



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI CATANIA

FACOLTA' DI SCIENZE POLITICHE

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO AMMINISTRATIVO

XXVI CICLO

Consolata Olimpia Azzurra SCOPELLITI

IL CONTRATTO "AD EVIDENZA PUBBLICA": I
REQUISITI SOGGETTIVI PER LA SCELTA DEL
CONTRAENTE

Tutor

Responsabile

Chiar.mo Prof.

Chiar.mo Prof.

Francesco MANGANARO

Sebastiano LICCIARDELLO

ANNO ACCADEMICO 2012 - 2013

*Un ringraziamento di cuore alla mia Famiglia,
per il supporto e l'affetto con cui segue
ogni mio sforzo.*

*Con immensa gratitudine ringrazio il
mio Maestro, Prof. Francesco Manganaro,
per l'attenzione dedicata
ad ogni fase del percorso di studi.*

**IL CONTRATTO “AD EVIDENZA PUBBLICA”:
I REQUISITI SOGGETTIVI PER LA SCELTA DEL
CONTRAENTE.**

INDICE

Premessa

PARTE I

Cap. I – L'attività contrattuale della P.A.

- 1.1 Inquadramento storico e problematiche non risolte. p. 11
- 1.2 Convivenza del diritto pubblico e del diritto privato. Organizzazione e procedure. “ 13
- 1.3 La rilevanza economica del settore dei pubblici appalti ed il concetto di “mercato regolamentato”. Cenni di diritto comunitario. “ 14

Cap. II – La struttura procedimentale “ad evidenza pubblica”: un'evoluzione complessa dalla contabilità nazionale al mercato unico europeo.

- 2.1 Una rilettura in chiave moderna del “procedimento ad evidenza pubblica”: mutamento della sua matrice funzionale. “ 18
- 2.2 La funzione (iniziale) quasi esclusivamente pro-concorrenziale. “ 21
- 2.3 Il *public procurement* come *policy* complessa e di sistema. “ 25
- 2.4 Riflessioni di sistema: il passaggio ad una visione strategica del mercato degli appalti. “ 27
- 2.5 L'integrazione di obiettivi multipli all'interno della strategia di *public procurement*. I diversi concetti di “barriera” in questo genere di mercato. “ 29
- 2.6 Le politiche per un maggiore sviluppo dell'*internal market* europeo: il ruolo del *public procurement*. “ 33

PARTE II

Cap. III – Una lettura economica del mercato dei contratti pubblici.

- 3.1 La reputazione dell'operatore (e i *drivers* di fiducia) in contesti di asimmetria informativa. “ 36

3.2 Meccanismi per la tutela della qualità non negoziabile.	“ 39
---	------

Cap. IV - I requisiti di ordine generale: analisi sistematica delle fonti normative
(direttiva 18/2004/CE, art. 38 del D. Lgs. 163/2006, direttive di quarta
generazione).

SEZIONE I: cause tassative di esclusione

4.1 Teoria generale dei requisiti per i rapporti degli operatori economici con la p.a..	“ 40
--	------

4.2 I requisiti soggettivi di ordine morale-professionale: considerazioni generali.	41
---	----

4.3 Le conseguenze della bipartizione in cause di esclusione tassative e facoltative.	
---	--

4.3.1 <i>In particolare – Formalismo vs sostanzialismo.</i>	“ 44
---	------

4.3.2 <i>In particolare – La novella legislativa del 2011.</i>	“ 46
--	------

4.3.3 <i>In particolare – I problemi processuali e l’ordinanza di rinvio del Tar – Lombardia.</i>	“ 49
---	------

SEZIONE II: cause facoltative di esclusione e parametri reputazionali.

4.4 Il rapporto tra reputazione e situazione soggettiva degli operatori economici: quadro generale.	“ 59
--	------

4.5 Le difficoltà applicative di alcuni commi dell’art. 38: <i>negligenza, malafede, professional misconduct.</i>	“ 60
---	------

4.6 La difficoltà dell’inserzione di parametri reputazionali nel processo di selezione.	
--	--

4.6.1 <i>Il modello americano.</i>	“ 67
------------------------------------	------

4.6.2 <i>L’orientamento europeo e la riscrittura delle direttive.</i>	“ 72
---	------

4.6.3 <i>Il caso italiano.</i>	“ 74
--------------------------------	------

Cap. V – Prospettive *de iure condendo*.

5.1 Le principali innovazioni introdotte dalle direttive di quarta generazione: <i>overview</i> generale.	“ 77
--	------

5.2 Le “ <i>exclusion grounds</i> ” ex art. 55 della proposta di direttiva “classica” sugli appalti.	“ 79
---	------

5.3 Vecchie e nuove problematiche.	
------------------------------------	--

5.3.1 <i>Professional misconduct.</i>	“ 80
---------------------------------------	------

5.3.2 <i>Contract performance.</i>	“ 82
------------------------------------	------

5.3.3 <i>Document misrepresentation.</i>	“ 83
--	------

5.3.4 <i>Self-cleaning.</i>	“ 84
-----------------------------	------

Conclusioni	“ 85
-------------	------

Bibliografia	
--------------	--

Premessa.

L'attività contrattuale svolta da un soggetto pubblico (con tale espressione intendendo un novero di enti e soggetti a vario titolo connotati dal carattere "pubblicistico" della natura organizzativa, delle risorse finanziarie impiegate o delle finalità perseguite con la propria attività) si compone di una regolazione appartenente a due "macro-regimi" giuridici: uno è di matrice pubblicistica, l'altro civilistico, con frequente interferenza/ prevalenza del primo aspetto sul secondo. Alla sfera così definita "pubblicistica" pertiene tutta l'attività procedimentale connessa alla programmazione dell'azione contrattuale, fino alla scelta del contraente. Si suole definire questi passaggi come "procedimento ad evidenza pubblica" e si ritiene che l'intervenuta *procedimentalizzazione* di tutte queste fasi sottoponga ai rigori garantistici propri del procedimento amministrativo i momenti cruciali della scelta del contraente, realizzando così non solo la selezione della migliore offerta ma anche la trasparenza ed una maggiore apertura del mercato al confronto concorrenziale tra gli operatori.

Da quanto precede, si deduce chiaramente che il significato, ma ancor più la portata, del concetto di "evidenza pubblica" ha subito una lunga e complessa evoluzione in larga parte mediata dal diritto europeo.

Il cd "Codice dei contratti pubblici", che ha disciplinato puntualmente tutte le fasi del procedimento, operando altresì la ricezione delle direttive europee in materia, è stato sottoposto ad un penetrante sindacato di costituzionalità, all'esito del quale la sua legittimità è passata attraverso la riconduzione degli "appalti pubblici" alla "materia-trasversale" definita "tutela della concorrenza" (art. 117, co 2, lett. e) Cost.), secondo una ricostruzione interpretativa che ne ha rinvenuto i fondamenti nel diritto europeo.

In questo senso si può condurre l'analisi dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici italiano in rapporto al suo "omologo" contenuto nelle vigenti direttive europee del 2004, soprattutto nella prospettiva di un ulteriore futuro cambiamento ad opera delle ccdd "direttive di quarta generazione" in via di adozione. Questo esercizio comparativo sceglie di appuntarsi sulla cruciale fase di selezione degli operatori economici che possono partecipare alle gare indette dalle amministrazioni aggiudicatrici, con riferimento a tutte le procedure, ossia per qualunque oggetto contrattuale ed altresì per importi inferiori alle soglie di rilevanza comunitaria.

La questione della verifica (questa fase del controllo ha una natura "mista", in parte accertativa ed in parte valutativa, sempre sottoposta agli obblighi di motivazione) circa il possesso dei requisiti generali di ordine morale in capo agli operatori economici è tema che impegna diffusamente tanto la dottrina quanto la prassi applicativa, con reflussi anche in campo giurisprudenziale. Il modo in cui è strutturata la norma sull'esclusione degli operatori economici dalle gare pubbliche la trasforma automaticamente in quello che è stato definito un "contenitore giuridico", peraltro non esaustivo, di tutti gli aspetti rilevanti ai fini dell'ammissione (dal punto di vista "soggettivo") alla contrattazione con la p.a..

In sintesi, quindi, l'art. 38 si caratterizza per una serie di connotati quali la lunghezza e la complessità. Il testo, peraltro, non è "stabilizzato" a causa delle continue modifiche e dei correttivi introdotti attraverso la legislazione; senza dimenticare le procedure di infrazione da parte dell'UE a carico dell'Italia per la formulazione limitativa della concorrenza di alcune clausole. Infine, occorre considerare i rinvii a numerose altre norme, in particolar modo alla legislazione di pubblica sicurezza, dalle

quali mutua anche questioni problematiche, dubbi interpretativi, sovrapposizioni e ostacoli applicativi che neppure la copiosa attività interpretativa condotta dall’Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (in seguito, Avcp) a mezzo di proprie determinazioni pare risolvere integralmente.

Tutto questo mentre, è bene anticiparlo, a livello europeo si negoziano strumenti normativi più flessibili e si accolgono istanze di forte semplificazione anche in merito alla fase di “selezione soggettiva” degli operatori economici.

Se, dunque, si tiene conto della complessità normativa di derivazione comunitaria, nonché delle specificità che ogni Legislatore nazionale trasfonde nelle norme domestiche, delle pronunce giurisprudenziali e dell’attività interpretativa/ regolatoria svolta da apposite Autorità indipendenti, si perviene alla conclusione che, con tutta evidenza, il settore degli appalti pubblici si presenta pervaso da un sofisticato tecnicismo e da un elevato grado di dettaglio che ne compromette l’attuazione e la certezza interpretativa.

Il progressivo affinamento delle norme ed il continuo ingresso di disposizioni “pubblicistiche” in tema di contratti pubblici, con la loro estensione anche alla fase dell’esecuzione contrattuale, consentono di ritenere che è possibile scorgere un disegno globale quale tratto unificante di tutta la complessa disciplina – peraltro in continua evoluzione ed assestamento.

Questo è da rinvenire nella “pluralità di funzioni” contemporaneamente assolte “dall’evidenza pubblica”: il dinamismo e la ricchezza di principi contenuti in tale concetto ne fanno un oggetto di studio privilegiato. Del resto, si presentano molteplici anche le prospettive dalle quali è possibile analizzare la materia in questione: superando la visione esclusivamente contabilistico – finanziaria, occorre integrare il contributo del diritto comunitario, considerando altresì l’evoluzione delle norme attinenti al procedimento amministrativo e le posizioni giuridiche soggettive tutelate a mezzo del diritto processuale.

D’altro canto, l’esigenza di realizzare diversi obiettivi intermedi, i quali non potrebbero essere lasciati alla “spontaneità del mercato” e alle libere scelte degli operatori privati, postula la necessità di interventi legislativi specifici. Solo riconoscendo la poliedricità maturata nel tempo dal procedimento ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, si può affrontare l’analisi della sub-fase di *controllo*, da intendersi anch’essa in senso lato ed evolutivo.

Il settore delle commesse pubbliche si pone quindi al crocevia della crisi economica e della rispettiva contrazione della spesa pubblica, ma è contraddistinto da una profonda opera di razionalizzazione normativa che tende a semplificare alcuni aspetti procedurali, rafforzando per converso le tutele. Per effetto della pressione esercitata anche dalla legislazione e dalla giurisprudenza comunitarie, il settore dei contratti pubblici subisce continui aggiustamenti, spesso non coordinati con la parallela opera legislativa ed interpretativa degli organi italiani. Pertanto i nodi cruciali del coordinamento e della coerenza globale sono aspetti non secondari della disciplina contrattualistica. Il *trend* evolutivo anche in questo caso sembra confermare che la via prescelta è quella di “legiferare” e di farlo in modo continuo, quantitativamente abbondante ma qualitativamente scadente¹, sottraendo spazi alla discrezionalità amministrativa per l’individuazione delle migliori soluzioni concrete.

¹ S. Cassese, *Che cosa fanno gli uffici legislativi dei ministeri*, *Giornale Dir. Amm.*, 2013, 2, 113.

Che la complessità normativa sia il vero *Leitmotiv* dell'analisi che s'intende svolgere è efficacemente sintetizzato dall'Autorità di Vigilanza che, già nel 2009, avvertiva come *l'iper-regolamentazione [...] costituisce indubbiamente un dato caratterizzante del nostro Ordinamento. [...] Tale situazione determina un irrigidimento ed un'eccessiva burocratizzazione di un settore – quale quello dei contratti pubblici – caratterizzato, invece, da un mercato dinamico, al quale occorrerebbe soltanto fornire linee di scorrimento di agile percorribilità e non una disciplina dettagliata ed ostacolante.*

Aderendo a questa impostazione di fondo, ci si propone di ripercorrere l'evoluzione della *vision* circa il procedimento dell'evidenza pubblica, anticipando che esso si configura sempre più come *“un procedimento di procedimenti”* all'interno del quale confluiscono elementi ed obiettivi diversi: la vera sfida per il Legislatore del futuro sarà proprio quella di tradurre in norme parti così eterogenee e trovare di volta in volta un collante razionale che consenta ai meccanismi burocratici di funzionare.

Non può, dunque, prescindersi da considerazioni che devono superare il confine prettamente *“gius-amministrativistico”*, lasciando spazio all'ingresso di concetti economici e meta-obiettivi sviluppati in un ambiente multi-statale come l'Unione Europea: a questo livello, la circolazione dei *formanti giuridici* riceve un notevole impulso e la circolazione dei modelli procedurali contribuisce alla costante evoluzione degli istituti principali come il mercato dei pubblici appalti o, sarebbe meglio dire, del *public procurement* inteso come *policy* complessiva.

Queste brevi considerazioni costituiscono la cornice concettuale e la prospettiva metodologica attraverso la quale saranno sviluppate alcune questioni specifiche. In particolare, partendo dalla convivenza del diritto pubblico e del diritto privato nel campo dell'attività negoziale svolta dalle Pubbliche Amministrazioni, si potrà esaminare l'evoluzione del concetto di *“concorrenza”* a tutto campo: nel diritto europeo, nel diritto costituzionale italiano e nel procedimento amministrativo.

Si vedrà come sia intervenuto l'arricchimento dei concetti e degli obiettivi realizzati con il procedimento ad evidenza pubblica: non più solo la concorrenza, ma la tutela sociale, ambientale e lo sviluppo tecnologico, secondo una rinnovata idea di qualità della spesa pubblica e di rapporto con gli operatori economici.

Accanto alla *vision* politica, si deve prendere atto della conseguente evoluzione delle fonti normative, in particolare le direttive europee di quarta generazione.

Il vero cardine dello sviluppo argomentativo riguarderà un aspetto specifico: la selezione degli operatori economici. Si esamineranno i requisiti generali di ordine morale e lo spazio per i parametri reputazionali, in base alla prospettiva della *past performance information* di stampo americano e del superamento della generica *“professional misconduct”*.

Infine, per quanto riguarda la disciplina delle cause di esclusione, dal punto di vista della gestione delle relative informazioni e del contenzioso, emerge la sovrapposizione delle pronunce dell'Avcp e quelle del Giudice Amministrativo. Questa tematica necessita di adeguato approfondimento per ragioni multiple, non ultimo il fatto che non tutti i Paesi membri dell'Ue hanno istituito un'autorità garante per l'attività contrattuale, ma questo è previsto dalle direttive di quarta generazione: evidenziare gli inconvenienti di ordine tecnico-giuridico con il dovuto anticipo rispetto alle esperienze concrete di Stati come l'Italia ove è già operante un'Autorità, può dare un notevole contributo alla riscrittura delle norme europee. Sembra invece che tali considerazioni siano state neglette fino a questo momento o, almeno, sensibilmente sottovalutate.

Sulla base di quanto premesso, il piano dei contenuti si svilupperà secondo una struttura razionale suddivisa in due parti. La prima è composta da due capitoli: questa affronta lo “stato dell’arte” sull’attività contrattuale condotta dalle Pubbliche Amministrazioni, nonché sulla *vision* complessiva della politica economica relativa agli appalti pubblici, dopo il superamento delle direttive europee del 2004 e l’avvio del processo di riforma della materia.

Nella seconda parte, invece, la trattazione diviene più accentrata sulla questione dei requisiti soggettivi di partecipazione alle pubbliche gare. In particolare, viene esaminato il problema della *past performance information* come elemento premiale nella selezione del contraente.

Lo sviluppo argomentativo troverà la propria conclusione in una coppia di capitoli finali: uno di questi rende conto delle prospettive *de iure condendo* fornite dal testo di compromesso della nuova direttiva europea sugli appalti messo a punto nel luglio 2013; mentre nelle conclusioni sarà possibile ripercorrere gli aspetti salienti dell’intera trattazione.

PARTE I

Cap. I – L'attività contrattuale della P.A.

1.1 Inquadramento storico e problematiche non risolte.

Appartengono oramai alla “storia” del diritto amministrativo le più risalenti dottrine circa la capacità di diritto privato propria delle persone giuridiche pubbliche². Cosicché è dato affermare con certezza che i soggetti pubblici possono validamente **stipulare contratti** con tutti gli altri soggetti (pubblici o privati) dell'ordinamento³.

Bisogna tuttavia rammentare che la **soggettività pubblica** dell'ente contraente radica e giustifica una serie di deroghe al regime giuridico civilistico posto alla base dei contratti stessi.

In primo luogo, il contratto è uno strumento giuridico per realizzare il fine pubblico, ovvero il soddisfacimento dell'interesse generale della collettività affidato alla cura del soggetto pubblico. Da questo punto di vista vale la neutralità dello strumento: l'Amministrazione può agire tramite le forme tradizionali dell'azione autoritativa quanto di quella negoziale, in preferenza secondo quest'ultima, atteso il generale riconoscimento della maggiore duttilità ed efficienza del modulo consensuale (ove ammissibile), rispetto a quello provvedimentale (autoritativo, unilaterale).

Oltre ad un vincolo di finalizzazione⁴, la soggettività pubblica di una parte contraente postula senz'altro un regime normativo parzialmente derogatorio che si manifesta nelle fasi di scelta del contraente⁵, ma anche in alcuni momenti dell'esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto. In materia di controlli, nonché di autotutela, si ri-esponde al massimo la potestà pubblicistica.

Le ragioni per cui nella materia dei contratti della pubblica amministrazione vi è un così stretto intreccio, a volte persino schizofrenico, di diritto pubblico e diritto privato, risalgono all'intera storia della disciplina amministrativistica. Non potendosi dar conto nel dettaglio in questa sede di tutti i principali passaggi consumatisi negli ultimi tre secoli⁶, basterà qui affermare che una configurazione dell'apparato amministrativo non solo come autorità, bensì anche come erogatore di servizi e

² S. A. Romano, *Attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, 1987 (agg. 2011). Le osservazioni dell'Autore abbracciano a tutto campo il complesso rapporto di “specialità” sempre intercorso tra gli schemi contrattuali civilistici e le norme pubblicistiche di contabilità. Di recente, lo confermano ancora F. Fracchia e E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012. Cfr., F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, vol. V, DIKE, 2013.

³ M. Cavino – B. Mameli – I. Pagani, *Lezioni sulle procedure di acquisto della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2011.

⁴ M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione dell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.

⁵ F. Fracchia – E. Casetta, *Manuale ...*, cit.. [...] Tale procedura è caratterizzata dalla presenza di atti amministrativi mediante i quali l'amministrazione rende note le ragioni di pubblico interesse che giustificano in particolare l'intenzione di contrattare, la scelta della controparte e la formazione del consenso. [...] Si aggiunga che una peculiare regolamentazione pubblicistica, implicante l'attribuzione di poteri e giustificata dall'esigenza di tutelare l'interesse pubblico, investe non solo la fase di formazione della volontà dell'amministrazione, ma anche quella dell'esecuzione del contratto.

⁶ L. Mannori – B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Bari, 2002.

regolatore dei principali fenomeni socio-economici, sconta la necessità di strumenti giuridici adeguati e perciò differenziati⁷.

Per dirla in altri termini, l'attività contrattuale è una delle possibili "forme della funzione amministrativa"⁸. Con la differenza, mai trascurabile, che per l'attività di diritto privato equivalente [...] occorre poter rendere ragione dei motivi per i quali si è avuta la scelta dello strumento privatistico a preferenza di quello pubblicistico.

L'architettura di queste deroghe al diritto comune occupa innanzitutto gli spazi di formazione della volontà negoziale pubblica, quindi le modalità di scelta della controparte. Questi spazi, generalmente lasciati alla libera determinazione delle due parti private, con indifferenza per l'ordinamento giuridico dei "motivi" posti alla base delle scelte effettuate, sono invece dettagliatamente disciplinati da norme sui procedimenti da seguire, i pareri da acquisire, le forme da rispettare e i controlli da effettuare.

Da queste considerazioni il Consiglio di Stato ha quindi tratto la conclusione per cui *al di fuori dei limiti segnati dalle norme dell'ordinamento di settore che fissano le regole che le amministrazioni devono seguire nel contrarre non vi è, pertanto, capacità di agire di diritto privato che possa essere utilmente esercitata dalla p.a.* In effetti, a ben guardare, tutta la questione del procedimento ad evidenza pubblica attiene non tanto alla capacità giuridica delle Amministrazioni, essendo astrattamente illimitata la loro idoneità ad essere titolari di rapporti contrattuali. Al contrario, tutta la formazione pubblicistica impatta massicciamente sulla concreta capacità di agire di tali soggetti, imponendo procedure formalizzate e specifiche modalità operative di scelta del contraente.

La sottrazione di questa parte delle vicende negoziali all'area del diritto privato, con lo spostamento del loro asse centrale nel campo del diritto pubblico, si giustifica con la necessità di garantire i terzi e la collettività nei loro interessi qualificati: in questa area *si rinviene la massima forza espansiva del diritto amministrativo, che fuoriesce dal modulo tipico dell'esercizio unilaterale del potere e investe la capacità negoziale delle Amministrazioni pubbliche*. Questo aspetto trova conferma anche nella scelta del Legislatore per un riparto di giurisdizione che affida al giudice ordinario le sole controversie insorte nella fase della esecuzione contrattuale, ponendo sullo stesso piano le due parti contraenti.

In questa sede è opportuno ricordare l'operazione di classificazione che è stata pregevolmente condotta, al fine precipuo di individuare le normative applicabili e i regimi giuridici corrispondenti alle varie forme di attività negoziale condotta dall'amministrazione pubblica. In particolare, sono stati individuati e riportati da tutta la manualistica in materia: i *contratti di diritto privato*, come tali soggiacenti alla disciplina prevista dal codice civile per le singole fattispecie (compra-vendita, locazione, fideiussione etc.); i *contratti amministrativi*, altrove definiti *di diritto speciale*, in quanto trovano una specifica disciplina sostanziale nelle fonti di diritto pubblico, giacché la partecipazione dell'ente pubblico a tali contratti impone non solo l'osservanza delle formalità per la conclusione, stipulazione e efficacia del contratto, ma dà luogo ad una diversa regolamentazione anche sostanziale, notevolmente diversa da quella prevista per gli analoghi contratti stipulati fra i privati.

⁷ A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Giappichelli, Torino, 1999. Più recentemente, C. Marzuoli, *Un diritto "non amministrativo"?*, saggio in ricordo di Andrea Orsi Battaglini, in *Dir. Pub.*, n. 1, anno 2006, p. 133.

⁸ D. Bortolotti, *I contratti della amministrazione pubblica*, Dig. Disc. Pubb., 1989.

Sempre con intenti di sintesi, occorre rammentare ancora che la dottrina⁹ si è a lungo interrogata sulla possibilità che il soggetto pubblico esercitasse le proprie potestà pubblicistiche non attraverso lo strumento autoritativo e unilaterale (provvedimento), bensì facendo convergere la propria volontà con quella di un privato, originando così un “contratto di diritto pubblico”, oggi denominato dalla maggior parte della dottrina *contratto ad oggetto pubblico*¹⁰.

Il ricorso alle classificazioni non deve sembrare un superfluo esercizio di stile, in quanto consente di individuare correttamente (e con precisione) l’oggetto del nostro studio, segnalando soprattutto una lenta evoluzione intervenuta proprio nell’assetto terminologico: nel breve volgere di alcuni decenni, si è passati dalla nozione (contabilistica) di “contratto della pubblica amministrazione” a quella di “contratto pubblico”, facendovi confluire anche quella di “appalto”¹¹ usata quasi come sinonimo (è da notare la disinvoltura con cui il Legislatore del Codice del 2006 abbia operato questa mutazione). Sembra quasi ossimorica l’espressione di sintesi che ha operato la contrazione del termine “contratti” con l’attributo “pubblici”, con essa intendendo la procedura di scelta del contraente nel caso di appalti e concessioni (assetto normativo ancora vigente) di lavori, servizi e forniture.

In effetti, bisogna dar conto anche di un ulteriore filone dottrinale¹² che, proprio a partire da una tale constatazione, ha tentato di ritagliare approfonditamente tutte le singole caratteristiche dello schema negoziale dell’appalto civilistico, onde assimilarlo a quello pubblico, secondo la tesi di fondo per cui la soggettività pubblica non altera gli aspetti tecnico-giuridici della figura contrattuale privatistica.

1.2 Convivenza del diritto pubblico e del diritto privato. Organizzazione e procedure.

Quanto esposto sin qui in maniera sintetica e panoramica, si può approfondire ripercorrendo le tracce del Cerulli Irelli¹³, il quale ha dedicato la propria opera alla distinzione e alla difficile individuazione del “confine tra pubblico e privato nella p.a.”.

Dalla “ibridazione” di istituti pubblicistici e privatistici nasce la transizione verso una *nozione di amministrazione in senso oggettivo*, la quale prescinde fortemente dalla natura giuridica dei soggetti che la pongono in essere come attività. Attribuendo alla massiccia influenza del diritto comunitario (ordinamento che coniuga flessibilità degli strumenti e sostanzialismo degli istituti giuridici) tale trasformazione, l’Autore osserva come – per quanto di nostro interesse – *la disciplina dei contratti pubblici ha assoggettato alle procedure c.d. di evidenza pubblica, intese ad assicurare la massima trasparenza e la concorrenza tra imprese nella scelta dei contraenti, non solo le pubbliche Amministrazioni e gli enti pubblici, ma tutti i soggetti collegati ad esse sul piano organizzativo e finanziario. E queste procedure nel nostro ordinamento vengono*

⁹ P. Virga, *Contratto di diritto pubblico (teoria generale)*, IX, Dig. Disc. Pub., 1961.

¹⁰ Per tutti, si segnala F. Caringella, *Compendio di diritto amministrativo, IV ed.*, DIKE, 2012.

¹¹ A tal proposito, infatti, l’appalto “pubblico”, pur avendo natura privatistica e inquadrandosi nell’ambito dell’attività negoziale di diritto privato della pubblica amministrazione, si differenzia dall’appalto “civilistico” in quanto il **procedimento di formazione della volontà dell’ente committente è interamente regolato dal diritto pubblico e resta estrinseco al contratto**, pur riflettendo i suoi effetti sulla validità e sull’efficacia dello stesso.

¹² L. V. Moscarini, *L’appalto nel codice civile e nel codice dei contratti pubblici*, in M.A. Sandulli – R. De Nictolis – R. Garofoli, (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2008.

¹³ V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2012.

concepito come procedimenti amministrativi in senso tecnico e i relativi atti come atti amministrativi impugnabili davanti al giudice amministrativo.

Nel caso dell'attività contrattuale, si è addirittura predicato lo sganciamento della natura del soggetto (in forma privatistica come fondazioni, società, imprese pubbliche) dalla natura degli atti giuridici di sua pertinenza: in questo senso, *figure soggettive come organismi di diritto pubblico, e anche come imprese pubbliche ... devono seguire le procedure c.d. di evidenza pubblica, le quali si articolano in atti amministrativi impugnabili davanti al giudice amministrativo.*

Procedure che in origine miravano a tutelare l'erario (garantendo la minore spesa possibile di risorse pubbliche), con il progresso della giurisprudenza hanno assunto un rilievo esterno e i relativi atti amministrativi sono divenuti atti impugnabili dai terzi che alla procedura abbiano preso parte in quanto aspiranti al contratto¹⁴.

1.3 La rilevanza economica del settore dei pubblici appalti ed il concetto di "mercato regolamentato". Cenni di diritto comunitario.

Enucleata l'importanza giuridica del settore degli appalti pubblici, bisogna al contempo porre in evidenza il valore strategico come fattore unificante del mercato europeo, entro un quadro concettuale che ne sottolinei la valenza economica.

In Italia, l'ente abilitato a monitorare l'andamento globale del mercato degli appalti, nonché a riferire in Parlamento, è – come noto – l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici. Essa predispone annualmente un report completo che illustra in dettaglio e ad ampio raggio le problematiche del settore, oltre a fornire i dati ufficiali sul volume d'affari sviluppato e le risorse pubbliche investite.

Con riguardo all'ultimo quadriennio, contraddistinto dall'esplosione e dal perdurare della crisi economica che non ha risparmiato il settore, l'Authority ha tracciato il trend di contrazione del volume complessivo di spesa da parte delle amministrazioni, con riflessioni anche sulla qualità della relativa spesa e sull'efficacia delle procedure¹⁵.

Dal punto di vista quantitativo, l'Autorità rileva che nel corso dell'anno 2009 *l'economia italiana ha registrato un'ulteriore contrazione del livello del Pil del 5%, dopo la riduzione, pari all'1.3 %, osservata nel corso del 2008.* Tuttavia, a parziale correzione di un dato allarmante come questo, si sottolinea che *particolarmente rilevante è stato il ruolo di stabilizzazione della domanda complessiva svolto dalla domanda pubblica di contratti per lavori, servizi e forniture, che ha, in tal modo,*

¹⁴ Tar – Toscana, Firenze. III sez. , sent. 14 febbraio 2013, n. 255. Il Collegio ha riconosciuto la lesione delle *chances* per coloro che non abbiano potuto interessarsi all'alienazione di un terreno di proprietà del Comune, poiché non è stata indetta la procedura ad evidenza pubblica. In questo caso, l'omessa procedura ha esposto a lesione (risarcibile) le ragioni di *iniziativa economica delle parti concorrenti nonché l'interesse pubblico ad un più proficuo utilizzo dei beni della stessa Amministrazione, anche nella fase di loro cessione.*

¹⁵ Dal punto di vista tecnico, l'AVCP osserva in più punti che *Criticità emergono anche dall'analisi dell'offerta, per quanto attiene sia alla disciplina dell'accesso al mercato sia a quella dell'accesso alla singola procedura concorsuale. ... Sul punto si evidenzia che l'accessibilità riveste un'importanza cruciale per una corretta gestione del processo di approvvigionamento da parte della pubblica amministrazione e per garantire la concreta attuazione dei principi di massima partecipazione, ragionevolezza, par condicio, logicità e proporzionalità nella selezione del "giusto" contraente.* La maggiore difficoltà prospettata dagli operatori del settore è *quella relativa ai requisiti generali per la partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e di concessione di lavori pubblici, di cui all'articolo 38 del Codice dei contratti.*

attenuato l'intensità della recessione. [...] Difatti, l'ammontare delle risorse che sono state mobilitate attraverso le gare d'appalto di importo superiore a 150.000 euro, è stato, nel 2009, di 79,4 miliardi di euro, pari al 6,6% del PIL.

Una caratteristica avvertita come strutturale per quanto riguarda questo mercato è la “polverizzazione” che contraddistingue sia la domanda che l'offerta, coinvolgendo dunque tutti i soggetti interessati. Nel settore, infatti, *operano più di 13.000 stazioni appaltanti, 36.600 imprese di costruzione qualificate per la partecipazione alle gare di lavori di importo superiore a € 150.000, un numero molto elevato (circa 30.000) di imprese di costruzione non qualificate che eseguono lavori di importo inferiore a 150.000 e decine di migliaia di operatori economici che partecipano alle gare per l'affidamento di contratti di servizi e forniture.*

Da ultimo, la relazione¹⁶ presentata dall'Autorità con riferimento all'anno 2012 ha tratteggiato il seguente stato del mercato degli appalti: *il valore degli appalti nel 2012 è di 95,3 mld di Euro, segnando un - 4,8 % sul 2011. Il numero di procedure (perfezionate sul sito dell'Osservatorio entro marzo 2013) con un importo di gara uguale o superiore a 40.000 euro è stato di 125.723. A causa della riduzione dell'importo complessivo degli appalti pubblici (di importo superiore a 40.000) registrata nell'anno 2012 (95,3 mld di Euro) rispetto al 2011 (100,1 mld di Euro), ne deriva che la riduzione dell'occupazione nel settore dei contratti pubblici nel 2012 porterà ad un calo mediamente di circa 92.000 unità rispetto al 2011.*

Ad analoghe conclusioni, circa la necessità di procedure pubblicistiche in grado di garantire concorrenza e trasparenza, si giunge anche adottando una prospettiva concettuale parzialmente diversa¹⁷, che faccia perno su considerazioni di ordine economico, avuto riguardo al “mercato” degli appalti pubblici ed al rapporto della p.a. con gli operatori economici.

È chiaro, cioè, che l'importanza dei contratti stipulati dalle amministrazioni risiede tanto nel volume finanziario che essi spostano, quanto nel porre in contatto il mondo economico privato con le esigenze di carattere pubblico che le amministrazioni soddisfano. Si tratta di porzioni di mercato di mercati diversi, la cui domanda proviene da una parte pubblica, con caratteri di specificità.

È ormai un imperativo l'idea per cui *in considerazione della specifica posizione delle amministrazioni nell'ordinamento e nella società, il mercato delle forniture e degli appalti pubblici debba essere un mercato regolamentato.* Questa concezione è considerata rispondente ad una pluralità di obiettivi, primo fra tutti – dato l'ingente volume economico del settore – l'assetto non distorto degli equilibri del mercato stesso. Il fatto che la domanda provenga da un soggetto pubblico influenza alcune caratteristiche del mercato degli appalti che si distingue *per una molteplicità di componenti strutturali rispetto ai mercati dove si realizzano gli scambi generati dall'interazione tra soggetti privati.*

In particolare, oltre alla già ricordata imponenza economica del settore, sono da richiamare le specifiche esigenze dei soggetti pubblici, sia strumentali al loro funzionamento che in termini di beni e servizi finali offerti ai cittadini. Infine, hanno rilevanza non trascurabile proprio le modalità procedurali di scelta del contraente e di regolazione del rapporto negoziale. Tutti questi aspetti devono costantemente incontrare

¹⁶ S. Santoro, *Relazione annuale 2012*, Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Roma, 17 luglio 2013, in www.avcp.it.

¹⁷ A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Plus, Pisa, 2012.

la disponibilità e l'interesse degli operatori economici, che ambiscono ad un mercato profittevole, ovvero adeguatamente remunerativo del loro rischio d'impresa ed incentivante, vale a dire libero nella possibilità di stabilimento, non ingiustamente discriminatorio e accessibile dal punto di vista delle informazioni necessarie alla formulazione delle offerte.

Alla luce di quanto accennato, è possibile oggi affermare che il mercato dei lavori e delle forniture pubbliche rappresenta uno dei mercati più intensamente regolamentati, a fini di garanzia della effettività della sua apertura e del suo assetto concorrenziale, da una disciplina che trova per lo più la sua matrice nell'ordinamento sovranazionale.

Alcune interessanti riflessioni devono essere sollecitate in rapporto al complesso equilibrio – sul fronte dell'offerta – tra l'apertura a tante forme di “operatore economico” e la necessità di verificarne la credibilità e la solidità sul piano professionale e finanziario, a garanzia della corretta esecuzione contrattuale. Questo aspetto è fondamentale perché rappresenta l'ingresso nel cuore della nostra tematica afferente proprio alle forme e modalità di controllo da svolgere nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici. Pertanto, alle norme comportanti un certo *favor participationis* dal lato soggettivo dell'offerta, si affiancano altresì norme volte a fornire *elementi di garanzia per gli interessi della parte pubblica nella costruenda relazione contrattuale, quali quelli attinenti alle prescrizioni circa la qualificazione delle imprese aspiranti alla partecipazione alle gare e alle previsioni circa cause ostative di ordine personale alla partecipazione stessa, in quanto finalizzate a obbligare le imprese medesime a rivelare ... un determinato corpo di informazioni sulla loro organizzazione e sul loro funzionamento, allo scopo di prevenire la possibilità di comportamenti opportunistici da parte loro e quindi in definitiva il realizzarsi di fenomeni di selezione avversa o di azzardo morale.*

In sostanza, l'obbligo di fornire una serie di informazioni strategiche e rilevanti per il confronto corretto tra offerte diverse è posto a presidio dell'accesso al mercato (degli appalti pubblici) da parte degli operatori economici. Il vincolo negoziale che essi instaurano con la p.a. si fonda altresì su un elemento fiduciario legato alla “reputazione” dell'operatore economico. Devono quindi combinarsi una completezza di informazioni fornite e l'esito positivo dell'accertamento/valutazione condotti dalla stazione appaltante per consentire all'operatore di partecipare effettivamente alla gara.

Queste considerazioni provenienti dal “metagiuridico” mondo dell'analisi economica del mercato degli appalti pubblici valgono a spiegare, ad esempio, la problematica questione dei requisiti di ordine generale il cui possesso è prescritto a pena di esclusione dalle gare, da coordinarsi con gli autonomi spazi di valutazione discrezionale lasciati ancora in capo alla stazione appaltante. In altre parole, con il contributo della giurisprudenza si è chiarito come l'operatore economico debba fornire le informazioni richieste, senza occultarne alcune, lasciando alla stazione appaltante il potere di valutare la gravità e l'incidenza sulla moralità professionale, in rapporto all'oggetto della gara, dei comportamenti irregolari eventualmente emersi da tali informazioni.

Del resto, è ovvio che se l'operatore economico fosse libero di operare una selezione degli argomenti da rendere noti alla controparte, questo gli consentirebbe comportamenti opportunistici e disonesti che da soli valgono la rescissione immediata ed insanabile del nesso fiduciario con la stazione appaltante.

La regola fondamentale posta dal legislatore [...] è quella per la quale l'amministrazione stessa deve procedere alla scelta del contraente e alla conclusione del contratto mediante una procedura di gara formalizzata, cioè una sequenza di atti ed operazioni dell'ente agente e delle imprese interessate puntualmente previsti e disciplinati da norme di legge, di regolamento e da previ atti del medesimo ente.

Si ritiene che quello appena descritto sia il miglior meccanismo di regolazione del mercato, in cui competono equamente una serie di operatori economici. Non bisogna altresì trascurare che la procedura formalizzata costituisce anche un vincolo per l'amministrazione appaltante, sottraendole potere discrezionale. In questo modo non viene "abbandonata" del tutto l'idea contabilistica del conseguimento dell'offerta più conveniente per il soggetto pubblico, bensì è stato perseguito *il ri-orientamento in senso pro-concorrenziale delle procedure dell'evidenza pubblica*: un mercato che si svolge in modo corretto ed ordinato è un valore in sé che assurge al rango di interesse pubblico.

Tutto questo aggiunge senz'altro degli elementi di complessità al sistema che, per risultare effettivamente concorrenziale ed equilibrato, dovrà stabilire regole chiare per il suo funzionamento, a partire dai soggetti ammessi alla partecipazione (perché questo determina la platea dell'offerta), dall'oggetto della gara e soprattutto dai meccanismi di scelta per l'individuazione del vincitore. In considerazione di questi aspetti, al giurista rimane da *esaminare come il legislatore nazionale abbia provveduto a ricomporre il quadro normativo nel quale le pubbliche amministrazioni sono chiamate ad agire con transazioni di mercato, entrando in relazioni contrattuali con operatori economici in competizione tra di loro.*

La complessità di una figura "ibrida" come il contratto pubblico (di appalto) è stata mantenuta anche nella recente opera di codificazione: il cd "codice dei contratti pubblici" ha conseguito il risultato di *riportare l'intero arco di svolgimento di una vicenda contrattuale posta in essere da una pubblica amministrazione o da un soggetto equiparato nell'area unificata risultante dal corpo dei principi e delle regole che, anche se distintamente, provengono in materia dal diritto amministrativo e dal diritto civile e pur come riconfigurati a seguito della sovrapposizione sulla materia del diritto dell'Unione europea.*

Da questa stratificazione normativa discende un concetto "empirico" di contratto *come veste giuridica dell'operazione economica [...] che crea il vincolo tra le parti e come regolamento che determina il programma e conforma lo sviluppo della relazione bilaterale.* In conclusione, *l'intero complesso delle interazioni tra amministrazione pubblica e soggetti del mercato [...] è destinato a svolgersi all'interno di un procedimento tipizzato originariamente dalla normativa di contabilità, poi dalla normativa di settore ed ora dal codice dei contratti, [...] confermando complessivamente la peculiare caratterizzazione della procedura funzionale alla conclusione di un contratto pubblico.*

Cap. II – La struttura procedimentale “ad evidenza pubblica”: un’evoluzione complessa dalla contabilità nazionale al mercato unico europeo.

2.1 Una rilettura in chiave moderna del “procedimento ad evidenza pubblica”: mutamento della sua matrice funzionale.

Come anticipato, *nello svolgimento nella sua azione di diritto privato, la pubblica amministrazione fa uso di quasi tutti i tipi di contratto previsti dal codice civile, se compatibili con il suo carattere di persona giuridica (compravendite, locazioni, appalti, ecc.). Infatti, la natura pubblica della sua personalità influisce sul regime dei relativi rapporti, subordinandone la formazione e la efficacia alla osservanza di particolari procedimenti, disciplinati da norme di diritto pubblico*¹⁸. Queste ultime constano sostanzialmente di due procedimenti: *un procedimento amministrativo nel quale la pubblica amministrazione esteriorizza la ragione del pubblico interesse affidato alla sua cura per cui intende addivenire (o è già addivenuta) ad un determinato contratto con un contenuto sufficientemente delineato, nonché i motivi per i quali intende scegliere o ha già scelto una certa controparte. Tale manifestazione di volontà costituisce il presupposto del futuro negozio. Questo ultimo è, perciò, in rapporto di strumentalità rispetto al provvedimento, di modo che la pubblica amministrazione, pur ponendo in essere una attività di diritto privato, in realtà attua un proprio deliberato.*

Fatte queste brevi premesse, si deve segnalare come l’originario, e più ristretto, significato della cd. **evidenza pubblica** sia stato riportato approfonditamente dal Giannini¹⁹: egli tipizzò l’evidenza come una struttura procedimentale complessa ed articolata in più fasi successive, che pone in rapporto l’autorità contraente con *l’autorità che su di essa esercita il controllo.*

In termini più chiari si deve dire che si realizzano due procedimenti paralleli: il primo segue i binari della volontà contrattuale e soggiace alle regole del regime civilistico. Tuttavia, tanto la decisione di contrattare, quanto l’efficacia finale del contratto stipulato, sono “prodotti” amministrativi sottoposti ad uno speciale regime di controllo dettagliatamente disciplinato dalla legge di contabilità dello Stato e dal rispettivo regolamento di esecuzione.

Come si è andato chiarendo nel tempo, è possibile immaginare una sorta di teorica demarcazione tra *procedimento amministrativo*, che giunge fino alla scelta del contraente, e *serie negoziale*, consistente in tutte le vicende di esecuzione o risoluzione del contratto stipulato. Tale nettezza concettuale è, però, una comodità espositiva, oltre che un criterio empirico per individuare il giudice munito della giurisdizione per intervenire nelle rispettive controversie, in quanto è ben chiaro che non si può trattare di fasi acefale, prive di un qualunque collegamento. Il nostro Autore individuava tale

¹⁸ D. Bortolotti, *I contratti ...*, cit..

¹⁹ M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 363. Con una definizione ben condensata in *Attività amministrativa*, Enc. Disc. Giur., 1958, il Giannini spiegava in che termini confluivano azione amministrativa e azione negoziale nei contratti ad evidenza pubblica. Qui “*ogni azione negoziale dell’amministrazione è doppiata da un’azione amministrativa, parte interna parte esterna, che precede e chiude il complesso di attività*”.

punto di raccordo nella *efficacia della serie negoziale: alcuni atti della serie procedimentale condizionano l'efficacia di atti della serie negoziale, agendo come fatti permissivi o impeditivi, e pertanto attribuendo efficacia ad atti dell'altra serie.*

Secondo il Giannini, dunque, l'introduzione ed il consolidamento di questa struttura procedimentale sono il riflesso dell'esigenza di rendere il sistema coerente con il principio di legalità e di preservare l'attività contrattuale pubblica da parte di eventuali abusi degli operatori economici. La descrizione gianniniana delle fasi di controllo risente della struttura amministrativa della sua epoca, i cui tratti salienti erano ancora:

- una struttura ministeriale gerarchica, che oggi si è evoluta alla luce del principio di separazione tra vertice politico e dirigenza responsabile della gestione;
- una consistente attività consultiva da parte del Consiglio di Stato;
- una generale propensione del sistema a forme di controllo preventivo, concentrato su aspetti di legalità e contabilità, con effetti impeditivi dell'efficacia;
- un contributo marginale del diritto comunitario nel settore dell'apertura concorrenziale dei mercati e dell'armonizzazione procedimentale tra Stati membri;
- un intervento massiccio dello Stato nelle attività economiche;
- una notevole frammentarietà delle norme di settore per tipologie diverse di contratti e soglie di valore differenziate.

Seguendo altri autori²⁰, infatti, bisogna sottolineare come la formazione della volontà negoziale del soggetto pubblico debba necessariamente inserirsi all'interno di una serie procedimentale nelle cui fasi è possibile collocare dei momenti di controllo. In altri termini, lungo il corso di tale procedimento è *possibile esercitare quei controlli pubblici che sono destinati a dare contezza che la scelta effettuata risponde agli interessi pubblici perseguiti.*

Come ha riconosciuto altra dottrina²¹, quando l'espressione fu introdotta dal Giannini, essa faceva riferimento al rapporto intercorrente tra l'autorità contrattante e quella adibita al suo controllo. In questo senso, l'evidenza pubblica consisteva essenzialmente nella estrinsecazione delle *ragioni di pubblico interesse* poste alla base della decisione contrattuale.

La rilettura del concetto in chiave contemporanea, anche alla luce del sempre più pregnante intervento del diritto comunitario, determina un suo arricchimento, per cui l'intero procedimento deve oggi *essere improntato ai principi di legalità, buon andamento e razionalità*, sicché ogni sua fase possa essere sottoposta a controllo amministrativo o giurisdizionale.

Alla luce di queste sintetiche premesse, deve darsi atto che il procedimento ad evidenza pubblica si è andato progressivamente strutturando in modo da conciliare una pluralità di esigenze di stampo pubblicistico, tutte ugualmente meritevoli di spazio e piena realizzazione: si tenta di *garantire che l'amministrazione si aggiudichi beni e servizi di migliore qualità ad un minore prezzo*, consentendo **al tempo stesso** che *le imprese offerenti operino in regime di equilibrata concorrenza*. Si può, dunque, notare come il carattere dell'evidenza pubblica abbia travalicato l'originaria fase di formazione

²⁰ E. Mele, *I contratti delle Pubbliche Amministrazioni*, 4 ed., Giuffrè, Milano, 2011.

²¹ P. Santoro – E. Santoro, *Nuovo manuale ...*, cit..

della volontà negoziale dell'amministrazione, informando anche la successiva fase di scelta del contraente.

In questo modo, il soggetto appaltante opera una scelta consapevole (e conveniente) all'interno di una platea di offerenti ben più ampia: tutto questo è reso possibile proprio dagli obblighi di trasparenza, pubblicità e parità di trattamento. Tale procedimento è in grado di realizzare l'interesse pubblico finale cui il contratto è strumentale, raggiungendo al contempo una serie di obiettivi intermedi tutti ugualmente importanti: procedimento legittimo e razionale, oculata spendita del denaro pubblico, spinta allo sviluppo del mercato e volano per l'economia, efficientamento organizzativo e tecnologico delle strutture burocratiche.

Come si è più volte accennato, la portata appena descritta del concetto di evidenza pubblica ha trovato piena conferma, ed anzi un suo rafforzamento, anche nel fatto che *la disciplina comunitaria ha posto stringenti regole di tutela delle imprese, i cui interessi alla corretta e non discriminatoria competizione sono considerati pubblici alla pari dell'interesse patrimoniale della pubblica amministrazione e dell'interesse dei singoli operatori alla correttezza dell'azione della p.a. retta dai principi di imparzialità e buon andamento.*

Con un approccio maturo e completo, il giurista²² di oggi orienta lo sguardo al costante riferimento del diritto comunitario: non solo il diritto normativo, quanto il diritto vivente, prodotto della giurisprudenza della Corte di giustizia, dall'attività interpretativa della Commissione e di tutti gli organi di *governance* coinvolti.

In passato gli ambiti elettivi di intervento da parte della normativa pubblicistica, in un'ottica di tipo prettamente contabilistico, erano volti a garantire – nella prospettiva del solo soggetto pubblico – la miglior spendita delle risorse finanziarie all'uopo impiegate. L'integrazione del diritto comunitario nel settore degli appalti ha comportato una totale inversione prospettica: i vincoli normativi ai quali soggiace la p.a. sono preordinati alla realizzazione di un mercato libero, aperto e trasparente, nel quale le imprese possano essere confrontate in condizioni di parità entro un contesto pienamente concorrenziale.

Orbene, il soggetto pubblico è senz'altro libero di ricorrere alla sua stessa organizzazione interna, evitando dunque di servirsi del mercato per assolvere alle proprie funzioni, ma nel caso in cui *decidano di ricorrere all'esternalizzazione, le amministrazioni aggiudicatrici sono obbligate a rispettare la disciplina di fonte europea sull'evidenza pubblica.*

In conclusione, volendo rinforzare i concetti appena esposti, si deve affermare che *ogni attività della pubblica amministrazione, anche quando ad essa è consentito avvalersi degli strumenti di diritto privato, è vincolata all'interesse collettivo e deve rispettare principi quali quelli di buon andamento ed imparzialità.*

Se dai concetti generali del diritto amministrativo, si passano ad esaminare le principali fonti normative che disciplinano il procedimento ad evidenza pubblica, di rilievo è la riforma del Titolo V della Costituzione ai fini di una collocazione sistematica del Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 ss.mm.ii.). In effetti, la sentenza Corte Cost. 401/2007 (v. *amplius infra*) si è fatta carico di individuare e far emergere come *“la disciplina sulla contrattazione delle amministrazioni pubbliche deve raccordarsi con le esigenze di un mercato comune in cui vanno preservate le aspettative delle imprese”*.

²² R. Caranta, *I contratti pubblici*, II ed., Giappichelli, Torino, 2012.

Com'è noto, d'altronde, il Codice non costituisce una fonte normativa completa ed esaustiva di tutte le tipologie contrattuali, ma la sua analisi consente di individuare le eterogenee "anime"²³ che convivono al suo interno e che, in generale, ormai informano l'intera disciplina dell'attività contrattuale pubblica, passando per una matrice comunitaria, una di natura "procedimentale" ed infine una (residuale) civilistica.

2.2 La funzione (iniziale) quasi esclusivamente pro-concorrenziale.

Si suole ritenere il Codice dei contratti pubblici come il frutto del recepimento delle direttive UE in materia. Lo si considera altresì un'opera meritoria perché tendenzialmente onnicomprensiva e, quindi, capace di superare (almeno per la maggior parte) la frammentata stratificazione normativa pre-esistente.

In effetti, la scelta di "codificare" nasce da esigenze plurime: porre ordine tra le fonti, abrogare espressamente le norme desuete, aggiornare il linguaggio, recepire gli approdi giurisprudenziali, adempiere agli obblighi comunitari.

Dal punto di vista oggettivo, per comprendere l'orizzonte applicativo del Codice, occorre collocarlo innanzitutto in un ambito giuridico più complessivo, fatto primariamente dell'inquadramento all'interno della competenza legislativa. Vi è un'abbondante giurisprudenza costituzionale che si è cimentata circa i conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni in tema di potestà legislativa sulla materia: numerosi spunti argomentativi sono stati utilizzati per inserire la disciplina procedurale per l'attività contrattuale pubblica all'interno della "materia trasversale" indicata in Costituzione con l'espressione "tutela della concorrenza", facendola pertanto refluire nell'ambito della competenza legislativa esclusiva statale (v. *amplius infra*). L'interrogativo, a questo punto, risale più a monte perché solo riconoscendo il contenuto ed il significato della "tutela della concorrenza", si può dare piena cittadinanza alla disciplina degli appalti come misura pro-concorrenziale. Si tratta di passaggi rilevanti, anche per comprendere l'impatto del diritto comunitario ed il suo potere di orientamento sull'azione ricostruttiva ed interpretativa della nostra giurisprudenza.

Occorre, pertanto, storicizzare il percorso con cui si realizza il mutamento della matrice funzionale dell'evidenza pubblica, passata dalla "contabilità" alla "tutela della concorrenza", con un ampliamento delle garanzie e dell'arco procedimentale.

Com'è noto, la Costituzione italiana è impregnata di concetti economici relativi all'assetto produttivo del Paese, immaginato dai Padri costituenti e pervaso dalle successive riforme. Questo "disegno" è integrato dalle norme europee che sin dall'origine dell'istituzione comunitaria hanno inteso creare le condizioni per un progressivo superamento degli ostacoli al mercato unico, al fine di realizzare un'economia (europea) sociale di mercato altamente competitiva. Vi è, dunque, una pluralità di "modelli" economici all'interno delle norme primarie, italiane ed europee, che ricevono poi attuazione concreta attraverso misure e specifici atti legislativi.

Ai fini che qui interessano, l'Europa riconosce il grande contributo che la "liberalizzazione" del mercato degli appalti pubblici può dare al raggiungimento degli obiettivi di libera circolazione dei fattori produttivi (merci, lavoro, capitali e servizi).

Con questi filtri ermeneutici si è sviluppata nell'ultimo decennio una significativa giurisprudenza costituzionale, che ha affrontato dapprima le questioni

²³ F. Fracchia – E. Casetta, *Manuale ...*, cit..

attinenti al concetto di “tutela della concorrenza” come materia di legislazione esclusiva statale ed in seguito vi ha ricondotto la procedura ad evidenza pubblica per la scelta del contraente cui affidare appalti (o concessioni) di lavori, servizi e forniture.

Limitando la sintesi alle pronunce più significative, la sentenza della Corte costituzionale n. 14 del 13 gennaio 2004 ha fornito una visione globale del concetto di concorrenza, facendo espresso accoglimento dell’interpretazione comunitaria. Questa sentenza ha però sollecitato aspre critiche da parte di autorevole dottrina, che ha contestato una dilatazione eccessiva dell’ombrello concettuale sino ai limiti dell’ipertrofia di una “materia” definita trasversale e dai confini incerti. Da parte dei giuristi dell’economia si è levata la disapprovazione per l’uso di un linguaggio “improprio” e poco chiaro di matrice tecnico-economica.

In effetti, la questione interpretativa si è posta sin nell’immediatezza della Riforma costituzionale del Titolo V, dapprima sottoforma di individuazione delle “materie” di competenza legislativa dello Stato e delle Regioni, quindi come percorso volto all’individuazione del contenuto giuridico concreto di tali materie.

Con riferimento alla “tutela della concorrenza”, questa è stata variamente classificata come “meta-materia”, “materia-non-materia” e “materia trasversale”, di fatto configurandosi come un “fine pubblico” da conservare e promuovere, nel pieno accoglimento di quei vincoli/ obblighi comunitari che pure hanno ricevuto “rango costituzionale” dopo la Riforma del 2001: *la tutela della concorrenza è stata costituzionalizzata nell’ordinamento italiano come lo fu nel 1957 nel diritto europeo. Nello stesso senso cospira la clausola onde la potestà legislativa dello Stato e delle regioni è assoggettata a vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario*²⁴, il quale evidentemente include norme volte alla tutela della concorrenza e del libero mercato.

Sembra quindi che l’idoneità di una misura a non limitare o ostacolare la concorrenza su un dato mercato costituisca il parametro per la rispondenza di detta misura ai fini della tutela concorrenziale. Di questa impostazione metodologica vi è una chiara traccia nella sentenza della Corte costituzionale n. 14 del 13 gennaio 2004. In dottrina, atteso il carattere “trasversale” della materia “tutela della concorrenza”, il confronto si è spostato sul diverso crinale della *individuazione della “portata” della clausola che si riferisce a tale materia*²⁵.

In effetti, ammettere che alcune materie hanno carattere trasversale e finalistico significa aprire le porte ad una potenzialmente illimitata sovrapposizione ed *interferenza tra diversi livelli di governo*: la “tutela della concorrenza” sarebbe idonea ad intersecare ogni ambito della politica economica, pur sempre alla luce dei tratti caratterizzanti *aliunde* individuati dalle norme europee.

Nella pronuncia n. 14/2004 *la Corte traspone la propria ricostruzione della nozione comunitaria di concorrenza a livello nazionale*: in essa si sostiene che tale significato va inteso al contempo *in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell’accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali*.

²⁴ G. Corso, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Diritto Pubblico*, 3, 2002.

²⁵ R. Caranta, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 4, agosto, 2004.

Conscia dell'apertura che una tale interpretazione può procurare, la Corte si avventura in quello che è stato aspramente criticato come un "uso improprio e generico"²⁶ della terminologia appartenente all'universo dell'economia per una valutazione circa la legittimità degli interventi statali in campo economico. Secondo l'opinabile visione della Corte, la "rilevanza macroeconomica" degli interventi statali, nonché la loro attitudine "ad incidere sull'equilibrio economico generale", sarebbero le coordinate per ammettere la competenza legislativa statale esclusiva.

Altre interpretazioni critiche, invece, sostengono che la concorrenza "effettiva" avrebbe ormai assunto piena cittadinanza di bene giuridico tutelato, da intendere in senso oggettivo come "processo dinamico" che non pone barriere all'ingresso nel mercato, offre una pluralità di scelte e si caratterizza per un continuo flusso innovativo. In questo senso andrebbe correttamente intesa la "promozione della concorrenza", senza dilatare oltremodo il concetto fino ad includervi azioni *di sostegno settoriali o territoriali*.

In sostanza, *contrariamente a quanto affermato dalla Corte costituzionale, le disposizioni comunitarie in materia di aiuti ... non sono certo idonee a fondare delle competenze in capo agli Stati, ma a limitare, se non a indirizzare, l'esercizio di competenze*. Diversamente opinando, avvertono i critici, si giungerebbe ad estendere tale copertura costituzionale ad ogni intervento pubblico in economia.

Secondo altri²⁷, *gli schemi di ragionamento adottati dalla Corte in questa occasione sollevano perplessità di una certa ampiezza e di non facile soluzione. Il perno argomentativo sul quale la Consulta ha fondato tutto l'impianto motivazionale della decisione è un uso del diritto comunitario come strumento da utilizzare anche per "leggere" la Costituzione italiana e per ricostruire il quadro ordinamentale di riferimento (parametro) o il dato normativo oggetto del giudizio*. Tale operazione ermeneutica, tuttavia, ha attratto nell'orbita della "tutela della concorrenza" la disciplina comunitaria relativa agli "aiuti di Stato" che, a ben guardare, costituiscono limitate ipotesi di deroga *ai principi che regolano la concorrenza*. Secondo l'autore, questo avrebbe l'effetto di *trasformare il riferimento agli aiuti di Stato ... in una sorta di riserva agli Stati del ruolo di intervento macroeconomico nell'ambito delle rispettive economie nazionali*.

Sulla base di queste premesse, si giunge a contestualizzare anche la sentenza della Corte costituzionale n. 401 del 23 novembre 2007. Tale decisione ha utilizzato come basi argomentative alcune delle conclusioni raggiunte in tema di "tutela della concorrenza" per pronunciarsi, questa volta, sulla legittimità del D. Lgs. 163 del 2006 rispetto all'attribuzione della potestà legislativa in materia di "pubblici appalti" (anche atteso che i "lavori pubblici" e i "contratti pubblici" non sono elencati nell'art. 117 Cost.).

Le considerazioni preliminarmente svolte circa l'ambito materiale al quale appartengono le disposizioni del D. Lgs. 163/2006 portano ad affermare che i risultati ottenuti con tale operazione interpretativa *sono estensibili all'intera attività contrattuale della pubblica amministrazione, che non può identificarsi come materia a sé, ma rappresenta, appunto, un'attività che inerisce alle singole materie sulle quali essa si esplica*²⁸.

²⁶ M. Libertini, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in Giur. It., 2005.

²⁷ F. Pizzetti, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma?*, in Le Regioni, n. 4, agosto, 2004.

²⁸ R. Bin, *Alla ricerca della materia perduta*, in Le Regioni, n. 2, marzo, 2008.

Secondo la dottrina, in merito alla disciplina dei contratti pubblici, *la Corte decreta il “definitivo superamento della cosiddetta concezione contabilistica”, che qualificava tale normativa interna come posta esclusivamente nell’interesse dell’amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale.*

Attraverso questa operazione, ovvero collocando tale disciplina nella prospettiva della “tutela della concorrenza”, la Corte aggancia la competenza legislativa in materia di contratti pubblici alla potestà esclusiva statale. Da ciò consegue, quindi, *che la fase della procedura di evidenza pubblica, riconducibile alla tutela della concorrenza, potrà essere interamente disciplinata [...] dal Legislatore statale.*

Si ritiene che il “nucleo essenziale” della normativa dettata dal “codice degli appalti” sia quello – rispondente a quanto imposto dal diritto comunitario – di *assicurare l’adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza.* Se tutto questo è vero, alla “tutela della concorrenza” appartengono, in definitiva, *le procedure di qualificazione e selezione dei concorrenti, le procedure di affidamento, i criteri di aggiudicazione* e così via.

Nel perimetrare esattamente l’estensione della competenza esclusiva statale, la Corte ha fatto leva sulla esigenza di procedure uniformi e, pertanto, unitariamente disciplinate. Procedure che la Corte conferma appartenere ad una “struttura bifasica”²⁹ dell’attività contrattuale condotta dalla pubblica amministrazione: una attinente alla scelta del contraente (fase ad evidenza pubblica) e l’altra riguardante l’esecuzione contrattuale (fase prettamente civilistica).

*Dopo aver ricondotto alla materia tutela della concorrenza gli istituti cardine del procedimento di evidenza pubblica, quali le procedure di qualificazione e selezione dei concorrenti, le procedure di affidamento, i criteri di aggiudicazione, i poteri di vigilanza sul mercato, il subappalto, la Corte si addentra nella definizione dei limiti di tale competenza esclusiva*³⁰: nell’ambito dei contratti pubblici, la “tutela della concorrenza” si ritiene assicurata attraverso la massima *apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore.* Questo avviene nel concreto attraverso l’adozione di *uniformi procedure di evidenza pubblica sull’intero territorio nazionale (e comunitario):* il che vale ad assicurare il rispetto dei principi che caratterizzano tutta la disciplina comunitaria in materia di contratti pubblici.

Tale impostazione, dunque, evidenzia anche l’intervenuto superamento della storica **concezione contabilistica interna**. In conclusione, questa forte spinta centralista dell’interpretazione operata dalla Corte costituzionale risulta funzionale alla creazione di un mercato europeo degli appalti meno segmentato. Come non manca di rilevare la dottrina, infatti, *per lungo tempo non si parlava di mercato degli appalti pubblici ritenendo le regole necessarie al suo funzionamento esclusivamente dirette ad*

²⁹ In *terminis*, punto 6.8 dei “considerando in diritto”: *è noto che l’attività contrattuale della pubblica amministrazione, essendo funzionalizzata al perseguimento dell’interesse pubblico, si caratterizza per la presenza di una struttura bifasica: al momento tipicamente procedimentale di evidenza pubblica segue un momento negoziale. Nella prima fase di scelta del contraente l’amministrazione agisce, come si è già sottolineato, secondo predefiniti moduli procedimentali di garanzia per la tutela dell’interesse pubblico.*

³⁰ A. Venturi, *La “tutela della concorrenza”: da “valore-materia” a “materia-valore”.* La Corte conferma il riparto Stato-Regioni operato dal Codice De Lise (note a margine di Corte costituzionale 23 novembre 2007, n. 401), in *Le Regioni*, n. 2, marzo, 2008.

assicurare la legittimità dell'azione amministrativa che assorbe in sé anche il raggiungimento di quei principi di efficacia, efficienza ed economicità.

Riconoscendo con tanto vigore la legittimazione statale ad intervenire così pervasivamente nelle “materie trasversali” come la “tutela della concorrenza”, la Corte espande il concetto sino ai limiti dell'ipertrofia. Tuttavia, usando come pietra di paragone la sentenza n. 14 del 2004, si nota³¹ che la decisione n. 401 del 2007 ha posto un parziale bilanciamento all'esautorazione del legislatore regionale, chiarendo che le norme statali, ancorché di dettaglio (poiché per attrazione esse comprendono anche la rispettiva potestà regolamentare), debbono limitarsi all'indispensabile esigenza di unità ed uniformità della disciplina, dovendo essere **strettamente funzionali** alla concorrenza, tanto statica quanto dinamica. Di talché, il nuovo equilibrio tra competenze legislative viene spostato (e corretto nel senso di una maggiore valorizzazione delle competenze regionali): si ammette l'intervento regionale in ambiti della vita economica, purché questo non abbia effetti diretti o indiretti sull'assetto del mercato concorrenziale così come disciplinato e garantito dalle norme statali.

2.3 Il public procurement come policy complessa e di sistema.

Come si è visto in precedenza, la sentenza della Corte cost. n. 401/2007 è la pronuncia con cui viene stigmatizzata *l'influenza più profonda e significativa del diritto comunitario sul nostro sistema*³²: in altre parole, per espresso dettato costituzionale le norme europee entrano, operano e prevalgono nel nostro ordinamento. Per effetto di “trascinamento” viene poi assorbita l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia. Vi è ancora da considerare l'ulteriore forma di influenza *che si realizza attraverso la spinta dell'ordinamento nazionale ad affinare gli istituti tradizionali o a elaborarne di nuovi al fine di mantenersi nei margini della compatibilità comunitaria*, con l'ulteriore opera ermeneutica della giurisprudenza interna³³.

L'onda d'urto della penetrazione comunitaria si evidenzia fortemente nella estensione del campo di applicazione oggettivo e soggettivo, spingendo alla valorizzazione delle misure a favore della pubblicità delle gare. Molte delle recenti prescrizioni sono infatti volte ad agevolare la partecipazione degli imprenditori alle gare, nonché a standardizzare le procedure a fronte dell'introduzione di meccanismi di maggiore flessibilità, nella ricerca continua di un punto di equilibrio tra concorrenza ed esigenze socio-ambientali.

In effetti, l'interrogativo sotteso a queste considerazioni è *se l'eccessiva fissità alle esigenze della concorrenza non rischi di porsi in tensione con la necessità di una corretta cura dell'interesse pubblico*³⁴. La possibilità che principi / obiettivi / valori

³¹ R. Caranta, *Prime correzioni di rotta della Corte costituzionale in materia di tutela della concorrenza?*, in *Le Regioni*, n. 3, maggio, 2008.

³² F. Fracchia, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della pubblica amministrazione: profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2010. Lo conferma anche A. Venturi, *La “tutela della concorrenza” ...*, cit..

³³ I principi rinvenibili nel TFUE insieme alle direttive unificate del 2004 e le pronunce della Corte di Giustizia delineano *un corpus normativo e giurisprudenziale eterogeneo per genesi, forza coercitiva e capacità di uniformazione, ma caratterizzato in senso unitario dall'obiettivo di aprire i mercati nazionali degli appalti pubblici alle imprese di tutti gli Stati membri*. Questo è il fenomeno identificato come “europeizzazione del diritto”.

³⁴ F. Fracchia, *Ordinamento comunitario ...*, cit..

diversi, anche se non necessariamente opposti, entrino in conflitto è segnalata da più parti e sarà oggetto dell'approfondimento che segue.

La storia dell'intreccio³⁵ tra norme nazionali e fonti comunitarie in materia di commesse pubbliche è risalente alla fondazione stessa della Comunità europea, con i Trattati di Roma. Ed è un settore che, in quanto intimamente legato alla creazione di un mercato unico e concorrenziale tra tutti gli Stati membri, è sempre stato costantemente monitorato e adeguato all'evoluzione di tali esigenze. Non v'è dubbio che – come si avrà modo di spiegare più avanti – il *public procurement* sia una leva di politica economica³⁶, prima ancora che un “centro di costo” per spese di funzionamento dell'apparato pubblico: ne vanno, quindi, esaminate le potenzialità di sviluppo come *driver* all'innovazione e al progresso economico generale dei sistemi nazionali, senza dimenticare un approccio analitico ampio ed interdisciplinare.

Si sta, oggi, giungendo alla predisposizione di nuove direttive europee denominate “di quarta generazione”³⁷: queste rappresentano al momento la punta più avanzata, in via di perfezionamento, per assicurare un'attuazione efficace ed efficiente degli obiettivi comunitari, con strumenti flessibili, ispirati alla sussidiarietà e volti a risolvere alcune delle criticità mostrate nel cammino di unificazione del mercato europeo.

Prescindendo per un momento dallo specifico contenuto di questi provvedimenti, ci si può chiedere che cosa significhi essere giunti alla “quarta generazione” di direttive comunitarie sugli appalti e le concessioni. Ebbene, ciò evidenzia che siamo all'interno di un settore complesso e magmatico, eppure fondamentale al punto di non ammettere un abbassamento del livello di attenzione, energia e risorse che gli vengono dedicate. Nel caso delle procedure di appalto si rileva una sorta di dialogo aperto tra la molteplicità di tradizioni giuridiche nazionali e quella europea in costante formazione, nel contesto di un sistema dinamico e vitale, dotato di un forte ed attento processo di feed-back che consente di rilevare le criticità, imparare dai propri errori/fallimenti e adattarsi al mutamento delle condizioni ambientali.

La disciplina dell'evidenza pubblica, si dice, ha mutato la propria “matrice funzionale”³⁸, passando da *normazione posta a presidio delle esigenze dell'interesse pubblico, con l'intento di assicurare la scelta del miglior contraente e il contenimento della spesa dal prioritario punto di vista dell'amministrazione*, ad una *regolamentazione che protegge le imprese e le chance di competere sul mercato*³⁹.

³⁵ In proposito, sostiene Falcon (2005) che *i principi e gli istituti penetrando in un determinato ordinamento lo modificano in maniera irrimediabile, ma ne subiscono loro stessi effetti di trasformazione, originati dal contesto giuridico e culturale nel quale vengono ad operare al punto che ne deriva un'indubbia omogeneizzazione tra sistemi europei ma anche una moltiplicazione delle varianti, in un contesto di necessaria salvaguardia delle diversità culturali*. In altre parole, si tratta del fenomeno denominato come *cross-fertilization*.

³⁶ G.L. Albano – F. Antellini Russo, *Public Procurement e Politica Economica*, Quaderno Consip, V, 2009.

³⁷ G. A. Benacchio – M. Cozzio, (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano, 2012.

³⁸ F. Fracchia, prefazione a G. A. Benacchio – M. Cozzio, (a cura di), *Gli appalti ...*, cit..

³⁹ F. Fracchia, *Ordinamento comunitario ...*, cit..

2.4 Riflessioni di sistema: il passaggio ad una visione strategica del mercato degli appalti.

All'inizio degli anni 2000, l'Accademia statunitense ha accusato la mancanza di accurati studi relativi al *public procurement*⁴⁰: ciò ha comportato l'attivazione di una serie di strumenti analitici, metodologici ed organizzativi per sopperire a questa “*lack of knowledge*”. Nelle parole del Prof. Thai⁴¹, *academically, public procurement has been a neglected area of study by [...] public finance literature*. Era di tutta evidenza, quindi, che l'intero settore dovesse essere “ri-esaminato”, ripensato nei suoi scopi e nelle funzioni che può svolgere. Nel breve torno di pochi anni, si è sviluppata un'intensa attività accademica di approfondimento del settore, per esaminarne le principali criticità e proporre modelli risolutivi.

Senza ripercorrere l'intera storia della contrattualistica pubblica, è chiaro che l'ultimo trentennio è stato contraddistinto dal moltiplicarsi di riforme, cambiamenti, e dall'intensificarsi degli strumenti negoziali internazionali sul libero commercio, inclusi quei contratti in cui una delle due parti è un soggetto pubblico. **Complessità ed interazione** sono due concetti fondamentali che, applicati al settore del *public procurement*, consentono di considerarlo come “un sistema di sistemi, un'organizzazione di organizzazioni, una struttura di strutture”. Nel modello di Thai, si verifica l'interazione dell'elemento organizzativo – composto da tutti gli organi normativi, di controllo e di alta direzione del settore – con gli strumenti, non solo legislativi, attraverso i quali vengono equilibrati e realizzati gli obiettivi della *policy* del *public procurement*. Le “norme” disciplinano gli aspetti organizzativi, ruoli, responsabilità, fasi, processi, procedure, comportamenti da tenere.

Inoltre, l'elemento della progettazione, autorizzazione e assegnazione delle risorse finanziarie è cruciale per la riuscita e l'efficacia della spesa. Qui si anticipa il concetto di “*procurement*” non solo al risultato come oggetto del contratto, bensì al procedimento e alle fasi preliminari.

Il personale gestore, le strutture organizzative, le tecniche e le procedure costituiscono l'elemento più tecnico e complesso, che ha trovato anche i maggiori sviluppi dottrinali di commento alle norme e produzione di manualistica operativa.

Infine, il circuito è concluso dell'attività di “ritorno informativo”: questa, in passato, è stata scarsamente considerata, non valorizzandone abbastanza la fondamentale – quasi strategica – funzione conoscitiva. Essa può provenire dall'interno e dall'esterno, dalla giurisprudenza, dai gruppi di pressione, dagli operatori economici, dalle organizzazioni civili, da studi e ricerche, dalle Autorità indipendenti, e così via. È l'elemento propulsore circa la consapevolezza delle disfunzioni del sistema o, viceversa, dell'efficacia con cui esso opera. Di conseguenza è lo *step* fondamentale per la successiva opera di ri-programmazione della politica di spesa pubblica.

Questo modello va peraltro integrato con ulteriori considerazioni circa l'influenza che fattori ambientali interni ed esterni generano sulla capacità del *public procurement* di raggiungere gli obiettivi prefissati: in un'ottica dinamica, si sviluppano interazioni complesse e variabili, con una infinità di combinazioni possibili, alle quali

⁴⁰ Il “*procurement*”, come lo intende nei suoi scritti Khi V. Thai, consiste nell'acquisto, affitto, leasing o qualunque altra modalità di acquisizione, di servizi, lavori e forniture. Vi sono comprese anche tutte quelle funzioni che consentono di giungere all'approvvigionamento, vale a dire le specifiche tecniche, la selezione, il reperimento delle risorse, la preparazione e l'aggiudicazione del contratto, la gestione contrattuale.

⁴¹ K. V. Thai, *Public procurement re-examined*, Journal of Public Procurement, 2001, p. 9.

vanno aggiunte le caratteristiche di ogni singolo contratto da aggiudicare, il livello di competenza specifica di cui gli operatori (burocrati) sono in possesso, nonché le politiche di spesa, i vincoli di bilancio, l'efficacia dei sistemi di controllo. Infine, vi sono condizionamenti ambientali legati alla situazione del mercato, alla cornice politica e normativa, alle caratteristiche socio-economiche di ciascun Paese, che interagiscono con i rispettivi fattori degli altri Stati.

Dalle constatazioni che precedono, è possibile inferire la prima delle premesse necessarie a comprendere l'evoluzione della regolamentazione del *public procurement*: un passaggio della *vision* complessiva, che si è trasformata da “meccanismo” in “strategia” integrata, ovvero una vera e propria leva di politica economica che coinvolge soggetti e livelli diversi di *governance*.

Alcuni autori⁴² sottolineano il carattere strategico e complesso del settore dei contratti pubblici, introducendo perciò il concetto di *public procurement*: confermando le definizioni assunte da Thai, esso *abbraccia tutta la filiera che va dalla rilevazione dei fabbisogni all'analisi della domanda fino alla stipula e al successivo monitoraggio del contratto, passando per la migliore procedura possibile di approvvigionamento*.

Superando, dunque, l'idea che si tratti di procedure “a macchia di leopardo”, ovvero poste in essere per soddisfare di volta in volta le esigenze di funzionamento della P.A., e sviluppando invece una prospettiva ben più ancorata al contesto di un mercato rilevante, si giunge a comprendere pienamente il ruolo di *strumento flessibile di politica economica* che può essere giocato dal *public procurement*.

In conclusione, quindi, nel progettare forme efficienti di aggregazione della domanda, ovvero di centralizzazione della domanda, si può perseguire, allo stesso tempo, l'obiettivo della razionalizzazione della spesa attraverso maggiori economie di scala, senza nuocere alla partecipazione soprattutto di aziende di minori capacità economiche: *efficienza nell'uso di risorse pubbliche e utilizzo della domanda pubblica per stimolare la crescita delle PMI non sono in contraddizione. La coerenza degli obiettivi dipende dalla capacità di disegnare strategie di Public Procurement in cui vengono analizzati allo stesso tempo le caratteristiche tecniche/ merceologiche del contratto e quelle del mercato della fornitura*.

Gli acquisti pubblici hanno, tradizionalmente, come principio guida quello del value for money: trattandosi di denaro pubblico, l'obiettivo di ogni acquisizione deve essere quello di ottenere il soddisfacimento dei requisiti di qualità richiesti dall'acquirente al miglior prezzo possibile, ovvero massimizzare il rapporto qualità – prezzo.

Tuttavia, le dinamiche della negoziazione e gli esiti effettivi dello scambio realizzato al termine della procedura selettiva dipendono in larga parte dai criteri di scelta e dai requisiti richiesti, con ciò intendendo che *il pubblico abbia interessi più ampi da considerare, come i fattori di impatto ambientale e sociale*. Il concetto di “qualità in rapporto al prezzo” è stato tradotto nella “considerazione dell'intero ciclo di vita delle acquisizioni”: quali aspetti vi debbano rientrare e quale peso ponderale debba essere attribuito loro ai fini della scelta è questione tuttora al vaglio del Legislatore europeo (v. *amplius infra*).

⁴² G.L. Albano – F. Antellini Russo, *Public Procurement e Politica Economica*, Quaderno CONSIP, V, 2009.

2.5 L'integrazione di obiettivi multipli all'interno della strategia di *public procurement*. I diversi concetti di “barriera” in questo genere di mercato.

Come si è tentato di descrivere, l'analisi economica del settore pubblico si è espressa solo in anni relativamente recenti sul ruolo che il settore dei pubblici appalti può svolgere nell'influenzare lo sviluppo di mercati concorrenziali⁴³.

Occorre, a questo punto, prendere coscienza del fatto che la “concorrenza” nel settore pubblico ha un significato piuttosto complesso e parzialmente diverso dall'ordinario concetto economico applicato al mondo privato. I limiti principali dei “*public markets*” sono l'informazione imperfetta⁴⁴ e barriere all'ingresso (e all'uscita) per gli operatori economici. D'altro canto, è certo che bisogna gestire obiettivi multipli e spesso in contraddizione tra loro, nonché variabili nel tempo. Questo fa in modo che l'obiettivo non possa essere la “concorrenza pura” o perfetta, bensì una competizione o un grado di apertura del mercato tali da conciliarsi con gli altri interessi pubblici in gioco: ciò consente di raggiungere una sorta di “ottimo condizionato”.

Anche gli strumenti approntati dal soggetto pubblico devono essere flessibili per poter evolvere adeguatamente: non sono rari i casi in cui alcune politiche dalle intenzioni pro-concorrenziali abbiano prodotto “effetti collaterali” indesiderabili, quasi paradossali, senza raggiungere gli obiettivi voluti. Attualizzando il discorso, il problema principale che si deve affrontare oggi è quello della “qualità della spesa” in contesti di disponibilità finanziarie pubbliche risibili⁴⁵. Adeguati margini di guadagno non sono solo attrattivi, bensì spingono anche sul versante dell'investimento per l'innovazione: si sono dimostrate fallimentari le guerre al solo ribasso dei prezzi⁴⁶. Esse hanno espulso operatori dal mercato, facendo scendere la qualità globale della *performance* e dell'*outcome*.

In conclusione, quindi, i dilemmi e le tensioni concettuali di cui il soggetto pubblico deve tenere conto quando opera nel mercato, o progetta politiche per il mercato, sono numerosi, mettendo sotto pressione i diversi livelli di governo coinvolti nell'emanazione normativa e nell'attuazione amministrativa di tali scelte⁴⁷.

Abbondante letteratura sviluppatasi nell'ultimo decennio⁴⁸ è ormai concorde sul fatto che il settore dei contratti pubblici sia ricco di sfide⁴⁹ e che, pertanto, debba essere

⁴³ N. Caldwell – H. Walker – C. Harland – L. Knight – J. Zheng, *Promoting competitive markets: the role of public procurement*, PrAcademics Press, 2005.

⁴⁴ S. Vagstad, *Promoting fair competition in public procurement*, Journal of Public Economics, 1995. L'autore si concentra sulla ricerca – e sulla discussione – delle condizioni necessarie e sufficienti affinché si possa evitare, con la scelta della migliore *policy*, la frequente discriminazione che si rileva tra imprese, ovvero la naturale preferenza delle autorità pubbliche nazionali per le imprese locali a discapito di quelle straniere.

⁴⁵ G. Piga – S. Treumer, *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, Routledge, 2012. Atti del primo “Simposio sul Public Procurement”, tenutosi a Roma.

⁴⁶ In questo senso, l'obiettivo principale promosso da tutte le *task-forces* nazionali ed internazionali che si occupano di *public procurement* è quello del “**value for money**”. È questo il vero e proprio *driver* che orienta le continue riforme strutturali del settore contrattualistico pubblico.

⁴⁷ C. C. Eriksen, *The European Constitution, Welfare States and Democracy: the four freedoms vs national administrative discretion*, Routledge, 2012. L'autore esamina una serie di pronunce della Corte di Giustizia UE, che suggeriscono principi generali per rendere conciliabili i contrasti che invece si profilano tra le 4 libertà fondamentali volute dalla Costituzione Europea e il potere discrezionale delle autorità amministrative nazionali.

⁴⁸ L'enciclopedico lavoro di S. Arrowsmith, *Public Procurement. The Continuing Revolution*, 2003, ha combinato numerosi punti di vista e aspetti che riguardano il *public procurement* nell'ottica degli obiettivi fondamentali del commercio internazionale: *value for money* e prevenzione della corruzione. Inoltre, il testo è uno dei primi a porre in evidenza quella possibile frizione che si crea tra approccio flessibile alla

affrontato esclusivamente con un metodo multi-disciplinare⁵⁰. Un approccio simile è in grado, in effetti, di fornire la base razionale ed economica posta a fondamento di alcuni enunciati giuridici. I principali passaggi logici che ci apprestiamo a ricostruire non possono tralasciare di individuare innanzi tutto le radici storiche circa la necessità di regolamentare questo “mercato”, per giungere all’analisi del “come” esso sia stato concretamente regolamentato in contesti diversi e con quali risultati.

Si tratta, infine, di applicare le “*lessons learnt*” per la costruzione di modelli migliorati, anche alla luce di una apertura alla comparazione tra soluzioni diverse adottate nei vari ordinamenti. Tradizioni giuridiche profondamente diverse confluiscono, infatti, a livello europeo: esse sono costantemente alla ricerca di una sintesi efficace, della mediazione ottimale, del coordinamento in vista di finalità comuni ed unitarie.

Giova pertanto premettere una breve descrizione dello scenario di fondo, dal punto di vista delle sue condizioni di partenza: nel mercato dei contratti pubblici, le parti che si fronteggiano – la pubblica e quella privata – sono guidate da obiettivi divergenti. L’acquirente deve massimizzare il benessere sociale conseguibile con l’approvvigionamento, mentre il fornitore è interessato a massimizzare il benessere industriale ottenibile con la commessa pubblica: questa condizione (ancorché estremamente semplificata) genera tensione, la stessa avvertibile nelle risposte raccolte – come si vedrà in seguito – attraverso il Libro Verde europeo sugli appalti pubblici. È quindi ragionevole attendersi che si dovranno ricercare soluzioni mediate, in grado di minimizzare gli effetti distorsivi che questi due interessi confliggenti determinano sui comportamenti realmente tenuti dalle controparti. Per questa ragione, “*Removing barriers to trade in Governments markets is one aspect of this policy of removing trade barriers, and it is this which provides the rationale and the legal basis for the EU’s regime on public procurement*”⁵¹.

L’obiettivo di creazione di un mercato unico fornisce la base normativa per il regime europeo dei pubblici appalti, riconosciuti come una porzione rilevante dell’intero processo di liberalizzazione progressiva del mercato. Sebbene questa sia la cornice fondamentale per inquadrare il ruolo svolto dalla regolamentazione del settore, è necessario analizzare l’impatto degli interventi pubblici, i quali possono provocare distorsioni del mercato attraverso una pluralità di meccanismi: ciò dimostra come il *public procurement* sia un’importante leva di politica economica, i cui aspetti procedurali hanno effetti tutt’altro che marginali sul mercato⁵².

regolamentazione e sacrificio della trasparenza. Sullo stesso scenario di fondo, s’inserisce l’attività condotta dalla Commissione UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), che nel 2011 ha adottato un nuovo “Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services”. Questo modello è stato predisposto tenendo conto degli Accordi WTO, delle Direttive Europee, delle Convenzioni ONU, delle Linee-guida della Banca Mondiale, e così via. Esso tende a:

- armonizzare gli *standards* internazionali del settore,
- fornire supporto ai Paesi in transizione o che stiano riformando la propria legislazione di settore,
- predisporre strumenti flessibili, adeguati a qualunque autorità emanante, per raggiungere gli obiettivi di trasparenza e limitare i rischi insiti di corruzione e abuso della discrezionalità.

⁴⁹ K. V. Thai, *Challenges in Public Procurement: an International Perspective*, 2005. Atti della Conferenza Internazionale sul Public Procurement, Fort Lauderdale, Florida, ottobre 2004.

⁵⁰ G. Piga – S. Treumer – K.V. Thai, (a cura di), *The International Handbook of Public Procurement*, CRC Press, 2009.

⁵¹ S. Arrowsmith, *EU Public Procurement Law: an Introduction*, 2010.

⁵² G. Vesperini, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milano, Giuffrè, 2011.

In sintesi, una serie di pratiche adottate frequentemente nel settore si trasformano più o meno direttamente in barriere commerciali, avendo effetti equivalenti ad esse. Ad esempio, la **preferenza (discriminatoria) per le industrie nazionali** è una politica per sua natura contraria al confronto concorrenziale, ostacolando tutti i benefici commerciali che invece ne possono derivare. Accade spesso che vengano adottati strumenti inefficaci, i cui costi di lungo periodo sovrastano gli eventuali benefici immediati e agiscono come vere e proprie barriere commerciali con l'analogo effetto del contingentamento delle importazioni.

Un effetto analogo è realizzato dalla **protezione di imprese** potenzialmente competitive ma che patiscono alcuni fallimenti del mercato (accesso al credito, informazione asimmetrica, alte barriere d'ingresso, ...).

Le conseguenze negative delle politiche di preferenza si riverberano in diversi modi: aumento dei prezzi finali pagati dal soggetto pubblico, meri trasferimenti di ricchezza verso i soggetti "preferiti", spostamento delle risorse verso attività meno produttive, inefficienza generata dalla mancanza di concorrenza. Si tratta in sostanza di effetti distorsivi di gran lunga capaci di neutralizzare e superare gli eventuali benefici immediati ottenuti con tali politiche discriminatorie.

Persino includere **obiettivi di protezione sociale o ambientale** nelle pratiche di *procurement*, si trasforma in un fattore discriminatorio: molti governi ne sono consapevoli, ma accettano di sacrificare la massimizzazione del benessere economico pur di assicurare il raggiungimento dell'equità regionale e della pace sociale. (v. *amplius infra*).

Altri fattori che rendono senz'altro complesso l'equilibrio nel mercato degli appalti sono la **sicurezza e difesa nazionale**, spesso invocate per giustificare politiche discriminatorie.

Infine, per quanto riguarda la funzionalità globale delle amministrazioni procedenti, queste si dimostrano generalmente affette da **corruzione, mancanza di pressione** da parte del mercato, difficile accesso alle informazioni (**trasparenza**) e **procedure inefficienti**.

Come conseguenza di tutto ciò, le politiche di apertura dei mercati pubblici si basano sul notevole contributo che la crescita economica può ricevere, atteso che si tratta di mercati imponenti dal punto di vista delle risorse che muovono (circa 16,3 % GDP EU).

Se, tuttavia, si esaminano le fonti normative (europee) che disciplinano il settore, queste sono principalmente costituite dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) e dalle vigenti direttive specifiche unificate nel 2004. In sintesi, il Trattato sul funzionamento dell'UE fornisce regole e principi generali, come il divieto di discriminazione, inclusa l'applicazione generalizzata di queste regole a tutte le forme contrattuali pubbliche: tali enunciazioni di principio sono comunque insufficienti, da sole, per ottenere una effettiva apertura dei mercati pubblici. Per questa ragione si è ritenuto necessario imporre che i contratti fossero aggiudicati all'esito di procedure trasparenti e senza margini di discrezionalità che dissimulassero comportamenti discriminatori. Questo ha pertanto indotto l'UE ad adottare direttive per disciplinare le procedure di affidamento dei principali contratti, coinvolgendo la legislazione di recepimento da parte di ciascuno Stato membro.

Come sostengono anche altri autori⁵³, i quali ripercorrono le 4 fasi principali di emanazione delle direttive sugli appalti, quelle del 2004 rappresentano uno sforzo di sintesi da parte delle istituzioni europee per superare la frammentazione normativa del settore, consolidando le procedure.

Se l'obiettivo della legislazione europea sugli appalti, compresi gli obblighi reciproci che essa impone, è quello di creare un mercato unico, si critica l'esistenza di una certa "confusione" relativa agli strumenti più appropriati per raggiungere il risultato voluto. Innanzi tutto, una tecnica per unificare il mercato è quella di **armonizzare le procedure**: un approccio comune, "familiare", risulta più accessibile ed attrattivo per i concorrenti stranieri. In questo senso, "fluidificare" il mercato attraverso l'armonizzazione delle procedure è l'obiettivo di uno strumento come l'UNCITRAL Model Law.

Nel caso europeo, sorprendentemente, non è stata perseguita l'armonizzazione delle legislazioni, sebbene le direttive abbiano comunque prodotto un certo avvicinamento delle procedure tra i vari Stati Membri. L'UE sta invece procedendo attraverso l'imposizione del rispetto effettivo dei principi di:

- a. non-discriminazione;
- b. trasparenza e pubblicità dei procedimenti;
- c. proporzionalità nei requisiti richiesti (che, laddove eccessivi o non attinenti, possono trasformarsi in implicite forme di discriminazione).

È stato anche osservato – e lo vedremo subito in seguito – che un ulteriore obiettivo perseguibile sarebbe quello di garantire che gli Stati membri ottengano i migliori rapporti qualità/ prezzo (*value for money*) negli appalti, come ha ammesso anche la Commissione europea.

Si ritiene, tuttavia, che l'efficienza della spesa per appalti sarebbe uno dei maggiori benefici conseguenti all'esistenza di un già realizzato mercato unico: in effetti, il "*value for money*" non è un obiettivo che l'UE persegue in maniera disgiunta dalla costruzione del mercato interno. Spesa pubblica efficiente e alta qualità dei servizi pubblici non sono obiettivi autonomi che l'UE è competente ad imporre sulla stessa base delle norme che le attribuiscono il potere di emanare direttive per gli appalti, anche perché non fornirebbero alcun contributo diretto alla realizzazione del mercato unico. Vale però il contrario: si potrebbe infatti sostenere che i soggetti appaltanti devono operare in modo efficiente, selezionando i migliori fornitori. Solo così il meccanismo di mercato funziona e ri-alloca efficacemente le risorse, garantendo tutti i benefici della concorrenza.

Altrove si è argomentato che nel mercato pubblico non vi è quella pressione commerciale che sprona le imprese ad essere efficienti ed innovative per sopravvivere: ne consegue che l'aggiudicazione dei contratti nel settore pubblico deve necessariamente avvenire sotto la spinta della regolamentazione per perseguire l'efficienza.

L'analisi dello spazio concesso da questa legislazione al perseguimento del buon rapporto qualità/ prezzo nella spesa pubblica per gli appalti merita approfondimento soprattutto al cospetto dell'imminente processo di riscrittura delle direttive vigenti in materia.

Sembra, infatti, che l'UE sia diventata maggiormente consapevole dell'esigenza di conciliare in maniera effettiva gli obiettivi di sviluppo sostenibile ed inclusivo, anche

⁵³ G. A. Benacchio – M. Cozzio, (a cura di), *Gli appalti pubblici ...*, cit..

attraverso una più matura politica di *public procurement*. In effetti, fino a questo momento l'UE non è stata in grado, né sarebbe competente a farlo, di imporre agli Stati Membri determinate procedure, limitandosi a richiedere il rispetto di criteri e modalità prescritti, laddove gli Stati decidessero di farvi ricorso. Per il futuro sarà questo l'elemento determinante: se l'UE riterrà o meno di avere il potere di emanare norme per ragioni di “*value for money*”. Da ciò dovrebbe altresì discendere una parzialmente diversa attività interpretativa svolta dalla Corte di Giustizia UE, orientata stavolta a soppesare gli equilibri tra considerazioni socio-ambientali e commerciali.

2.6 Le politiche per un maggiore sviluppo dell'*internal market* europeo: il ruolo del *public procurement*.

Il ripensamento della politica europea di *public procurement* nell'ottica di obiettivi sociali e ambientali è stato fortemente sollecitato negli ultimi anni, a partire dal “Rapporto Monti” in questa prospettiva: bisogna procedere ad una duplice valutazione, circa la necessità (avvertita in maniera crescente) di riformare la legislazione sul *public procurement*, e di farlo in modo da integrare i cdd obiettivi di politica orizzontale.

Questo aspetto costituisce un notevole carattere distintivo della legislazione UE rispetto agli Accordi commerciali siglati in sede di WTO e al Model Law dell'UNCITRAL, poiché queste due fonti non fanno menzione diretta di obiettivi ambientali. Tuttavia, l'ingresso di tali considerazioni anche nel settore del *public procurement* è ampiamente giustificato dal ruolo di *driver* che gli appalti pubblici possono svolgere nel settore dell'innovazione tecnologica, della tutela ambientale e dell'inclusione sociale. Questo ha fatto parlare sempre più spesso di “*green procurement*”, “*sustainable procurement*” e “*horizontal procurement*”, per evidenziare l'apporto non collaterale delle politiche sociali all'interno degli aspetti più squisitamente economici del *public procurement*.

L'indagine circa il processo di “comunitarizzazione” dell'evidenza pubblica deve prendere in considerazione il mutato quadro politico, la proiezione al mercato e la combinazione con una serie di interessi pubblici che debbono essere garantiti e tutelati. La **strumentalità** del procedimento ad evidenza pubblica per il multiplo raggiungimento di questi scopi diventa palese avuto conto dell'evoluzione storico-normativa che caratterizza il settore.

La linea metodologica delle riforme in via di adozione a livello europeo è orientata ad “obiettivi di semplificazione, efficienza e certezza del diritto”, dopo che è stata ampiamente riconosciuta la necessità di fornire agli Stati membri degli strumenti più adeguati e flessibili per agire nel mercato degli appalti. Si tratta di una logica diversa da quella che ha guidato il processo di armonizzazione fino a questo momento: l'*over-ruling* del settore, nonché l'eccesso di dettaglio, hanno favorito il formalismo senza dare sufficiente spazio allo sviluppo di un mercato unico degli appalti. In altre parole, è stato scoraggiato ciò che nelle intenzioni si voleva favorire. Tale approccio è stato fortemente criticato, orientando tutta l'attività di modernizzazione proprio nella direzione di un radicale superamento della pregressa metodologia, rivelatasi d'ostacolo al perseguimento effettivo dell'apertura del mercato.

Riconoscendo il ruolo strategico svolto dagli appalti pubblici tanto nelle singole economie nazionali, quanto come elemento propulsore per l'apertura e l'unificazione del mercato europeo, le istituzioni UE hanno avviato negli ultimi anni un profondo

processo di revisione – ma sarebbe meglio dire “manutenzione straordinaria” – circa l’assetto normativo del settore.

Le tappe principali di questo processo si sono susseguite attraverso gli atti e le iniziative qui elencati:

- rapporto Monti – maggio 2010 (come rilanciare il mercato);
- strategia Europa 2020 (Consiglio Europeo del 17 giugno 2010);
- libro verde sugli appalti – 2011 (ampia partecipazione dei soggetti interpellati);
- atto per il mercato unico – 12 leve per il rilancio della politica economica (aprile 2011);
- raccolta delle risposte al libro verde (conferenza pubblica illustrativa, 30 giugno 2011);
- risoluzione del Parlamento Europeo – Modernizzare gli appalti pubblici, 25 ottobre 2011;
- presentazione del package di 3 proposte di direttiva (20 dicembre 2011);
- prosecuzione dei lavori di approfondimento ed emendamento dei testi proposti:
 - o parere CESE di aprile 2012;
 - o report sugli emendamenti negoziati – gennaio 2013;
 - o testo di compromesso/ accordo finale proposto dal Committee of Permanent Representatives (COREPER) – luglio 2013.

Le problematiche analizzate dal Libro verde hanno prodotto un’ampia serie di reazioni/risposte⁵⁴: in via di prima approssimazione, quasi tutti gli attori interessati si sono dimostrati favorevoli al processo di ammodernamento e flessibilizzazione delle procedure di *public procurement* avviato dalla Commissione. D’altro canto, sono emersi interessi talvolta opposti e le soluzioni proposte sono state divergenti: è significativo rilevare che l’idea della semplificazione sia legato ad un allentamento dei vincoli procedurali in favore della trattativa privata o negoziazione. Questo rappresenterebbe un’inversione di rotta rispetto alle logiche che qualche decennio fa hanno ritenuto insoddisfacente per la trasparenza e l’apertura del mercato proprio l’eccessivo ricorso non regolamentato alle procedure negoziate.

Gli oneri amministrativi connessi all’allegazione di documenti e certificati sono ritenuti eccessivi, un reale fattore di ostacolo per l’accessibilità e la partecipazione di PMI. Sorprendentemente, i rappresentanti del mondo economico e produttivo hanno dimostrato una notevole riluttanza all’implementazione dell’uso strategico del *public procurement* con finalità sociali ed ambientali.

Nell’aprile del 2011, la Commissione ha adottato una Comunicazione indirizzata al Parlamento, al Consiglio, al CESE e al Comitato delle regioni. L’*Atto per il mercato unico – dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia* ha calendarizzato per l’anno 2012 una serrata scansione di lavori per adottare misure urgenti e prioritarie volte a rinforzare il ruolo del mercato unico europeo e a svilupparne il potenziale. Tra le 12 soluzioni proposte spicca l’azione-chiave “revisione e ammodernamento del quadro normativo degli appalti pubblici”: dal lato della domanda, questa dovrà individuare e richiedere prodotti – opere – servizi rispettosi dell’ambiente, socialmente responsabili e innovativi. D’altro canto, l’apertura all’offerta si ritiene debba essere effettuata anche tramite procedure più semplici e flessibili.

⁵⁴ Per l’Italia, lo studio è stato condotto da G. A. Benacchio – M. Cozzio, *Osservazioni al Libro Verde della Commissione Europea – com/2011/15def.*, 18 aprile 2011.

La Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011 sulla modernizzazione degli appalti pubblici riconosce, con riferimento ai risultati conseguiti fino a quel momento, che (considerando B) *la normativa europea in materia di appalti pubblici ha contribuito in modo significativo ad accrescere la trasparenza e la parità di trattamento*. Inoltre, con valenza pro-futuro, sottolinea (considerando C) che *è più che mai importante garantire un'efficienza ottimale della spesa pubblica*, soprattutto considerando gli *economic constraints* imposti dalla attuale fase di crisi, non dimenticando altresì che devono essere ridotti gli oneri e *i costi sostenuti dalle imprese*. La strumentalità del buon funzionamento del mercato degli appalti pubblici è del tutto evidente per contribuire a realizzare tali obiettivi.

Al contempo, non può ignorarsi che:

- *sono emerse lacune nella pratica;*
- *numerosi portatori di interesse considerano le norme in materia di appalti pubblici altamente complesse e molto costose da applicare correttamente;*
- *vi sono frequenti casi di recepimento inadeguato delle norme nel diritto nazionale.*

Circa queste ultime considerazioni, si deve notare una sorta di *révirement* europeo sul concetto stesso di “evidenza pubblica”: il fattore del prezzo non viene più considerato come un criterio massimamente oggettivo ed automatico che garantisce la scelta imparziale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Viene criticato l'eccessivo ricorso a questa pratica che induce ad un peggioramento della qualità delle offerte e non premia gli sforzi di innovazione da parte delle imprese (come si è visto in precedenza circa gli effetti negativi di politiche di *low price*). Viceversa, un'offerta complessiva che contenga l'elemento di prezzo, ma che non si esaurisca esclusivamente con esso, permette migliori valutazioni e scelte senz'altro più aderenti alle esigenze della domanda.

PARTE II

Cap. III – Una lettura economica del mercato dei contratti pubblici.

3.1 La reputazione dell'operatore (e i *drivers* di fiducia) in contesti di asimmetria informativa.

Ci sono interessanti conclusioni⁵⁵ attraverso le quali si dimostra come una qualche forma di premialità per la buona reputazione debba essere inserita nei meccanismi di scelta del contraente, pena il raggiungimento di soluzioni d'equilibrio caratterizzate da livelli qualitativi delle prestazioni/ forniture offerte inferiori all'ottimo. Si è rilevato che *per contratti con clausole del tipo "reputazione per comportamenti passati", è possibile, sotto certe condizioni, indurre l'erogatore [...] a fornire un livello qualitativo per le prestazioni erogate maggiore del livello minimo*. Per ottenere questo risultato, bisogna edificare un corretto e credibile sistema di incentivi il cui valore sia superiore alla tentazione di trarre profitto dalla trasgressione degli impegni assunti. Più chiaramente, *ciò accadrà quando l'incentivo a tener fede agli impegni presi (enforcement) è reso maggiore od uguale alla "tentazione" ad un comportamento scorretto (temptation)*.

La dottrina⁵⁶ ha dimostrato *come la reputazione possa essere rilevante anche nell'affidamento di contratti fix-price*, partendo dalla constatazione che vi è *una generale insoddisfazione per gli esiti della contrattazione pubblica*, insoddisfazione che nasce dalla frequente inesatta esecuzione delle prestazioni offerte in fase di selezione del contraente e dallo scadimento della qualità delle forniture. Si sostiene, in sintesi, che la scarsa qualità sia una diretta conseguenza della profittabile mancanza di un sistema efficace di sanzioni / incentivi.

È noto che *i modelli di agenzia che affrontano il problema del moral hazard (MH) generalmente propongono come soluzione schemi di remunerazione incentivanti. A tal fine è sufficiente commisurare il compenso finale dell'agente al risultato del suo impegno in fase di esecuzione. Questa soluzione è però meno efficace quando le prestazioni affidate all'agente contengono aspetti che, oltre ad essere osservabili dal committente soltanto ex-post ed in modo imperfetto, sono anche difficilmente verificabili*.

Questa constatazione, tanto più vera per quanto attiene al mercato dei contratti pubblici, introduce la tematica della "qualità non contrattabile" e induce ad avvicinarci

⁵⁵ M. Montefiori, *Reputazione come credibilità per comportamenti passati nei contratti tra acquirente e fornitore di servizi sanitari*, in *Politica Economica*, n. 1, aprile 2004, p. 89.

⁵⁶ N. Doni, *L'affidamento mediante gara di contratti pubblici: l'importanza della reputazione*, in *Politica Economica*, n. 2, agosto 2005, p. 307.

al problema dell'inserimento di parametri reputazionali all'interno dei meccanismi di selezione dei contraenti nelle procedure ad evidenza pubblica.

Procedendo con ordine, occorre rammentare che il mercato dei contratti pubblici è caratterizzato da una forte asimmetria informativa e dal fatto che la rispondenza delle prestazioni a quanto promesso in sede di offerta sono frequentemente verificabili solo ex-post, quando il rapporto contrattuale è in fase di esaurimento. In tale momento, diventa difficile e costoso perseguire gli inadempimenti contrattuali per una serie di ragioni, comprese la tempistica e la complessità del contenzioso giurisdizionale.

Le misure sanzionatorie sono spesso inapplicabili e tutto questo fa perdere credibilità al sistema punitivo, aumentando per converso la convenienza di comportamenti opportunistici. A ciò si aggiunga che molto spesso la fornitura richiesta dal committente pubblico viene percepita come "occasionale", nel senso che si verifica *una tantum*: se il soggetto pubblico non viene percepito come un partner commerciale stabile e duraturo, ciò aumenta ancora una volta la difficoltà per la P.A. di imporre *il rispetto delle promesse effettuate in sede di gara*. Questi stessi studi hanno precisamente sostenuto che *in presenza di imperfetta verificabilità delle prestazioni l'adozione di regole di aggiudicazione basate esclusivamente sui termini delle offerte, come avviene in Italia, può provocare effetti negativi: [...] scadimento della qualità, lievitazione dei costi, distorsione degli incentivi ricevuti dalle imprese*.

La letteratura economica⁵⁷ che ha analizzato il mercato dei contratti, o meglio le strutture contrattuali più incentivanti, in quanto idonee a rimuovere le asimmetrie informative e a limitare il rischio di comportamenti opportunistici, ha distinto la dimensione qualitativa delle prestazioni in "contrattabile" e "non-contrattabile". Ciò significa che *quando misurare la qualità in modo oggettivo non è molto difficile/oneroso, utilizzare le clausole difese da penali o premi monetari collegati al livello di servizio costituisce un'ottima struttura contrattuale*. Viceversa, i caratteri qualitativi solo osservabili, ma non facilmente verificabili con tecniche oggettive, presentano delle difficoltà che rendono i normali contratti inadatti a regolare tale aspetto.

In definitiva, la generalizzata insoddisfazione per lo scarso funzionamento dei meccanismi di "enforcement" del contratto ha consentito lo sviluppo di un'abbondante letteratura economica per approfondire le possibili soluzioni adottabili. Si è fatta strada la convinzione che *la fedeltà agli impegni contrattuali può essere meglio tutelata in alcuni casi, non mediante premi e sanzioni, ma attraverso l'importanza data alla buona reputazione nella scelta dei soggetti con cui fare nuovi affari in futuro*.

Da questa conclusione sono scaturiti numerosi studi econometrici e socio-economici che hanno individuato le possibili definizioni del concetto di reputazione, mettendo successivamente a punto le tecniche operative per implementare la valutazione reputazionale e testarne l'efficacia.

La principale distinzione che si individua in letteratura è quella tra:

- a) **reputation for characteristics;**
- b) **reputation for past behavior;**

dove a) enfatizza ciò che il soggetto è, o meglio come ci si aspetta che sia; mentre b) rimarca l'onestà nei comportamenti passati, ovvero ciò che ci aspetta che il soggetto faccia (o si prevede che farà).

Quindi è chiaro che b) non può essere *confuso con il semplice possesso di requisiti tecnici, organizzativi e finanziari, né con la semplice elencazione del numero*

⁵⁷ G. L. Albano – F. Dini – G. Spagnolo, *Strumenti a sostegno della qualità negli acquisti pubblici*, Quaderno CONSIP, n. 1, 2008.

di contratti già eseguiti. Se è vero, poi, che la reputazione si costruisce nel tempo, come esito storico di tutti i comportamenti tenuti nei diversi rapporti contrattuali, si comprende che occorre sviluppare un modello dinamico, in cui l'esito di una relazione contrattuale può incidere sulle gare successive.

Senza sovradimensionare l'apporto dei meccanismi reputazionali, si può tuttavia ragionevolmente sostenere che *alcuni dei fenomeni negativi esistenti nel settore dei contratti pubblici potrebbero essere adeguatamente affrontati mediante l'utilizzo di procedure di scelta in cui vi è una discriminazione fra i partecipanti basata sulla loro reputazione.* Altra dottrina⁵⁸ conferma, infatti, che con riferimento a b), *in un contesto dinamico la reputazione ed un'idonea forma contrattuale possono essere utilizzate come strumento atto ad ottenere il desiderato valore per le variabili qualità e sforzo nel contenere i costi.* In questo modo si rintraccia anche *il fondamento della disciplina di quei Paesi in cui i fattori reputazionali giocano un importante ruolo nelle scelte della P.A.:* in altri termini, essi adottano politiche di PBR (premio per la buona reputazione) come parziale correttivo delle distorsioni date dall'*enforcement* contrattuale imperfetto.

Alla dottrina⁵⁹, peraltro con l'ausilio della dimostrazione analitica, non sfugge come anche le politiche di PBR possano introdurre notevoli problematiche sottoforma di potenziali discriminazioni, che hanno l'effetto di restringere la concorrenza o trasformarsi comunque in barriere all'ingresso del mercato per i nuovi operatori interessati.

Questa preoccupazione ha, infatti, prevalso nell'impostazione fornita dal Legislatore europeo delle direttive del 2004: queste ultime, *pur ammettendo che i concorrenti possono essere selezionati anche sulla base delle loro performances passate, richiedono che l'aggiudicazione sia basata esclusivamente sui termini delle offerte.* Su questa netta separazione torneremo a breve più approfonditamente.

Rimane dunque da risolvere l'interrogativo sulla ricerca degli indici che *possano comunque fondare una valutazione legittima della reputazione dell'impresa, senza circoscrivere la concorrenza o alimentare pratiche corruttive, ma consentendo alla P.A. di beneficiare di un migliore enforcement dei contratti.* Nelle conclusioni della citata dottrina, *dal modello si desume che una tale politica permette di eliminare alcune disfunzioni delle transazioni fra P.A. e imprese private, per cui si potrebbe cercare di aumentare il benessere pubblico senza dover penalizzare il mondo delle imprese.*

Sia che il rapporto contrattuale possa essere rinegoziato o che si esaurisca in un'unica tornata negoziale, rimane il fatto che la *good reputation* costituisce un "vettore di fiducia e cooperazione"⁶⁰ all'interno delle relazioni socio-economiche, in grado di aumentare il valore degli scambi rispetto a contesti ove non trovino spazio considerazioni sui comportamenti pregressi degli attori. È un dato, infatti, che l'efficienza dei contesti di mercato possa essere influenzata in senso migliorativo dall'impatto delle informazioni e valutazioni *circa il comportamento passato degli attori economici, proprio perché fra le norme sociali più importanti nel regolare le interazioni fra attori economici vi è la reputazione, che qualifica l'importanza della considerazione e del giudizio altrui come valore che orienta il comportamento di un attore.*

⁵⁸ M. Montefiori, *Reputazione ...*, cit..

⁵⁹ N. Doni, *L'affidamento ...*, cit..

⁶⁰ R. Boero et al., *La reputazione come vettore di fiducia nei sistemi socio-economici: alcuni risultati sperimentali*, in *Stato e Mercato*, n. 86, agosto 2009.

Nella prospettiva che la Sociologia classifica come “apprendimento”, la reputazione è intesa come *accesso a fonti di informazione sul comportamento passato di un attore [...] che consentono di elaborare calcoli previsionali circa la credibilità dell'attore stesso pur in contesti di asimmetrie informative e di rischio.*

3.2 Meccanismi per la tutela della qualità non negoziabile.

Uno dei meccanismi che consentono di dare spazio agli aspetti di QNC⁶¹ (qualità non contrattabile) è l'indicatore della *performance* passata, da usare come strumento predittivo circa il comportamento che il fornitore terrà anche in futuro. Sul punto, si rileva una macroscopica differenza tra il regime di approvvigionamento pubblico tenuto negli USA e in Europa. Negli Stati Uniti il *procurement* federale tiene in considerazione le valutazioni conseguite dai fornitori durante l'esecuzione contrattuale e anche nella fase finale, in modo da collegare gli esiti delle future gare a quelli delle *performances* pregresse.

Sebbene questo elemento si riveli fondamentale come strumento per il sostegno della QNC, *in Europa la legislazione impedisce di dare punteggi di gara alle caratteristiche del fornitore, quali la performance qualitativa passata.* Come vedremo meglio in seguito, nelle procedure ad evidenza pubblica plasmate in Europa vige il divieto assoluto di commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione e criteri (oggetti) di selezione delle offerte.

Al contempo, però, ferma la volontà di considerare il *public procurement* come una leva di politica economica per stimolare l'innovazione tecnologica e la sostenibilità ambientale, non v'è dubbio che gli sforzi innovativi, l'assistenza, l'impegno e l'investimento in capitale umano profusi dalle imprese – tutti aspetti tipici di QNC – dovrebbero trovare un loro momento di forte valorizzazione, pena la mortificazione di tutti gli intenti enunciati sin qui.

Nei paragrafi che seguono, vedremo se e in che misura il Legislatore europeo e quello italiano riconoscono giuridicamente tutte queste considerazioni, avendo sullo sfondo l'acceso dibattito determinato dallo scontro tra approccio formalistico e approccio sostanzialistico nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

⁶¹ G. L. Albano et al., *Strumenti a sostegno ...*, cit..

Cap. IV - I requisiti di ordine generale: analisi sistematica delle fonti normative (direttiva 18/2004/CE, art. 38 del D. Lgs. 163/2006, direttive di quarta generazione).

SEZIONE I: cause tassative di esclusione

4.1 Teoria generale dei requisiti per i rapporti degli operatori economici con la p.a..

Dopo aver svolto le considerazioni teoriche sulle funzioni della politica degli appalti e sui recenti orientamenti di riforma del pacchetto legislativo di settore, si può tentare di individuare nel concreto i casi applicativi e le difficoltà connesse all'esistenza di una normativa stratificata e, per certi versi, ancora molto eterogenea tra i vari Stati membri.

Sembra dunque il caso di approfondire la fase della selezione qualitativa degli operatori economici che possono accedere alla contrattazione con un soggetto pubblico. La proposta è quella di un triplice paragone tra norme e livelli legislativi diversi, due dei quali attualmente vigenti, ed il terzo in prospettiva futura: per comodità e logica espositiva, di tratterà nel dettaglio prima dell'art. 45 della direttiva 2004/18/CE, quindi dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 12 aprile 2006, concludendo con l'analisi dell'ipotesi di futura normazione ex art. 55 della proposta di direttiva del 20 dicembre 2011 sugli appalti⁶².

Procedendo con ordine, occorre preliminarmente ricostruire l'evoluzione normativa e giurisprudenziale sui requisiti soggettivi dei partecipanti alle gare, con particolare riguardo anche al dibattito – molto acceso in Italia e non ancora sopito – circa il “*quantum*” di rigore/ discrezionalità con cui applicare le suddette cause di esclusione. Dibattito che, da ultimo, è sfociato nel rinvio pregiudiziale alla CGCE da parte del TAR – Lombardia⁶³, in merito all'interpretazione dell'art. 45 della Direttiva comunitaria, con riferimento alla compatibilità del diritto nazionale sull'ammissione degli operatori economici alle pubbliche gare.

Invero, tale impostazione è foriera non solo di contrasti esegetici, ma di letture ed applicazioni plurime sulla base di approcci diversi che confluiscono nel settore degli

⁶² Come già anticipato, il *package* delle direttive di riforma comprende:

- Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici, 20 dicembre 2011;
- Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, 20 dicembre 2011;
- Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, 20 dicembre 2011.

⁶³ Ord. TAR – Lombardia, Milano, n. 123, 15 gennaio 2013. In dottrina, cfr. il commento a tale ordinanza prospettato da S. Foà, *Le nuove frontiere del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Il rinvio accelerato del T.A.R. per “disapplicare” il giudicato del Consiglio di Stato*, in www.federalismi.it.

appalti pubblici: ciò configura sempre più profondamente il “procedimento ad evidenza pubblica” come un “contenitore giuridico” che incarna principi ed obiettivi multipli, ma spesso in conflitto (insanabile) tra loro. Senonché si moltiplicano le opzioni interpretative che tentano di comporre un quadro così contrastante, ma non sempre queste raggiungono il dovuto successo in punto di effettiva realizzazione degli obiettivi pubblici insieme alla tutela del mercato.

Nei paragrafi che seguono verranno analizzate l'impostazione della selezione qualitativa degli operatori economici, nonché le conseguenze sul piano ermeneutico della struttura duale delle cause di esclusione dalle gare, suddivise tra tassative e facoltative. Inoltre, nella prospettiva di quanto propongono le future direttive di quarta generazione, sarà utile non trascurare le problematiche connesse all'istituzione di un'Autorità indipendente sul modello dell'Avcp italiana per quanto riguarda la gestione delle informazioni e l'adozione di sanzioni nei confronti degli operatori economici⁶⁴.

4.2 I requisiti soggettivi di ordine morale–professionale: considerazioni generali.

Secondo la dottrina⁶⁵, *i requisiti di ordine generale (requisiti soggettivi) consentono di escludere determinati operatori economici in ragione della loro situazione personale*. Sarebbe meglio dire “situazione generale” del soggetto economico che richiede di partecipare ad una gara pubblica: da questo punto di vista si includono le condizioni personali degli individui-persone fisiche che rappresentano l'azienda, ma anche le dotazioni organizzative e finanziarie del soggetto giuridico “impresa”, nelle forme individuali, collettive o associate. Come premesso, infatti, la situazione personale del candidato o dell'offerente mira a tracciarne un profilo di solidità e capacità ai fini della futura realizzazione delle prestazioni da dedurre nel contratto aggiudicato.

In proposito, occorre anche precisare che nel caso di requisiti soggettivi come quelli indicati all'art. 38, il principio di *favor* per la partecipazione, esteso fino a rendere l'avvalimento un istituto di portata generale, ha come limite giuridicamente invalicabile l'infungibilità degli stessi⁶⁶. Ciò significa che nel caso di operatori economici collettivi⁶⁷ i requisiti non sono cumulabili, bensì devono essere presenti in capo a ciascun componente. Viceversa, ove ne manchi il possesso, a questo non può sopperirsi ricorrendo all'avvalimento: i requisiti di ordine generale sono legati al soggetto e non all'impresa, pertanto non possono costituire oggetto di prestazione da dedurre nel contratto di avvalimento.

⁶⁴ Alcune delle disfunzionalità analizzate in questa sede trovano puntuale conferma in P. De Pasquale, *Diritto dell'Unione europea e procedimenti davanti alle autorità indipendenti: i principi*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, 01, p. 73.

⁶⁵ R. Caranta, *I contratti pubblici*, II ed., Giappichelli, Torino, 2012.

⁶⁶ Cons. Stato, V sez., sent. 5 novembre 2012, n. 5595.

⁶⁷ P. Adami, *Requisiti cumulabili e requisiti non frazionabili*, nota a sentenza Tar – Puglia, Bari, I sez., 24 gennaio 2013, n. 81, in *Giur. merito*, 2013, 4, p. 900. Il bilanciamento tra apertura alla concorrenza e possibili forme di elusione delle normative di settore si rintraccia, ad esempio, nella previsione di requisiti minimi non frazionabili e non cumulabili che tutti gli associati devono possedere singolarmente per partecipare ad una pubblica gara di appalto. La giurisprudenza ha ben chiarito il diverso significato e la *ratio* che anima la differenza tra requisiti frazionabili e cumulabili.

Limitando l'analisi ai soli requisiti "moralì"⁶⁸, bisogna osservare come l'introduzione delle direttive europee e la sistematizzazione realizzata dal Codice De Lise abbiano prodotto la cd "merlonizzazione" delle cause di esclusione⁶⁹: essendo la Legge sui lavori pubblici l'antecedente logico e cronologico del Codice, è accaduto che tali norme sono state trasposte dal settore dei lavori ed estese all'intero comparto dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, unificando le pregresse disposizioni.

Questa precisazione non ha solo una valenza storica sulle origini dell'attuale art. 38 del Codice appalti: essa spiega perché molte disposizioni non trovino un corrispettivo nell'omologo diritto europeo e presentino, invece, un forte connotato di ordine pubblico (di carattere tipicamente italiano). Esse scontano un'emanazione improntata al rigore e alla forte necessità di salvaguardare il settore dei lavori pubblici in Italia, da sempre permeabile all'infiltrazione criminale.

Ciò che qui interessa sottolineare è la questione di compatibilità con il diverso diritto europeo, soprattutto in ottica evolutiva, ovvero con riguardo alle più volte ricordate direttive di quarta generazione.

Da una prospettiva squisitamente dogmatica, la dottrina che ha commentato l'art. 45 della Direttiva europea, così come il nostrano art. 38, ne ha qualificato la struttura in termini duali, distinguendo – come dal tenore letterale delle norme – cause di esclusione tassative e cause facoltative. Alla prima categoria, altra dottrina⁷⁰ ha attribuito il carattere della "oggettività", ovvero cause di esclusione fondate sull'accertamento oggettivo di alcuni fatti. Ciò differenzia i margini di discrezionalità che residuano in capo alla stazione appaltante. Si presentano, dunque, come obbligatorie quelle cause di esclusione che l'amministrazione può solo accertare o verificare: l'esistenza o meno di certe condizioni determina l'esclusione o la permanenza in gara. Le norme si presentano vincolanti poiché impongono l'obbligo di esclusione al ricorrere di tassative e ben individuate ipotesi.

Al contrario, nel caso di fattispecie per le quali l'esclusione è facoltativa, residua in capo alle amministrazioni aggiudicatrici l'esercizio di un potere discrezionale di valutazione circa gli elementi di fatto emersi durante il procedimento.

Già in sede introduttiva di tale struttura bipartita si avvertiva come anche le cause obbligatorie di esclusione potessero conoscere deroghe determinate da esigenze imperative. Con riferimento alle cause facoltative, poi, si temeva lo sviluppo di regimi differenti nei vari Stati membri, ancorché le fattispecie fossero di estrema rilevanza. Altra problematica collaterale riguarda il perimetro applicativo del regime giuridico sui requisiti soggettivi, essendo esteso integralmente anche agli appalti "sotto-soglia".

Constatando, infatti, l'esistenza di norme nazionali ulteriori che non hanno realizzato una pedissequa traduzione delle norme comunitarie, bensì le hanno specificate ed integrate, si è posto in giurisprudenza il problema della compatibilità tra le suddette norme. In linea generale, si è giunti ad affermare che debbono in ogni caso essere rispettati i canoni di proporzionalità e di non eccessivo aggravio del

⁶⁸ R. Greco, *Le cause soggettive di esclusione*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di R. Garofoli – M.A. Sandulli, Giuffrè ed., 2005.

⁶⁹ E. Feresin, *Le cause di esclusione negli appalti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2011. Per un'ampia ricostruzione della disciplina previgente e degli ultimi orientamenti giurisprudenziali, cfr. E. Munno, *L'ambito di applicazione dell'art. 38 del D. Legis. N. 163/2006: il recente orientamento del Consiglio di Stato*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2011, 7-8, p. 638.

⁷⁰ R. Caranta, *I contratti ...*, cit..

procedimento, pur salvaguardando la trasparenza, la *par condicio* e la non distorsione della concorrenza.

In questo senso, *la stazione appaltante per dare attuazione al principio di proporzionalità è tenuta ad assumere tutti gli elementi, di fatto e di diritto, necessari per attribuire fondamento alla propria decisione di esclusione del concorrente*⁷¹.

La normativa nazionale struttura la norma sulle cause di esclusione con modalità più rigide rispetto a quelle della corrispondente normativa comunitaria. L'incipit dell'art. 38 in commento [...] lascia trasparire la scelta maggiormente rigoristica compiuta dal legislatore interno. Tale scelta è stata attribuita dalla dottrina e dalla giurisprudenza all'opzione disponibile per il Legislatore nazionale di disciplinare in maniera diretta e dettagliata il settore delle cause di esclusione, anche per rimarcare con forza il principio che per accedere ad un contratto con la p.a. occorrono precisi requisiti di idoneità morale, tecnica e professionale, che avvalorano un giudizio di affidabilità dell'operatore economico.

Se, tuttavia, sul piano teorico questa ricostruzione non incontra particolari ostacoli, si deve dire che nel concreto sono state individuate alcune discrasie e sensibili differenze tra il testo normativo europeo sui requisiti soggettivi e l'omologa norma recepita dall'ordinamento italiano all'articolo 38 del Codice dei contratti.

4.3 Le conseguenze della bipartizione in cause di esclusione tassative e facoltative.

Rispetto a quanto illustrato in precedenza, quindi, occorre tener presente il sistema binario in base al quale vi sono cause tipiche (*rectius*, tassative) di esclusione e cause facoltative per le quali, invece, si ri-espandono poteri valutativi discrezionali in capo alla stazione appaltante (v. sez. II). Inoltre, è emerso che il Legislatore italiano non ha meramente trasposto nel Codice dei contratti pubblici il dettato delle direttive comunitarie, bensì ha integrato la disciplina con ulteriori ipotesi e ha dettagliato le procedure da seguire.

Com'è noto, su questa discrasia si è abbondantemente dibattuto circa la non sempre sostenibile conformità/ compatibilità di tale norma con la cornice giuridica fornita dalle direttive comunitarie in materia.

Quanto alle cause di esclusione obbligatorie, queste possono essere sintetizzate come segue:

- stato di fallimento, liquidazione coatta, concordato preventivo, ovvero situazioni che impediscono di ritenere solida la consistenza economica dell'impresa;
- pendenza di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione. Sin dalle prime fasi del procedimento, infatti, segue la sanzione accessoria dell'incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione;
- condanne penali per reati gravi e per reati incidenti sulla moralità professionale;
- mancato rispetto del divieto di intestazione fiduciaria;
- infrazioni accertate per quanto riguarda:
 - o obblighi di sicurezza sul lavoro;
 - o regolarità fiscale e tributaria;
 - o regolarità contributiva e previdenziale;

⁷¹ E. Feresin, *Le cause ...*, cit..

- iscrizione nel casellario informatico presso l’Autorità di vigilanza a titolo di sanzione interdittiva o annotazione per aver presentato falsa documentazione o false dichiarazioni in altre gare;
- omessa denuncia di estorsione e concussione aggravata;
- situazione di controllo effettivo nei confronti di altre imprese partecipanti.

Si escludono da questa sede, rimandando alla successiva sezione di approfondimento, le questioni attinenti agli episodi di negligenza, malafede ed errore professionale.

Come si evince dal secondo comma dell’art. 38, l’attestazione delle sopraelencate situazioni rilevanti viene effettuata attraverso una dichiarazione sostitutiva presentata dall’operatore economico per tutti i soggetti “rilevanti”⁷², ovvero dotati di potere di rappresentanza e decisione nell’ambito aziendale.

Tutte le modifiche apportate al comma 2 hanno inteso risolvere per via legislativa alcune delle incertezze emerse in sede applicativa circa la definizione delle “violazioni gravi e definitivamente accertate” e dei reati per i quali vi è obbligo di notificare l’amministrazione, sottraendo margini di valutazione tanto alle imprese (non libere di selezionare le informazioni da fornire), quanto alle stazioni appaltanti.

Ciò nonostante, non può affatto ritenersi risolto il problema del contrasto giurisprudenziale (approccio formalistico vs approccio sostanzialistico⁷³) esistente in rapporto alle eventuali omissioni o false dichiarazioni emerse nella fase di accertamento condotta dall’amministrazione appaltante.

Il caso che s’intende esaminare in questa sede riguarda le conseguenze del provvedimento di esclusione dalla (singola) gara⁷⁴, in rapporto alla tutela processuale e alle ulteriori sanzioni che ne possono scaturire in sede di segnalazione all’Autorità di vigilanza.

4.3.1 In particolare – Formalismo vs sostanzialismo.

Ancora in via preliminare, si deve precisare che, secondo i più recenti approdi giurisprudenziali, non risulta estensibile al caso di omessa allegazione della documentazione il potere/ dovere di soccorso in capo alla stazione appaltante, poiché questo è limitato esclusivamente al “*completamento di documenti e dichiarazioni che siano stati presentati*”⁷⁵. Più precisamente, si deve differenziare il tenore dei bandi di gara tra quelli che richiedono genericamente il possesso dei requisiti ex art. 38 e quelli che comminano espressamente la pena dell’esclusione dalla gara⁷⁶. Di questa

⁷² Una sintesi dell’evoluzione giurisprudenziale, con elementi critici e prospettive future si trova in G. A. Benacchio – M. Cozzio, (a cura di), *Gli appalti ...*, cit..

⁷³ Cons. Stato, VI sez., sent. 22 febbraio 2010, n. 1017. *A norma dell’art. 38 d.lgs. n. 163/2006 è oggetto di sanzione unicamente il mendacio idoneo, in chiave funzionale, ad influenzare il dipanarsi della procedura competitiva; un falso innocuo, privo cioè di qualsivoglia offensività rispetto agli interessi presidiati dalle regole che governano la procedura di evidenza pubblica, non è sanzionabile con l’esclusione.*

⁷⁴ F. Saitta, *Gare pubbliche e doppie impugnative, facoltative e non: un quadro giurisprudenziale non sempre coerente*, in Foro amm. CDS, 2012, 12, p. 3165. Lo studio affronta la tematica rilevante, qui solo collaterale, dell’onere di impugnazione del provvedimento di esclusione all’interno della “catena procedimentale” per l’affidamento del contratto, nonché dei rapporti tra illegittimità caducante e viziante sugli atti presupposti appartenenti alla medesima serie procedimentale.

⁷⁵ Cons. Stato, III sez., sent. 02 luglio 2013, n. 3550.

⁷⁶ Con riferimento alla *lex* di gara che non sanziona esplicitamente l’omissione documentale con l’esclusione dalla procedura, cfr., Cons. Stato, VI sez., sent. 21 gennaio 2013, n. 311. Viceversa, circa

distinzione v'è traccia in alcune pronunce del giudice amministrativo, anche se essa sembra implicitamente superata dalla considerazione per cui, nel caso di omissione, tale *“inosservanza, pur non sanzionata espressamente con l'esclusione, la implica in quanto risponde all'interesse della stazione appaltante alla speditezza nello svolgimento della gara e alla tutela della parità di trattamento tra i concorrenti”*⁷⁷. Del resto, facendo leva sul carattere imperativo delle prescrizioni ex art. 38, non v'è margine per previsioni del bando che siano difformi o generiche, attesa la eterointegrazione della *lex specialis* con le disposizioni appena menzionate. In conclusione, nessuno spazio⁷⁸ residua per un'applicazione dell'art. 46, inerente il potere/ dovere di soccorso istruttorio, anch'esso appena novellato nel 2011.

In effetti, a voler applicare l'indirizzo giurisprudenziale appena menzionato, si dovrebbe concludere che l'omessa presentazione della documentazione comprovante il possesso dei requisiti ex art. 38 non è mai sanabile e non integra in nessun caso un falso innocuo passibile di regolarizzazione sulla base del potere di soccorso dell'amministrazione. Ne consegue che l'esclusione dalla gara nel corso della quale si verifica l'omissione diventa in sostanza un atto dovuto da parte della stazione appaltante: si crea una sorta di automatismo che spoglia la stazione appaltante del potere di valutare in concreto le ragioni dell'omissione e che risulta puntualmente confermato dalla giurisprudenza amministrativa. La citata sentenza del Consiglio di Stato è, tuttavia, pletorica in un punto: non occorre distinguere tra omissione e falsità documentale, atteso che si tratta comunque di violazione di norme imperative che non ammettono sanatoria. Per questa via, infatti, viene introdotta una *“presunzione di colpevolezza”*, basata sulla convinzione che *“nelle procedure di evidenza pubblica la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire in conformità al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità (nel quale si inquadrano le esigenze di ordinato svolgimento della gara e di trasparenza), in quanto consente la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara; pertanto, una dichiarazione inaffidabile (perché falsa o, come nel caso qui in trattazione, incompleta) deve considerarsi di per sé stessa lesiva degli interessi tutelati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti “sostanzialmente” di partecipare alla gara. Alla stregua di ciò, è stato affermato che “nel diritto degli appalti occorre poter fare affidamento su una dichiarazione idonea a far assumere tempestivamente alla stazione appaltante le necessarie determinazioni in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara o alla sua esclusione”, onde “la dichiarazione ex articolo 38 (...) è sempre utile perché l'amministrazione sulla base di quella può/deve decidere la legittima ammissione alla gara e conseguentemente la sua difformità dal vero o la sua incompletezza non possono essere sanate (...)”*⁷⁹.

l'insanabilità delle omissioni espressamente sanzionate con l'esclusione dalla gara, cfr. ancora Tar – Lombardia, Milano, I sez., sent. 6 dicembre 2012, n. 2937.

⁷⁷ cfr. le due note precedenti.

⁷⁸ cfr. ancora le sopraccitate sentenze.

⁷⁹ Conformemente a tale impostazione anche Tar –Lombardia, Milano, I sez., sent. 6 dicembre 2012, n. 2937. Ivi si conferma che l'istituto della dichiarazione sostitutiva ex art. 38 poggia *non sul piano sostanziale, ma su quello procedimentale, poiché essa costituisce un indispensabile strumento di collaborazione del privato nei confronti della amministrazione consistente nel fornire alla stessa tutte le informazioni necessarie alla verifica in ordine alla sussistenza dei requisiti di partecipazione alla gara, con conseguente risparmio di tempo e risorse. Il corretto funzionamento del sistema presuppone, quindi, che le imprese partecipanti forniscano alla stazione appaltante tutti i dati sulla base dei quali essa deve poi eseguire le verifiche previste dagli artt. 38, comma 3 del D.lgs. 163 del 2006 e 43 del D.P.R. n. 445*

Ci si permette di osservare che tale ricostruzione, portata alle estreme conseguenze, come del resto si sta già verificando per effetto di un'impostazione forzatamente rigorista, dimostra una perdita della visione globale del mercato degli appalti: ritornano qui le considerazioni a suo tempo sviluppate intorno all'eccessiva fissità della separazione tra requisiti di ammissione e caratteri dell'offerta, nonché all'impossibilità di invertire le due fasi valutative. Come si ricorderà, infatti, se il primo passaggio diventa l'insuperabile *gate* dei requisiti soggettivi anche per mancanze non sostanziali, non c'è modo di giungere all'esame di offerte tecniche ed economiche dal potenziale successo.

Questo irrigidimento spinge, invero, a chiedersi se un'impresa debba essere più competente ed impeccabile in materia "burocratica", anziché nel proporre soluzioni adeguate e confacenti al proprio *core business* e – ovviamente – alle esigenze prospettate dalla stazione appaltante.

Sul punto, la riflessione attorno al tema di cui ci si occupa e la stessa riforma scontano il peso concettuale della deriva subita dal principio della par condicio competitorum e dalla perdita di centralità, in seno alle procedure di pubblica evidenza, dell'interesse pubblico a favorire l'emersione delle offerte qualitativamente migliori. La par condicio competitorum, infatti, è stata fin troppo spesso intesa, non solo come garanzia di pari condizioni di competizione (mediante, ad esempio, la piena trasparenza e la parità di accesso alle informazioni per la costruzione dell'offerta), ma, anche, come esasperato confronto sul rito dell'evidenza pubblica. In quest'ottica, è apparso coerente ritenere irrecuperabili offerte manchevoli di questa o quella cauzione, di una o più delle dichiarazioni di avalimento, di alcuna delle rappresentazioni dell'art. 38 o del documento di identità. In quale misura questa prospettiva abbia danneggiato il pubblico interesse ad avvalersi di imprese tecnicamente inappuntabili ed economicamente competitive, non è forse possibile stimare. Se, viceversa, si riporta al centro della nozione di gara il confronto sulla qualità dei contenuti, allora l'istituto del soccorso istruttorio da strumento da usare con parsimonia assume valenza sistematicamente centrale e l'adozione di misure di esclusione finisce per perdere sia pur implicite connotazioni afflittive, per operare quale estrema ratio, al fronte del fallimento del tentativo di garantire la massima apertura della gara alla concorrenza⁸⁰.

La miopia di questa esasperata applicazione della norma tradisce in pieno lo spirito che sta animando la riscrittura delle direttive europee in materia: l'Unione Europea si dimostra consapevole, ben più di quanto faccia l'Italia, del danno economico procurato dall'esclusione di un'impresa da una gara d'appalto (e, a maggior ragione, anche per quelle future) e tenta di limitarne le cause, di renderle flessibili (quasi "negoziabili") e ancorate a parametri molto alti di colpevolezza.

4.3.2. In particolare – La novella legislativa del 2011.

Prima della novella legislativa introdotta dal D.L. n. 70 del 13 maggio 2011, convertito con modifiche dalla Legge n. 106 del 12 luglio 2011, l'esclusione disposta dalla stazione appaltante per mancanza dei requisiti ex art. 38, ovvero per omessa o falsa dichiarazione/ documentazione, non era obbligatoriamente segnalata all'Authority.

del 2000. E, pertanto, un corredo informativo lacunoso comporta il pericolo che la p.a. non esegua tutti gli accertamenti dovuti e stipuli il contratto con soggetti privi dei prescritti requisiti.

⁸⁰ B. Giliberti, *La tassatività della clausole di esclusione. L'art. 46, comma 1-bis D. Lg. 16 aprile 2006 n. 163: bilancio di una riforma*, Foro Amm. Tar, n. 3, 2013.

Sul punto si era già aperto un dibattito giurisprudenziale⁸¹ che in via pretoria – ma sulla scorta di considerazioni sistematiche – propendeva per una segnalazione anche ex art. 38. Il contrasto emerso in giurisprudenza riguardava l’obbligatorietà della segnalazione da inviare all’Avcp, giusto quanto disposto ex art. 48 del Codice appalti: si riteneva, infatti, che, nel caso di accertamento negativo sui requisiti ex art. 38, non si dovesse dar luogo all’inoltro della comunicazione nei confronti dell’Avcp, limitandosi esclusivamente a tale adempimento nel caso di carenza dei requisiti speciali (tecnico-organizzativi ed economico-finanziari, giusto il disposto degli artt. 39 e 40). Non sembra comunque il caso di indugiare oltre sulla questione, dacché essa è stata risolta per legge con l’introduzione del comma 1-ter all’interno del dettato normativo dell’articolo 38.

Dopo la novella, dunque, il comma 1-ter aggiunto all’art. 38 prevede che: *“In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all’Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l’iscrizione nel casellario informatico ai fini dell’esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1, lettera h), fino ad un anno, decorso il quale l’iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia”*.

Eliminate tutte le incertezze, oggi la segnalazione riguarda anche la mancanza dei requisiti di ordine generale-morale, determinata da falsa dichiarazione o falsa documentazione. In concreto, dunque, la stazione appaltante svolge le verifiche e i suoi accertamenti: ove rilevi il mancato possesso dei requisiti soggettivi, determinato da false dichiarazioni o falsa documentazione, ma a prescindere dall’indagine sull’elemento psicologico del partecipante, procede all’esclusione dalla gara in corso e invia una segnalazione all’Avcp.

Innanzi all’Autorità si apre un altro procedimento (disciplinato dal *“Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell’Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture di cui all’articolo 8, comma 4, del D. Lgs. 163/2006”*, del 21 ottobre 2010) per valutare il *quantum* di dolo o colpa grave connesso alla violazione segnalata dalla stazione appaltante. All’esito di questa delibazione, l’Autorità può decidere di adottare la sanzione accessoria dell’iscrizione nel proprio casellario informatico e disporre l’esclusione dell’operatore economico dalle future gare fino ad un anno decorrente dall’iscrizione medesima.

Come puntualmente rilevato⁸², il Codice dei contratti pubblici è sovente sottoposto a modifiche legislative e riforme incisive che risolvono contrasti giurisprudenziali o specificano meglio la casistica applicativa che si sia rivelata problematica. In particolare, per quanto di nostro interesse, l’*intentio legis* delle modifiche apportate alle cause di esclusione per falsa documentazione va rinvenuta nel tentativo di “adeguare la disposizione al diritto comunitario che esige che le false dichiarazioni, per comportare l’esclusione, siano imputabili a colpa grave o dolo”, il cui accertamento è rimesso all’Autorità di vigilanza per le (eventuali) ulteriori sanzioni interdittive dalle pubbliche gare. Occorre precisare che, in realtà, la norma ha inteso

⁸¹ M. Gentile, *Segnalazione all’Autorità anche in caso di accertamento negativo dei requisiti generali*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 4, 2013, p. 462.

⁸² G. Guzzo, *Appalti pubblici. Disciplina, procedura e nuovi profili processuali*, Giuffrè, Milano, 2013.

porre un correttivo alla macroscopica difformità del diritto nazionale⁸³ rispetto all'omologa norma europea: l'art. 45 della direttiva 18/2004/CE, infatti, commina l'escludibilità degli operatori economici dalle pubbliche gare per i soli fatti che intervengano con dolo o colpa grave, innalzando così la soglia di colpevolezza necessaria per disporre un provvedimento di esclusione, lesivo e limitante per le imprese, ma anche per il mercato degli appalti in generale.

Invero, la *ratio* della norma europea alla quale il diritto interno tenta (tardivamente) di adattarsi, ammettendo per inciso la propria precedente difformità, è ispirata a criteri di proporzionalità e apertura alla valutazione delle giustificazioni addotte dai partecipanti.

Secondo l'ordinamento italiano così configurato, ed in virtù dell'orientamento giurisprudenziale ultra-formalista che si sta consolidando, l'omissione di documentazione, equiparata ad una "falsa dichiarazione", determina *ipso facto* l'esclusione dalla gara in corso e va posta al vaglio dell'Avcp per l'accertamento dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave⁸⁴. In sede di primo commento della novella, si prefigurava qualche profilo di disfunzionalità della norma, la quale si è puntualmente riverberata sulle risultanze del rispettivo contenzioso. In particolare, si è correttamente sostenuto che *la soluzione suggerita dal Legislatore del 2011 sembrerebbe essere la seguente: da un lato abbracciare un'impostazione formalistica che precluda al soggetto dichiarante ogni tipo di autovalutazione sul possesso dei requisiti [...], dall'altro, graduare l'applicazione della pesante sanzione dell'iscrizione al Casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara per un periodo di un anno, lasciando all'Autorità la scelta, parametrata sulla sussistenza di dolo o colpa grave, ed assunta in contraddittorio, sulla sua irrogazione. Se ne dedurrebbe, quindi, che ogni omissione o incompletezza, anche minima, delle dichiarazioni attinenti i requisiti generali di partecipazione, sia comunque in grado, secondo questa ricostruzione, di determinare l'esclusione.*

Secondo la giurisprudenza⁸⁵ che incidentalmente ha proposto la prima interpretazione della norma in questione, risulta che la novella legislativa ha modificato *la natura dei poteri di verifica dell'Autorità mediante una chiara e netta differenziazione tra requisiti di partecipazione alle procedure di gara e presupposti richiesti ai fini dell'iscrizione nel casellario informatico.*

⁸³ F. Aperio Bella, *Riflessioni sul requisito di "moralità professionale": vecchi dubbi e nuove soluzioni alla luce del "decreto sviluppo" n. 70 del 2011, convertito nella L. n. 106 del 2011*, in Foro Amm. Tar, 2011, 10. Ivi si sostiene che *era stato posto in rilievo che l'iscrizione automatica nel casellario a seguito della segnalazione della stazione appaltante, quasi a voler fare dell'Autorità una mera "cassa di risonanza" di quanto rilevato in sede di gara, senza un minimo di contraddittorio con l'impresa partecipante, si sarebbe posta in contrasto con i principi di diritto comunitario applicabile e, segnatamente, con il principio di proporzionalità.*

⁸⁴ Con riferimento agli ultimi dati disponibili, si deve concludere che l'attività dell'Avcp è piuttosto consistente: nella relazione relativa all'anno 2012, si riferisce che *sono stati istruiti più di 110 procedimenti che hanno condotto all'iscrizione nel casellario informatico di imprese che hanno presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini della qualificazione, con dolo o colpa grave* [si tratta del procedimento sanzionatorio nei confronti delle imprese che richiedono la qualificazione rilasciata dalle SOA]. Con riferimento all'applicazione del comma 1-ter, invece, *l'intensa attività sanzionatoria nei confronti delle imprese che nel 2012 hanno reso false dichiarazioni in sede di gara in ordine ai requisiti di partecipazione, è stata esercitata su impulso di segnalazioni da parte delle stazioni appaltanti: 1065 relative ad affidamenti di lavori e 590 relative ad affidamenti di servizi e forniture.*

⁸⁵ Cons. Stato, VI sez., sent. 29 maggio 2012, n. 3200.

Sennonché, la scissione operata dalla novella tra il soggetto che rileva il difetto (stazione appaltante) ed il soggetto che ne valuta la gravità ed il grado di confidenza rispetto a quella procedura originaria, confligge pesantemente con l'impostazione rigorista da ultimo maturata in seno al Consiglio di Stato. Infatti, se il vaglio condotto dall'Autorità deponesse per un'archiviazione del caso senza irrogare la sanzione interdittiva, ciò riaprirebbe spazi argomentativi per un'eventuale contestazione circa il provvedimento di esclusione. Non si deve dimenticare che nel nostro ordinamento il precedente giurisprudenziale non è vincolante: rimarrà insopprimibile quella quota – ancorché minoritaria – di collegi giudicanti favorevoli ad una visione più sostanzialista dell'intera vicenda.

In conclusione, risulta quantomeno opinabile lo spostamento della valutazione circa *la rilevanza e la gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o falsa documentazione* dalla stazione appaltante all'Autorità di Vigilanza, predicando così lo sganciamento tra singola procedura di gara in corso ed eventuale sanzione pro-futuro. In altre parole, non è chiaro come questa impostazione possa realizzare l'obiettivo di deflazione del contenzioso e di accelerazione delle procedure, senza intaccare pesantemente la reale efficienza dell'intero ciclo procedimentale. Né risulta scalfita la teoria del "doppio contenzioso" sviluppata poco più avanti, attesa la natura di provvedimento amministrativo tanto dell'esclusione, quanto della sanzione accessoria.

4.3.3 In particolare – I problemi processuali e l'ordinanza di rinvio del Tar – Lombardia.

Quanto ai profili di tutela giurisdizionale, occorre riflettere sullo scenario evolutivo che si sta aprendo per effetto incrociato degli indirizzi formalistici sempre più rilevanti adottati dal Consiglio di Stato e dalla nuova disciplina dettata dal codice del processo amministrativo circa il rito sugli appalti.

Una pronuncia⁸⁶ della fine del 2010 ha prospettato una serie di questioni rilevanti. In particolare, in essa si sosteneva la non estensibilità dell'obbligo di segnalazione all'Avcp in caso di riscontrato difetto dei requisiti generali, giusto quanto ancora non disciplinato dal successivo D.L. 70/2011. Inoltre, i motivi aggiunti d'impugnazione innestati sul ricorso principale proposto contro l'esclusione da una gara erano ritenuti ammissibili *per la parte concernente il provvedimento dell'Autorità di Vigilanza, atteso che la determinazione impugnata, pur essendo stata emessa da un'Autorità diversa dalla resistente Agenzia, s'innesta in un procedimento distinto, ma connesso rispetto a quelli oggetto dell'odierna controversia.*

Le conseguenze applicative della novella del 2011 hanno completamente scardinato le precedenti conclusioni circa l'obbligo di segnalazione anche per l'art. 38, ma altresì per la non più automatica iscrizione nel casellario informatico dell'Autorità a seguito di segnalazione da parte della stazione appaltante.

Scendendo nel dettaglio, occorre ulteriormente distinguere le segnalazioni che la stazione appaltante è obbligata ad effettuare nei confronti dell'Avcp ed altre fonti informative per l'Autorità. Vi sono, poi, le iscrizioni nel casellario informatico dell'Avcp, inserite a titolo di mera notizia utile oppure a titolo di sanzione per l'esclusione dalle future gare.

⁸⁶ Tar – Emilia Romagna, Bologna, sez. I, sent. 10 dicembre 2010, n. 8108.

Queste distinzioni, infatti, soggiacciono a regimi giuridici parzialmente diversi in punto di obbligatorietà e valutazione discrezionale, ma anche in termini di autonoma capacità lesiva e motivazione del provvedimento. Alcuni spunti giurisprudenziali possono contribuire a chiarire le precedenti sfumature, anche alla luce delle più volte ricordate modifiche legislative del 2011.

L'iscrizione di informazioni rilevanti sul casellario informatico è disposta innanzi tutto a titolo di pubblicità-notizia nei confronti di tutte le altre stazioni appaltanti: questa informazione deve, tuttavia, caratterizzarsi per la propria rilevanza ed utilità, nonché per l'esplicita dicitura che essa non comporta in nessun caso l'esclusione automatica dalle future gare. Come correttamente sostenuto⁸⁷, l'annotazione, *incidendo comunque in maniera mai "indolore" nella vita dell'impresa, anche nella forma che non prevede l'automatica esclusione o la conseguente interdizione dalle gare pubbliche, perché comunque rilevante sia sotto il profilo dell' "immagine" sia sotto quello dell'aggravamento della partecipazione a selezioni pubbliche*, deve sempre essere adeguatamente motivata e limitata alle situazioni strettamente necessarie (*rectius*, utili) come prevede la norma.

Con riferimento alla medesima fattispecie di annotazione, si ritiene in giurisprudenza che il provvedimento di segnalazione inviato dalla stazione appaltante non abbia portata lesiva⁸⁸, bensì costituisca semplicemente un atto propulsivo di altro procedimento innanzi all'Autorità di vigilanza. Al contrario, tale segnalazione ben può integrare un atto equipollente alla comunicazione di avvio del procedimento⁸⁹.

Nel caso diverso⁹⁰ di falsa dichiarazione o falsa documentazione, il fatto oggettivo del difetto di veridicità viene rilevato dalla stazione appaltante e segnalato all'Avcp, ma quest'ultima deve procedere ad autonomo avviso di avvio del procedimento e condurre l'apposita istruttoria per l'accertamento dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave. Come recentemente confermato⁹¹, i tempi previsti dal Regolamento Avcp che disciplina il suo potere sanzionatorio riguardano un termine perentorio di 90 giorni (dalla completezza della segnalazione) entro cui comunicare l'avvio del procedimento ai soggetti interessati ed un termine non superiore

⁸⁷ Tar – Lazio, Roma, sez. III, sent. 29 marzo 2013, n. 3233. *In sostanza, in assenza del richiamo a normativa che imponeva l'annotazione quale "atto dovuto" ma, anzi, in considerazione del richiamo alla discrezionalità di cui all'art. 8, comma 4, ultima parte, D.P.R. n. 207 del 2010 contenuto nel provvedimento impugnato nonché alla luce della peculiarità della fattispecie, che ha visto indubbiamente parte attiva la ricorrente nel lenire immediatamente le conseguenze della sopravvenuta patologia della fornitura, l'AVCP avrebbe dovuto approfondire l'istruttoria sulle eventuali ragioni di "gravità" e imputabilità alla ricorrente della patologia suddetta e motivare di conseguenza in ordine alla ritenuta "utilità" dell'annotazione, comportante comunque disagi per l'impresa, come dalla stessa confermato nella sua memoria per l'udienza pubblica.*

⁸⁸ Cons. Stato, V sez., sent. 06 marzo 2013, n. 1370. *La segnalazione all'Autorità di vigilanza dell'esclusione di un'impresa da una gara non produce direttamente un effetto lesivo, ma costituisce l'atto di promovimento di un procedimento in contraddittorio.*

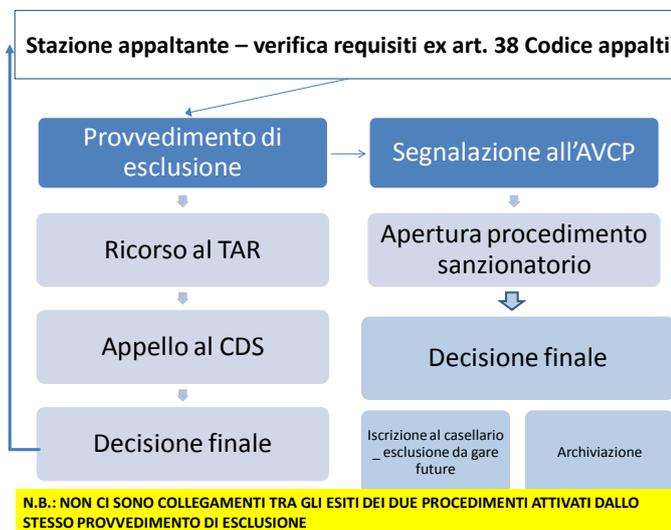
⁸⁹ Nella medesima occasione, cfr. nota precedente. *Nel caso di esclusione per dichiarazioni false (art. 8, comma 2, lett. s) del D.P.R. n. 207 del 2010), è l'Autorità stessa che comunica all'impresa l'avviso di procedimento ai fini dell'iscrizione nel Casellario informatico e dell'eventuale irrogazione della sanzione pecuniaria.*

⁹⁰ Ancora in tale sentenza: *nel caso di esclusione per motivi diversi dal fatto di aver reso dichiarazioni false (art. 8, comma 2, lett. r) del D.P.R. n. 207 del 2010), essa stessa costituisce avviso di procedimento che consente all'impresa di presentare all'Autorità proprie deduzioni, ad esempio circa l'avvenuta impugnazione del provvedimento di esclusione.*

⁹¹ M. Gentile, *Segnalazione ...*, cit..

ad ulteriori 180 giorni, decorrenti dalla notifica dell'avvio, per concludere il procedimento medesimo.

In sostanza, si deduce l'indipendenza dei procedimenti condotti dalla stazione appaltante e dall'Autorità di settore. I provvedimenti conclusivi, com'è noto, sono poi ricorribili in sede giurisdizionale con esiti che si possono riassumere graficamente secondo lo schema qui rappresentato:



La radice del problema afferisce alla mancanza di meccanismi di coordinamento tra le due procedure che, come si può vedere, seguono percorsi quasi acefali.

Un ulteriore elemento critico – che in parte si sovrappone a quanto già evidenziato – riguarda pure l'autonoma ricorribilità giurisdizionale del provvedimento finale sanzionatorio adottato da Avcp per difetti propri, dati dall'illegittimità riscontrata nei passaggi procedurali (*id est*, violazione del Regolamento). Questo postula un'altra forma di “sganciamento” tra la decisione iniziale della stazione appaltante, riferita alla singola gara d'appalto in corso, e la cascata di conseguenze che riverberano sull'operatore economico.

In conclusione, si avrebbe la combinazione di un contenzioso pendente avverso il provvedimento di esclusione disposto dalla stazione appaltante, insieme ad un contenzioso pendente di “secondo livello” contro la sanzione irrogata da Avcp, sempre sulla base di quel provvedimento di esclusione già sottoposto al G.A..

Quanto ai risultati dei due percorsi processuali, avremmo quattro possibili combinazioni, per le quali si rimanda all'illustrazione della pagina seguente (matrice delle conseguenze post-esclusione dalla gara d'appalto).

	SANZIONE AVCP LEGITTIMA	SANZIONE AVCP ILLEGITTIMA
ESCLUSIONE LEGITTIMA	I due giudizi confermano: -l'esclusione dalla singola gara; - la sanzione accessoria dell'esclusione dalle gare future	Se il procedimento di AVCP ha vizi autonomi che non consentono l'iscrizione nel casellario informatico, rimane confermata solo l'esclusione da una gara (disposta dalla stazione appaltante)
ESCLUSIONE ILLEGITTIMA	CASO CRITICO: l'esclusione non andava disposta, ma l'autorità conduce al termine il suo procedimento. Manca il collegamento tra la decisione del giudice e i provvedimenti di AVCP	Nessuna esclusione per l'impresa, sia nella singola gara che per il futuro.

In sostanza, la dottrina⁹² osserva che *un nodo di particolare criticità è quello dalla relazione tra il procedimento avanti l'Avcp a seguito della segnalazione del difetto dei requisiti e l'eventuale giudizio davanti al Tar. Sempre più frequentemente accade infatti che l'Autorità, in una sorta di spinta eccentrica, conduca a termine il proprio procedimento con esito negativo anche in presenza di una sentenza amministrativa che accerti l'illegittimità dell'esclusione. Non si tratta solo di una vicenda particolarmente significativa sul piano pratico, determinando una sorta di contraddizione paralizzante per l'amministrazione e l'operatore economico, ma anche di un nodo dogmatico interessante da trattare, chiamando in causa proprio il rapporto tra il provvedimento dell'Authority e l'effettività della pronuncia del giudice.* In altri termini, questa impostazione disvela in maniera inequivocabile la duplicazione del circuito giurisdizionale e risulta aggravata dalla possibilità non remota che le pronunce del Giudice e dell'Avcp siano anche di segno contrario.

Tenendo ferma tale questione come scenario di contesto, al suo fianco va integrato il problematico rapporto che coinvolge una sorta di “triade decisionale” composta da stazione appaltante, Avcp e Giudice Amministrativo (al suo interno, peraltro, ben lungi dal maturare indirizzi stabili ed univoci).

Come si può notare, quindi, i procedimenti autonomi possono produrre esiti “ibridi” e non coordinati, lunghi e paralizzanti nella procedura, ma soprattutto a rischio di non assicurare una tutela pienamente soddisfattiva per il ricorrente riconosciuto parte vincente. Si pensi, ad esempio, alle conseguenze della sanzione accessoria disposta dall'Avcp di escludere dalle future gare un operatore economico che sia presente in un mercato dinamico, dove può partecipare ad appalti multipli e nello stesso tempo. E si metta anche il caso che questa impresa partecipi tanto a titolo individuale, quanto in raggruppamento⁹³ con altre: la complessità della vicenda ed il rispettivo danno raggiungono qui il massimo livello. Com'è noto, infatti, i requisiti di ordine morale

⁹² La constatazione è del Prof. M. DUGATO – Diritto Amministrativo, Università di Bologna.

⁹³ P. Mantini, *Sussidiarietà e concorrenza nella giurisprudenza amministrativa sull'avvalimento dei requisiti imprenditoriali*, in Foro amm. TAR, 2013, 4, p. 1411. A tali affermazioni si perviene, tra l'altro, non senza incertezze ed oscillazioni giurisprudenziali che costituiscono il riflesso di antinomie tra principi giuridici comunitari parimenti operativi e meritevoli di valorizzazione.

devono essere pienamente posseduti da tutti, non essendo passibili né di frazionabilità, né di cumulabilità.

I casi ipotizzati attraverso la nostra matrice sono rinvenibili in giurisprudenza, ove si sovrappongono anche le questioni – non uniformemente risolte – derivanti dal dettato normativo del codice del processo amministrativo.

In particolare, si possono sostenere due visioni riguardo alla competenza giurisdizionale sul provvedimento di iscrizione nel casellario informatico da parte dell'Avcp delle esclusioni segnalate dalle stazioni appaltanti. Una prima lettura degli articoli 14 e 135 c.p.a. postulerebbe la competenza del Tar periferico ove ha sede la stazione appaltante secondo l'ordinario criterio territoriale per i provvedimenti di esclusione. In seguito, sarebbe funzionalmente competente il Tar – Lazio, sede di Roma, per tutti gli atti e i provvedimenti (anche sanzionatori) adottati dall'Avcp sulla base delle segnalazioni ricevute dalla stazione appaltante. Tale impostazione si inverte molto frequentemente, oltre ad essere una delle argomentazioni privilegiate con cui la difesa erariale eccepisce l'incompetenza dei Tar aditi dai ricorrenti che impugnano per motivi aggiunti anche i provvedimenti *medio tempore* adottati dall'Avcp.

Da tale visione discende un'agevole spiegazione della nuova “fisionomia” ultimamente assunta dal contenzioso su questo tema: si osserva frequentemente la rinuncia da parte delle imprese a coltivare il ricorso contro l'esclusione dalla singola gara, per dedicarsi alla controversia sul ben più afflittivo (eventuale) provvedimento sanzionatorio dell'Avcp di interdizione dalle future gare.

Un'interpretazione sistematica, rispettosa dei principi di tutela effettiva e concentrazione processuale, che pone in rapporto le norme sulla competenza con il primo comma dell'art. 120, propende per la soluzione unica del Tar periferico competente per l'intera procedura di gara. Più esattamente⁹⁴:

il quadro normativo non appare chiarissimo, ad un primo esame. L'art. 135, comma 1, lett. c) c.p.a. per individuare le controversie attribuite alla competenza inderogabile del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sede di Roma, richiama (anche) il proprio art. 133, comma 1, lett. l) che elenca, tra le altre, le liti sui provvedimenti dell'Autorità. Con ciò sembrerebbe che il legislatore abbia inteso istituire una competenza funzionale del suddetto Tribunale in ordine a tutti i provvedimenti emanati da quest'ultima, e da questo trae motivazione l'eccezione di incompetenza formulata dalla difesa erariale. Tale ricostruzione appare però contraddetta dalla disposizione di cui all'art. 120, comma 1, del medesimo c.p.a. a norma del quale i provvedimenti dell'Autorità connessi ad atti di procedure di affidamento sono impugnabili unicamente mediante ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale competente - deve intendersi - sulla gara medesima. La disposizione, tratta dalla parte quarta del codice dei contratti pubblici, era stata dettata per escludere l'operatività del ricorso straordinario al Capo dello Stato nella materia e peraltro, oltre a tale conclusione, induce a ritenere che laddove nell'ambito della procedura per l'affidamento di un contratto pubblico sia stato emanato un provvedimento dell'Autorità, connesso ad un atto della procedura medesima, anch'esso debba essere gravato presso il Tribunale competente a conoscere della gara. Accedendo all'interpretazione proposta dalla difesa erariale ne seguirebbe che in tale fattispecie il ricorrente dovrebbe incardinare due distinti ricorsi, uno presso il

⁹⁴ Per primo ha affrontato la questione Tar – Toscana, Firenze, I sez., sent. 21 maggio 2011, n. 982. Di recente, confermata pienamente da Tar – Lombardia, Milano, I sez., sent. 14 giugno 2013, n. 1561.

Tribunale Regionale competente per la procedura avverso gli atti della medesima, e l'altro presso il Tribunale Regionale sedente in Roma contro un connesso provvedimento dell'Autorità. L'interpretazione non appare convincente, in primo luogo perché comporta un'abrogazione tacita dell'ultimo periodo del disposto di cui all'art. 120, comma 1, c.p.a. laddove prevede la competenza del Tribunale Amministrativo locale (anche) per i provvedimenti dell'Autorità se connessi ad atti di una procedura di affidamento. Essa inoltre obbligherebbe il ricorrente ad effettuare due distinti ricorsi nell'ambito di una vicenda giuridica unitaria, con ciò frustrando la realizzazione dei principi di concentrazione e di effettività della tutela giudiziaria che innervano la normativa processuale amministrativistica e costituiscono criteri per la sua interpretazione. Esiste comunque una contraddizione fra le due disposizioni richiamate la quale, a parere del Collegio, può essere sciolta ritenendo che sussista competenza del Tribunale Amministrativo del Lazio relativamente ai provvedimenti dell'Autorità che vengono in rilievo nell'ambito di una procedura di affidamento, ma non sono connessi ad atti della medesima. Nel caso contrario, in ossequio ai principi sopra richiamati, deve ritenersi che la competenza del Tribunale Amministrativo relativamente agli atti della procedura di gara attragga anche il connesso provvedimento dell'Autorità. Restano dubbi sulla coerenza interna di un tale sistema, posto che in tal modo opinando non è escluso che vi siano interpretazioni divergenti dei singoli tribunali amministrativi in ordine a provvedimenti dell'Autorità (connessi ad atti di gara), mentre la previsione di una competenza funzionale per una determinata materia serve proprio a garantire l'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale sulla medesima. Trattasi peraltro di questione che non assurge al livello di vizio di costituzionalità della legislazione (non sollevata peraltro da alcuna delle parti), ed attiene quindi a questioni di politica legislativa che in altra sede debbono essere risolte. Per quanto riguarda il caso di specie, si rileva che l'impugnato provvedimento dell'Autorità consegue all'emanazione della revoca dell'aggiudicazione provvisoria emessa dell'intimata Azienda Ospedaliera, e pertanto questo Tribunale si ritiene competente a conoscerlo.

Invero, questa lettura risolve in termini di *illegittimità derivata* i vizi dei provvedimenti decisi dall'Avcp sulla base di esclusioni poi rivelatesi esse stesse illegittime. La sentenza ha, dunque, effetto caducante degli atti conseguenti e il suo esito non potrebbe, pertanto, essere ignorato o disatteso dall'Avcp. Tale interpretazione si dimostra senz'altro logica e improntata ad un reale garantismo nei confronti delle imprese, ma sconta la propria natura pretoria: non essendo confortata da un chiaro dettato normativo, può essere disattesa da chi aderisca all'indirizzo opposto. Ciò si verifica nella realtà dei casi in cui la pronuncia del Tar periferico non riesca ad inficiare le autonome risultanze istruttorie condotte dall'Avcp, con il risultato che tale ultimo provvedimento rimane ricorribile solo innanzi al Tar – Lazio per questioni di competenza funzionale inderogabile, anche se dovrebbe risultare chiaro che la reiezione del ricorso principale fa cadere la censura di illegittimità derivata quanto al provvedimento dell'Autorità.

In ogni caso, comunque, si può sviluppare un autonomo contenzioso sui vizi propri di legittimità del procedimento seguito dall'Avcp. Tale sovrapposizione di giudizi è ben dimostrata nei casi⁹⁵ in cui si facciano valere innanzi al Giudice

⁹⁵ Tar – Lazio, Roma, III sez., sent. 3 aprile 2013, n. 3362.

Amministrativo quelle giustificazioni che, in fase istruttoria, non siano state richieste o vagliate dall'Avcp.

Orbene, il problema di fondo sta nell'architettura con cui è progettato il procedimento dell'Avcp: questo si conclude con un tipico provvedimento amministrativo dopo essere stato edificato secondo una diversa logica di natura para-giurisdizionale, espressamente ancorata a parametri valutativi di tipo processuale⁹⁶.

Non può ignorarsi che la ricorribilità di tali provvedimenti postula un'implicita riedizione del potere istruttorio e valutativo eventualmente non condotto correttamente dall'Autorità competente, con il conseguente interrogativo sui limiti del potere di cognizione per il Giudice.

Vi sono esempi in cui, il Collegio giudicante ha espressamente criticato l'attività dell'Avcp nei termini che seguono:

l'istruttoria avrebbe dovuto coinvolgere in maniera più diretta tutti gli interessati, quindi, e non si sarebbe dovuta limitare alle sole rilevanze derivanti da irreperibilità documentale addossata tutta all'operatore economico sanzionato. Al Collegio appare centrale la considerazione per la quale, nell'adottare provvedimenti sanzionatori rilevanti per la vita dell'impresa, come quello adottato, l'Autorità di settore deve approfondire al massimo grado la fase istruttoria, tenendo conto delle specifiche osservazioni dell'interessata e delle circostanze del caso concreto, mentre nella fattispecie in esame ciò non appare accaduto, laddove l'AVCP ha ritenuto la sussistenza di "colpa grave" nonostante l'operatore economico abbia più volte evidenziato comportamenti che inducevano a ritenere la sua buona fede nella gestione dell'intera vicenda e nonostante l'assenza di chiari riscontri documentali che facessero propendere per l'opposta tesi ritenuta invece nel provvedimento impugnato.

In conclusione, volendo riassumere quanto emerso sin qui, vi è da considerare che alla luce del nuovo codice del processo amministrativo il rito per gli appalti gode di una tempistica dimidiata per evidenti finalità acceleratorie nel giungere ad una decisione (si vedano in proposito gli articoli 119 e 120). Il testo normativo sollecita, altresì, l'obbligo di fare ricorso all'istituto dei motivi aggiunti nel caso di atti ulteriori e connessi all'oggetto dell'impugnazione principale: si tratta, tuttavia, di una fattispecie non pacificamente applicabile – sebbene la logica suggerirebbe il contrario – al caso delle sanzioni disposte dall'Avcp a seguito di segnalazione. Il codice del processo amministrativo, infatti, all'art. 135 elenca le controversie devolute alla competenza funzionale inderogabile del Tar – Lazio, sede di Roma, tra le quali sono inclusi tutti i ricorsi ex art. 133, comma 1, lettera l): in particolare, sono menzionate *le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli*

⁹⁶ Il Regolamento Avcp sull'esercizio del proprio potere sanzionatorio si autovincola nei termini seguenti: art. 9- *La quantificazione della sanzione.*

1. Per la determinazione dell'importo della sanzione e della durata dell'eventuale sospensione dalle gare, il Consiglio avrà, di regola, a riferimento i parametri contenuti nell'articolo 6, comma 8, del Codice e nella Legge 24 novembre 1991, n. 689, recante Modifiche al sistema penale, consistenti in:

- *il valore economico dell'appalto cui l'infrazione si riferisce;*
- *la gravità dell'infrazione, tra cui dolo e colpa grave;*
- *le condizioni economiche dell'operatore coinvolto;*
- *l'eventuale reiterazione di comportamenti analoghi a quelli contestati;*
- *l'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'infrazione contestata.*

inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati ... dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Dopo la novella del 2011, che ha sdoppiato l'accertamento oggettivo della falsità documentale dall'elemento soggettivo del dolo, la "fisionomia" del contenzioso è parzialmente mutata: nella realtà è più frequente osservare la rinuncia da parte dell'operatore economico a coltivare il ricorso sulla singola gara, per rivolgersi solo contro la ben più afflittiva sanzione dell'esclusione dalle future gare per un periodo fino ad un anno.

Ciò significa che potrebbe pendere un giudizio sulla legittimità della decisione iniziale di escludere un'impresa, ma tale provvedimento produce comunque degli effetti, perché ha attivato il procedimento innanzi all'Avcp: mancano disposizioni sospensive o di coordinamento che subordinino il procedimento seguito dall'Avcp agli eventuali esiti giurisdizionali sulla segnalazione che, a questo punto, diviene un atto presupposto.

La questione del "doppio contenzioso" incrocia pesantemente l'irrisolta problematica relativa al cd "falso innocuo" applicabile alle procedure ad evidenza pubblica. Il ricorso giurisdizionale contro il provvedimento di esclusione verterà senz'altro attorno al perno argomentativo dell'assenza di dolo nel rendere le dichiarazioni poi risultate non veritiere secondo l'attività di verifica svolta dalla stazione appaltante. Contemporaneamente, le medesime giustificazioni verranno addotte innanzi all'Avcp durante la fase istruttoria del procedimento sanzionatorio: in questo caso, per espresso dettato normativo, l'indagine sarà svolta con riguardo ai profili di dolo o colpa grave con cui sono state rese le dichiarazioni contestate.

Da quanto precede, è possibile ricavare una serie di allarmanti consapevolezze: in primo luogo, né il Codice dei contratti pubblici, né il Codice del processo amministrativo, come fonti primarie della legislazione in materia, hanno preso in considerazione le ipotesi sopra accennate e non hanno disciplinato alcuna forma di coordinamento tra i diversi esiti processuali.

D'altro canto, risulta che neppure l'Avcp, con il suo potere regolamentare, ha approfondito la questione, approntando dei rimedi pratici per ovviare alle situazioni paradossali che si determinano a causa della sovrapposizione di procedimenti. Come è emerso, infatti, la natura di provvedimento amministrativo tanto della decisione di escludere, quanto di iscrivere nel casellario informatico, determinano lo sviluppo di due giudizi sempre innanzi al Giudice amministrativo.

Sembrano giungere a maturazione le prime consapevoli circa le problematiche appena evidenziate, le quali dimostrano altresì un avvicinamento alle prospettive europee trasposte nelle direttive di quarta generazione. In sede di segnalazione al Governo, nelle more del processo di conversione in legge con modifiche del recente D.L. n. 69 del 2013, l'Autorità di Vigilanza ha posto in rilievo che occorre prevedere misure che, con l'intento di favorire la partecipazione alle gare, sanciscano il necessario potenziamento dell'istituto del soccorso istruttorio di cui all'art. 46 del Codice⁹⁷.

⁹⁷ Segnalazione dell'Avcp n. 2 del 4 luglio 2013. *Nonostante il recente intervento normativo operato sull'art. 46 del Codice, cui è stato aggiunto, dall'art. 4, comma 2, lett. d), n. 2), D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla L. 12 luglio 2011, n. 106, il comma 1-bis, la linea di demarcazione tra esercizio legittimo e non legittimo del soccorso istruttorio, in riferimento al rispetto della par condicio e del limite degli elementi essenziali, non sempre è agevolmente tracciabile, con le conseguenze in termini di contenzioso che ne derivano. In proposito, può rilevarsi che altri ordinamenti hanno effettuato scelte differenti, in sostanza riconducibili alla netta scissione tra fase di gara (nella quale continuano a valere le esigenze espresse di immodificabilità degli elementi essenziali) ed una fase*

Coerentemente, dunque, si dovrebbe flessibilizzare il percorso procedimentale, prendendo come esempio l'esperienza – dimostratasi più efficace – di altri ordinamenti giuridici.

Dal punto di vista critico, è stata rilevata una perdita di visione globale del mercato degli appalti pubblici, divenuto oggi terreno elettivo di una frammentazione procedimentale iper-regolamentata⁹⁸.

Su questi spunti argomentativi ha ripreso vigore il non sopito dibattito fra sostanzialismo e formalismo, attraverso l'ordinanza⁹⁹ di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea emessa dal Tar–Lombardia e avente ad oggetto la richiesta di chiarimenti circa l'interpretazione dell'art. 38 da adottare affinché sia compatibile con il diritto comunitario. In particolare, i commentatori hanno sostenuto che *la questione giuridica attiene all'ambito applicativo delle cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti pubblici, previste dall'art. 38 del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, con particolare riguardo alle conseguenze della non corretta dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti da parte degli operatori economici ed alla correlata natura giuridica delle verifiche incumbenti sulla stazione appaltante.*

I Giudici milanesi invocano l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE quale parametro della censura formulata in ordine alle conseguenze determinate dalla mancata esattezza e completezza della documentazione presentata per la partecipazione ad una pubblica gara. Essi sostengono che dalla norma nazionale, applicata con rigore formalistico, derivino conseguenze afflittive e sanzionatorie in contrasto con il principio di proporzionalità¹⁰⁰.

In effetti, l'interpretazione formalistica, assumendo come interesse pubblico preminente la completezza e la correttezza delle informazioni richieste ai partecipanti, crea una presunzione assoluta nel precludere al soggetto interessato ogni possibilità di dimostrare congruamente che si sia trattato di mero errore materiale nella presentazione della documentazione di gara.

prodromica alla stessa. In particolare, l'Autorità ha contestualmente proposto di modificare ancora l'art. 46 del Codice, inserendo la seguente previsione: *“Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti, nella prima seduta di gara, invitano i concorrenti a chiarire, integrare o fornire i certificati, documenti e dichiarazioni necessari a giustificare il possesso dei requisiti prescritti dalla normativa vigente o dal bando di gara, in un termine massimo di dieci giorni”.* Secondo l'Autorità, *tale modifica trasforma la facoltà concessa alle stazioni appaltanti di richiedere ai concorrenti possibili integrazioni, ad una documentazione presentata in sede di offerta ritenuta carente, in una fase procedimentale (obbligatoria) del processo di selezione delle offerte.*

⁹⁸ Nelle conclusioni prospettate dall'Autorità, vi è un forte richiamo ad una prospettiva più globale: si sostiene che gli interventi normativi dovrebbero guardare agli appalti come ad una leva di politica economica e di bilancio pubblico dalle grandi potenzialità. Di conseguenza, *il principio generale che dovrebbe guidare l'azione pubblica è quello di considerare il singolo appalto, e il sistema degli appalti in generale, come un unico processo a partire dalla programmazione fino all'esecuzione e al pagamento del corrispettivo dovuto agli operatori economici. Molto spesso si assiste, invece, a norme che intervengono su alcune fasi dello stesso, spesso senza avere una chiara visione del processo globale; tali norme risultano di difficile lettura e creano elevati problemi interpretativi per gli attori del mercato.*

⁹⁹ Tar – Lombardia, Milano, I sez., ord. 15 gennaio 2013, n. 123. Per un commento della stessa, cfr. S. Foà, *Le nuove frontiere del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Il rinvio accelerato del T.A.R. per “disapplicare” il giudicato del Consiglio di Stato*, in www.federalismi.it, 15 maggio 2013.

¹⁰⁰ Sul punto, con riferimento ai diversi orientamenti giuridici europei dei singoli Paesi, nonché per “infiltrazione” del diritto comunitario, si veda S. Cognetti, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e proporzionalità*, in *Giur. It.*, 2012, 5.

Come abbiamo visto, la questione è resa ancor più complessa dal fatto che l'accertamento sull'elemento soggettivo non è precluso in modo assoluto, bensì è svolto dall'Avcp, ovvero da un soggetto decidente diverso da quello originario, ma privo del potere di influenzarne le scelte: se, infatti, manca un collegamento tra pronuncia giurisdizionale e decisione adottata dall'Avcp, è da dire che vale anche il contrario. In altre parole, non c'è modo per l'Avcp, una volta accertata la mancanza di dolo o colpa grave, di tornare sulla decisione iniziale di escludere l'operatore dalla gara in corso.

Da questo assetto scaturisce la seguente conclusione: risulta formalmente scongiurata la creazione di presunzioni assolute, così come impone il diritto comunitario, ma il sistema congegnato non realizza nel concreto le prescrizioni europee.

SEZIONE II: cause facoltative di esclusione e parametri reputazionali.

4.4 Il rapporto tra reputazione e situazione soggettiva degli operatori economici: quadro generale.

Giova premettere che la selezione dell'operatore economico sulla base della sua situazione "personale" nasce da esigenze di tutela dell'amministrazione pubblica e del mercato da imprese non "sane", sul presupposto che l'elemento reputazionale (non nel senso di un parametro "scientifico" ma come "formante giuridico") ha un grande peso nella teoria della formazione della volontà negoziale pubblica. A tal proposito, il cuore della concorsualità intrinseca nel procedimento ad evidenza pubblica risiede nella selezione del soggetto economico con il quale stipulare il successivo contratto. Nella stessa logica, l'inserimento di parametri reputazionali per *performances* contrattuali pregresse all'interno dei meccanismi di selezione dei contraenti dovrebbe avere la finalità di contribuire ad elaborare un giudizio prognostico da parte della stazione appaltante circa la prevedibilità che l'affidatario rispetterà quanto offerto in sede di gara.

Il primo problema da risolvere riguarda, per così dire, una questione ontologica: a quale latitudine "valoriale" collocare i parametri reputazionali. Sul punto si registra la maggiore differenza tra l'impostazione europea (requisiti soggettivi) e quella statunitense (parte del punteggio attribuito alle offerte), anche se nel seguito verrà approfondita un'interessante, quanto inattesa, convergenza tra le due legislazioni.

Tuttavia, per rimanere nell'ambito delle norme attualmente vigenti, si deve osservare come i comportamenti tenuti dagli operatori economici nell'onorare i contratti con professionalità appartengono alla classe dei "requisiti soggettivi" di cui devono dimostrare di essere in possesso per poter accedere alla negoziazione con la P.A.. In altre parole, per giurisprudenza costante della Corte di Giustizia europea, la distinzione tra criteri di idoneità, ovvero di selezione dell'offerente, e criteri di aggiudicazione e quindi di selezione dell'offerta, è rigorosa. Ciò significa che quando i criteri applicati dalla stazione appaltante per la valutazione delle offerte riguardino essenzialmente l'esperienza, le qualifiche e i mezzi che possono garantire la corretta esecuzione dell'appalto, si tratta di elementi che attengono all'idoneità degli offerenti ad eseguire l'appalto e che non costituiscono, quindi, criteri di aggiudicazione ai sensi della direttiva 2004/18/CE.

In sostanza, vi è una netta distinzione tra i criteri soggettivi di prequalificazione e quelli oggettivi attinenti all'aggiudicazione vera e propria, che ha la sua *ratio* nella necessità di separare i requisiti soggettivi di idoneità e partecipabilità alla gara da quelli attinenti all'offerta e all'aggiudicazione. In merito, il Libro verde segnala che *"ai sensi delle direttive vigenti, la scelta dell'aggiudicatario deve essere effettuata in due fasi. Durante la fase di selezione, l'amministrazione aggiudicatrice valuta la capacità e l'idoneità degli operatori economici. Ciò avviene sulla base di criteri di esclusione e conformemente ai criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, alle conoscenze o alle capacità professionali e tecniche. Nella fase di aggiudicazione, l'amministrazione aggiudicatrice esamina le offerte e sceglie la migliore; ciò avviene sulla base di criteri"*

oggettivi connessi alla qualità dei prodotti e dei servizi proposti". Sul punto sono state ripetutamente segnalate le difficoltà applicative di una sequenza procedurale così rigida, la quale è stata ritenuta onerosa per i controlli e le valutazioni da svolgere sugli operatori e solo in seguito sulle offerte. La giurisprudenza non ha escluso la possibilità di variare l'ordine delle fasi selettive, ma ha rafforzato il principio di distinzione tra le due classi di criteri. Per questa via si è tentato di non consentire una commistione tra i vari parametri, dal momento che *"concedere questa possibilità modificherebbe sensibilmente il sistema procedurale previsto dalle direttive sugli appalti pubblici"*, sicché *"consentire l'inclusione di criteri legati all'offerente, come l'esperienza e la qualificazione, quali criteri di aggiudicazione"* smentirebbe la confrontabilità oggettiva delle offerte, alterando le dinamiche della parità di trattamento. Un analogo discorso va condotto rispetto alle *"esperienze precedenti che l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe aver acquisito in relazione alla prestazione degli offerenti"*.

Tuttavia, non devono sfuggire alcuni vizi logici, meglio dire dei "salti", già annidati all'interno di una impostazione del genere e che cercheremo di argomentare nel seguito della trattazione. Basti qui anticipare che, ad esempio, un conto è l'opportuna separazione tra requisiti e criteri, ma altro conto è eliminare completamente l'apporto informativo costituito dall'indice di PPI (*past performance information*) quale valutazione espressa dai contraenti precedenti dell'operatore economico. In altre parole, c'è una discrasia tra l'uso di strumenti fondamentalmente "statici" come l'elencazione di "esperienze, qualifiche, mezzi", i quali fotografano la condizione attuale dell'operatore economico, e la pretesa di estrarre da queste informazioni la garanzia "dinamica" della corretta esecuzione contrattuale in caso di futura aggiudicazione¹⁰¹. Di questo aspetto molto delicato aveva già avvertito la letteratura economica citata in precedenza, che giova qui richiamare: come abbiamo visto, l'approccio alla *reputation for past behavior* non coincide con i requisiti tecnici, organizzativi e finanziari, perché questi elementi rivelano la solidità dell'azienda nel mercato, *ma sono irrilevanti ai fini della valutazione della sua lealtà*¹⁰². Analogamente, ma con prospettiva rovesciata, *l'elencazione del numero di contratti già eseguiti ... riflette soltanto il grado di esperienza ma non dice niente rispetto alla qualità delle prestazioni contrattuali passate*.

In effetti, qualche segnale di rivalutazione circa questi aspetti sembra emergere chiaramente nelle proposte di direttive di quarta generazione al vaglio del Legislatore europeo.

4.5 Le difficoltà applicative di alcuni commi dell'art. 38: negligenza, malafede, professional misconduct.

Con riferimento ad uno degli aspetti più problematici che in sede applicativa hanno generato incertezze interpretative, comportando l'instaurazione di un abbondante – per certi versi in forte evoluzione – contenzioso giurisdizionale, occorre considerare le questioni connesse alla facoltà di escludere dall'appalto ogni operatore economico: "che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave,

¹⁰¹ Un interessante lavoro classificatorio è rinvenibile in G. Neri, *Requisiti di ordine generale per la partecipazione agli appalti pubblici: spunti ricostruttivi*, intervento al Convegno "Diritto penale degli appalti pubblici", Padova, 2008, in www.dirpubblico.unipd.it.

¹⁰² N. Doni, *L'affidamento mediante gara ...*, cit..

accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice" (art. 45, para 2, lett- d), direttiva 2004/18/CE).

Nella versione integrata dalle ulteriori specificazioni nazionali, il Legislatore del Codice ha recepito letteralmente il punto e vi ha aggiunto un *incipit* nei termini di seguito specificati. Ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), sono esclusi dalla partecipazione alla gara i soggetti "che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara"¹⁰³.

Secondo il Giudice amministrativo italiano¹⁰⁴, l'ipotesi contemplata alla lettera f) può essere definita una fattispecie "escludente" a struttura elastica. A tal proposito, si ammette peraltro implicitamente che il potere di sindacato giurisdizionale in una fattispecie del genere è limitato alla ricerca *ab extrinseco* degli indici sintomatici dell'eccesso di potere¹⁰⁵, giammai potendo travalicare nella sostituzione della valutazione discrezionale riservata alla sola stazione appaltante.

Ne consegue che, allo stato attuale, la "*professional misconduct*" è quanto di più vicino ad una valutazione circa la lealtà nell'esecuzione delle pregresse prestazioni svolte dall'operatore economico. Si tratterebbe di una sorta di PPI, ma molto lontana da un suo inquadramento "scientifico" sulla base di parametri oggettivi. In effetti, una nozione così "fumosa", resa ancor più complessa dalle difformità riscontrate nel recepimento della norma europea, comporta indirizzi interpretativi non ancora consolidati, che contrastano circa i presupposti e rivelano a volte delle forzature argomentative.

Come ci ricorda la dottrina¹⁰⁶, la norma riprodotta dalla lettera f) risulta dalla sintesi giuridica di alcune disposizioni nazionali previgenti, altresì frammentate in diverse legislazioni di settore, alle quali si è da ultimo sovrapposta la dizione europea. In sostanza, la questione dell'esatto contenuto¹⁰⁷ da attribuire alle condotte professionali negligenti o, in generale, agli inadempimenti contrattuali riscontrati nel corso dell'esecuzione dell'appalto, è nota da molto tempo nel panorama giurisprudenziale italiano, con il contributo dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

Giova riproporre le principali conclusioni raggiunte in materia, per evidenziare le "tracce" rinvenibili circa la valutazione dell'**affidabilità** dell'aggiudicatario.

Di recente, il Consiglio di Stato¹⁰⁸ è tornato a pronunciarsi su alcune questioni interpretative cruciali, in particolare l'ambito applicativo delle due ipotesi contenute nella norma dell'art. 38, co 1, lett. f) e la natura del provvedimento con cui si dispone l'esclusione del concorrente ai sensi delle menzionate fattispecie. Già da tempo, invero, la natura sintetica e composita della norma aveva diviso la dottrina e la giurisprudenza in due indirizzi opposti, che ora passeremo in rassegna.

¹⁰³ P. Cortese, *La negligenza, la malafede e l'errore grave nei requisiti di ordine generale*, in *Urbanistica e Appalti*, 2007, 5, p. 603.

¹⁰⁴ Cons. Stato, III sez., sent. 14 gennaio 2013, n. 136.

¹⁰⁵ Tar – Lazio, Roma, III-ter sez., sent. 20 novembre 2012, n. 9548.

¹⁰⁶E. Feresin, *Le cause ...*, cit..

¹⁰⁷ Recentemente, C. giust. UE, sez. III, 13 dicembre 2012 C-465/11 ha ritenuto incompatibile con la direttiva 2004/18/CE il diritto polacco che stabilisce *ex ante* cosa si intende per errore grave, prescindendo da ogni indagine sull'elemento soggettivo e che impone alle stazioni appaltanti una esclusione automatica quando ricorrono i presupposti legali.

¹⁰⁸ G. F. Nicodemo, *Sull'esclusione per "grave negligenza" quando è commessa a danno di altre P.A.*, in *Urbanistica e Appalti*, 5, 2013, p. 545.

Secondo un'interpretazione "restrittiva", l'esclusione dalla gara per precedenti episodi di grave negligenza o malafede andrebbe disposta solo dall'Amministrazione che bandisce la gara: essa sarebbe l'unica in possesso di tutti gli elementi conoscitivi adeguati a motivare l'interruzione del rapporto fiduciario con il privato sin dalla fase genetica di formazione della volontà contrattuale della parte pubblica. Secondo tale opzione ermeneutica, questi stessi elementi non potrebbero essere valutati da altra Amministrazione che non sia stata "vittima" di precedente "*professional misconduct*", poiché questo equivarrebbe ad introdurre in via surrettizia una causa generale di esclusione dalle pubbliche gare, in palese contrasto con i principi di proporzione (un errore non può impedire la prosecuzione di qualunque attività economica con altre pubbliche amministrazioni) e di *favor participationis*. Per tali ragioni, si conclude, è altresì evidente come si debba propendere per un'interpretazione letterale e restrittiva delle cause di esclusione elencate nell'art. 38. Sia consentito, tuttavia, sostenere con facilità il superamento di tale visione per effetto della funzione svolta dal casellario informatico tenuto dall'Avcp: nella sezione ove vengono annotate tutte le notizie ritenute "utili", possono senz'altro confluire le informazioni circa gli inadempimenti contrattuali, le penali comminate o le decisioni di recesso dal contratto in casi più gravi. Di conseguenza, queste notizie divengono accessibili per tutte le altre stazioni appaltanti che, sebbene non direttamente coinvolte nell'inadempimento contrattuale, possono averne notizia dettagliata, senza che ciò si trasformi in un automatismo sanzionatorio ai fini delle successive esclusioni da altre gare.

Al contrario, impostando l'interpretazione della norma sulla finalità che essa realizza, vale a dire "*individuare globalmente l'affidabilità di un'impresa da parte della stazione appaltante*", l'esclusione può essere disposta – assolvendo anche all'onere motivazionale *ob relationem* – da un'amministrazione diversa con riferimento all'episodio di malafede o negligenza verificatosi in precedenza. Questo servirebbe ad evitare che venga alla luce un nuovo contratto stipulato dalla p.a. "*con un soggetto nei cui confronti era venuto a mancare il necessario elemento fiduciario riguardante la capacità di adempiere con efficienza ulteriori contratti*". L'esclusione per *deficit di fiducia* in applicazione della lettera f) dell'art. 38 Codice appalti è stata confermata anche da due sentenze¹⁰⁹ delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione del 2012, ove si sottolinea peraltro che il Legislatore ha omesso di specificare le fattispecie rilevanti proprio per consentire all'Amministrazione di valutare concretamente ogni singolo caso, al fine di stabilire dove collocare il "punto di rottura dell'affidamento" nel pregresso o futuro contraente. Tuttavia, il Giudice ha taciuto – forse volutamente – ancora una volta sul discrimine che integra la soglia di "negligenza e malafede escludente". In altri termini, si patisce la mancanza di canoni interpretativi diretti, con un eccesso di discrezionalità in capo alla p.a.. Ne consegue, sempre secondo le più recenti pronunce amministrative, che la valutazione circa l'affidabilità dell'impresa appaltatrice è ampiamente discrezionale: il provvedimento di esclusione, quindi, non avrà natura sanzionatoria (non assistita da automatismo) ma puramente precauzionale, e potrà pertanto intervenire anche nel caso di un accertamento non definitivo

¹⁰⁹ Cass. Civ. Sez. Unite, sent., 17 febbraio 2012, nn. 2312 e 2313. Circa il perimetro della cognizione del G.A., vd. L. De Pauli, *Esclusione dalla gara per grave negligenza e malafede e giurisdizione del G.A.*, in *Urbanistica e Appalti*, 2012, 7, p. 750.

(amministrativo e non necessariamente giurisdizionale) dei fatti e delle responsabilità all'origine del grave inadempimento¹¹⁰.

Riguardo gli aspetti dianzi accennati, bisogna segnalare come si siano incrociati anche diversi "approcci" circa il rigore e l'intransigenza con cui le stazioni appaltanti dovrebbero operare nella verifica dei requisiti di ordine generale (nella triplice declinazione di moralità, capacità finanziaria e professionalità). Il riferimento è alla nota contrapposizione tra indirizzo "formalistico" e indirizzo "sostanzialistico": se ne sono avute importanti applicazioni proprio nelle fattispecie attinenti alla negligenza o malafede in pregressi rapporti contrattuali.

In sintesi, alcuni orientamenti ritengono che negligenza, malafede o errore professionale siano "situazioni di carattere soggettivo con l'attitudine a riverberarsi sul rapporto fiduciario al fine dell'attribuzione di nuovi incarichi". A maggior ragione, si sostiene che non sia rilevante la gravità dell'inadempienza in senso oggettivo, trattandosi comunque di situazioni che hanno "incidenza sul requisito dell'affidabilità dell'impresa", delle quali la stazione appaltante deve essere portata a conoscenza¹¹¹ per un'adeguata valutazione. Tale forma di conoscenza non si trasforma in un automatismo sanzionatorio presidiato *sic et simpliciter* con l'esclusione dalla gara, bensì costituisce un elemento essenziale da porre alla base dello scrutinio svolto dalla p.a. sull'affidabilità del soggetto partecipante. Come canone ermeneutico generale, la giurisprudenza¹¹² suggerisce che *la gravità della generica negligenza o*

¹¹⁰ F. Volpe, *Eccesso di potere giurisdizionale e limiti al sindacato della discrezionalità tecnica*, in Giur. It., 2013, 3. Ivi si sostiene, tra l'altro, che l'accertamento circa l'esistenza degli inadempimenti e delle negligenze afferisca ad una sfera di discrezionalità tecnica valutabile dall'amministrazione nei termini che seguono: *verificare se sussista «grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni» ovvero «un errore grave nell'esercizio della [...] attività professionale» (art. 38 cit.) riguarda proprio l'esame dei presupposti del provvedimento di esclusione dalla gara, che vengono indicati dalla legge in modo non obiettivo e indeterminato. ... In definitiva, ritiene la Corte di cassazione che l'esperibilità, nel giudizio amministrativo, della consulenza tecnica non permette al giudice di sostituirsi all'amministrazione, perché ciò equivarrebbe a significare una invasione del merito di quest'ultima è titolare. ... Pertanto, in sede di consulenza tecnica sarebbe ben consentito di procedere alla verifica di fatti obiettivi, ma non sarebbe consentito di rielaborarli. ... Riassumendo, quindi, la Corte di cassazione ha sostenuto che, dalla valutazione sulla sussistenza delle negligenze contrattuali deriva implicitamente anche la valutazione sull'affidabilità del contraente. Con pari coerenza, la Corte regolatrice ha affermato che spetta solo all'ente pubblico valutare il c.d. punto di rottura tra i casi in cui l'affidabilità sussista e i casi in cui essa, invece, manchi. Il presupposto delle negligenze contrattuali, descritto dall'art. 38 cit. in modo indeterminato, si traduce infatti nell'illustrazione astratta di quell'interesse pubblico che, nel caso specifico, è identificato proprio nell'interesse per l'amministrazione di trattare con contraenti affidabili.*

¹¹¹ In questo senso non è da ritenersi illegittima la clausola del bando di gara che richiede la dichiarazione delle eventuali precedenti risoluzioni contrattuali per inadempienze in capo al soggetto contraente. Volendo rimarcare la critica contro gli eccessi di formalismo sempre più frequenti in ambito di *public procurement*, è appena il caso di dire che anche l'assenza di pregiudizi ex art. 38, comma 1, lett. f) è oggetto di autodichiarazione da parte del soggetto partecipante alla gara, con tutte le conseguenze in punto di omessa citazione di episodi neglienti e, quindi, falsità delle dichiarazioni fornite ai fini e per gli effetti dell'esclusione e del comma 1-ter. Significativamente, P. Chirulli, *L'omessa dichiarazione del "grave" inadempimento è sempre causa di esclusione*, nota a sentenza Tar – Veneto, Venezia, I sez., 23 marzo 2012, n. 412, in *Corriere Merito*, 2012, 8-9, p. 849.

¹¹² Tar – Lombardia, Milano, IV sez., sent. 22 gennaio 2013, n. 183. A conferma dell'impostazione generale sull'elemento fiduciario nella formazione del vincolo contrattuale, si ribadisce che il sistema delineato dall'art. 38, comma 1, lett. f) non costituisce un automatismo sanzionatorio, bensì è fattore conoscitivo per la stazione appaltante, presidiato dalla garanzia per l'impresa di una "motivata valutazione" negli eventuali provvedimenti di esclusione. In terminis, *in tema di contenzioso per l'esclusione da gara di appalto ai sensi dell'art. 38, comma 1 lett. f), d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 (inadempimenti in precedenti contratti) la decisione di esclusione per "deficit di fiducia" è frutto di una*

dell'inadempimento a specifiche obbligazioni contrattuali va commisurata al pregiudizio arrecato alla fiducia, all'affidamento che la stazione appaltante deve poter riporre, "ex ante", nel'impresa.

In questo senso, dichiarazioni incomplete o non veritiere su tale specifica evenienza sono di per sé ritenute ostative al formarsi del vincolo fiduciario che, invero, risulta inficiato dall'occultamento delle pregresse inadempienze contrattuali. Anche la Corte di cassazione, nelle pronunce appena citate, ha valutato che "l'art. 38 non contiene una previsione sanzionatoria ma appresta una cautela per l'Amministrazione nel segno della necessaria permanenza della fiducia verso il contraente". Ancor più importante è la conclusione che ammette pacificamente la possibilità che "presupposti tratti dal passato [valgano] per formulare prognosi *de futuro*" ai fini del mantenimento della fiducia.

Circa l'interpretazione della lettera f), la Cassazione ha condiviso pienamente la giurisprudenza amministrativa formatasi sul punto, confermando che "gli elementi fondanti la valutazione di deficit di fiducia vengono tratti, secondo il modello normativo, da dati esterni al rapporto contrattuale quali la malafede, la grave colpa o la grave carenza di professionalità". Pertanto, "il bene protetto dalla predetta clausola di esclusione è quello dell'elemento fiduciario a sostegno della perseguibilità del rapporto committente-appaltatore, quindi un elemento a carattere squisitamente soggettivo, quello della affidabilità".

A rafforzare tale ragionamento vi è pure l'affermazione che si è "in presenza di una ragionevole scelta legislativa di consentire il rifiuto di aggiudicazione [pare questo un lapsus calami della cassazione: rifiuto di partecipazione] per ragioni di inaffidabilità dell'Impresa – esemplificativamente indicate in ipotesi di malafede o colpa grave emerse nella esecuzione del pregresso rapporto o di serie carenze di professionalità emergenti dal passato aziendale".

Come si è avuto modo di approfondire, anche attraverso l'abbondante giurisprudenza amministrativa formatasi negli ultimi anni, è evidente che la "*professional misconduct*" in grado di incrinare l'affidabilità dell'impresa aspirante contraente sia un concetto lato, in larga parte empirico e connotato da ampi margini di discrezionalità in capo alla stazione appaltante¹¹³. Nondimeno, sebbene "indefinito", quello della fiducia è un elemento indispensabile per una corretta genesi del rapporto contrattuale nel momento della scelta del contraente.

Questo carattere portatore di grandi incertezze interpretative non sembra facilmente eliminabile: la proposta di riforma della direttiva europea sugli appalti aveva mantenuto il punto sulla "*professional misconduct*" come causa facoltativa di esclusione, riproducendo la pregressa dizione. Tuttavia, come vedremo nel seguito, a cagione della sua problematica definizione, un emendamento ne ha proposto (senza successo) la soppressione.

In questa ricostruzione, tuttavia, si fa spazio una questione di non poco conto rispetto al tema qui affrontato e che giova richiamare, approfondendolo. Si tratta dell'intero meccanismo con cui è congegnata la modalità di dimostrazione circa il possesso dei requisiti: in altre parole, il possesso del requisito non coincide con

valutazione discrezionale della stazione appaltante, alla quale il Legislatore riserva la individuazione del "punto di rottura dell'affidamento" nel pregresso o futuro contraente.

¹¹³ Una sintesi dei principali canoni ermeneutici in tema di valutazione da parte della stazione appaltante del requisito introdotto alla lettera f) si ritrova, *ex multis*, in Cons. Stato, V sez., sent. 25 maggio 2012, n. 3078.

l'autodichiarazione. Ciò postula come conseguenza che le cause di esclusione non sono soltanto quelle elencate come “mancato possesso”, ma sono tutte le ipotesi in cui si verifichi – anche per mero errore materiale – una difformità tra dichiarazione e situazione reale. Sicché, giungendo alle estreme conseguenze, atteso il valore autonomo della perfezione documentale imposto dal richiamo al D.P.R. 445/2000, non vi è spazio per la valutazione del requisito anche in caso di esclusione facoltativa: si avrà comunque esclusione nel caso di dichiarata assenza di cause di esclusione che, in fase di accertamento, di rivelino “false”. In altri termini, quello “documentale” è un presidio che copre ogni fattispecie di esclusione, anche quelle autonomamente valutabili dalla stazione appaltante. Questa sorta di corto-circuito rivela l'irrigidimento e l'eccesso di formalismo che affligge il settore. Nel caso della lettera f), poi, si sommano le problematiche attinenti alla fattispecie con quelle generali sull'autodichiarazione eventualmente non conforme alla realtà¹¹⁴.

Sulla scorta dei riscontri ottenuti con la consultazione tramite il Libro Verde è emerso che le cause di esclusione per comportamenti scorretti delle imprese, *id est* grave errore professionale, sono considerate come opportune sanzioni e possono svolgere anche una funzione preventiva di dissuasione. Tuttavia, *alcune questioni concernenti l'ambito di applicazione, l'interpretazione, il recepimento e l'applicazione pratica di questa disposizione rimangono aperte, e gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici hanno richiesto ulteriori chiarimenti*¹¹⁵.

Correttamente, dunque, il Libro Verde sollecita una riflessione per individuare l'adeguatezza di tali disposizioni ed intervenire sui margini di miglioramento della loro efficacia, senza ignorare che *se si attribuisse agli Stati membri la facoltà di introdurre altri casi di esclusione nella propria legislazione nazionale, essi potrebbero far fronte con maggiore efficacia ai problemi specifici generati da comportamenti commerciali scorretti connessi al contesto nazionale. D'altro canto, i specifici casi di esclusione nazionali comportano sempre un rischio di discriminazione nei confronti degli offerenti esteri e potrebbero minare il principio di condizioni di parità a livello europeo*. Resta fermo che nel progettare una soluzione per far fronte a codeste problematiche, occorrerà altresì risolvere le difficoltà pratiche connesse alla reperibilità – completezza e circolazione pienamente integrata delle rispettive informazioni tra amministrazioni aggiudicatrici di tutta Europa.

Passando, infatti, ad un esame delle prospettive evolutive contenute nelle proposte di direttiva sugli appalti, si sottolineano alcune interessanti linee di tendenza. Seguendo un paragone puntuale¹¹⁶ delle disposizioni europee sui requisiti soggettivi,

¹¹⁴ La problematica è stata affrontata in dottrina, ma non si è tradotta in adeguate modifiche legislative che eliminassero le segnalate disfunzioni. Cfr. Manfredi G., *Moralità professionale nelle procedure di affidamento e certezza del diritto*, in *Urbanistica e Appalti*, 2010, 5, p. 508.

¹¹⁵ In particolare, si tratta di capire se i casi di esclusione previsti dall'articolo 45 siano adeguati, sufficientemente chiari (soprattutto i casi di esclusione per “errore grave” nell'esercizio dell'attività professionale) e abbastanza esaurienti, o se sarebbe opportuno introdurre altri casi di esclusione. Sembra inoltre che le amministrazioni aggiudicatrici debbano far fronte a difficoltà pratiche, al momento di ottenere tutte le informazioni pertinenti sulla situazione personale degli offerenti e dei candidati stabiliti in altri Stati membri, nonché in merito alla loro ammissibilità conformemente al proprio diritto nazionale.

¹¹⁶ Il vigente art. 45 è rubricato “situazione personale del candidato o dell'offerente”, mentre la proposta indica i “motivi di esclusione”. La prima parte, che secondo la teoria generale rappresenterebbe i casi di esclusione obbligatoria, poiché fondata su un'azione meramente accertativa e non valutativa della stazione appaltante, è rimasta pressoché inalterata, fatta eccezione per qualche ritocco formale e per un arricchimento dell'elenco delle fattispecie rilevanti, nelle quali risultano ora compresi: reati terroristici o attività connesse, sfruttamento del lavoro minorile, tratta di esseri umani.

emergono con chiarezza alcuni tratti caratterizzanti: in linea di massima, è stata perseguita una notevole semplificazione del linguaggio, reso più sintetico ed accessibile. Un'altra macroscopica caratteristica della nuova impostazione riguarda lo spazio dato al collegamento e alla collaborazione tra le varie autorità nazionali per il rapido ed effettivo scambio informativo tra le rispettive banche-dati.

Per quanto di interesse ai nostri fini, è da segnalare che nel campo dei requisiti reputazionali si riscontrano notevoli cambiamenti.

Nel 2004 si ammettevano spazi di discrezionalità per gli Stati membri circa la possibilità di specificare le condizioni applicative e di disciplinare il settore in maniera aderente alle proprie esigenze imperative d'interesse nazionale. Si ammetteva, inoltre, sempre sulla base del diritto nazionale dello Stato sede della stazione appaltante, la possibilità di richiedere collaborazione informativa da parte delle autorità straniere in caso di dubbi sulla situazione personale dei candidati, degli offerenti o di soggetti che ne esercitassero comunque la rappresentanza ed il controllo. Su questo punto, la dottrina¹¹⁷ ha osservato che nella nuova versione sembra prevalere l'approdo giurisprudenziale che nel frattempo ha dato rilievo alle situazioni sostanziali di rappresentanza e di controllo all'interno del soggetto-impresa, ben lungi dalla classificazione formale di alcuni ruoli decisionali all'interno dell'organizzazione aziendale.

Un'altra linea evolutiva di fondo che sembra prevalere nella proposta di riforma è un orientamento verso l'applicazione letterale, ma non estensibile, delle cause di esclusione. In altri termini, si è riscontrata una grande disomogeneità nel recepimento/integrazione di tali cause da parte dei singoli Stati. Ragion per cui, sembra potersi concludere che la riforma ha da un lato arricchito il novero dei "motivi di esclusione", con l'intenzione però di non consentire aggiunte: in questo senso depone l'eliminazione dal nuovo art. 55 di tutti i margini di discrezionalità sopra descritti. Detto altrimenti, poiché le cause di esclusione sono elementi limitativi della partecipazione alle gare, giova senz'altro che siano un novero circoscritto e uniforme tra gli Stati. Si ritiene che le deroghe e le eccezioni – anche se "scompaiono" dall'articolato normativo – saranno sempre possibili, purché assistite da motivazioni rafforzate di reale imperatività e necessità. Per questa via, si tenta di restringere quei margini di manovra che, se lasciati troppo liberi nella disponibilità dei singoli Stati, continuerebbero a perpetuare le eccessive difformità che affliggono il settore¹¹⁸.

Rispetto alle cause "facoltative" di esclusione, la nuova versione ha operato una condensazione e semplificazione della casistica rilevante. Con riferimento agli aspetti che si sono dimostrati più problematici, in particolare i "reati che incidono sulla moralità professionale", si è optato per la generica espressione (residuale rispetto a quanto tipizzato poco prima) "altri gravi illeciti professionali". In merito agli strumenti da cui rilevare le cause di esclusione non occorre più una "sentenza di condanna passata in giudicato", ma l'amministrazione aggiudicatrice può ricorrere a "qualsiasi mezzo" per darne dimostrazione. Del resto, l'illecito che compare nella nuova versione è una

¹¹⁷ G. A. Benacchio – M. Cozzio, (a cura di), *Gli appalti ...*, cit..

¹¹⁸ Come notava il Libro Verde, era infatti *necessario chiarire la portata dell'applicazione della legislazione nazionale sui casi di esclusione. Se si attribuisse agli Stati membri la facoltà di introdurre altri casi di esclusione nella propria legislazione nazionale, essi potrebbero far fronte con maggiore efficacia ai problemi specifici generati da comportamenti commerciali scorretti connessi al contesto nazionale. D'altro canto, i specifici casi di esclusione nazionali comportano sempre un rischio di discriminazione nei confronti degli offerenti esteri e potrebbero minare il principio di condizioni di parità a livello europeo.*

fattispecie che include un ventaglio molto ampio di possibili condotte: non solo illeciti di natura penale, bensì anche civile e amministrativa. Si tratta, però, di “illeciti professionali”, il che lascerebbe trasparire l’*intentio* di tipizzare e limitare le condotte rilevanti, riferendole al legame con la deontologia professionale e connotandole in termini di “gravità”. Deve darsi conto, tuttavia, di una proposta di emendamento che mira alla soppressione del punto. Essa trae scaturigine dalla pressione con cui le risposte al Libro Verde hanno unanimemente confermato l’utilità delle cause di esclusione, ma hanno criticato l’esistenza di nozioni generiche come la “*professional misconduct*”. La proposta emendativa che mira ad eliminare tale causa di esclusione, motiva la scelta esattamente in questi termini: “alla luce delle pesanti conseguenze giuridiche dell’esclusione da una procedura di aggiudicazione – soprattutto in connessione a cause facoltative – l’espressione di *professional misconduct* pare troppo vaga. Tale conclusione trae conforto dal fatto che nella proposta della Commissione, l’illecito può essere dimostrato “con ogni mezzo”. Del resto, la direttiva non definisce con precisione ed oggettività il concetto di “grave illecito professionale”, mentre invece ogni decisione di escludere un partecipante da una pubblica gara d’appalto dovrebbe fondarsi su criteri oggettivi e misurabili, limitando al massimo la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici”.

Un altro aspetto fondamentale riguarda l’introduzione di un ulteriore meccanismo di valutazione soggettiva delle imprese, plasmato esattamente sul modello americano della pregressa *performance* contrattuale¹¹⁹. In sostanza, sarebbe il primo passo per un rafforzamento ed una razionalizzazione dei parametri reputazionali di cui tener conto nella riforma dei meccanismi di selezione degli aggiudicatari di commesse pubbliche.

Nei paragrafi che seguono tenteremo di descrivere il procedimento americano e quello proposto dalla nuova direttiva europea, tentando di porre in evidenza i punti di contatto, quelli di divergenza e le eventuali criticità sollevate da questa scelta.

4.6 La difficoltà dell’inserzione di parametri reputazionali nel processo di selezione.

4.6.1 Il modello americano.

Come si è avuto modo di illustrare in precedenza, dalla collocazione della “*professional misconduct*” all’interno dei requisiti di ammissione sono scaturiti le maggiori difficoltà applicative ed i maggiori tentennamenti giurisprudenziali, perché è risultato poco agevole trovare un punto di equilibrio tra salvaguardia dell’instaurando rapporto contrattuale ed esigenze di massima partecipazione degli operatori economici. Il tutto va a conferma del fatto che si tratta di informazioni molto utili per il contributo che forniscono in vista della delineazione del profilo di affidabilità del contraente, ma che non riescono a trovare una modalità espressiva adeguata. Da questo punto di vista, dare un punteggio graduabile anziché una risposta binaria di tipo “ammissione/esclusione” dalla gara risulterebbe più agevole.

Questa considerazione ci porta ad introdurre una comparazione tra diverse tecniche giuridiche messe a punto in alcune legislazioni sugli appalti pubblici.

In particolare, negli Stati Uniti il testo fondamentale sulle procedure di appalto è costituito dal FAR (Federal Acquisition Regulation), integrato da linee-guida

¹¹⁹ La proposta di direttiva parla di *assessment of contractual performance*.

applicative, che suggerisce di valutare la *performance* contrattuale dei fornitori. In ogni caso è stata predisposta una banca-dati con circolazione informativa, all'interno della quale confluiscono le valutazioni (in fase di esecuzione e al termine del contratto) delle amministrazioni appaltanti circa la *performance* degli aggiudicatari, da consultare in caso di gare successive. Il sistema è organizzato in questi termini: *ogni category manager federale è tenuto, dal 2002, ad operare una valutazione sulla performance del fornitore, relativa sia agli aspetti di QC che di QNC, alla fine di ogni contratto di fornitura gestito. Le valutazioni vengono poi inserite in un database elettronico che raccoglie tutte le valutazioni a livello federale e le rende accessibili a tutti i category manager. I category manager sono poi tenuti a prendere in considerazione in modo "pesante" la performance passata dei fornitori nei criteri di valutazione/selezione per ogni nuova fornitura federale.* Tale giudizio – tradotto in punteggio¹²⁰ – contribuisce a comporre la valutazione nel corso delle gare d'appalto successive. L'impresa è garantita in ultima istanza da un procedimento che rende noto il giudizio espresso dal *category manager*, accompagnato dalla possibilità di contestarlo in contraddittorio.

Secondo questa impostazione, si ritiene che, *legare la probabilità di ottenere ulteriori contratti federali alla performance in termini di QC e QNC durante l'intera fornitura e alla soddisfazione globale dell'acquirente, possa costituire un robusto incentivo per i fornitori a mantenere alta la qualità del servizio per l'intero periodo di fornitura. Inoltre, questo tipo di meccanismo, essendo basato sull'identità del fornitore, riduce sostanzialmente la probabilità che un fornitore semplicemente incapace di assicurare i livelli di QNC richiesti si aggiudichi altre forniture.*

L'inesatto adempimento di un contratto pubblico federale determina due ordini di conseguenze: nell'immediatezza vi sono penali e risarcimenti da pagare, mentre si può giungere sino alla risoluzione del contratto. Con valenza futura, invece, una pratica commerciale scorretta viene valutata ai fini del possibile affidamento di ulteriori contratti al medesimo operatore economico. Come si può evincere, si tratta di conseguenze notevoli sul piano economico, con un forte carattere sanzionatorio e deterrente. Il procedimento, attualmente, è soggetto ad una serie di proposte di riforma da parte dell'Amministrazione Obama per migliorare la compilazione e l'uso di tali valutazioni da parte delle *agencies* federali.

Questa prassi è divenuta obbligatoria già nel 1993: l'introduzione del *performance assessment* è stata ritenuta uno strumento utile per rilevare le buone pratiche contrattuali, ma anche come leva strategica per il miglioramento qualitativo dei futuri affidamenti, dunque del *public procurement* in generale. Sebbene la valutazione sia obbligatoria per tutti i contratti d'importo superiore a determinate soglie (per tutte le tipologie 150.000,00 \$; 30.000,00 \$ per progetti architettonici e 650.000,00 \$ per le costruzioni), il contenuto specifico di ogni *assessment* è lasciato all'ampia discrezionalità delle amministrazioni precedenti.

Il contenuto minimo della valutazione riguarda la *performance* del contraente, mentre altri fattori possono essere presi in considerazione in un ventaglio che va dalla protezione sociale del fattore-lavoro, all'impegno dell'impresa per la *customer satisfaction*, agli sforzi di contenimento dei costi con miglioramenti organizzativi di processo e prodotto, al codice etico dell'impresa e alla sua responsabilità sociale.

I parametri che l'amministrazione seleziona e valuta nel corso del rapporto diventano una clausola contrattuale che impegna immediatamente la controparte e che,

¹²⁰ *Le linee guida sugli acquisti pubblici negli USA indicano un peso consigliato per l'Indicatore di Performance Passata nel processo di selezione del fornitore di almeno il 25% del punteggio totale.*

di conseguenza, non può essere variata senza un'apposita procedura consensuale di entrambe le parti.

Per quanto riguarda gli organi competenti ad esprimere la valutazione, deve trattarsi di personale tecnico dell'autorità contraente. La valutazione apre una sub-fase procedimentale: è consentita la discussione in contraddittorio tra valutatore ed operatore economico valutato, il quale ha un termine per contestare, integrare o commentare tale rapporto informativo. Gli eventuali contrasti emersi durante la procedura sono rimessi, per via gerarchica, al vertice della stazione appaltante che adotta la decisione finale.

Gli esiti del *performance assessment* vengono archiviati per via informatica in un apposito data-base, il cui accesso rimane limitato – data la natura riservata delle informazioni – alle sole amministrazioni pubbliche autorizzate e all'operatore economico interessato.

Queste informazioni, poi, sono assunte come componente ponderale ed elemento decisionale nei successivi procedimenti di scelta del contraente. La preoccupazione di molte imprese è che tali valutazioni siano accurate ed imparziali, poiché costituiscono la futura base decisionale delle agenzie governative.

Con riferimento alle forme di tutela che possono essere accordate all'operatore economico avverso la correttezza delle valutazioni, giova riportare – seppur sinteticamente – lo sviluppo del contenzioso americano. Vi sono stati problemi rispetto all'individuazione del giudice munito di giurisdizione, con forti oscillazioni tra amministrativo ed ordinario, per effetto della disputa sulla natura contrattuale o amministrativa della contestazione fatta dall'operatore avverso la valutazione espressa dal *contracting officer*.

La questione è della massima rilevanza, soprattutto nella considerazione dell'imminente adozione anche a livello europeo del cd "*rating d'impresa*". Si dovranno chiarire, oltre al sistema di valutazione (possibilmente omogeneo) e al rispettivo procedimento, i possibili rimedi e le forme di tutela giurisdizionale accordate in caso di controversia sugli esiti della valutazione medesima. In effetti, all'affermazione della giurisdizione dovrà pure corrispondere l'effettività dei rimedi che il giudice può adottare.

Sebbene il *performance assessment* sia (o possa essere) una clausola contrattuale, si configura pur sempre come una procedura valutativa da parte del soggetto pubblico contraente. Inizialmente, negli USA era posta una sorta di "pregiudiziale gerarchica": dopo il contraddittorio con il valutatore (*contracting officer*), occorreva rivolgersi alla *contracting agency* quale decisore di ultima istanza su tale valutazione. Come si vede, si configura un procedimento tutto interno alla stessa stazione appaltante. Il ricorso (esterno) ad un giudice era più difficile da attuare e avveniva peraltro in maniera indiretta: una volta acquisita la *past performance information*, questa diventa una componente ponderale "pesante" nelle selezioni successive e, quindi, il ricorso – cioè la *bid protest* che il giudice amministrativo può conoscere – è fatto contro la ragionevolezza della scelta selettiva (successiva, a valle), non sulla correttezza della valutazione espressa a monte. È evidente che si tratta di una tutela più apparente che effettiva.

Nell'ultimo decennio, è stata inaugurata una differente configurazione giuridica delle controversie sulla valutazione della *performance*. La parte pubblica sosteneva il difetto di giurisdizione della Court of Federal Claims, perché la richiesta di rivalutare e correggere il *performance rating* fatta dall'operatore economico al valutatore non aveva

la natura di “*claim*” alla stregua di un ricorso per il riconoscimento di un diritto nascente dal contratto.

Viceversa, la Corte si è ritenuta munita della relativa giurisdizione attribuendo natura amministrativa alla valutazione della *performance* da redigere per i contratti disciplinati dalla legge sul *procurement*. Analogamente, è di natura amministrativa la richiesta da parte dell’interessato di procedere a rivalutazione o correzione del relativo *rating*.

In maniera speculare, il giudice civile sosteneva la natura amministrativa e non contrattuale della richiesta di rivalutazione del *rating*, predicando per questa via il proprio difetto di giurisdizione. Al contrario, a partire dal 2010, anche il Board of Contract Appeals si è ritenuto competente sulla base del dovere contrattuale ad agire secondo buona fede e correttezza altresì nella compilazione di una valutazione accurata ed imparziale. La pronuncia più pronta a fare un completo *révirement* delle pregresse posizioni ha, infine, statuito che dal punto di vista processuale la giurisdizione esiste e copre anche le controversie sulle “*performance evaluation*”, mentre dal punto di vista sostanziale, il dovere del soggetto pubblico di effettuare una accurata ed imparziale valutazione si radica tanto nella legge specifica sui contratti pubblici (FAR), quanto nelle norme generali in materia di contratti (dovere di buona fede e correttezza).

Queste affermazioni, nondimeno, vanno completate esaminando anche i poteri in capo al giudice: ai fini della tutela effettiva, l’esistenza e la titolarità di una posizione giuridica rilevante attivabile innanzi ad un giudice munito di giurisdizione sono condizioni necessarie ma non sufficienti. Ove, infatti, si giunga a pronunciare sull’illegittimità della valutazione, una sentenza di accertamento non può tener luogo della valutazione medesima, potendo solo sollecitare una correzione da parte dell’amministrazione aggiudicatrice competente. La ragione di ciò sta nei margini di discrezionalità connotati all’espressione di un giudizio valutativo (ancorché parametrato oggettivamente) da parte del soggetto amministrativo ed insindacabili nel merito da parte del giudice.

Il campo elettivo in cui trova impiego la *past performance information* sono le procedure di affidamento secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (*negotiated procurement*). Ne è stato codificato ed imposto l’uso sulla base della seguente considerazione: le offerte tecniche ed economiche non hanno alcuna correlazione con la reale capacità dell’impresa di eseguire quanto proposto. Le offerte non vengono subito escluse sulla scorta della PPI: chi ottiene un punteggio basso in questo parametro, può ancora migliorare i termini dell’offerta per compensare i punteggi.

La norma impone di considerare la PPI o qualunque altro fattore di valutazione NON relativo al costo in tutte le procedure di affidamento. Si tratta di una procedura flessibile: è lasciata alla discrezionalità delle singole *agencies* la scelta degli elementi da considerare, il rispettivo peso ponderale, nonché l’opportunità di compensare i punteggi se per qualunque ragione la PPI non sia disponibile o risulti scarsa.

In sostanza, la valutazione dei *proposals* si basa sul tritico: costo/prezzo, qualità e *past performance*. La raccolta delle informazioni circa la pregressa *performance* degli offerenti non è limitata esclusivamente alla visura dei dati contenuti nel sistema informatico ufficiale, poiché ogni mezzo può essere consultato e ogni deduzione circa l’affidabilità è rimessa all’*agency*, purché ragionevole e ben motivata. Inoltre, le norme richiedono altresì di “contestualizzare” la *past performance information* in rapporto alla

sua rilevanza, alla fonte dell'informazione, alle linee di tendenza e di sviluppo nel tempo delle *performances* pregresse.

Questa fase è dettagliatamente proceduralizzata, richiede accurate ricerche in sede istruttoria e adeguate motivazioni in sede decisoria, ragion per cui si osserva la scarsa percentuale di successo per le *bid protests* elevate contro i risultati della gara d'appalto: il ricorrente deve contestualmente dimostrare che la valutazione conseguita (a) non è ragionevole; (b) né adeguatamente documentata; (c) ma anche che non è rispettosa delle prescrizioni di legge o del bando di gara. In caso contrario, o insufficiente, si versa in una situazione di mero disaccordo con la graduatoria finale che impedisce la delibazione nel merito del ricorso.

Come si è visto, dunque, la tecnica statunitense include nella valutazione delle offerte presentate dai partecipanti un punteggio per le *performances* passate, ritenendo che da tale elemento si possa inferire la reale capacità dell'impresa ad eseguire compiutamente (tempistica, qualità, rispetto delle clausole ...) la prestazione dedotta in contratto.

La funzione della *past performance information* non si esaurisce in questa fase, poiché essa è utilizzata anche in un altro ambito: la *responsibility determination*, vale a dire la valutazione della situazione personale o soggettiva dell'impresa partecipante. Infatti, anche la legislazione statunitense impone che l'affidamento di contratti pubblici avvenga solo ed esclusivamente nei confronti di soggetti/ operatori economici qualificati "*responsible*". Il mancato possesso dell'attributo di "*responsible*" da parte del soggetto economico gli è preclusivo per ottenere la stipula del contratto, anche nel caso in cui abbia le capacità esecutive o abbia presentato la migliore offerta (tanto nel prezzo più basso, quanto in *best-value*).

Si ripropone, quindi, lo schema duale secondo cui alcune caratteristiche o qualifiche attengono ai termini dell'offerta, mentre la *responsibility* è un attributo tipico del soggetto economico, ovvero del *prospective contractor*. Questi è il potenziale aggiudicatario, individuato in una graduatoria provvisoria dopo la valutazione delle offerte presentate. Sulla base di tale classifica viene aperta la fase di "*responsibility determination*", sempre a cura del *contracting officer* incaricato della procedura.

Bisogna, infatti, rammentare che in molte tradizioni giuridiche viene svolta la procedura "inversa": si valutano prima le offerte e poi i soggetti proponenti. Questa è la ragione per cui molti Stati membri dell'UE hanno sollecitato maggiore flessibilità per le procedure regolamentate dalle direttive europee: essi sostengono che solo le offerte "interessanti" meritino di essere tenute in considerazione e vadano poi consolidate con l'indagine sul soggetto proponente. Al contrario, sempre secondo tale impostazione, premettere il vaglio sui requisiti soggettivi (moralì, finanziari, tecnico-organizzativi e professionali) degli operatori che chiedono di partecipare, significa dover verificare tutti gli elementi anche per soggetti che fanno offerte da "cestinare".

A questo punto si rende necessario qualche ulteriore approfondimento circa le conseguenze di una valutazione soggettiva negativa. Vi sono, infatti, due meccanismi per salvaguardare l'amministrazione da un "*non-responsible prospective contractor*": la *responsibility determination* e l'*exclusion* (nelle forme della *suspension* e del *debarment*).

Il procedimento per l'adozione della "*responsibility determination*" è fortemente discrezionale: il *contracting officer* formula il giudizio di "*affirmative responsibility*" sulla base delle informazioni raccolte e dei requisiti prescelti, da qualunque fonte e nella misura in cui si ritengano "*relevant*". Pertanto, la *determination* si basa in parte anche

su considerazioni legate alla *past performance* o alla storia imprenditoriale del soggetto economico: si devono, infatti, valutare ben 7 criteri¹²¹ complessi, composti da elementi legati alle risorse e al comportamento del soggetto contraente. Il giudizio di *non-responsibility*, ancorché non assistito da tutela giurisdizionale, non ha carattere sanzionatorio ma solo temporaneo, in quanto ha validità per la singola procedura di appalto all'interno della quale viene espresso.

Questo aspetto differenzia la *non-responsibility* dalle cause ben più gravi che determinano la *suspension* o il *debarment*. Questi ultimi provvedimenti attengono ad un livello decisionale gerarchicamente più elevato del *contracting officer* e sono assunti nel caso in cui vi sia dimostrazione che il contraente ha commesso “*integrity offenses*”, incluse quelle che intaccano gravemente l'onestà professionale (*business integrity or honesty*). Si tratta di poche e ben specificate condotte per le quali l'*exclusion* opera con riguardo a tutte le procedure pubbliche di appalto e per l'intera durata del provvedimento medesimo (anche diversi anni in caso di *debarment*).

A differenza del precedente, questo procedimento gode di tutte le garanzie giurisdizionali e, attesa la gravità della decisione (pesanti conseguenze economiche derivanti dalla prolungata esclusione da ogni contratto e sub-contratto), il *suspending officer* esercita minore discrezionalità rispetto al *contracting officer* che assume la *responsibility determination*. Analogamente, un reiterato giudizio di *non-responsibility* basato sulle medesime circostanze è censurabile, poiché si trasforma di fatto in un *debarment*, ossia una esclusione permanente su base pretestuosa.

In conclusione, si è visto come la PPI sia un elemento di valutazione molto complesso che orienta la scelta del contraente, sia con riferimento all'offerta che con riguardo all'idoneità soggettiva dell'operatore economico a divenire effettivamente un contraente della pubblica amministrazione. Si è potuto anche notare come, sul piano delle garanzie procedurali e giurisdizionali, non vi siano efficaci contrappesi al potere discrezionale del *contracting officer* che conduce la procedura di affidamento.

D'altro canto, va evidenziata la frammentazione del procedimento valutativo e la sua flessibilità con riguardo alle fonti di informazione e alle allegazioni dimostrative di tutte le circostanze rilevanti. In ultimo, si deve guardare con un certo favore anche il ventaglio di opzioni tra le quali si può graduare l'esclusione: da una sola procedura a tutte le procedure e per un tempo variabile, peraltro commisurato alla gravità delle violazioni rilevate nella *past performance*.

4.6.2 *L'orientamento europeo e la riscrittura delle direttive.*

Vedremo ora in quale direzione di sta spostando il Legislatore europeo delle direttive di quarta generazione, dato che ha preso viva coscienza delle macroscopiche criticità che affliggono l'efficace implementazione della *policy* di *public procurement*.

¹²¹ In sintesi, essi possono essere elencati come segue:

- financial resources,
- compliance with performance schedule;
- **satisfactory performance record;**
- integrity, business ethics;
- experience, skills;
- equipment;
- qualified and eligible.

Una prima constatazione generale, confermata anche in dottrina¹²², riguarda il diverso approccio con cui gli Stati membri dell'UE intendono lo svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica e che, per quanto riguarda i parametri reputazionali e l'ordine di esame dei requisiti, ne assimila alcuni al modello americano, *rectius* anglosassone, di riferimento.

Ripercorrendo brevemente l'evoluzione della norma sulla qualità della *performance*, occorre dire che il quesito 25 del Libro Verde¹²³ sugli appalti ha chiesto espressamente a tutti i partecipanti alla consultazione: “*Ritenete che la direttiva debba esplicitamente consentire la possibilità di tener conto delle esperienze maturate in precedenza con uno o più degli offerenti? In caso affermativo, quali garanzie si renderebbero necessarie per prevenire pratiche discriminatorie?*”

Al cospetto di tale problematica, sin dal 2010 l'Avcp italiana suggeriva *l'integrazione dell'attuale sistema di qualificazione delle imprese con l'aggiunta di parametri reputazionali oggettivi basati sul comportamento tenuto dalle stesse nell'esecuzione del contratto*. Alla base di tale proposta, si rivela la convinzione che *una appropriata valutazione dei criteri reputazionali potrebbe contribuire a massimizzare l'efficienza globale della prestazione ed innescare, in tal modo, un meccanismo virtuoso di incentivazione all'innalzamento qualitativo*. Tuttavia, l'adozione di questa metodologia è sempre stata ostacolata dal timore di applicazioni discriminatorie, che potessero innescare fenomeni di *adverse selection* per effetto di sistemi di controllo non omogenei tra i vari Stati membri. Da ciò risulta, dunque, che preliminarmente occorre adottare un sistema di *rating* d'impresa oggettivo e comune agli Stati, realizzando non solo l'omogeneità procedurale ed applicativa, bensì la piena e completa circolazione informativa tra stazioni appaltanti.

Una questione poco esaminata riguarda il rapporto che intercorre tra *performance* contrattuale (che emerge, appunto, nella fase di esecuzione della prestazione) e requisito di ordine soggettivo posto alla base della partecipazione alle gare successive (procedimento ad evidenza pubblica). In Italia, il sistema dei fattori reputazionali è poco sviluppato, tanto che non esistono altri rimedi – se non la penale o la risoluzione del contratto – per sanzionare *la difformità dell'esecuzione dell'appalto rispetto alla proposta effettuata*.

L'innovazione principale che si riscontra nella proposta di direttiva sugli appalti, riguarda l'inserimento della possibilità di escludere un candidato “*se l'operatore economico ha evidenziato significative e persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto o di precedenti contratti di natura analoga con la stessa amministrazione aggiudicatrice. ... Per applicare il motivo di esclusione di cui al punto d) del primo comma, le amministrazioni*

¹²² G. A. Benacchio – M. Cozzio, (a cura di), *Gli appalti ...*, cit.. Gli Autori hanno evidenziato la diversa “mentalità” di alcuni Paesi europei nell'approccio agli appalti pubblici: quanto all'efficienza della negoziazione di cui stiamo trattando in questa sede, il modello – leader è quello britannico.

¹²³ Il quesito n. 104 richiede una specifica valutazione sull'efficacia o sulla migliorabilità delle cause di esclusione ex art. 45 della Direttiva 2004/18/CE. Sul punto, constatate le difformità nazionali, si sostiene che sarebbe *opportuno limitare la facoltà per i Legislatori nazionali di stabilire ulteriori cause di esclusione rispetto alle fattispecie stabilite dalla Direttiva*. Il leading-case è rappresentato ancora una volta dalla legislazione italiana, laddove è noto che il nostro articolo 38 Codice appalti non è una trasposizione pedissequa della direttiva europea e d'altro canto, ha integrato la disciplina delle cause di esclusione adottando un'autonoma normazione. In conclusione, alla luce di un tale quadro giuridico è *auspicabile ridefinire le regole europee con una formula in grado di garantire maggiore informazione legislativa (e applicativa)*.

aggiudicatrici forniscono un metodo di valutazione delle prestazioni contrattuali eseguite che si basa su criteri oggettivi e misurabili ed è applicato in modo sistematico, coerente e trasparente. La valutazione delle prestazioni è trasmessa al contraente in questione, al quale deve essere data la possibilità di opporsi alle conclusioni e di ottenere tutela giurisdizionale”.

È bene precisare che le proposte emendative suggeriscono una soppressione del procedimento appena descritto, lasciando invece intatta solo la causa di esclusione. La motivazione della proposta di cancellazione risiede senz'altro nell'esigenza di una semplificazione e maggiore comprensibilità della procedura. È altresì probabile che una riformulazione sarebbe più opportuna, ma non la sua totale eliminazione, in quanto si lascerebbe un *vulnus* nelle modalità di attuazione della causa di esclusione che – come evidenziato nei cenni di comparazione giuridica appena svolti – non è una tecnica adottata uniformemente in tutti i Paesi dell'Unione.

4.6.3 Il caso italiano.

Come anticipato, in Italia risulta inesistente un sistema per il rilevamento e la valutazione della *performance* contrattuale delle imprese, da sfruttare come informazione per i futuri affidamenti. Come si è potuto osservare, infatti, le sole ipotesi di negligenza e malafede, oltre a portare con sé alcune problematiche interpretative e di sindacabilità giurisdizionale¹²⁴, sono da sole insufficienti a fondare un oggettivo sistema di *reputation for past behavior*. Del resto, tale limite nasce anche dal fatto che ha sempre avuto prevalenza il criterio di rigida separazione tra criteri soggettivi e requisiti dell'offerta, ritenendosi illegittima ogni commistione tra requisiti di ammissione delle domande e valutazione di merito, in particolare tra elementi soggettivi di qualificazione del concorrente ed elementi oggettivi attinenti alla qualità dell'offerta.

Solo nel 2009 si può ritenere aperto il dibattito circa la possibilità di inserire criteri soggettivi anche per caratterizzare l'offerta dell'impresa: in particolare, il caso sottoposto allo scrutinio del Consiglio di Stato¹²⁵ riguardava una gara d'appalto per l'affidamento di un contratto di servizi, in cui *l'offerta tecnica non si sostanzia in un progetto da valutare per la sua intrinseca qualità, ma nella descrizione di un mero facere che può essere valutato unicamente sulla base di criteri quali-quantitativi, fra i quali ben può rientrare la considerazione della pregressa esperienza dell'operatore, come anche della solidità ed estensione della sua organizzazione d'impresa.*

In tale occasione, il Supremo Consesso Amministrativo ha dunque ammesso, pur lasciando impregiudicata la demarcazione sopra delineata, che le particolari caratteristiche del servizio, con un'alta componente esperienziale e di relazione, possono giustificare l'introduzione di parametri di tipo “soggettivo” tra i criteri di valutazione delle offerte.

Aperta questa prima, timida, breccia nell'interpretazione del diritto comunitario, si sono poi moltiplicate le iniziative di studio ed approfondimento della relativa problematica.

¹²⁴ Come più volte ricordato, il mancato collegamento tra esecuzione contrattuale (eventualmente conosciuta dal g.o.) e procedura di affidamento, determina una complessa articolazione della sindacabilità giurisdizionale. Sul punto, di recente, cfr. Vigliotti G.I., *Esclusione per malafede: valutazione amministrativa e sindacabilità del G.A.*, in *Corriere Merito*, 2013, 5, p. 563.

¹²⁵ Cons. Stato, V sez., sent. 2 ottobre 2009, n. 6002.

Prima di affermare la difficoltà di mettere a punto criteri reputazionali certi, oggettivi e trasparenti, occorre partire dal presupposto che l'*enforcement* contrattuale perseguito dalle pubbliche amministrazioni è irto di difficoltà¹²⁶, totalmente privo di collegamento tra adempimento e gare future. Su queste constatazioni, affiancate dai preoccupanti dati sui ritardi e sulle non conformità delle prestazioni che affliggono il mercato degli appalti nella fase avanzata dell'esecuzione contrattuale, si fonda l'esigenza ormai pressante di introdurre meccanismi efficaci di controllo e collegamento tra prestazione e futuro affidamento. Appare, infatti, sbilanciata l'attenzione rivolta dal Legislatore europeo/ italiano all'apertura del mercato e alla partecipazione, con tutte le conseguenze in punto di procedimento ad evidenza pubblica, senza mantenere la stessa rigidità anche sugli esiti del contratto stesso. Ciò evidenzia da sempre la prevalenza assoluta del "*pregiudizio che per un corretto funzionamento del mercato dei contratti pubblici – ove sia osteggiata la formazione di qualsiasi barriera all'ingresso – ogni contratto debba essere inteso come un episodio a sé stante, nel quale di entra in occasionale contatto con un soggetto privato privo di passato e di futuro*".

Tale impostazione, com'è noto, contrasta pesantemente con l'avvertita esigenza di superare l'approccio formalistico nazionale alla tutela della concorrenza, per abbracciare una visione ben più effettiva e sostanziale delle prescrizioni pro-concorrenziali di matrice europea. Coerentemente, anche il contributo attivo dell'Avcp si è rivolto allo studio di fattibilità per un progetto giuridico-normativo in grado di tradurre le conclusioni consolidate dalla letteratura economica e viepiù sollecitate oggi dal processo di riforma delle direttive europee.

Sostenendo la necessità di superare quella "*fear of discretion*"¹²⁷ che ha sempre ostacolato l'introduzione di meccanismi reputazionali nella selezione dei contraenti, è stato inaugurato un progetto sperimentale¹²⁸ che ha visto sedere allo stesso Tavolo Tecnico istituito presso l'Avcp i rappresentanti delle imprese e delle stazioni appaltanti. Confermando che *nella prassi applicativa non è del tutto agevole garantire la qualità delle prestazioni ed il rispetto dei principi comunitari e nazionali nell'affidamento dei contratti pubblici*, anche l'Avcp sostiene che esistono continue tensioni – difficili da mediare e bilanciare – tra principi opposti che confluiscono nella gestione della procedura ad evidenza pubblica.

In questo caso, i necessari margini di manovra che occorrono per valutare e premiare gli aspetti qualitativi degli operatori e delle loro offerte sono visti con una certa diffidenza, poiché postulano un ampliamento della discrezionalità in capo alle stazioni appaltanti a discapito, si sostiene, della partecipazione e della parità di trattamento che – al contrario – spingono verso la massima oggettivizzazione di parametri e criteri selettivi.

¹²⁶ G. Gaito – V. Amicosante, *Le problematiche dell'inserimento dei meccanismi reputazionali nelle gare pubbliche*, elaborato presentato al Master in Public Management, Università di Roma – Tor Vergata, a. a. 2008-09. Gli autori sostengono che *la pubblica amministrazione dunque si presenta spesso come una "Giano bifronte", con una faccia estremamente severa in fase di gara (ove punisce con l'esclusione ogni minima irregolarità formale) o in sede di definizione del contratto, laddove prevede clausole rigorose e sanzioni inflessibili per le inadempienze, e una ben più conciliante quando si tratta di controllare l'esecuzione del contratto ed esigerne l'osservanza, talché le sanzioni previste a tutela del contratto restano spesso inapplicate.*

¹²⁷ L'espressione è di S. Kelman, in *Procurement and Public Management: the fear of discretion and the quality of Government performance*.

¹²⁸ S. Cianciotta, *La nuova frontiera della qualificazione*, in *Il Nuovo Cantiere*, 2010, n. 5, p. 88.

Di fatto, l'unico presidio esistente nel nostro ordinamento è costituito dal più volte citato art. 38, comma 1, lett.f) del Codice: da tale norma, tuttavia, *emerge che la performance dell'impresa e la reputazione della stessa sul mercato non sono valorizzate come strumenti idonei ad assicurare la qualità delle future prestazioni e la selezione dell'operatore che sia, al contempo, miglior offerente e miglior "esecutore"*.

Circa la gestione unitaria e centralizzata del sistema reputazionale, occorre riflettere molto accuratamente: in questo senso, l'auspicio delle proposte di direttiva nell'indirizzare gli Stati ad istituire autorità di settore potrebbe essere l'inizio per una piattaforma europea contro le ampie disomogeneità riscontrate sino ad oggi.

Cap. V – Prospettive *de iure condendo*.

5.1 Le principali innovazioni introdotte dalle direttive di quarta generazione: *overview generale*.

La Risoluzione del Comitato Permanente dei Rappresentanti (12 luglio 2013) ha sottoposto i testi finali di compromesso sulle direttive europee per gli appalti, proposte a dicembre del 2011 in totale sostituzione delle vigenti direttive adottate nel 2004.

Com'è noto, il percorso di riforma ha preso le mosse dalle priorità considerate nell'”*Atto per il Mercato Unico – 12 leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia*”. Come leva strategica di politica economica, il rilancio del *public procurement* è stato inteso al pari di un “collettore” per obiettivi multipli, in particolare lo stimolo all'innovazione, all'inclusione sociale e alla sostenibilità ambientale, in vista di una spesa pubblica efficiente e qualificata¹²⁹.

La complessità ed il tecnicismo che caratterizzano il settore, hanno richiesto di riformare in profondità i passaggi procedurali secondo le linee direttrici della flessibilità e della semplificazione¹³⁰.

Con riguardo alla struttura del mercato degli appalti, gli interventi principali hanno interessato la facilitazione per l'accesso delle piccole e medie imprese, ampliando così la platea dei partecipanti.

Le istituzioni europee hanno rivolto molta attenzione anche alla soluzione dei conflitti di interesse, alla trasparenza e alla distorsione della concorrenza.

Per quanto riguarda le figure soggettive coinvolte, queste sono state sottoposte a chiarificazione ed approfondimento: per “l'organismo di diritto pubblico” si è mantenuta la nozione frutto della decennale elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia.

Per gli “operatori economici” è stata invece adottata una nozione di massima apertura, che mostra indifferenza per la forma giuridica assunta da tali soggetti, purché offrano lavori, servizi o forniture sul mercato. Allo stesso modo, non può essere pretesa una specifica forma giuridica per le associazioni temporanee tra i medesimi operatori, mentre per i requisiti è fatto obbligo alle stazioni appaltanti di specificare quelli di natura finanziaria e professionale che non siano frazionabili né cumulabili.

Quanto alle condotte professionalmente rilevanti, le obbligazioni principali possono tradursi in clausole contrattuali, con particolare riferimento al rispetto dei

¹²⁹ Il “considerando” (2) esplicita come, in vista degli obiettivi dell'Agenda Europa 2020, l'*asset* delle direttive in materia di *public procurement* debba essere rivisto e modernizzato, in modo da aumentare l'efficienza della spesa pubblica, facilitare la partecipazione della PMI e realizzare obiettivi sociali.

¹³⁰ In particolare, il “considerando” (3) pone in evidenza la necessità di definizioni chiare e circoscritte dell'ambito oggettivo di applicazione delle direttive stesse: queste intendono disciplinare esclusivamente l'acquisizione mediante forme contrattuali di lavori, servizi e forniture. Ne restano esenti tutte le altre forme di autorizzazione per le attività economiche, i benefici e le azioni pubbliche a sostegno dell'economia. In alcun modo, inoltre, la direttiva mira ad alterare l'autonomia degli Stati Membri nella scelta tra *in-sourcing* ed *out-sourcing*, né costituisce un invito alla liberalizzazione dei servizi d'interesse generale.

contratti collettivi di lavoro: la “*non-compliance*” può essere considerata grave errore professionale, passibile di determinare l’esclusione dell’operatore economico dalla procedura di appalto.

In senso evolutivo sono visti anche i controlli da effettuare circa il rispetto delle disposizioni a tutela dell’ambiente, del lavoro e dell’integrazione sociale: tali verifiche andrebbero svolte in tutte le fasi cruciali delle procedure selettive, ovvero nelle sub-fasi di esclusione o analisi delle offerte anormalmente basse, sempre con riguardo alle norme sui mezzi di prova e l’autocertificazione.

Relativamente agli **adempimenti documentali**, in risposta alle difficoltà rappresentate dal mondo economico, è stato elaborato il Documento Unico degli Appalti, sottoforma di autocertificazione unica ed aggiornata. Consapevoli delle difficoltà tecniche connesse alla messa in operatività piena di un sistema informativo a livello europeo, le istituzioni promuoveranno iniziative specifiche a sostegno di tale processo. Al momento, le stazioni appaltanti sono comunque sollecitate a limitare gli adempimenti formali, a standardizzare i formulari e a basarsi sempre su informazioni aggiornate.

Interessanti sviluppi sono intervenuti nel campo dei criteri selettivi: si codifica il principio in base al quale “organizzazione, esperienza e qualificazione” dello staff professionale assegnato allo svolgimento delle prestazioni dedotte in contratto possono costituire criteri di aggiudicazione.

Quanto alla “moralità” degli operatori economici, è intervenuta la codificazione della cause di esclusione: si riproduce la struttura duale tra cause obbligatorie e cause facoltative, sebbene l’intero impianto dispositivo sia stato flessibilizzato attraverso l’estensione generalizzata della procedura di “*self-cleaning*”. In altre parole, si conferma che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento gli operatori economici che abbiano preso parte ad organizzazioni criminali, siano stati condannati per i reati di corruzione, frode ai danni degli interessi finanziari dell’Unione, terrorismo, riciclaggio e finanziamento di gruppi terroristici. Ugualmente, gli obblighi fiscali, contributivi e previdenziali non assolti possono essere motivo di esclusione.

Passando alle cause “facoltative”, si ammette che le stazioni appaltanti possono escludere gli operatori dimostratisi “inaffidabili” con riferimento al rispetto di norme sociali, ambientali o altre forme di condotte professionalmente scorrette. Se questo accade, ovvero se l’integrità professionale viene posta in dubbio, ciò impedisce l’affidamento del contratto all’operatore economico, a prescindere dal fatto che sia in possesso delle capacità tecnico-economiche di realizzare la prestazione. Sembra, dunque, che sia stata assunta come *driver* la “*responsibility determination*” di tipo americano.

Le stazioni appaltanti devono anche poter escludere quei candidati la cui *performance* in precedenti rapporti contrattuali sia stata caratterizzata da gravi carenze riguardo ad aspetti fondamentali delle forniture o delle prestazioni. Le leggi nazionali dovrebbero stabilire la durata massima delle esclusioni disposte per queste ragioni.

Un punto dirimente è rappresentato dalla codificazione del principio secondo cui, nei casi di esclusione facoltative, le stazioni appaltanti devono porre la massima attenzione al rispetto del canone di proporzionalità. Quest’ultimo postula che l’esclusione per piccole irregolarità va considerata alla stregua di *extrema ratio*. Viceversa, episodi ripetuti di irregolarità “minori” possono giustificare l’esclusione per mancanza del necessario elemento fiduciario.

Sempre nell'ottica della salvaguardia di una sostanziale ed effettiva partecipazione estesa, è stato introdotto il procedimento di valutazione delle “*compliance measures*” adottate dall'operatore economico a ristoro di precedenti reati o condotte professionalmente scorrette. Ne sono esempi la dissociazione, l'interruzione dei rapporti lavorativi con il personale infedele, il risarcimento dei danni, l'adozione di un sistema di *internal audit*, e così via.

Se tali provvedimenti sono valutati come idonei e sufficienti, le stazioni appaltanti non procedono all'esclusione. Si tratta, tuttavia, di indicazioni di massima, lasciando agli Stati Membri la discrezionalità di stabilire le condizioni procedurali specifiche.

5.2 Le “*exclusion grounds*” ex art. 55 della proposta di direttiva “classica” sugli appalti.

Passando ad un'analisi puntuale delle nuove disposizioni in materia di requisiti soggettivi di ordine generale, questi sono stati rubricati come “motivi di esclusione” e collocati nella sezione normativa dedicata ai “criteri di selezione qualitativa”.

Da una lettura complessiva del nuovo articolo 55 emerge una certa gradualità sanzionatoria: al comma 1 sono evidentemente elencate le cause tassative di esclusione a seguito di condanna definitiva per una serie di reati. L'obbligo di esclusione viene ribadito nei confronti di chi appartenga alla dirigenza, gestione e amministrazione dell'operatore economico o qualsiasi persona dotata di poteri di rappresentanza, decisione o controllo all'interno dell'azienda.

Il comma 2 risulta ampliato rispetto alla versione iniziale della proposta. Si potrebbe dire che anche tale disposizione reca cause tassative di esclusione, ma specifica dei “correttivi” o delle esimenti. Qui si sostiene che debba essere escluso dalla procedura il candidato nei confronti del quale risultino irregolarità fiscali e contributive definitivamente accertate. Tuttavia, l'esclusione non opera quando il candidato abbia proceduto a sanare tali irregolarità, corrispondendo le somme dovute e le relative sanzioni.

Rispetto a questi due gruppi di cause di esclusione tassative (ovvero “*mandatory*”), opera un eccezionale potere derogatorio concesso agli Stati Membri sulla base di prevalenti esigenze di pubblico interesse. A maggior ragione, con riferimento alle irregolarità fiscali, si ritiene che l'esclusione potrebbe costituire una sanzione sproporzionata, laddove collegata a cifre irrisorie, oppure se la tempistica del procedimento fiscale abbia impedito la regolarizzazione volontaria al momento della richiesta di partecipazione alla gara d'appalto.

Al comma 3, invece, risultano chiaramente elencate le cause facoltative di esclusione. In questa sede sono state largamente riprodotte le fattispecie già esistenti. Per quanto d'interesse in questo studio, occorre rilevare che è stata mantenuta – ancorché ritenuta una fattispecie vaga e contraria alla certezza del diritto – la “*grave professional misconduct*” che pone in dubbio l'integrità dell'operatore economico. Questa scelta implicherà il mantenimento di tutte le questioni problematiche sollevate sino ad oggi dalla prassi applicativa. Procedendo ancora per cenni, va posta in evidenza l'introduzione della carenza dimostrata nella precedente *performance* contrattuale. Inoltre, è stata codificata anche la “*guilt of serious misrepresentation*” nel fornire le informazioni/ dichiarazioni utili ai fini della partecipazione alla procedura selettiva (v. *amplius infra*).

Il comma 4, infine, estende la procedura di “*self-cleaning*” a tutte le situazioni contenute nei commi 1 e 3.

5.3 Vecchie e nuove problematiche.

5.3.1 *Professional misconduct.*

Come altrove evidenziato, l’iniziale proposta di direttiva manteneva come causa di esclusione il caso in cui “l’amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con qualsiasi mezzo che l’operatore economico si è reso colpevole di altri gravi illeciti professionali”. Si erano sollevate proposte di soppressione di questo punto fondate sulla doppia preoccupazione generata dall’uso di nozioni indeterminate quali “l’illecito professionale”, peraltro dimostrabile con “qualunque mezzo”.

L’attuale testo di compromesso, pur sostituendo alcune espressioni, non ha risolto le problematiche di indeterminatezza. A seguito degli aggiustamenti recentemente negoziati, l’amministrazione aggiudicatrice dà dimostrazione “con mezzi appropriati” della *professional misconduct* tenuta dall’operatore economico e tale condotta deve essere idonea a porre in discussione la sua *integrity*¹³¹.

Orbene, l’appropriatezza del mezzo accertativo richiama l’attenzione su una serie di canoni giuridici indeterminati come la proporzionalità, il giusto grado di approfondimento dei presupposti fattuali ovvero la corretta ricostruzione delle vicende storico-eventuali rivelatrici della *professional misconduct*, ma anche il procedimento da svolgersi in contraddittorio con l’operatore economico interessato. Tutto questo va inteso sia con riferimento all’attività amministrativa svolta dalla stazione appaltante, quanto in rapporto alla sindacabilità giurisdizionale dei provvedimenti adottati a seguito di tale accertamento. La questione fa riemergere immediatamente tutto il dibattito sviluppato di recente attorno ai limiti del sindacato giurisdizionale sulle cd “valutazioni tecniche complesse” svolte dalle amministrazioni o dalle autorità di settore¹³², laddove istituite. Com’è noto, per quanto d’interesse in questa sede, in Italia è stata la sentenza della Cassazione pronunciata a febbraio 2012 (ampiamente citata nel precedente capitolo) a sollecitare le osservazioni della dottrina sulla “valutabilità di valutazioni già effettuate” rispetto al sapere tecnico o meramente amministrativo coinvolto nel caso specifico¹³³.

È stata peraltro introdotta anche la nozione di “*integrity*”, sulla quale occorre svolgere delle specifiche riflessioni. Esaminando accuratamente la terminologia adottata nelle nuove direttive, e confrontandola con la tassonomia che la “moralità professionale” occupa nel dettato normativo italiano sugli appalti, si riscontrano alcuni elementi critici.

L’art. 45 della direttiva 2004/18/CE tra le cause facoltative di esclusione, con “facoltative” intendendo il non automatismo dell’espulsione per effetto di una motivata attività valutativa condotta dalla stazione appaltante, annoverava distintamente:

¹³¹ “*Being straightforward and honest in professional and business relationships; fair dealing and truthfulness; not being associated with information that contains materially false or misleading statements or information furnished recklessly.*”

¹³² G. Taglianetti, *I limiti del sindacato giurisdizionale amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse delle autorità indipendenti: punti fermi e perduranti incertezze*, in Foro amm. CDS, 2012, 11, p. 2817.

¹³³ M. Allena, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in Dir. Proc. Amm., 2012, 4, p. 1602.

- a. reati incidenti sulla moralità professionale, di cui vi è traccia del recepimento nel punto c) del nostrano art. 38;
- b. errore grave – comunque dimostrabile – commesso nell’esercizio dell’attività professionale, recepito invece nel punto f) del medesimo art. 38.

Com’è noto, nel primo caso la valutazione di gravità del reato andava effettuata in rapporto all’incidenza della condotta sulla moralità professionale dell’operatore economico.

Nel secondo caso, invece, l’errore professionale consiste in condotte gravemente negligenti ed inosservanti delle norme che regolano la specifica prestazione lavorativa eseguita dall’operatore economico.

La proposta di riforma adotta delle nozioni parzialmente diverse, avendole tipizzate come “altri gravi illeciti professionali” e “carenze significative dimostrate nell’esecuzione di precedenti contratti”.

A seguito dell’ultima tornata emendativa, poi, i testi sono stati nuovamente modificati, cristallizzandosi come:

- grave illecito professionale, incidente sulla moralità professionale;
- carenze dimostrate nei precedenti contratti, che abbiano condotto alla risoluzione anticipata o al pagamento delle penali (come sappiamo, è stata eliminata la procedura di valutazione della *performance*).

Tutte le osservazioni proponibili in merito alle impostazioni appena citate devono trovare fondamento nella nozione stessa di “moralità professionale”, che stiamo per definire.

La struttura fondamentale di un’attività “professionale” consiste nell’incarnare ed applicare una serie di valori socialmente condivisi: con questi principi sono declinati i codici etici adottati da quasi ogni ordine professionale¹³⁴.

C’è unanimità nel considerare l’*integrity* come un canone comportamentale, definito pietra angolare dell’azione professionale: insieme alle sue molteplici declinazioni, contribuisce alla costruzione delle immagini di “credibilità e affidabilità”, che sempre più caratterizzano il mondo economico moderno, con riferimento alla salvaguardia della cd “*qualità non contrattabile*”.

In effetti, sono molte le accezioni in cui è possibile intendere l’*integrity*, soprattutto con riguardo alle prestazioni degli operatori economici e dei servizi. Le stazioni appaltanti dovranno farsi carico di questo nuovo spazio valutativo che deriva loro dal fatto di dover motivare come l’illecito professionale eventualmente commesso dall’operatore economico sia idoneo ad intaccarne l’*integrity*.

Considerando gli obiettivi generali ed il *background* che hanno guidato la predisposizione delle nuove direttive sugli appalti, non v’è dubbio circa la connotazione estesa e dinamica che il Legislatore abbia voluto imprimere al concetto stesso di *integrity*, come *commitment* verso idee e valori da realizzare in prospettiva evolutiva dell’attività economica, connessa allo sviluppo sostenibile ed inclusivo. Ciò, del resto, risulta confermato anche dall’introduzione del parallelo procedimento sulla valutazione delle misure di *compliance* che l’operatore è in grado di attivare per porre rimedio a precedenti illeciti.

È altresì evidente che debba essere sviluppata al massimo grado la connessione tra integrità professionale dell’individuo e cultura dell’integrità all’interno dell’organizzazione in cui egli opera. I *driver* strategici per la promozione della

¹³⁴ Fédération des Experts Comptables Européens, *Integrity in professional ethics – a discussion paper*, Brussels, 2009.

“*organisational integrity*” riguardano la *leadership* esercitata dei decisori, la strategia e la politica di lungo periodo, l’informazione e la cultura che circolano all’interno dell’organizzazione e che vengono veicolate all’esterno come *integrity* percepibile.

Come classificato da recente dottrina¹³⁵, ne esistono almeno tre accezioni differenti. In sintesi, la “*professional integrity*” può significare:

- ***conduct***: comportamento corretto sulla base di linee-guida o codici etici (alcuni la definiscono come “professionalità”). Il comportamento connotato da professionalità risponde agli standard generali tipici della professione svolta. L’azione professionale implica che vi sia costante consapevolezza di obiettivi, valori e regole appartenenti ad un corpo unico e coerente che va rispettato. Si tratta, in altri termini, di un canone di riferimento da conoscere ed applicare. Sovente queste condotte risultano codificate nei codici o decaloghi di comportamento che accompagnano l’inserimento del lavoratore all’interno dell’organizzazione/impresa. Questa versione dell’*integrity* può facilmente scadere in una visione a-critica, meramente esecutiva delle norme da applicare.
- ***commitment to values***: oltre che verso le norme, vi è tensione verso i valori, le idee e i principi lungo l’intero arco della vita professionale. In questo caso, l’*integrity* consiste nell’inserirsi in un contesto sociale o comunità morale ed operare per realizzarne gli obiettivi: si parte dalle convinzioni individuali che conducono a progetti più ampi, concretizzabili solo all’interno di un’organizzazione. È un processo di identificazione profonda: in questo caso la professione non è solo svolta esecutivamente, bensì è vissuta in quanto “sentita”. Il *commitment* può divenire auto-referenziale e troppo personalizzato, perdendo la visione di appartenenza alla comunità professionale.
- ***reliable accountability (capacity)***: processo continuo di autovalutazione per reorientare l’azione verso idee e principi valoriali. Al contrario di un “monolitico” *commitment*, l’*accountability* postula una capacità di adattamento e ri-articolazione dei valori in funzione del contesto, della sua evoluzione e delle eventuali condizioni di crisi che possano coinvolgere l’organizzazione. L’enfasi sulla “capacità” implica che si sia dotati di flessibilità, abilità negoziale, di autocritica e auto-correzione, nonché della proiezione a renderne conto pubblicamente.

In conclusione, occorre mantenere una critica consapevolezza di come può essere impiegato il concetto di “*professional integrity*”, tanto nella versione “debole” di rispetto delle norme imposte (*conduct according to minimum standards of good practice*), quanto nella versione “forte” di orientamento al valore e capacità performante.

5.3.2 *Contract performance.*

Con riguardo alla “*past performance information*”, il testo di compromesso ha perso coerenza rispetto alla precedente formulazione. In sintesi, come si ricorderà, la proposta di direttiva mirava ad introdurre come causa di esclusione il fatto che l’operatore economico avesse dimostrato significative o persistenti carenze nell’esecuzione di precedenti contratti. L’aspetto più innovativo e di maggiore portata non consisteva solo nell’introduzione del concetto generico di “*performance*

¹³⁵ S.J. Banks, (2010), *Integrity in professional life: issue of conduct, commitment and capacity*, British journal of social work, 40, pp. 2168 – 2184.

contrattuale”: di sicuro interesse era invece la procedura prevista per la valutazione delle prestazioni. Come si è avuto modo di osservare, questa replicava sostanzialmente la tecnica adottata negli USA, prescrivendo che le amministrazioni aggiudicatrici si dotassero di un metodo di valutazione delle prestazioni contrattuali eseguite basato su criteri oggettivi e misurabili, da applicarsi in modo sistematico, coerente e trasparente, con la garanzia del contraddittorio per l’operatore economico valutato.

In accoglimento della proposta emendativa (che taceva sui motivi della scelta), tale comma è stato soppresso: nel nuovo testo¹³⁶ rimane solo un crogiuolo terminologico che in sostanza richiama la negligenza e l’inadempimento, assurti alla soglia di gravità idonea per condurre alla risoluzione anticipata del contratto, all’irrogazione di penali *et similia*.

Si deve criticamente rilevare il depotenziamento dello strumentario che si tentava di introdurre, e che avrebbe dovuto portare all’elaborazione di uniformi tecniche di “rating” per le imprese che intrattenessero rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni.

5.3.3 Document misrepresentation.

Si può ora esaminare il modo in cui è stata affrontata la tematica degli adempimenti documentali, nella prospettiva della disputa tra sostanzialismo e formalismo di matrice italiana. In primo luogo, è stata introdotta una specifica disposizione della quale occorre valutare la portata e come essa realizzi l’equilibrio tra completezza/veridicità della documentazione, ma anche semplificazione e soccorso istruttorio.

Il testo di direttiva dispone, infatti, che può essere escluso da una procedura di affidamento l’operatore economico che si sia reso responsabile di (grave) falsa dichiarazione nel fornire le informazioni richieste per la verifica dell’assenza di cause di esclusione o per il possesso dei requisiti necessari, che abbia omesso tali informazioni o che non sia in grado di fornire la documentazione a supporto dell’autodichiarazione. Questa disposizione va letta congiuntamente con le norme successive relative allo *European Single Procurement Document*, ai mezzi di prova e al potenziamento dell’archivio on-line denominato e-certis.

Si deve notare come abbia fatto ingresso per la prima volta tra le cause facoltative di esclusione la falsa dichiarazione o la omessa documentazione circa il possesso dei requisiti soggettivi, ovvero la mancanza di cause di esclusione. Tuttavia, in coerenza con tutta l’impostazione metodologica europea, anche in questo caso non può farsi luogo ad un’automatica esclusione, né pare essere sufficiente un errore che non sia

¹³⁶ Leggendo in maniera combinata la disposizione sulla *professional misconduct* e quella sulla *performance*, si può notare che esse corrispondono alla disposizione italiana contenuta nell’art. 38, co 1, lett. f). Nella proposta di direttiva, infatti, si dice che può essere escluso l’operatore economico “*guilty of a grave professional misconduct, which renders its integrity questionable*” e che “*has shown significant or persistent deficiencies in the performance of a substantive requirement under a prior public contract, a prior contract with a contracting entity or a prior concession contract which led to early termination of that prior contract, damages or other comparable sanctions*”.

Nel caso italiano si dispone che è escluso, secondo una motivata valutazione della stazione appaltante, l’operatore economico che abbia *commesso grave negligenza o malafede nell’esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che abbia commesso un errore grave nell’esercizio della attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante*.

grave e “guilty”. Sul punto, sembra che l’equilibrio tra sostanzialismo e formalismo sia stato trovato nella equa contemperazione fra la collaborazione che l’operatore economico deve dimostrare, la semplificazione nell’accesso alle informazioni, la possibilità di sanare le eventuali irregolarità meramente formali con un intervento suppletivo o integrativo da parte della stazione appaltante.

5.3.4 Self-cleaning.

Una questione importante su cui le (ancora) vigenti direttive UE non si pronunciano è quella concernente le cosiddette misure di “autodisciplina”, ossia le misure adottate dall’operatore economico per porre rimedio ad una situazione negativa che influisce sulla sua ammissibilità. L’opzione delle misure di “autodisciplina” deriva dalla necessità di raggiungere un equilibrio tra l’attuazione dei casi di esclusione e il rispetto della proporzionalità e della parità di trattamento. La presa in considerazione delle misure di “autodisciplina” consentirebbe alle amministrazioni aggiudicatrici di effettuare una più completa e oggettiva valutazione della situazione individuale del candidato o dell’offerente e di decidere quindi in merito alla sua eventuale esclusione da una procedura di appalto.

L’articolo 45 consente agli Stati membri di tener conto delle misure di “autodisciplina”, purché tali misure mostrino che le preoccupazioni per l’onestà professionale, la solvibilità e l’affidabilità del candidato o dell’offerente non sussistono più. Non esistono però norme uniformi sull’autodisciplina, sebbene le amministrazioni aggiudicatrici di alcuni Stati membri tengano conto delle misure adottate dall’operatore economico per porre rimedio all’esclusione.

Nel testo finale della proposta si tratta, in sostanza, di un sub-procedimento di valutazione condotto dalla stazione appaltante rispetto alle misure correttive adottate dall’operatore economico per il recupero della propria affidabilità, nonostante esso versi nelle situazioni escludenti.

Al termine di tale valutazione, occorre che la stazione appaltante adotti un giudizio motivato circa l’adeguatezza o meno di tali misure. Alla procedura, peraltro, è possibile accedere solo in assenza di provvedimenti giurisdizionali di condanna che dispongano la sanzione dell’esclusione dalle procedure di appalto, dal momento che tali sentenze determinano generalmente anche la durata temporale dell’interdizione.

Agli Stati Membri spetta il potere di disciplinare la durata dell’esclusione dalle gare quando le stazioni appaltanti verificano che non sono state adottate da parte dell’operatore economico le misure correttive a ristoro delle precedenti condotte irregolari. In questo caso, se non è la sentenza a disporre nel merito, tale esclusione non eccede i 5 anni per le cause sub-comma 1 e i 3 anni per le cause sub-comma 3.

Conclusioni.

Per riannodare la trama del nostro percorso argomentativo, dobbiamo partire dall'origine: il primo passaggio sviluppato ha ricostruito l'evoluzione storica e le non pacifiche problematiche connesse al concetto di "attività contrattuale" svolta dalla Pubblica Amministrazione, ponendo in rilievo le diverse correnti dottrinali in materia e le principali classificazioni delle fonti normative applicabili.

In tale contesto, l'attenzione si è successivamente concentrata sul segmento procedimentale dell'evidenza pubblica. In particolare, si è visto come sul primigenio (e mai superato) concetto "contabilistico" di spesa efficiente per il soggetto pubblico, si siano innestati ulteriori interessi pubblici da realizzare. Per questa ragione, si è tentato di ricostruire – attingendo in larga parte anche all'analisi economica del diritto, specialmente dei contratti – il percorso che ha lentamente condotto a considerare quello degli appalti pubblici come un vero e proprio "mercato". Quest'ultimo ha caratteristiche peculiari: in primo luogo una delle parti contrattanti è un soggetto pubblico con vincoli di finalizzazione della propria attività; inoltre, la domanda è segmentata e concentrata, mentre la regolamentazione e la procedimentalizzazione presiedono alla formazione della volontà negoziale e alla scelta dell'offerta migliore. Come abbiamo potuto constatare, dunque, il procedimento si è progressivamente fatto carico di realizzare obiettivi complessi e di conciliare sempre più ricchi principi, divenuti ormai tratti tipici dell'azione amministrativa moderna. Si è anche accennato come questa evoluzione della "policy" degli appalti pubblici si riverberi sull'introduzione e sull'aggiustamento costante di specifici meccanismi procedurali.

Con il contributo dell'Unione Europea, a livello strategico quanto normativo, oggi il *public procurement* non tende esclusivamente a realizzare un assetto concorrenziale del mercato degli appalti, bensì mira ad una nuova versione del "value for money" concentrato sulla qualità, sulla sostenibilità sociale ed ambientale dell'intero processo.

L'attenzione si è via via concentrata su alcuni profili problematici più fortemente connotati da esigenze di riforma, come i requisiti di ordine generale-morale che gli operatori economici devono possedere per partecipare alle procedure concorsuali ad evidenza pubblica. Sul punto, a partire da un'approfondita disamina del precetto normativo, è stata operata una ricostruzione dei principali approdi giurisprudenziali, nonché degli interventi interpretativi svolti dall'Avcp. È emerso che il potere discrezionale delle Pubbliche Amministrazioni di procedere all'esclusione delle imprese risultate non in possesso dei prescritti requisiti ha dato origine ad un ampio contenzioso, sulla base del quale si sono consolidati due indirizzi interpretativi contrastanti, definiti "formalista" e "sostanzialista".

Si è potuto dimostrare come, dalla singolare combinazione di una norma complessa (resa ancor più problematica dalla recente novella del 2011) con i poteri attribuiti all'Autorità di vigilanza, scaturiscano esiti procedurali in grado di paralizzare l'appalto e di danneggiare al contempo le imprese escluse e le stazioni appaltanti che non possano giungere alla comparazione delle relative offerte.

In questo senso, si è potuto anche cogliere lo spunto per esaminare sinteticamente altre normative sulle procedure di *public procurement*: il caso statunitense ha rappresentato una fertile pietra di paragone per individuare modalità alternative di valutazione dei concorrenti, includendo altresì elementi di informazione relativi alle pregresse esperienze contrattuali delle imprese.

Sino a questo punto l'analisi è stata condotta sulla normativa attualmente vigente in Italia e in Europa, ma l'ultima parte dell'elaborato si è concentrata sul processo di riforma delle direttive europee sugli appalti.

Allo stato attuale se n'è potuto offrire un "commento a caldo", in attesa delle modalità e dei tempi per il recepimento, ma approfondendo alcune prospettive *de iure condendo*, è senz'altro emerso che si è persa l'occasione per introdurre il cd *criterio di past performance* come contributo alla selezione qualitativa degli operatori economici partecipanti alle gare d'appalto.

Bibliografia.

A

P. Adami, *Requisiti cumulabili e requisiti non frazionabili*, nota a sentenza Tar – Puglia, Bari, I sez., 24 gennaio 2013, n. 81, in *Giur. merito*, 2013, 4, p. 900.

G. L. Albano – F. Dini – G. Spagnolo, *Strumenti a sostegno della qualità negli acquisti pubblici*, Quaderno CONSIP, n. 1, 2008.

G.L. Albano – F. Antellini Russo, *Public Procurement e Politica Economica*, Quaderno Consip, V, 2009.

M. Allena, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 4, p. 1602.

F. Aperio Bella, *Riflessioni sul requisito di “moralità professionale”*: vecchi dubbi e nuove soluzioni alla luce del “decreto sviluppo” n. 70 del 2011, convertito nella L. n. 106 del 2011, in *Foro Amm. Tar*, 2011, 10.

S. Arrowsmith, *Public Procurement. The Continuing Revolution*, 2003.

S. Arrowsmith, *EU Public Procurement Law: an Introduction*, 2010.

B

S.J. Banks, *Integrity in professional life: issue of conduct, commitment and capacity*, in *British journal of social work*, 40, 2010, pp. 2168 – 2184.

G. A. Benacchio – M. Cozzio, (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano, 2012.

A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Giappichelli, Torino, 1999.

R. Bin, *Alla ricerca della materia perduta*, in *Le Regioni*, n. 2, marzo, 2008.

R. Boero et al., *La reputazione come vettore di fiducia nei sistemi socio-economici: alcuni risultati sperimentali*, in *Stato e Mercato*, n. 86, agosto 2009.

D. Bortolotti, *I contratti della amministrazione pubblica*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1989.

C

N. Caldwell – H. Walker – C. Harland – L. Knight – J. Zheng, *Promoting competitive markets: the role of public procurement*, PrAcademics Press, 2005.

R. Caranta, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 4, agosto, 2004.

R. Caranta, *Prime correzioni di rotta della Corte costituzionale in materia di tutela della concorrenza?*, in *Le Regioni*, n. 3, maggio, 2008.

R. Caranta, *I contratti pubblici*, II ed., Giappichelli, Torino, 2012.

F. Caringella, *Compendio di diritto amministrativo, IV ed.*, DIKE, 2012.

F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo, vol. V*, DIKE, 2013.

S. Cassese, *Che cosa fanno gli uffici legislativi dei ministeri*, *Giornale Dir. Amm.*, 2013, 2, 113.

M. Cavino – B. Mameli – I. Pagani, *Lezioni sulle procedure di acquisto della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2011.

V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2012.

P. Chirulli, *L'omessa dichiarazione del "grave" inadempimento è sempre causa di esclusione*, nota a sentenza Tar – Veneto, Venezia, I sez., 23 marzo 2012, n. 412, in *Corriere Merito*, 2012, 8-9, p. 849.

S. Cagnetti, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e proporzionalità*, in *Giur. It.*, 2012, 5.

G. Corso, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Diritto Pubblico*, 3, 2002.

P. Cortese, *La negligenza, la malafede e l'errore grave nei requisiti di ordine generale*, in *Urbanistica e Appalti*, 2007, 5, p. 603.

D

P. De Pasquale, *Diritto dell'Unione europea e procedimenti davanti alle autorità indipendenti: i principi*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, 01, p. 73.

L. De Pauli, *Esclusione dalla gara per grave negligenza e malafede e giurisdizione del G.A.*, in *Urbanistica e Appalti*, 2012, 7, p. 750.

N. Doni, *L'affidamento mediante gara di contratti pubblici: l'importanza della reputazione*, in *Politica Economica*, n. 2, agosto 2005, p. 307.

M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione dell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.

E

C. C. Eriksen, *The European Constitution, Welfare States and Democracy: the four freedoms vs national administrative discretion*, Routledge, 2012.

F

Fédération des Experts Comptables Européens, *Integrity in professional ethics – a discussion paper*, Brussels, 2009.

E. Feresin, *Le cause di esclusione negli appalti pubblici*, Giuffré, Milano, 2011.

S. Foà, *Le nuove frontiere del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Il rinvio accelerato del T.A.R. per “disapplicare” il giudicato del Consiglio di Stato*, in www.federalismi.it, 15 maggio 2013.

F. Fracchia, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della pubblica amministrazione: profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2010.

F. Fracchia – E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, 2012.

G

G. Gaito – V. Amicosante, *Le problematiche dell'inserimento dei meccanismi reputazionali nelle gare pubbliche*, elaborato presentato al Master in Public Management, Università di Roma – Tor Vergata, a. a. 2008-09.

M. Gentile, *Segnalazione all'Autorità anche in caso di accertamento negativo dei requisiti generali*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 4, 2013, p. 462.

M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, 1993, p. 363.

B. Giliberti, *La tassatività della clausole di esclusione. L'art. 46, comma 1-bis D. Lg. 16 aprile 2006 n. 163: bilancio di una riforma*, in *Foro Amm. Tar*, n. 3, 2013.

R. Greco, *Le cause soggettive di esclusione*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di R. Garofoli – M.A. Sandulli, Giuffré ed., 2005.

G. Guzzo, *Appalti pubblici. Disciplina, procedura e nuovi profili processuali*, Giuffré, Milano, 2013.

L

M. Libertini, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. It.*, 2005.

M

G. Manfredi, *Moralità professionale nelle procedure di affidamento e certezza del diritto*, in *Urbanistica e Appalti*, 2010, 5, p. 508.

L. Mannori – B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Bari, 2002.

P. Mantini, *Sussidiarietà e concorrenza nella giurisprudenza amministrativa sull'avvalimento dei requisiti imprenditoriali*, in *Foro amm. TAR*, 2013, 4, p. 1411.

C. Marzuoli, *Un diritto "non amministrativo"?*, saggio in ricordo di Andrea Orsi Battaglini, in *Dir. Pub.*, n. 1, anno 2006, p. 133.

A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Plus, Pisa, 2012.

E. Mele, *I contratti delle Pubbliche Amministrazioni*, 4 ed., Giuffré, Milano, 2011.

M. Montefiori, *Reputazione come credibilità per comportamenti passati nei contratti tra acquirente e fornitore di servizi sanitari*, in *Politica Economica*, n. 1, aprile 2004, p. 89.

L. V. Moscarini, *L'appalto nel codice civile e nel codice dei contratti pubblici*, in M.A. Sandulli – R. De Nictolis – R. Garofoli, (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffré, Milano, 2008.

E. Munno, *L'ambito di applicazione dell'art. 38 del D. Legis. N. 163/2006: il recente orientamento del Consiglio di Stato*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2011, 7-8, p. 638.

N

G. Neri, *Requisiti di ordine generale per la partecipazione agli appalti pubblici: spunti ricostruttivi*, intervento al Convegno “Diritto penale degli appalti pubblici”, Padova, 2008, in www.dirpubblico.unipd.it.

G. F. Nicodemo, *Sull'esclusione per “grave negligenza” quando è commessa a danno di altre P.A.*, in *Urbanistica e Appalti*, 5, 2013, p. 545.

P

G. Piga – S. Treumer – K.V. Thai, (a cura di), *The International Handbook of Public Procurement*, CRC Press, 2009.

G. Piga – S. Treumer, *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, Routledge, 2012.

F. Pizzetti, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma?*, in *Le Regioni*, n. 4, agosto, 2004.

R

S. A. Romano, *Attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, 1987 (agg. 2011).

S

F. Saitta, *Gare pubbliche e doppie impugnative, facoltative e non: un quadro giurisprudenziale non sempre coerente*, in *Foro amm. CDS*, 2012, 12, p. 3165.

P. Santoro – E. Santoro, *Nuovo manuale dei contratti pubblici*, Maggioli, Bologna, 2011.

T

G. Taglianetti, *I limiti del sindacato giurisdizionale amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse delle autorità indipendenti: punti fermi e perduranti incertezze*, in *Foro amm. CDS*, 2012, 11, p. 2817.

K. V. Thai, *Public procurement re-examined*, in *Journal of Public Procurement*, 2001, p. 9.

K. V. Thai, *Challenges in Public Procurement: an International Perspective*, 2005.

V

S. Vagstad, *Promoting fair competition in public procurement*, in *Journal of Public Economics*, 1995.

A. Venturi, *La “tutela della concorrenza”*: da “valore-materia” a “materia-valore”. *La Corte conferma il riparto Stato-Regioni operato dal Codice De Lise* (note a margine di Corte costituzionale 23 novembre 2007, n. 401), in *Le Regioni*, n. 2, marzo, 2008.

G. Vesperini, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milano, Giuffrè, 2011.

G.I. Vigliotti, *Esclusione per malafede: valutazione amministrativa e sindacabilità del G.A.*, in *Corriere Merito*, 2013, 5, p. 563.

P. Virga, *Contratto di diritto pubblico (teoria generale)*, IX, in *Dig. Disc. Pub.*, 1961.