



La disciplina dei contratti pubblici tra persistenze e spinte all'innovazione

di **MARCELLO CLARICH**

Abstract

The essay analyses the general features of the Code of Public Contracts approved in 2016 (Legislative Decree no. 50 of 18 April 2016), which was significantly amended in 2019 (Law no. 55 of 14 June 2019). In particular, it deals with the historical origins of the discipline and dwells on the differences in approach between national law and European directives approved until the most recent ones in 2014 (n. 23,24 and 25 of 2014). While national law favours precise rules that strictly bind public administrations, also for the purposes of combating corruption, European law is more in favour of giving them room for discretion.

1. Il Codice dei contratti pubblici approvato con D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, con le modifiche apportate dal decreto correttivo approvato D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, segna un nuovo capitolo nella storia ormai secolare della disciplina settoriale degli appalti pubblici.

Esso anzitutto recepisce un nuovo pacchetto di direttive europee e precisamente le direttive 2014/24/UE (appalti), 2014/25/UE (settori speciali) e 2014/23/UE (che disciplina in modo organico i contratti di concessione di lavori e di servizi), confermando così l'impostazione unitaria della disciplina che già caratterizzava il precedente Codice approvato con d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e che viene integralmente sostituito.

Inoltre, il nuovo Codice cerca di intervenire sulla struttura del mercato degli appalti, in particolare, rafforzando i poteri di vigilanza e di regolazione dell'Autorità nazionale anticorruzione; introducendo sia un sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti volto a valutare la loro capacità tecnica ad avviare e gestire le procedure di gara, sia un sistema di *rating* di impresa basato su requisiti reputazionali e di capacità strutturale ai fini della qualificazione necessaria per la partecipazione alle procedure; istituendo un albo dei commissari per la valutazione delle offerte gestito dall'Autorità nazionale anticorruzione.

Si tratta di norme di tipo organizzativo che non sono di diretta applicazione delle direttive europee (che disciplinano soprattutto le procedure) e che sono invece il frutto di una scelta consapevole del legislatore nazionale di voler tentare di porre rimedio alle carenze strutturali del mercato dei contratti pubblici sia sul versante della domanda sia su quello dell'offerta.

Il Codice rinvia a numerosi atti attuativi di competenza ministeriale e dell'Autorità nazionale anticorruzione, alcuni dei quali devono essere ancora emanati⁴.

2. Per cogliere con uno sguardo generale le caratteristiche del nuovo Codice, conviene ripercorrere sinteticamente nel contesto l'evoluzione normativa del settore.

In origine e per lungo tempo, la disciplina dei contratti della pubblica amministrazione è stata contenuta nella normativa sulla contabilità dello Stato (r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 e regolamento approvato con r.d. 23 maggio 1924, n. 824). Essa prevedeva procedure a evidenza pubblica (il pubblico incanto, nel linguaggio dell'epoca) sia per i contratti attivi dello Stato, dai quali cioè deriva un'entrata (per esempio la vendita di un immobile non più utilizzato per finalità pubbliche), sia per i contratti passivi, che comportano cioè un'uscita (per esempio l'acquisto di arredi).

La collocazione della disciplina del procedimento a evidenza pubblica tra le norme sulla contabilità trovava spiegazione nel fatto che essa mirava a garantire una gestione corretta ed efficiente del danaro pubblico. Essa era diretta principalmente ad assicurare le condizioni economiche più favorevoli all'amministrazione mettendo in concorrenza le imprese e a proteggere l'amministrazione dal rischio di collusione tra queste ultime. Da qui anche l'inserimento nel Codice penale di figure di reato come la turbativa d'asta e l'astensione dagli incanti (artt. 353 e 354 cod. pen.). Solo di riflesso le norme di

⁴ Sullo stato di attuazione del Codice cfr. la Relazione annuale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione presentata al Senato il 14 giugno 2018 pubblicata sul sito dell'Autorità.

contabilità garantivano la *par condicio* dei partecipanti ed era persino dubbio se esse avessero natura esterna e non meramente interna.

Questi obiettivi venivano perseguiti per mezzo di una serie minuta di regole formali e procedurali relative alla gara pubblica (per esempio, la presentazione delle offerte in buste sigillate, la tempistica dell'asta, le modalità di apertura delle buste, ecc.) volte a escludere o limitare il più possibile la discrezionalità dell'amministrazione. Una discrezionalità eccessiva poteva aprire più facilmente la strada a fenomeni collusivi e corruttivi tra imprese e funzionari infedeli. Non a caso le due principali modalità di selezione del contraente erano l'asta pubblica aperta a tutti i potenziali offerenti, oppure la licitazione privata, con la partecipazione delle imprese invitate dalla stazione appaltante e la selezione dell'offerta migliore sulla base di un solo parametro vincolato e cioè il prezzo offerto.

A partire dagli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso, soprattutto in seguito al recepimento di una serie di direttive europee (da ultimo, come si è detto, con il Codice), muta radicalmente l'impostazione della disciplina. Essa pone infatti l'accento soprattutto sull'esigenza di aprire il mercato degli appalti pubblici alla concorrenza a livello europeo in attuazione del principio di libera circolazione intracomunitaria delle merci e dei servizi. Pertanto, introduce regole volte a promuovere la pubblicità dei bandi di gara, la trasparenza della procedura e la *par condicio*. L'apertura del mercato degli appalti pubblici alla concorrenza è vista come funzionale anche alla crescita dimensionale delle imprese europee, così da renderle più competitive a livello globale.

Inoltre, la normativa europea privilegia un approccio meno formalistico a favore di un modello più flessibile e più aperto a momenti di confronto tra l'amministrazione e le imprese (in particolare, come si vedrà, con il cosiddetto dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione e altre forme di partenariato pubblico-privato) e che attribuisce a quest'ultima maggiori spazi di discrezionalità.

Il recepimento delle direttive europee nel nostro ordinamento si è scontrato fin dall'inizio con la difficoltà delle stazioni appaltanti (troppo numerose e poco attrezzate sul piano tecnico e giuridico) e delle imprese (spesso di piccole dimensioni) di gestire o prendere parte a procedure più flessibili, ma che richiedono comunque la capacità di garantire la *par condicio* e la trasparenza. Ciò spiega perché le procedure più innovative come il già richiamato dialogo competitivo e le altre forme di partenariato sono state utilizzate di rado. Inoltre, il settore degli appalti pubblici è particolarmente esposto a fenomeni corruttivi e, com'è noto, la corruzione trova spazio maggiore là dove le stazioni appaltanti e le commissioni di gara sono chiamate a operare valutazioni discrezionali.

3. Il nuovo Codice ha sostituito il precedente Codice approvato con d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che già aveva riordinato la materia unificando in un solo corpo normativo la disciplina delle forniture, dei servizi e dei lavori pubblici, recependo due direttive europee (2004/17/CE e 2004/18/CE).

Al Codice si aggiungeva un ponderoso regolamento di esecuzione e attuazione, ora abrogato, che disciplinava soprattutto la progettazione, l'aggiudicazione e l'esecuzione dei lavori pubblici (d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207). Il regolamento in questione è ora sostituito, come si vedrà, da una disciplina più flessibile sottoforma di linee guida approvate dall'Autorità nazionale anticorruzione. Si tratta di una delle novità più significative nell'approccio seguito dal Codice che ha dato origine a un dibattito dottrinale e a orientamenti giurisprudenziali spesso oscillanti volti a chiarire la natura giuridica di questo strumento atipico di regolazione.

Va ricordato inoltre che disciplina generale stabilita a livello statale è adottata nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto (art. 2, comma 1). Essa può essere integrata dalle leggi regionali che però, come ha chiarito la Corte Costituzionale (sentenza n. 401/2007), hanno spazi molto limitati di adattamento. Ciò allo scopo di evitare

che il mercato dei contratti pubblici sia regolato da norme troppo differenziate a livello locale tali da distorcere la concorrenza.

4. Il Codice dei contratti pubblici, oltre a recepire l'ultimo pacchetto di direttive europee, come già anticipato, contiene una disciplina che incide sulla struttura del mercato del *public procurement*.

Sotto il profilo organizzativo, infatti, al mercato dei contratti pubblici è preposta l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) con funzioni di vigilanza, controllo e regolazione dei contratti pubblici (art. 213 Codice). L'ANAC ha assorbito le funzioni della precedente Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (d.l. 26 giugno 2014, n. 90 convertito in legge 11 agosto 2014, n. 14).

L'Autorità è preposta alla vigilanza e al controllo sui contatti pubblici e svolge "*attività di regolazione degli stessi*" (art. 213, comma 1) attraverso l'emanazione di "*linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo e altri strumenti di regolazione flessibile*" (comma 2)⁵.

L'attribuzione all'Autorità di poteri di regolazione molto ampi costituisce una delle principali novità del nuovo Codice e su di essa, come già accennato, si è aperta una discussione in dottrina e in giurisprudenza in ordine alla qualificazione giuridica delle singole tipologie di atti (regolamenti, atti amministrativi generali, *soft law*), anche atteso che il Codice prevede in termini generali la loro impugnabilità innanzi al giudice amministrativo. In particolare, le linee-guida, che sono adottate previa consultazione con le categorie e i soggetti interessati e l'analisi e la verifica di impatto della regolazione, sono definite in alcuni casi vincolanti, in altri casi non vincolati. Alle linee-guida fanno rinvio numerose disposizioni specifiche del Codice, per esempio, in tema di compiti del responsabile del procedimento (art. 31), di requisiti e capacità minime delle imprese che intendono partecipare a procedure per l'affidamento di lavori (art. 83, comma 2), di requisiti reputazionali ai fini del *rating* delle imprese (art. 83, comma 10), di standard di qualità dei controlli sulle imprese che gli organismi di

⁵ Per un inquadramento del nuovo ruolo dell'ANAC cfr. L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Riv. Della Regolazione dei Mercati*, n. 2, 2016.

attestazione (SOA) devono rispettare ai fini dell'attestazione dei requisiti (art. 84, comma 2), ecc. L'Autorità è titolare in particolare di poteri ispettivi, può richiedere informazioni e documenti, può supportare le stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti e nella gestione delle procedure di particolare importanza (cosiddetta vigilanza collaborativa), può irrogare sanzioni amministrative. L'Autorità gestisce una banca dati nazionale dei contratti pubblici, avvalendosi anche di un apposito Osservatorio. In analogia con il modello delle autorità indipendenti, formula proposte e invia segnalazioni al Governo e al Parlamento.

L'Autorità gestisce un nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza (art. 38), suddivise per ambiti di attività, bacini territoriali, fasce di importo, per le quali è prevista l'iscrizione in un elenco. Ai fini della qualificazione, che ha una durata quinquennale, ciascuna stazione appaltante deve dimostrare il possesso di una serie di requisiti, tra i quali una capacità adeguata di progettazione, di gestire le procedure e di verificare l'esecuzione dei contratti attraverso una struttura organizzativa dotata di personale professionalmente preparato, ecc. Le stazioni appaltanti possono gestire le procedure entro i limiti della qualificazione ottenuta. Il nuovo sistema tende a contrastare il fenomeno dell'eccessivo numero di stazioni appaltanti che spesso non sono attrezzate in modo adeguato per gestire procedure complesse e favorire forme di aggregazione e di centralizzazione degli acquisti.

All'Autorità fa capo anche il sistema del *rating* di impresa applicabile ai fini della qualificazione delle imprese (cioè dell'ammissione alla partecipazione alle singole gare) attraverso il rilascio di una certificazione ad opera della stessa Autorità (art. 83, comma 10). Il sistema tende a valutare i requisiti reputazionali in base a indici quantitativi e qualitativi (incluso il *rating* di legalità). Anche questo sistema mira a far sì che siano ammesse a partecipare alle gare, a seconda delle tipologie di attività e degli importi, soltanto le imprese più affidabili, e ciò a garanzia dell'interesse alla corretta gestione dei contratti pubblici.

L'Autorità gestisce e aggiorna anche l'Albo dei componenti delle commissioni giudicatrici (art. 78) che devono essere nominate per valutare le offerte relative a contratti aggiudicati in base al criterio del miglior rapporto qualità/prezzo che, come si vedrà, richiede valutazioni di tipo qualitativo relative ai contenuti delle offerte. A garanzia di una maggior imparzialità, il Codice introduce il principio del sorteggio dei commissari (per ciascuna procedura di gara) tra gli iscritti all'Albo (art. 77). Ai fini dell'iscrizione, l'Autorità accerta il possesso di requisiti di moralità, competenza e professionalità da essa stessa definiti in un atto di regolazione.

Un potere particolarmente incisivo attribuito all'Autorità è quello di emanare nei confronti delle stazioni appaltanti un parere motivato che segnala in modo specifico i vizi di legittimità degli atti da esse adottati. Ove la stazione appaltante non si conforma al parere entro sessanta giorni nel caso o nel diverso termine assegnato dall'Autorità, quest'ultima può proporre un ricorso innanzi al giudice amministrativo (art. 211, 1-ter). E' stato così ripreso il modello della legittimazione straordinaria a proporre ricorso giurisdizionale attribuito nel settore del diritto della concorrenza all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287).

Già dalle considerazioni sin qui svolte, risulta come l'Autorità nazionale anticorruzione è preposta alla regolazione e alla vigilanza sull'intero sistema degli appalti pubblici. Si tratta, come si è accennato, di una scelta organizzativa del legislatore nazionale, non imposta dalle direttive europee, giustificata dall'obiettivo di rendere più efficiente, più concorrenziale e meno esposto a fenomeni corruttivi il sistema dei contratti pubblici ancora piuttosto diffusi.

Su tale scelta si è aperto un intenso dibattito, atteso che altri ordinamenti europei non sembrano aver introdotto, a valle di una cornice normativa contenuta nelle direttive già molto dettagliata, un regolatore di secondo livello, che riprende in modo forse non del tutto appropriato il modello delle autorità di regolazione nel campo dei servizi pubblici e in materia finanziaria istituite nei paesi europei sulla scorta di precise indicazioni contenute nelle direttive europee di settore.

5. Va sottolineato come i contratti pubblici sono disciplinati per aspetti specifici anche da fonti esterne al Codice che devono essere considerate ai fini di una ricostruzione completa del quadro normativo. Conviene richiamarne le principali.

In primo luogo, va ricordata la cosiddetta legge anticorruzione (legge 6 novembre 2012, n. 190) che individua tra i settori più a rischio le modalità per l'affidamento dei contratti pubblici (art. 1, comma 16, lett. b)). Obbliga pertanto le stazioni appaltanti a pubblicare anche sui propri siti internet istituzionali una serie di informazioni relative ai bandi pubblicati, agli operatori invitati a presentare l'offerta, all'aggiudicatario, all'importo dell'aggiudicazione e a trasmetterle in formato digitale all'Autorità nazionale anticorruzione. Obblighi di trasparenza di questo tipo sono ritenuti utili per combattere i fenomeni corruttivi. Il Codice, nell'imporre alle amministrazioni l'obbligo di pubblicare tutti gli atti relativi alle procedure in attuazione dei principi in materia di trasparenza, rinvia non a caso alla disciplina generale contenuta nel d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

Altre misure sono i cosiddetti patti di integrità e i protocolli di legalità sottoscritti dalla stazione appaltante con le imprese, contenenti impegni finalizzati a garantire l'integrità dell'appalto. Il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara (art. 1, comma 17, l. n. 190/2012). Sono state previste, inoltre, le cosiddette *white lists*, ossia degli elenchi, da istituire presso le prefetture, di imprese non soggette a tentativi di infiltrazione mafiosa, operanti in settori di attività particolarmente esposti all'azione della malavita organizzata, da sottoporre a controlli periodici (art. 1, commi 52, 52-bis, 53, 54, 55 e 56).

In secondo luogo, il Codice penale contiene disposizioni che individuano alcune figure specifiche di reato (artt. 353 ss.). Esse sono state integrate di recente, in particolare, con il reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353-bis). Questo reato è commesso da chi cerca di condizionare a proprio favore con mezzi fraudolenti il contenuto del bando di gara

che invece dovrebbe essere predisposto in modo tale da favorire la partecipazione su un piano di parità di una molteplicità di imprese.

In terzo luogo, le imprese che partecipano alle gare pubbliche devono rispettare la normativa antimafia e sono soggette a obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari derivanti dalle commesse pubbliche anche nei rapporti con i subappaltatori e i subcontraenti (con l'apertura di conti correnti bancari o postali dedicati alla singola commessa) in modo tale da prevenire il rischio di infiltrazioni criminali (art. 3 legge 13 agosto 2010, n. 136).

Va richiamata anche la disciplina sulla concorrenza contenuta nella legge 10 ottobre 1990, n. 287 e in particolare il divieto di intese restrittive della concorrenza atteso che in anni recenti l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha aperto numerosi procedimenti a carico di imprese partecipanti a procedura di gara che, in modo coordinato, avevano presentato le proprie offerte, specie nel caso di suddivisione di più lotti, in modo tale da spartirsi in qualche modo il mercato.

Infine, il Codice del processo amministrativo dedica alcuni articoli al processo in materia di contratti pubblici (artt. 120 ss.) che, in conformità alla direttiva 2007/66/CE in materia di procedure di ricorso, configurano un rito speciale accelerato volto a rendere più rapida ed effettiva la tutela delle imprese che partecipano alle gare.

6. Delle tante caratteristiche del Codice merita soffermarsi su un aspetto che già era presente nel Codice del 2006 e che ora è ancora più evidente e cioè quello di cercare di fondere e di amalgamare due approcci non necessariamente convergenti alla regolazione dei contratti pubblici ai quali si è fatto già cenno: il primo, tradizionale nella disciplina italiana, connotato dalla visione "contabilistica" della disciplina degli appalti pubblici e dall'imposizione di un reticolo fitto di regole rigide di tipo "*command and control*"; il secondo, che connota la disciplina

europea, incentrato sull'esigenza di aprire il mercato dei contratti pubblici alla concorrenza³.

Il primo approccio mira a porre soprattutto regole volte a prevenire il rischio sia di una gestione non trasparente e corretta delle procedure da parte delle stazioni appaltanti, sia di tentativi da parte delle imprese di condizionare dall'esterno l'andamento e l'esito delle procedure. Un siffatto approccio risente dunque di una sfiducia nella integrità morale delle stazioni appaltanti e delle imprese⁴.

Consequenziale al primo approccio è il rigore formale, spesso esasperato, delle procedure, nonché la preferenza verso meccanismi automatici di aggiudicazione o di esclusione delle offerte anomale che non lasciano spazio ad alcuna discrezionalità della stazione appaltante. Un'amministrazione con le mani legate e che mantiene le distanze con le imprese garantisce al meglio l'imparzialità. Secondo questa impostazione, il valore della convenienza, cioè dell'apprezzamento del contratto sotto il profilo del rapporto qualità-prezzo e dell'affidabilità del contraente privato, appare recessivo. Ciò che interessa è soprattutto che la procedura si sia svolta nel rispetto formale della legge e della *lex specialis*.

Il secondo approccio guarda invece al settore dei contratti pubblici nella prospettiva della regolazione amministrativa di un mercato, quello del *public*

³ In generale, sugli interessi da proteggere nelle gare pubbliche con ampi riferimenti alla letteratura anche economica, cfr. M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001, pag. 119 e seg.

⁴ Sull'approccio alla disciplina dei contratti pubblici che enfatizza il ruolo dell'interesse pubblico alla concorrenzialità del mercato cfr. M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, pag. 297 e seg. il quale che sottolinea anche che la logica della tutela della concorrenza mette a disposizione delle imprese nuovi strumenti di garanzia. Per una ricostruzione della genesi della disciplina dell'evidenza pubblica, improntata essenzialmente all'interesse pubblico alla "convenienza amministrativa" e per l'impostazione sottesa alle direttive comunitarie volte a privilegiare la realizzazione di un mercato unico concorrenziale e alla sostituzione di una disciplina di tipo "command and control" con un modello di regolazione più flessibile e di tipo cooperativo, cfr. S. SIMONE - L. ZANETTINI, *Appalti pubblici e concorrenza*, in F. FIORENTINO (a cura di), *Lo Stato compratore*, Bologna, 2007, pag. 119 e seg.

procurement, che deve essere reso aperto al maggior numero di imprese in grado di competere sul piano di parità, trasparenza ed efficienza. Inoltre, la domanda pubblica di beni e servizi, se convogliata in procedure di gara ben strutturate e gestite, se del caso, anche da centrali di acquisto volte a superare il carattere frammentato delle stazioni appaltanti, può contribuire a promuovere processi di riorganizzazione, dal lato dell'offerta e ad aggregare la domanda di beni e servizi, di un sistema imprenditoriale, come quello italiano, caratterizzato in molti comparti da un numero eccessivo di imprese di dimensioni modeste e poco efficienti.

Coerente con il secondo approccio è un diverso equilibrio tra discrezionalità ed esigenze di *par condicio*. Mentre l'approccio tradizionale delle regole in materia di procedure a evidenza pubblica tendeva, come si è accennato, a restringere la discrezionalità delle amministrazioni per prevenire il rischio della collusione, l'approccio della regolazione pro concorrenziale di derivazione europea tende a lasciare alle amministrazioni maggiori spazi di valutazione e di flessibilità e consente momenti di confronto, a fini conoscitivi, con le imprese (si pensi in particolare al dialogo competitivo).

La discrezionalità, se esercitata in modo corretto, costituisce un valore, perché consente di individuare la soluzione contrattuale migliore tenendo conto delle circostanze del caso concreto⁶. Con riguardo ai contratti di concessione, il Codice enuncia addirittura il principio di libera amministrazione delle amministratrici che possono plasmare la procedura di affidamento come meglio credono, pur sempre garantendo i principi generali come la parità di trattamento (art. 166).

Inoltre, sempre sotto il profilo dell'aumento della discrezionalità, nel Codice assume minor rilievo il criterio di aggiudicazione basato esclusivamente sul prezzo. Il criterio del rapporto qualità/prezzo costituisce infatti il criterio privilegiato dalle direttive europee e ciò appunto in contrasto con la tradizione del nostro

⁶ Per questa osservazione, cfr S.SIMONE-. L. ZANETTINI, *op. cit.*, pag. 131.

ordinamento che ha sempre privilegiato in passato il criterio del prezzo più basso che non concede all'amministrazione spazi di discrezionalità. Gli aspetti qualitativi possono riguardare per esempio il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali, il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali, l'assistenza tecnica, ecc. (art. 95, comma 6), che richiedono una valutazione tecnico-discrezionale. Per alcune tipologie di contratti il Codice esclude addirittura l'aggiudicazione in base al solo criterio del prezzo o costo (art. 95, comma 3).

Il punto di equilibrio tra maggior discrezionalità ed esigenza di trasparenza e di garanzia della *par condicio* consiste nel richiedere alle stazioni appaltanti e alle commissioni aggiudicatrici una specificazione progressiva dei criteri e dei subcriteri in relazione ai quali vengono poi attribuiti i punteggi. Anche, l'esclusione delle offerte anomale può avvenire solo in seguito ad un subprocedimento di verifica in contraddittorio e a una valutazione discrezionale, in modo tale da ridurre il rischio di penalizzare imprese innovative e efficienti in grado di offrire condizioni particolarmente vantaggiose.

L'esigenza di assicurare la più ampia partecipazione e concorrenzialità nell'ambito delle procedure avviate può rendere recessivo, almeno entro certi limiti, il formalismo esasperato che può portare all'esclusione di imprese in grado di presentare offerte convenienti da un punto di vista sostanziale. Rilevante a questo riguardo è l'art. 83, comma 8, del Codice secondo il quale i casi di esclusione dalla procedura per irregolarità o carenza di requisiti sono solo ed esclusivamente quelli espressamente previsti dal Codice. I bandi e le lettere di invito non possono aggiungerne altri e ciò al fine di favorire la massima partecipazione. Inoltre, sempre allo stesso fine, il Codice limita la possibilità di escludere le offerte per carenze documentali imponendo le stazioni appaltanti di operare il cosiddetto soccorso istruttorio (art. 83, comma 9). È stata così posta una distinzione tra irregolarità «essenziali» e «non essenziali» della documentazione prodotta dai concorrenti: le prime sono sanabili con l'esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica; le seconde non richiedono

alcuna regolarizzazione (art. 83, comma 9). Si attenua così il tradizionale formalismo nelle procedure di gara.

In ogni caso, anche la regolazione proconcorrenziale del mercato delle commesse pubbliche, attuata sia a livello legislativo sia nella prassi applicativa delle regole riferite alle singole gare, può rappresentare uno strumento per combattere il fenomeno della collusione (*bid rigging*) e corruzione che continua ad affliggere il settore⁷.

7. In termini più generali, occorre sottolineare come il funzionamento corretto del mercato degli appalti pubblici (*public procurement*) promosso da buone norme e da buone prassi costituisce un elemento che accresce la competitività di un paese.

Infatti, la domanda da parte delle pubbliche amministrazioni di beni, servizi e lavori necessari per il soddisfacimento diretto o indiretto dei bisogni della collettività ha un impatto rilevante sull'economia. Ciò in considerazione dell'enorme quantità di risorse che essa è in grado di veicolare alle imprese che stipulano i relativi contratti. In Italia il mercato del *public procurement* nel 2016 ha mobilitato risorse pubbliche pari a 111,5 miliardi di euro, ovvero a circa il 6,7% del PIL.

Sul piano qualitativo, poi, l'efficienza del mercato degli appalti pubblici costituisce un test importante sotto più profili. Costituisce anzitutto uno degli indicatori del grado di apertura di un Paese nel contesto europeo. Essa è favorita anche da procedure di gara adeguatamente pubblicizzate a livello europeo (anzitutto, con la pubblicazione dei bandi nella Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea), strutturate in modo tale da non introdurre discriminazioni basate sulla

⁷ Per un'analisi approfondita di queste tematiche cfr. OCSE, Public procurement – The role of competition authorities in promoting competition, 5 giugno 2007, DAF/COMP/WP3(2007)1 che, per esempio, indica alcuni strumenti per arginare il fenomeno come l'apertura delle procedure al maggior numero di partecipanti possibile, la limitazione delle informazioni disponibili ai vari concorrenti e la sostituzione di una molteplicità di gare frequenti con gare più saltuarie ma con importi maggiori.

nazionalità, gestite in modo trasparente e all'interno di un quadro di certezze giuridiche e finanziarie⁸.

Inoltre, una buona strutturazione e gestione delle procedure di gara e dei contratti a valle consente alle pubbliche amministrazioni di acquisire beni e servizi di qualità e a prezzi inferiori e di dotarsi di opere e di infrastrutture pubbliche (in tempi certi e con oneri in tutto o in parte privati attraverso il *project financing*) necessarie, oltre che per accrescere il benessere della collettività, per attrarre investimenti.

Infine, l'andamento delle procedure competitive per la scelta del contraente privato e il monitoraggio nella fase esecutiva dei contratti costituiscono un test importante per valutare le capacità di programmazione, progettuali, tecniche e giuridiche delle pubbliche amministrazioni. Il buon funzionamento del mercato degli appalti pubblici costituisce anche un indicatore della qualità delle amministrazioni.

Le buone prassi applicative saranno forse più importanti delle stesse norme legislative e regolamentari.

È auspicabile che anche la giurisprudenza amministrativa, che tanto ha contribuito negli anni passati a elaborare e via via affinare i principi che, al di là delle disposizioni legislative espresse, presiedono alla conduzione delle procedure a evidenza pubblica, sappia cogliere nell'impianto del Codice la novità dell'impostazione, rivedendo alcune interpretazioni talora troppo rigide e formalistiche della *lex specialis* della gara che possono andare a scapito della concorrenzialità effettiva della procedura. Occorre dare atto che la giurisprudenza sta mostrando una nuova sensibilità, anche sotto la spinta delle nuove norme, come dimostrano per esempio le prime interpretazioni dell'istituto del soccorso istruttorio.

⁸ Va segnalato peraltro che al 2 settembre 2008 pendevano contro l'Italia 181 procedure di infrazione del diritto comunitario delle quali ben 22 riguardavano casi di violazione del diritto comunitario in materia di appalti: Cfr. ASSONIME, Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche, Roma, settembre 2008, pagg. 11-12.

Sarebbe auspicabile altresì che il legislatore, che già ha emanato un primo decreto correttivo del nuovo Codice, si astenga per il futuro da rimettere in discussione il testo normativo, rimettendo all'ANAC e alle stazioni appaltanti il compito di dare piena attuazione al testo normativo e di valorizzare le tante novità in esso contenute.

In realtà, bisogna essere consapevoli che la disciplina dei contratti pubblici, al di là del *nomen* Codice, già utilizzato nel testo normativo del 2006 e che dà l'idea di un testo normativo stabilizzato, è stata sempre oggetto di ripetute modifiche puntuali e interventi normativi estemporanei, con fughe in avanti e correzioni di rotta. Del resto la fluidità dell'assetto normativo è stata una caratteristica di tutte le fasi dell'evoluzione normativa. Si pensi, per esempio, al settore dei lavori pubblici e alle varie versioni della cosiddetta legge Merloni n. 109 del 1994 approvata sull'onda degli scandali di Tangentopoli e che conteneva, nella sua versione iniziale, disposizioni troppo rigide e penalizzanti, oggetto negli anni successivi di ripetuti aggiustamenti.

Il mercato dei contratti pubblici, così come tutti i mercati regolati, ha bisogno di stabilità del quadro normativo e di certezza di indirizzi interpretativi. In mancanza, si genera inefficienza e si riduce l'impatto positivo della politica degli acquisti delle pubbliche amministrazioni sulla crescita economica.