relazione alla complessa e plurale condizione della pubblica amministrazione. Si va dai grossi contratti di rilievo internazionale, alle piccole realtà locali, per le quali il com-

(27) Cfr. A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, pp. 477-478.

plesso sistema degli affidamenti pubblici appare sproporzionato rispetto allo scarso ammontare degli affidamenti che tuttavia assumono per il territorio particolare importanza.

Possiamo concludere invitando ad una riflessione fondamentale: occorre un'attenta considerazione dell'atto di acquisto, in termini oggettivi, soggettivi, economici e giuridici. Tale atto è altamente complesso e concentra attorno a sé aspettative, esigenze, timori, incertezze, che difficilmente possono tradursi in una procedura pienamente in grado di comprenderle. Le imprese, la pubblica amministrazione, il giudice amministrativo, l'autorità anticorruzione non debbono seguire approcci parziali e formalistici, che non rispettano a pieno tale complessità e articolazione.

Spero che il volume possa dare un contributo in questa prospettiva, che esso costituisca per gli operatori uno strumento utile di aggiornamento e di formazione nella consapevolezza che i contratti della pubblica amministrazione non possono tradursi in procedure vuote e meccaniche, avulse da ciò che attorno ad esse ruota.