«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 65, n. 99 (2 2019), pp. 361-410

Articoli e saggi

Il complesso allineamento del sistema domestico delle commesse pubbliche al modello europeo secondo la logica codificatoria a diritto costante

Franco Sciarretta

Sommario: 1. Finalità dell'indagine. – 2. Una nuova concezione nel sistema domestico degli appalti pubblici? – 3. Una codificazione che non fa rima con semplificazione. – 4. La problematica dimensione negoziale della contrattualistica pubblica nel contesto delle trasformazioni del diritto amministrativo. – 5. Un quadro normativo fluido tra sollecitazioni europee e condizionamenti interni. – 6. Il necessario equilibrio tra flessibilità delle procedure e rigorosità dei controlli. – 7. Le possibili convergenze tra diritto europeo degli appalti pubblici e disciplina interna di evidenza pubblica. – 8. Considerazioni conclusive.

1. *Finalità dell'indagine*

Nelle dichiarate intenzioni del legislatore delegante il recepimento delle direttive europee n. 23, n. 24 e n. 25 del 26 febbraio 2014[1] doveva rappresentare l'occasione per una complessiva rivisitazione e razionalizzazione del settore dei contratti pubblici, con l'obiettivo di realizzare un sistema più snello, trasparente ed efficace, avendo riguardo alle migliori pratiche in uso in altri Paesi dell'Unio-

[1] Le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2014/23/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, n. 2014/24/UE, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, e n. 2014/25/UE, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE, sono pubblicate in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L 94 del 28 marzo 2014. Per un'analisi di insieme, anche sui lavori preparatori, delle tre direttive, M. Cozzio, *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di Public Procurement*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, 119 ss.; C.E. Gallo (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici. Dalle direttive 2014 al codice 2016*, 2ª ed., Torino, 2017; F. Mastragostino, E. Trenti, *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria*, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Torino, 2017, 1 ss.

ne europea, «secondo un approccio […] sostanzialmente diverso da quello previsto nell'attuale contesto normativo, caratterizzato da una regolamentazione forse troppo puntuale»[2].

Ancora maggiore enfasi si ritrova nel parere del Consiglio di Stato sullo schema di codice dei contratti pubblici attuativo della delega, che definisce una "*sfida storica*" l'attuazione delle tre direttive «affidata a un delicato equilibrio in cui è indispensabile tenere insieme "*il combinato disposto*" degli istituti e strumenti previsti, di cui ciascuno non può essere disgiunto da altri, pena il fallimento degli obiettivi perseguiti».

Il Consiglio di Stato aveva posto l'accento sull'importanza del momento che costituiva «occasione e sfida per un ripensamento complessivo del sistema degli appalti pubblici in Italia, in una nuova filosofia che coniuga flessibilità e rigore, semplificazione ed efficienza, con la salvaguardia di insopprimibili valori sociali e ambientali»[3].

Anche in dottrina era stato prospettato in vario modo come l'ultimo pacchetto di direttive in materia di negoziazioni pubbliche imponesse un "*cambio di paradigma*" al legislatore italiano per colmare il divario tra la disciplina nazionale e quella europea[4].

---

[2] In questi termini si esprime la relazione al disegno di legge delega per l'attuazione delle tre direttive europee (A.S. n. 1678, comunicato alla Presidenza del Senato della Repubblica il 18 novembre 2014, 3, consultabile su *www.senato.it*) approvato con L. 28 gennaio 2016, n. 11, «Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture», in Gazzetta ufficiale, n. 23 del 29 gennaio 2016.

[3] Il monito si ritrova in Cons. Stato, comm. spec., par. 1 aprile 2016, n. 855, punto I.c.9, reperibile su *www.giustizia-amministrativa.it.*

[4] A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1127 ss., 1147, che sottolinea come lo scopo perseguito dalle tre direttive sia di ravvicinare il sistema della negoziazione pubblica e il mondo delle imprese, puntualizzando che «le linee guida della nuova disciplina europea sono «quelle della *semplificazione*, della *riduzione dei formalismi* e *dell'incremento della flessibilità* nella scelta del contraente, del rilancio della *discrezionalità* e *responsabilità* delle stazioni appaltanti: profili, tutti, che si pongono obiettivamente in controtendenza rispetto agli indirizzi della disciplina nazionale». Sullo scenario di sviluppo del diritto nazionale, funzionale al recepimento delle norme europee all'epoca ancora *in itinere*, M. Cafagno, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, ivi, 2013, 991 ss. Per un inquadramento critico del sistema domestico di contrattualistica pubblica anteriore al recepimento delle medesime tre direttive, G.D. Comporti, *Problemi e tendenze dell'assetto regolatorio degli appalti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2012, 576 ss.

Ciò in quanto il suo recepimento avrebbe potuto costituire un «punto di svolta nel modo in cui le pubbliche amministrazioni effettuano i propri acquisti»[5], con l'avvio di «una nuova era nelle contrattazioni pubbliche»[6].

Secondo l'impostazione progredita di timbro europeo, per conseguire questo obiettivo occorreva coniugare imparzialità, qualità e controllo della spesa pubblica, unite a una maggiore «*responsabilità*» delle stazioni appaltanti nella scelta del contraente e adeguata flessibilità delle dinamiche di gara, superando la forte sfiducia nell'amministrazione pubblica (e nei suoi agenti) che caratterizzava l'intera normativa precedente[7].

A breve distanza dal varo del codice dei contratti pubblici[8], al di là delle suggestioni dell'enfasi retorica del momento, dei solenni proclami che avevano accompagnato l'approvazione della riforma e delle molteplici e differenti aspettative da essa generate, l'interrogativo di fondo che si prospetta è se la disciplina in vigore si è risolta nella mera attuazione di un pacchetto di norme imposto dall'Unione europea, oppure si è tradotta in una nuova e organica visione del sistema interno di *public procurement*, con un reale mutamento di prospettiva culturale e orizzonti valoriali.

In questa prospettiva, senza alcuna pretesa di completezza e non addentrandosi nell'analisi della pletora di regole dell'imponente corpo normativo e delle relative implicazioni, si intendono sviluppare alcune riflessioni sul presente scenario di diritto nazionale e sulla possibile emersione di concreti segnali di cambiamento rispetto al tradizionale modello dell'evidenza pubblica[9] caratteriz-

---

[5] Il passaggio è tratto dall'atto di segnalazione dell'Autorità nazionale anticorruzione, n. 3 del 21 maggio 2014, *Direttive n. 2014/24/UE, sugli appalti pubblici, n. 2014/25/UE, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, e n. 2014/23/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione*, punto I., consultabile su *www.anticorruzione.it*. In questo senso, P. Mantini, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici. Semplificazione, efficienza, concorrenza, anticorruzione*, Milano, 2015, che considera il recepimento delle tre direttive una tappa decisiva per riformare in modo profondo il settore degli appalti pubblici.

[6] Con non velato tono di dubbio, G.D. Comporti, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, consultabile su *www.federalismi.it*, 6/2015, che fa propria anche l'analisi critica sull'eccessiva genericità dei principi e criteri direttivi elencati nel disegno di legge delega, A.S. n. 1678, cit., svolta da F. Fracchia nell'audizione del 15 gennaio 2015 sullo stesso d.d.l. dinanzi al Senato della Repubblica, 8ª commissione, consultabile su *www.unibocconi.it*.

[7] Sulle scelte di fondo operate nel codice del 2016, R. Cantone, E. Carloni, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Milano, 2018, 158-161.

[8] Tale denominazione è stata introdotta dal D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, «Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50», in Gazzetta ufficiale, n. 103 del 5 maggio 2017, suppl. ord. n. 22. Nella rubrica originaria del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, «Codice dei contratti pubblici», in Gazzetta ufficiale, n. 91 del 19 aprile 2016, suppl. ord. n. 10, non compariva l'espressione «Codice dei contratti pubblici», che pure era stato evocata sia in sede di disegno di legge delega (A.S. n. 1678, cit., 4), sia nel ricordato parere del Consiglio di Stato sul «progetto di codice» trasmesso dal Governo (punto I.d.1), integrando tale progetto – come lo stesso organo consultivo aveva rilevato –, al contempo, recepimento delle direttive europee e riordino dell'intera materia.

[9] Il richiamo è alla teoria del contratto a evidenza pubblica, come tecnica di controllo dell'attività amministrativa di diritto privato, sulla quale è d'obbligo il rimando a M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, I, 1970,

zato dalla «reciproca irriducibilità»[10] di istanze pubblicistiche e moduli privatistici di azione[11].

Un itinerario che si snoda attraverso le dinamiche del diritto nazionale, la rivisitazione di categorie giuridiche generali, la peculiare dimensione negoziale degli appalti pubblici, l'intricato intreccio tra flessibilità e rigore delle procedure di affidamento.

Il tutto anche nell'ottica del processo appena avviato di ulteriore riassetto della normativa di riferimento[12], i cui obiettivi riecheggiano quelli della riforma

---

Milano, 677 ss. Secondo questa nota impostazione, il contratto a evidenza pubblica si articola in due procedimenti paralleli: l'uno relativo al procedimento di formazione della volontà contrattuale regolato, con talune varianti, dalle norme civilistiche; l'altro consistente in un procedimento che si compone di atti soggetti al regime degli atti amministrativi, che si sviluppa tra l'autorità che intende concludere e/o ha concluso il contratto e l'autorità che su di essa esercita il controllo. In questo procedimento, «l'autorità contrattante spiega le ragioni di pubblico interesse per le quali vuole addivenire o è addivenuta a quel contratto avente quel certo contenuto, e perché vuol scegliere o ha scelto quella controparte; la seconda controlla i giudizi, le decisioni e le procedure a cui la prima intende addivenire o è addivenuta». Gli atti della «serie negoziale» e quelli della «serie procedimentale» sono indipendenti tra loro quanto a perfezione, validità ed efficacia. Alcuni atti della «serie procedimentale», però, condizionano l'efficacia di atti della «serie negoziale», «agendo come fatti permissivi o impeditivi» (Ivi, 677 e 680). Sulla nozione di origine dottrinale di evidenza pubblica entrata da tempo anche nel lessico legislativo (cfr. art. 1, comma 2, del codice previgente di cui al D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE», in Gazzetta ufficiale, n. 100 del 2 maggio 2006, suppl. ord. n. 107), intesa come evidenziazione del processo di formazione della volontà contrattuale delle amministrazioni pubbliche sottoposto a disciplina pubblicistica, V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 115 ss. .

[10] F. Trimarchi Banfi, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 661 ss., 663, la quale rileva che «la necessità di superare la reciproca irriducibilità degli interessi che costituiscono l'oggetto del regolamento contrattuale, sta alla base dell'idea della «evidenza pubblica» come passaggio che conferisce al progetto per la realizzazione del quale si ricorre al contratto, l'attitudine a formare oggetto di regolamento contrattuale: attraverso le formalità disposte per la deliberazione di contrarre, viene assicurata la conformità agli scopi istituzionali».

[11] La parafrasi è di G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. soc.*, 2017, 177 ss., 178. Sul complesso rapporto pubblico-privato nella materia della contrattualistica pubblica, C. Franchini, *Pubblico e privato nei contratti delle amministrazioni*, in C. Franchini, F. Tedeschini (a cura di), *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, 2009, 1 ss. Sulla compresenza di posizioni di autonomia privata e posizioni di discrezionalità amministrativa nell'agire delle pubbliche amministrazioni, anche quando fanno uso dei moduli convenzionali, «tipizzando […] l'azione delle amministrazioni stesse rispetto a quella dei soggetti privati», A. Massera, *I contratti*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, *Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2000, 1365 ss., 1374.

[12] Il codice attuale è destinato a essere completamente rivisto come prevede l'art. 1, comma 1, D.L. 18 aprile 2019, n. 32, «Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici», in Gazzetta ufficiale n. 92 del 18 aprile 2019, convertito in L. 14 giugno 2019, n. 55, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, recante disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici», in Gazzetta ufficiale n. 140 del 17 giugno 2019, che ha introdotto, a titolo sperimentale, una serie di modifiche rilevanti al D.Lgs. 50/2016, applicabili sino al 31 dicembre 2020, nelle more della riforma complessiva della disciplina di settore. L'art. 216, comma 27-*octies*, D.Lgs. 50/2016 – introdotto sempre dall'art. 1 D.L. 32/2019 –, rifacendosi all'impostazione della precedente normativa di cui al D.Lgs. 163/2006, dispone l'adozione di un «regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione» del codice in vigore, con superamento dell'attuale sistema articolato sulle linee guida Anac e sui singoli decreti ministeriali già ema-

del 2016, e mentre si avverte con accentuata intensità l'impulso europeo verso un approccio strategico agli appalti pubblici[13].

2. *Una nuova concezione nel sistema domestico degli appalti pubblici?*

È noto che la disciplina dei contratti pubblici si è evoluta incrociandosi antiche norme di contabilità[14], deputate ad assicurare un impiego corretto e trasparente delle risorse pubbliche, con successive regole di derivazione comunitaria volte a salvaguardare la concorrenza e i meccanismi del mercato[15] in quanto considerate la migliore garanzia del buon uso del denaro della collettività.

L'esigenza di allineare la normativa interna a quella europea, nell'ambito dei procedimenti di scelta del contraente, ha determinato il superamento della concezione contabilistica che reputava tale normativa interna come posta nell'interesse

nati. Occorre ricordare che il 28 febbraio 2019 il Consiglio dei ministri (all'epoca in carica) già aveva approvato un disegno di legge «recante delega al governo per la semplificazione, la razionalizzazione, il riordino, il coordinamento e l'integrazione della normativa in materia di contratti pubblici», il cui testo è consultabile su *www.appaltiecontratti.it*. Per alcune osservazioni critiche sulla revisione del codice degli appalti, C. Contessa, *Codice dei contratti pubblici: è il caso di riscriverlo ora?*, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, 17 gennaio 2019.

[13] In questo senso è eloquente la comunicazione del 3 ottobre 2017, COM(2017)572final, «Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa», della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, consultabile su *https://ec.europa.eu*, su cui M. Cozzio, *La nuova strategia europea in materia di appalti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 53 ss.

[14] Si fa riferimento alla disciplina dei pubblici incanti che rimonta alla L. 22 aprile 1869, n. 5026 (c.d. legge Cambray-Digny), «Sull'amministrazione del patrimonio e la contabilità generale dello Stato», successivamente confluita, unitamente alle modifiche a essa apportate dalla L. 8 luglio 1883, n. 1455 (c.d. legge Magliani), nel R.D. 17 febbraio 1884, n. 2016, con il quale fu approvato il testo unico della legge sull'amministrazione e sulla contabilità generale dello Stato, e nel relativo regolamento di esecuzione adottato con R.D. 4 maggio 1885, n. 3074. Sulla genesi di tale disciplina, R. Faucci, *Finanza, amministrazione e pensiero economico. Il caso della contabilità di Stato da Cavour al fascismo*, Torino, 1975, 19 ss. L'impostazione di questa disciplina venne recepita dal R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, «Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato» (c.d. legge De Stefani), in Gazzetta ufficiale, n. 275 del 23 novembre 1923, e dal R.D. 23 maggio 1924, n. 827, «Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato», in Gazzetta ufficiale, n. 130 del 3 giugno 1924, che hanno rappresentato a lungo, anche dopo l'avvento della Costituzione repubblicana, la normativa di riferimento della contrattualistica pubblica. Per una lucida ricostruzione in chiave critica delle linee portanti di tale normativa, F. Ledda, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Antonio Amorth*, I, *Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1982, 317 ss.

[15] F. Trimarchi Banfi, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 15 ss., 26, puntualizza che nel principio di concorrenza «si suole riunire due diversi tipi di norme: quelle che riguardano i comportamenti vietati perché distorsivi del confronto competitivo tra le imprese, e quelle che riguardano la conformazione dei mercati. I due ordini di norme devono essere tenuti distinti, perché il fondamento costituzionale ed europeo delle prime è indiscusso, mentre non si può dire lo stesso delle norme del secondo tipo».

esclusivo dell'amministrazione committente[16], anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale[17].

Soltanto di riflesso le norme sulla contabilità pubblica, delle quali era persino incerta l'efficacia interna o esterna[18], si riteneva garantissero la *par condicio* tra i concorrenti nelle procedure di gara[19].

Un sistema normativo e una corrispondente prassi amministrativa impostati sulla rigida procedimentalizzazione dei meccanismi di scelta e sulla massima trasparenza delle decisioni di spesa in funzione di controllo degli amministratori pubblici nell'intento di prevenire abusi e corruttele.

Le esigenze di imparzialità e di coerenza con il principio di legalità venivano considerate preminenti rispetto alle ragioni della efficienza e convenienza contrattuale, con conseguente sostanziale azzeramento dei margini di discrezionalità amministrativa attraverso una omologazione di limitati modelli concorsuali, tutti lontani dalle logiche propriamente negoziali[20].

Ciò si è tradotto in una supremazia di massima degli obiettivi di controllo e un principio di favore per gli automatismi procedurali[21] in base all'idea che rigidi schemi procedimentali e complessi formalismi decisori valessero ad allontana-

---

[16] M. D'Alberti, *Processi decisionali delle amministrazioni pubbliche. Un'analisi comparata*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 61 ss., 65, ricorda che «le procedure per la conclusione dei contratti pubblici nascono in Francia prima, poi in Italia, grazie alle norme contenute nelle leggi di contabilità pubblica». La ragione di queste procedure, sottolinea l'A., «non è tanto la garanzia per i privati interessati ad aggiudicarsi il contratto», quanto il controllo della spesa pubblica e il contrasto alla corruzione. Sui differenti interessi perseguiti attraverso le prescrizioni interne e comunitarie di evidenza pubblica, A. Farì, *I "contratti attivi". L'evidenza pubblica tra regole di contabilità e di mercato*, Napoli, 2018.

[17] Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401, par. 6.7., in *Giur. cost.*, 2007, 4447 ss., 4524-4526.

[18] M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, in Aa.Vv., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione, Atti del LXI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero - 17,18,19 settembre 2015*, Milano, 2016, 263 ss., 263-264.

[19] Circa la progressiva emersione dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza nella disciplina nazionale degli appalti pubblici, A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007; S. Simone, L. Zanettini, *Appalti pubblici e concorrenza*, in L. Fiorentino (a cura di), *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2007, 119 ss.; M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 297 ss.; A. Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008, 398 ss.; G. Viciconte, *La protezione multilivello della concorrenza nel settore degli appalti pubblici*, in G.F. Cartei (a cura di), *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2008, 163 ss. Su tale tematica, v. pure S. Cassese, *Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 1132 ss., nonché G. Napolitano, *Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa*, ivi, 1138 ss. Sulla più ampia apertura del mercato degli appalti alla concorrenza in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, cfr. Corte cost., sent. 401/2007, par. 6.7.

[20] M. Cafagno, *Flessibilità e negoziazione*, cit., 993.

[21] G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 253-254, descrive il contratto stipulato a seguito della procedura di evidenza pubblica come un «matrimonio per corrispondenza» sul rilievo che, il più delle volte, l'amministrazione «può fare affidamento esclusivamente sul modo in cui seleziona il partner contrattuale e definisce in modo il più possibile dettagliato i termini della relazione comune».

re i rischi di alterazione o, peggio, di inquinamento delle procedure di selezione del contraente[22].

Le forme di negoziazione concepite come dispositivi per porre "*sotto tutela*" la pubblica amministrazione (e i suoi funzionari) «che, per caratteristiche strutturali e motivazionali e per il fatto di maneggiare risorse altrui, viene calcolata come contraente impreparato o potenzialmente disattento o come parte facilmente sviabile dagli obiettivi» del comune operatore economico[23].

La marcata diffidenza nelle operazioni di affidamento delle commesse pubbliche riecheggia ancora nella c.d. «legge Merloni»[24], approvata nella travagliata stagione di Tangentopoli, come pure nel c.d. codice «De Lise» del 2006, concretatasi in una iper-regolazione della fase di aggiudicazione, sottoposta a obblighi stringenti di pubblicità e trasparenza[25].

Nella legislazione interna si avverte pressoché costante la visione della presenza del potere discrezionale come potenzialmente eversiva, con l'esigenza di vincolare – e per quanto possibile comprimere – la scelta del contraente privato, allo scopo di preservare la procedura da qualunque rischio di alterazione.

Evidente la distanza tra la matrice culturale della disciplina domestica e il diritto europeo che privilegia criteri selettivi improntati al dialogo e alla flessibilità[26], siccome funzionali alle libertà di circolazione delle merci, di stabilimento e di prestazione di servizi espressamente richiamati nei considerando di apertura delle direttive del 2014[27].

Una dissonanza di stampo ideologico riconducibile al diverso apprezzamento delle rigorose forme negoziali che la normativa europea, a differenza della disciplina interna di derivazione ragionieristica[28], considera non solo (e non tanto) come uno strumento per proteggere l'Erario e il mercato dal pericolo di distorsioni amministrative, ma anche (e soprattutto) quale congegno a disposizione delle amministrazioni pubbliche per incentivare e attivare «rapporti di mer-

[22] M. Cafagno, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001, 11.

[23] *Ibidem*.

[24] L. 11 febbraio 1994, n. 109, *Legge quadro in materia di lavori pubblici*, in Gazzetta ufficiale n. 41 del 19 febbraio 1994, suppl. ord. n. 29.

[25] G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 325 ss. .

[26] Nella comunicazione del 3 ottobre 2017, COM(2017)572final, «Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa», cit., viene rimarcato come, anche dopo le direttive del 2014, le procedure d'appalto negli Stati membri siano ancora troppo complesse e siano penalizzate da un onere amministrativo eccessivo.

[27] M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, cit., 264-265.

[28] M.S. Giannini, *Origini e caratteristiche della normativa contabile del 1923-1924*, in R. Perez (a cura di), *Il completamento della riforma della contabilità pubblica*, Milano, 1988, 15 ss., ora in M.S. Giannini, *Scritti (1984-1990)*, VIII, Milano, 2006, 797 ss., 803 ss.

cato efficienti», viepiù nell'ambito di settori tradizionalmente sottratti alle dinamiche economiche[29].

La progressiva evoluzione della normativa europea nel campo dell'attività contrattuale delle amministrazioni pubbliche si deve, infatti, alle dimensioni assunte dal fenomeno e alla «sua rilevanza come fattore economico»[30] per la creazione «del mercato unico in un'economia aperta e concorrenziale»[31].

Secondo questa logica, la disciplina europea si interessa di quei contratti che sono fonte di spesa pubblica e il cui valore economico è superiore a una determinata soglia.

In questo segmento di mercato, la domanda pubblica è, se non (quasi) esclusiva, largamente preponderante e l'attività contrattuale delle amministrazioni pubbliche riveste estrema importanza «ai fini dell'integrazione e concorrenzialità del mercato interno»[32].

3. *Una codificazione che non fa rima con semplificazione*

Il pacchetto di direttive europee recepito nel 2016 esprime un programma riformatore né agevole, né univoco calato in un assetto normativo interno già fortemente stratificato e caratterizzato da una non convergente impronta[33], essendo frutto della commistione di esperienze storiche e regole giuridiche assai diverse[34].

Dal canto suo, il codice introdotto dal D.Lgs. 50/2016 delinea un disegno oltremodo ambizioso e gravato di eterogenei e soverchianti propositi, anche in considerazione del fatto che la materia dei contratti pubblici non è omogenea abbracciando una pluralità di mercati di vasta dimensione e coinvolgendo interessi diversi non sempre coincidenti.

---

[29] M. Cafagno, *Lo Stato banditore*, cit., 12-13.

[30] A. Massera, *I contratti*, cit., 1379, puntualizza che «la ragione dell'estensione della regolamentazione comunitaria al settore dei contratti delle pubbliche amministrazioni è strettamente dipendente dalle dimensioni quantitative del fenomeno e dalla sua rilevanza come fattore economico, stante il fatto che il valore della domanda pubblica si colloca intorno all'undici per cento del prodotto interno lordo della Unione europea». Nella comunicazione del 3 ottobre 2017, COM(2017)572final, «Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa», cit., si dà conto che la spesa complessiva per appalti pubblici ha raggiunto il 14% del prodotto interno lordo dell'Unione europea.

[31] G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 248.

[32] *Ibidem*.

[33] G.D. Comporti, *La nuova sfida*, cit., 3.

[34] A. Police, *Contratti pubblici: tra ultime novità legislative ed esigenze di semplificazione*, in C. Franchini, F. Sciaudone (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, Napoli, 2015, 175 ss., 177.

Dalla lettura dei principi informatori[35] si trae un senso di disorientamento e quasi di imbarazzo, trovandosi declinati in sequenza una varietà di obiettivi differenti.

Una sensazione acuita in ragione del fatto che la riforma si colloca nel contesto della strategia «Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»[36] varata per superare le carenze strutturali dell'economia continentale, migliorarne competitività e produttività, favorendo l'affermazione di un'economia di mercato sociale sostenibile.

All'interno di questa strategia, gli appalti pubblici assumono una particolare rilevanza nell'ottica di accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando la partecipazione delle piccole e medie imprese e permettendo il conseguimento di obiettivi a valenza sociale[37].

L'europeizzazione della disciplina domestica di contrattualistica pubblica[38], inoltre, si inquadra nel più generale processo di integrazione degli ordinamenti interni degli Stati membri[39] e di tendenziale convergenza[40] dei vari sistemi amministrativi nazionali[41].

Alla molteplicità di obiettivi esplicitati nel codice vigente, si accompagna un articolato regolativo (che, di primo acchito, appare) «compendiato»[42] rispetto alla mole ben superiore del codice precedente di cui al D.Lgs. 163/2006 e del relativo regolamento di attuazione[43], che è stato realizzato in più casi accorpando isti-

---

[35] Cfr. artt. 4 e 30, comma 1, D.Lgs. 50/2016 concernenti, rispettivamente, i contratti esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione del codice e l'affidamento e l'esecuzione di appalti e concessioni.

[36] La strategia «Europa 2020» è illustrata nella comunicazione della Commissione europea COM(2010) 2020 del 3 marzo 2010, consultabile su *https://eur-lex.europa.eu*.

[37] Direttiva 2014/24/UE, cit., considerando n. 2.

[38] Sulla europeizzazione del diritto amministrativo nazionale per effetto delle trasformazioni indotte dal diritto europeo, G. Vesperini, *Le discipline comunitarie dei diritti amministrativi nazionali: un'introduzione*, in S. Battini, G. D'Auria, G. Della Cananea, C. Franchini, A Massera, B.G. Mattarella, G. Napolitano, A. Sandulli, L. Torchia, G. Vesperini (a cura di), *Il diritto amministrativo oltre i confini. Omaggio degli allievi a Sabino Cassese*, Milano, 2008, 23 ss., 24-25. In ordine al rapporto tra diritto amministrativo europeo e diritti amministrativi nazionali, M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, 4ª ed., Milano, 2011, 121 ss.

[39] E. Chiti, C. Franchini, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003.

[40] Sulla convergenza dei diritti amministrativi nazionali nell'ambito dell'Unione europea, S. Cassese, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 467 ss. Sul tema della regolazione europea sempre più estesa e stringente dei diritti amministrativi e delle amministrazioni nazionali per conferire unità all'esecuzione del diritto dell'Unione europea, G. Vesperini, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milano, 2011.

[41] In un'ottica critica sulle dissonanze dei differenti sistemi amministrativi nazionali, E. Ferrari, *Convergenze e divergenze del diritto amministrativo dell'Unione europea – Osservazioni sulla base delle figure dell'atto amministrativo e dell'aggiudicazione di contratti pubblici in Germania ed in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 1 ss.

[42] *Le désordre normati*f e l'eccessiva proliferazione normativa sono problemi avvertiti anche in Francia, come può cogliersi da B. Stirn, *La dispersion des normes*, in *Revue du droit public*, 1/2017, 5 ss. Con specifico riguardo alla disciplina dei contratti pubblici, P. Delvolvé, *La dualitè des normes, le cas des contrats*, ivi, 11 ss.

[43] D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, «Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE», in Gazzetta ufficiale, n. 288 del 10 dicembre 2010, suppl. ord. n. 270.

tuti differenti attraverso disposizioni non sempre coerenti con la rispettiva rubrica. Al modello rigido del regolamento unico[44], si è sostituito un sistema attuativo più duttile rimesso a una serie di strumenti normativi e amministrativi di secondo livello – in cui spiccano le linee guida e gli altri atti di c.d. *soft law*[45] dell'Autorità nazionale anticorruzione[46] –, con un apparato dispositivo di primo livello sottoposto a progressivo completamento[47].

Le disposizioni di *soft law*, peraltro, si inseriscono in un sistema interno basato sulla rigida gerarchia delle fonti del diritto, rendendo problematico il loro inquadramento come attestano le varianti interpretative formulate in dottrina[48].

Già solo da questa sommaria descrizione emerge come la semplificazione e la razionalizzazione del tessuto normativo di contrattualistica pubblica siano ancora al di là da venire[49].

---

[44] Modello adesso reintrodotto, secondo quanto prevede l'art. 216, comma 27-*octies*, D.Lgs. 50/2016.

[45] Gli atti di c.d. *soft law* e, in particolare, le linee guida, pur non rappresentando una novità assoluta (cfr. art. 96, comma 6, D.Lgs. 163/2006), assurgono nel testo originario del codice a misure di regolazione di vasto impiego, con contenuti variegati ed effetti più o meno stringenti.

[46] Alla luce delle modifiche apportate dal D.L. 32/2019, il sistema imperniato sulle linee guida Anac e sui singoli decreti ministeriali attuativi è ormai in via di superamento. L'art. 216, comma 27-*octies*, D.Lgs. 50/2016 limita espressamente la vigenza o l'efficacia di una serie di linee guida Anac e decreti ministeriali attuativi, sino all'entrata in vigore dell'emanando regolamento unico, in quanto compatibili con il codice e non oggetto delle procedure di infrazione ivi indicate. Gli interventi operati dal D.L. 32/2019 ridimensionano sensibilmente il ruolo dell'Anac nel settore degli appalti pubblici e i compiti a essa affidati.

[47] Questi rilievi si devono a G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., 182, il quale rimarca che l'integrazione del «quadro regolatorio di primo livello» è affidata ad «almeno 55 atti attuativi di varia natura e provenienza» – secondo la ricognizione effettuata da Cons. Stato, comm. spec., par. 30 marzo 2017, n. 782, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it* –, essendo previsti non meno di 20 «regimi disciplinari transitori […] e speciali per ragioni di importo o di ambito». Per una dettagliata ricognizione degli oltre 50 atti attuativi, R. De Nictolis, *Il codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in Aa.Vv., *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della Pubblica Amministrazione. Atti del LXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna - Villa Monastero - 22, 23, 24 settembre 2016*, Milano, 2017, 65 ss., 69 ss., nt. 14.

[48] Sulla vasta gamma di sfumature e variazioni di contenuto delle linee guida emanate dall'Anac, G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?,* in *Dir. amm.*, 2016, 273 ss.. Sulla medesima tematica, v. pure R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, 28 aprile 2016, nonché C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto*, ivi, 29 aprile 2016. Riguardo alla qualificazione delle linee guida in termini di fonti del diritto, M.P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 436 ss. Circa la distinzione tra linee guida vincolanti e non vincolanti, F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac,* in *Dir. proc. amm.*, 2017, 381 ss. . Riguardo alla natura giuridica delle linee guida, si vedano anche i pareri resi da Cons. Stato, sez. aff. norm., comm. spec., 855/2016, cit.; Id., 2 agosto 2016, n. 1767; Id., 13 settembre 2016, n. 1903; Id., 14 settembre 2016, n. 1919; Id., 14 settembre 2016, n. 1920, tutti reperibili su *www.giustizia-amministrativa.it.*

[49] L'art. 1, comma 2, lett. a) e c), del d.d.l. delega governativo per la riforma della normativa in materia di contratti pubblici del 28 febbraio 2019, cit., significativamente impegnava il legislatore delegato «a garantire o migliorare la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa», nonché a «restituire alle disposizioni semplicità e chiarezza di linguaggio», anche «privilegiando, ove possibile, una disciplina per principi». Il preambolo del D.L. 32/2019 giustifica l'intervento legislativo in via d'urgenza con la necessità di adottare «misure volte alla semplificazione del quadro normativo e amministrativo connesso ai pubblici affidamenti, concernenti, in particolare, la disciplina dei contratti pubblici».

L'attuale impianto regolativo si profila composito e non lineare, non lasciando intravedere nitidi segnali di mutamento del sistema.

D'altro canto, l'idea che semplificazione e razionalità normativa possano conseguirsi attraverso la codificazione e la raccolta in testi unici da tempo è stata definita un «mito» e ha segnato il passo[50].

Sono trascorsi svariati lustri da che la dottrina più avanzata ha segnalato che l'unificazione in un sistema normativo deve fondarsi indefettibilmente sulla «sostanziale omogeneità dei rapporti»[51] e, traslando il concetto sul versante pubblicistico, degli interessi che tramite determinate norme si intendono tutelare.

La codificazione esprime un ideale di completezza e razionalità, comprende un'intera area giuridica e, a rigore, non dovrebbe presentare carenze, raggruppando tutte le norme in un'unica sede[52].

La codificazione nazionale – e analoghe considerazioni possono valere per quella continentale – concerne tradizionalmente alcuni rami del diritto, ma non riguarda la normazione amministrativa, benché la sua estensione renda avvertita in misura più intensa l'esigenza di sistematicità[53].

Dalla seconda metà del secolo scorso, poi, si sono smarriti «l'insieme, le linee portanti, l'architettura del diritto amministrativo»[54], manifestandosi in dottrina la propensione a superare la sistematica tradizionale, anche in ragione della relatività delle categorie concettuali acquisite e dell'inadeguatezza dell'ordine consolidato.

---

[50] Il tema è stato sviluppato nel famoso scritto di N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, che ha rappresentato il punto di riferimento di un ampio dibattito scientifico intorno al moto legislativo che ha dato luogo al progressivo svuotamento del codice civile, con conseguente perdita di centralità, e l'affidamento di intere materie a sedi a esso esterne, con espressione di nuovi criteri di disciplina. Per una ricostruzione del dibattito nella dottrina privatistica, C. Castronovo, *Decodificazione. Delegificazione. Ricodificazione*, in *I cinquant'anni del Codice Civile*, *Atti del convegno di Milano, 4-6 giugno 1992*, Milano, 1993, II, 475 ss. .

[51] N. Irti, *«L'età della decodificazione» vent'anni dopo*, introduzione alla 4ª edizione de *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, 11; Id., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 1 ss., ove si pone l'accento sul fatto che alla pluralità giuridica dei mercati deve corrispondere una pluralità di «microsistemi normativi».

[52] M. Ramajoli, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 347 ss., 350.

[53] B.G. Mattarella, *La codificazione in senso dinamico*, ivi, 2001, 709 ss., 710.

[54] S. Cassese, *Prefazione*, in Id. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, *Diritto amministrativo generale*, I, 2ª ed., Milano, 2003, V ss., VII. Il virgolettato è riportato fedelmente da M. Ramajoli, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 347 ss., 380, che sottolinea come oggi «importanza centrale è data alle problematiche».

Fenomeni che si affiancano alla consustanziale incoerenza della normazione amministrativa[55], stante la sua irriducibile disomogeneità e l'assenza di «istituti chiave» e delle «relative tematiche centrali»[56].

Se le ultime direttive europee alle quali è stata data attuazione disciplinano in maniera preminente la materia dell'evidenza pubblica per la tutela di un interesse pubblico proprio dell'ordinamento europeo – che può identificarsi con la tutela della concorrenza, anche se deve bilanciarsi adesso con interessi ulteriori trasversalmente incidenti sulle diverse fasi delle negoziazioni pubbliche[57] –, il suo recepimento avrebbe potuto tradursi in un testo normativo in grado di assolvere tale specifica (e composita) funzione, senza essere gravato da compiti ulteriori, quali, fra gli altri, la regolazione delle attività di vigilanza e controllo sulla contrattazione pubblica, l'accelerazione del processo amministrativo, l'accesso ai rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale[58].

L'intento semplificatore del legislatore, anziché avere attenuato, sembra avere accentuato la complessità del quadro normativo di insieme[59]. La coerenza

[55] Assai attuale si rivela la serrata critica all'architettura positiva del diritto amministrativo mossa da M.S. Giannini, *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione*, ivi, 1954, 286 ss., 286-287, il quale causticamente constatava che «nessuna normazione raggiunge, quanto a incongruenze, quella amministrativa: non vi è zona di essa nella quale non si trovino incongruenze; non solo, ma intere parti di essa sono affette da incongruenza così radicale e manifesta, da far pensare quasi che siano state dettate da un legislatore costituzionalmente sprovveduto di raziocinio».

[56] Ivi, 309, diversamente da quanto accade per il diritto privato e il diritto processuale, che possiedono un'omogeneità e nei quali si rinvengono alcuni istituti fondamentali e alcune tematiche centrali

[57] Già nella direttiva 2014/24/UE si fa espresso richiamo agli interessi ambientali, sociali e del lavoro (considerando n. 40), nonché a quelli attinenti alla «tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, della vita umana e animale o alla preservazione dei vegetali o altre misure ambientali in particolare nell'ottica dello sviluppo sostenibile» (considerando n. 41). L'art. 30, comma 1, del codice vigente prevede che, ai fini dell'affidamento e dell'esecuzione di appalti e concessioni, il principio di economicità possa essere subordinato «ai criteri, stabiliti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico». L'art. 4 che precede include la tutela dell'ambiente e l'efficienza energetica tra i principi da rispettare per l'affidamento dei contratti esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione del codice. Sull'apporto fornito dal D.Lgs. 50/2016 alla crescita del collegamento tra tutela ambientale e settore degli appalti pubblici in ossequio al principio dello sviluppo sostenibile di cui all'art. 3 del Trattato sull'Unione europea, A. Di Giovanni, *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, in *Dir. econ.*, 2018, 157 ss. Sulle prospettive del *green public procurement*, C. Feliziani, *I «nuovi» appalti verdi: un primo passo verso un'economia circolare?*, ivi, 2017, 349 ss.

[58] A. Police, *Contratti pubblici,* cit., 179.

[59] Sull'avvertita esigenza di semplificazione normativa da parte del legislatore nazionale, della quale sono espressione anche alcune norme della legge generale sul procedimento amministrativo, cui ha corrisposto l'aumento della complessità amministrativa e delle difficoltà della decisione, G. Rossi, *La complessità amministrativa*, consultabile su *www.ridiam.it,* 25 gennaio 2018. Sul fatto che fra gli elementi che intralciano la semplificazione amministrativa vi sono la proliferazione delle disposizioni normative che l'amministrazione è chiamata ad applicare e la sempre maggiore quantità di diritti e interessi (non più immediatamente riducibili alle sole figure contrapposte dell'interesse pubblico, affidato ad una "*Autorità*" amministrativa, e dell'interesse privato, a cui è diretto il comando di tale "*Autorità*") di cui essa deve tenere conto nello svolgimento della sua attività, M. Bombardelli, *Alcune considerazioni sulla complessità amministrativa (… che è diversa dalla complicazione!)*, ivi, 3 marzo 2018.

dell'intero corpo regolativo e le esigenze di «governo delle differenze»[60] avrebbero potuto fare propendere per un modello in cui fosse assegnata a ciascuna norma la sede più consona[61].

L'odierno apparato codicistico appare improntato alla tecnica ormai collaudata della «codificazione a diritto costante»[62], che risponde a esigenze contingenti[63] e produce equilibri transitori, realizzando assetti normativi meramente settoriali e non già di sistema, sottoposti a necessaria e frequente rivisitazione[64].

Questa tecnica normativa è una conseguenza della stessa «logica di frammentazione del sistema che pervade l'ordinamento odierno» ed è contemporanea al declino dell'ordine codicistico classico[65], fenomeni indotti anche dalla dimensione europea e globale della produzione del diritto che genera mutamenti continui e ragguardevoli.

4. *La problematica dimensione negoziale della contrattualistica pubblica nel contesto delle trasformazioni del diritto amministrativo*

Nel codice in vigore riecheggia l'antica ritrosia a intravedere nella formazione del contratto un'operazione economica[66], prima ancora che una decisione di spesa o una sequenza di provvedimenti e procedimenti.

---

[60] La formula nel virgolettato è mutuata dal saggio di L. Torchia, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo,* Bologna, 2006.

[61] A. Police, *Contratti pubblici*, cit., 178.

[62] M. Ramajoli, *A proposito di codificazione*, cit., 362-363, la quale rileva che nel «contesto generale di abbandono della forma idealtipica codificatoria, la legislazione amministrativa sta sperimentando la tecnica della codificazione «a diritto costante». L'ispirazione proviene dalla Francia, che in tempi relativamente recenti ha adottato un modello di «codificazione parziale o à droit constant». I codici settoriali attuali – puntualizza l'A. –, «al pari delle consolidazioni, rispondono essenzialmente a esigenze pratiche di conoscenza, riordino, semplificazione. Essi si basano su equilibri del tutto provvisori e criteri di settore, che è proprio ciò che la forma idealtipica di codice intendeva combattere. Non aspirano alla stabilità, bensì all'aggiornamento, subendo centinaia di modifiche, non sempre d'agevole ricostruzione». Sulla nozione di codificazione, B.G. Mattarella, *Codificazione*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, II, 933 ss. . Sul *Code des relations entre le public et l'administration*, entrato in vigore in Francia il 1° gennaio 2016, che opera in larga parte «a diritto costante», ordinando e semplificando la disciplina di riferimento, G. Napolitano, *Il codice francese e le nuove frontiere della disciplina del procedimento in Europa*, in *Giorn. dir. amm*., 2016, 5 ss., 6.

[63] Rifacendosi a B.G. Mattarella, *Codificazione e stato di diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 365 ss., e Id., *La codificazione in senso dinamico*, cit., M. Ramajoli, *A proposito di codificazione*, cit., 363, osserva che oggi «si parla di codificazione dinamica come di una «attività parallela a quella normativa o come modo di ordinare la funzione normativa», come di «un fatto dinamico e continuo non episodico», che «richiede un'attività di manutenzione», in quanto «non è un'operazione normativa, circoscritta nel tempo, ma un modo di legiferare». Con riguardo a tale concetto, B.G. Mattarella, *La codificazione in senso dinamico*, cit., 719, espone che «la codificazione implica due attività, entrambe necessarie: da un lato riordinare il diritto esistente; dall'altro, mantenere l'ordine che si è fatto. Come è stato osservato, occorre agire sia sullo *stock*, sia sul flusso».

[64] Sulle positive ricadute della codificazione operata a diritto costante in quanto fattore di miglioramento del diritto, B.G. Mattarella, *Codificazione e stato di diritto*, cit., 379.

[65] M. Ramajoli, *A proposito di codificazione*, cit., 363.

[66] F. Ledda, *Per una nuova normativa*, cit., 328, il quale ammoniva che «l'illusione che la legalità sia per se sola sufficiente ad attestare la convenienza della soluzione, ma al tempo stesso l'imparzialità e la correttezza, può dirsi ormai tramontata».

Benché siano identificabili i tratti di una dinamica «di rilevanza aziendalistica» o «commerciale»[67] che guarda alla sostanza economica dell'«affare», considerato «nella sua materialità» (e «quindi nel rapporto tra oneri e vantaggi»)[68], appare sovrastante il valore ordinante dei classici moduli procedimentali[69]. È eloquente il disposto dell'art. 32 del D.Lgs. 50/2016 incentrato sulla rigida scansione delle fasi procedimentali di affidamento del contratto, ponendosi in continuità con il previgente art. 11 del D.Lgs. 163/2006, che, a sua volta, si ispirava prevalentemente (riepilogandone l'assetto) alla normativa di contabilità generale dello Stato nella cui prospettiva l'interesse pubblico concreto risultava recessivo[70].

Dal testo normativo traspare ancora un tendenziale «pregiudizio anticontrattuale»[71], che si traduce nei molteplici ed eterogenei limiti pubblicistici imposti all'attività negoziale delle amministrazioni aggiudicatrici. L'ineliminabile esigenza di una fase di evidenza pubblica nell'ambito del procedimento di scelta del contraente privato[72] è stata giustificata costantemente in dottrina sulla base di una serie di ragioni sussumibili nel loro insieme all'inerenza dell'attività contrattuale alla normale dialettica di svolgimento della funzione amministrativa[73].

L'impiego degli strumenti negoziali[74] non fa venire meno la funzionalizzazione alla cura dell'interesse pubblico dell'attività amministrativa di diritto pri-

---

[67] Ivi, 320. Secondo questa visuale, il codice vigente, a esempio, impegna la stazione appaltante a ricercare il migliore rapporto qualità/prezzo attraverso la valorizzazione degli elementi qualitativi dell'offerta e la fissazione di criteri idonei a garantire «un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici» (art. 95, comma 10-bis), oppure si richiama alla nozione di «costo del ciclo di vita», ai fini della selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (artt. 95, comma 2, e 96). Nella comunicazione del 3 ottobre 2017, COM(2017)572final, «Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa», cit., si pone in risalto come, nonostante le direttive del 2014 lascino agli acquirenti pubblici la piena libertà di effettuare acquisiti sulla base di criteri costo/efficacia e basati sulla qualità, il 55% delle procedure d'appalto utilizzi ancora il prezzo più basso quale unico criterio di aggiudicazione.

[68] *Ibidem*, precisando che «resta al di fuori dell'angusta prospettiva di un procedimento che privilegia, esasperandolo, il controllo di carattere formale; e che nessun supporto può fornire a una verifica del risultato».

[69] G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., 184-185.

[70] Nella nitida analisi critica della normativa di stampo contabilistico, F. Ledda, *Per una nuova normativa*, cit., 328-329, illustra che «[…] nella prospettiva dell'attuale disciplina *il grande assente è proprio l'interesse pubblico* così frequentemente e talvolta fuor di luogo richiamato: o meglio, e più precisamente, l'interesse pubblico concreto, cioè quello che può cogliersi nella vicenda storica in quanto trova origine nei fatti, e che la conoscenza degli stessi fatti concorre a definire come una relazione o posizione compiutamente individuata. La puntigliosa disciplina dell'attività contrattuale non serve a garantire l'interesse collettivo o sociale inteso in questo senso; la legge non può infatti dare ad esso una «conformazione» o una misura rispondenti alla realtà dei fatti, e quindi dei rapporti con altri interessi privati o collettivi».

[71] Il virgolettato è ripreso da G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, 49.

[72] O. Sepe, *Contratto (dir. amm.), b) Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 986 ss., 991.

[73] M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.

[74] Con riguardo alla distinzione tra autonomia privata e capacità generale di diritto privato della pubblica amministrazione, S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997, 122 ss. .

vato[75], trovando applicazione per essa le consuete regole che governano l'esercizio della funzione amministrativa[76]. Ciò vale, innanzitutto, per i principi fondamentali che presidiano l'azione della pubblica amministrazione e le manifestazioni del potere pubblico[77].

L'attività negoziale delle pubbliche amministrazioni attiene pure sempre all'esercizio di un potere «legalmente tipizzato»[78].

In tale logica si pone la dimensione procedimentale dell'evidenza pubblica il cui scopo non consiste nel costruire la volontà negoziale, ma di forgiare un assetto delle posizioni e degli interessi coinvolti nelle dinamiche dell'attività contrattuale amministrativa che sia adeguato alla cura dell'interesse pubblico cui è preordinato il contratto[79].

L'inquadramento pubblicistico delle vicende formative dei contratti della pubblica amministrazione, che affonda le sue radici nella normativa di stampo ragionieristico, si deve a una ricostruzione in chiave prettamente autoritativa[80] –

---

[75] A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455 ss., ora in Id., *Scritti giuridici (1931-1939)*, I, Milano, 1999, 271 ss. .

[76] Sui vincoli dell'attività amministrativa di diritto privato, E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico. Tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996, 112 ss.; M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, 49 ss.; G. Greco, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 69 ss. Sul percorso indefettibile che la pubblica amministrazione è tenuta a svolgere per addivenire alla stipula di un contratto di diritto privato, D. De Pretis, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1-bis della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, reperibile su *www.giustamm.it*, 2006.

[77] Sulla riconducibilità della regola dell'evidenza pubblica al principio di legalità, intesa come «una diretta proiezione del medesimo principio sul terreno dell'attività contrattuale», F. Ledda, *Per una nuova normativa*, cit., 338. In ordine al carattere omogeneo dell'attività amministrativa di diritto privato e di quella di diritto pubblico, C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 143 ss. . Circa i valori ricollegabili alla legalità dell'azione amministrativa non inquadrabili nell'ambito di comportamenti integralmente ascrivibili all'autonomia privata, G. Pericu, *La disciplina degli appalti pubblici in Italia*, in *Quad. reg.*, IX, ottobre-dicembre 1990, n. 4, ora in Id., *Scritti scelti*, Milano, 2009, 631 ss., 637. Su tale tematica, più di recente, F. Astone, F. Martines, *Principio di legalità ed attività di diritto privato delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2016, 109 ss.

[78] U. Breccia, *Il contratto e l'attività di negoziazione fra pubblico e privato. Nuovi problemi di teoria generale del diritto negli anni Duemila (a proposito del volume di 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*, Pisa, Plus University Press, 2011), in *Dir. pubbl.*, 2011, 1037 ss., 1042, puntualizza che «lo "Stato che si accorda" […] agisce pur sempre nell'ambito di un potere che è legalmente tipizzato. L'integrazione con la disciplina della tradizione del diritto civile – e, in particolare, con i principi del codice in materia di obbligazioni e di contratti – permane testualmente, ma non consente di muoversi nell'ambito, per definizione atipico, dell'autonomia».

[79] S.S. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008, 66. Sulla natura pubblicistica degli atti che precedono le scelte contrattuali, F. Goisis, *Principi in tema di evidenza pubblica e di rinegoziazione successiva del contratto: conseguenze della loro violazione sulla serie pubblicistica e privatistica, autotutela e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 815 ss.

[80] C. Franchini, *Pubblico e privato nei contratti*, cit., 1, sottolinea la spiccata ambiguità dei contratti delle amministrazioni pubbliche in quanto «da una parte, si riconosce al contraente pubblico la qualità di soggetto di diritto comune, con relativa capacità giuridica, e, dall'altra, si afferma la necessità di una disciplina speciale di natura pubblicistica, dove predomina l'autoritarietà».

criticata da tempo e sottoposta a revisione con più varianti – delle scelte propedeutiche al perfezionamento dell'atto negoziale[81].

Sulla medesima direttrice si colloca la tradizionale – seppure non unanimemente condivisa – qualificazione provvedimentale degli atti formali di evidenza pubblica preparatori del contratto[82].

Questo ordine concettuale discende dalla convinzione che «l'assegnazione di appalti o concessioni rileva […] per l'ordinamento giuridico non solo come momento costitutivo di un rapporto negoziale, ma anche come scelta attributiva di un vantaggio economico, di un bene giuridico»[83]. Come tale questa scelta deve essere rispondente ai criteri di imparzialità e irreprensibilità dell'azione amministrativa[84].

D'altro canto, nella logica codicistica l'interesse pubblico continua a delinearsi, quale entità mitica e impalpabile, come una presenza immanente al contratto[85], capace di dominare e condizionare – internamente ed esternamente – ogni tipo di rapporto negoziale, impedendo la piena applicazione del diritto privato.

---

[81] In senso assai critico, F. Ledda, *Per una nuova normativa*, cit., 323, rimarca che «secondo un ordine di concetti ormai quasi pacifico, spetta al diritto pubblico disciplinare la c.d. attività di formazione del contratto; alla normativa del diritto comune sono invece soggetti fondamentalmente (e quindi con modificazioni o integrazioni più o meno rilevanti) tanto il momento propriamente negoziale quanto lo svolgimento del rapporto contrattualmente stabilito. Ma questa distinzione non vale a definire esattamente la posizione del soggetto pubblico: il quale non può dirsi vero contraente, perché *contratta esercitando potestà autoritative*, e dell'autorità si ammanta ancora nella fase di attuazione del rapporto». L'illustre A. puntualizza che «per opinione ancor oggi assai diffusa […] di quest'autorità quasi opprimente non si può fare a meno, se non si vuol che l'interesse pubblico – e quelli individuali comunque collegati – siano rimessi al puro arbitrio dell'amministrazione».

[82] Sulla contestata qualificazione provvedimentale degli atti formali che intervengono nella fase di preparazione del contratto, con la loro tendenziale riconducibilità al solo ambito civilistico mercé la piena capacità giuridica di diritto privato delle amministrazioni pubbliche, G. Greco, *I contratti ad «evidenza pubblica»*, in Id., *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 3ª ed., 127 ss., 130, tratto da Id., *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, *passim*, e Id., *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, 413 ss. .

[83] M. Cafagno, *Lo Stato banditore*, cit., 167, che sul punto si riporta a F. Ledda, *Per una nuova normativa*, cit., 323-324, il quale enfatizza come «quel contratto, che nella sua espressione più consueta siamo soliti rappresentare come un mezzo, uno strumento di composizione e realizzazione d'interessi, quando sia parte l'amministrazione pubblica viene in considerazione al tempo stesso come un bene, rispetto al quale possono manifestarsi diverse aspirazioni: cioè come un bene del quale l'amministrazione può disporre a vantaggio di questo o quel soggetto […]».

[84] Così, M. Cafagno, *Lo Stato banditore*, cit., 169. *Amplius*, F. Ledda, *Per una nuova normativa*, cit., 324, descrive lucidamente che «quando si tratti di commesse pubbliche, si vuole invece – ed a ragione – che del *contratto* l'amministrazione disponga imparzialmente: favoritismi e abusi debbono essere impediti ad ogni costo». Al riguardo, l'esimio A. non manca di ricordare «ma come a tutti è noto, per i giuristi del secolo passato la garanzia di correttezza dell'amministrazione è indissolubilmente legata all'idea di autorità; le forme tipiche di garanzia vengono elaborate e definite con riferimento all'esercizio della *publica potestas* (ed ancor oggi questa convinzione è saldamente radicata). Così anche nella disciplina della c.d. attività contrattuale domina il segno dell'*imperium*; la logica della «gestione» appare sopraffatta. L'attività di formazione del contatto deve essere autoritativa, quindi, per poter essere efficacemente garantita, almeno fino a quando nuovi strumenti garantistici non vengano inventati; deve essere formalizzata in ogni suo momento o aspetto, giacché soltanto in questo modo possono essere definiti puntualmente […] gli oggetti del controllo amministrativo o giudiziario».

[85] Secondo questa stessa logica, Cons. Stato, sez. IV, 15 maggio 2017, n. 2256, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, enfatizza come «il contratto di diritto pubblico non può essere ritenuto come disci-

Anche nel formante giurisprudenziale è un dato acquisito che il contratto pubblico «non individua esclusivamente (e semplicisticamente) la presenza di un soggetto pubblico quale parte contraente, bensì una oggettiva finalità di pubblico interesse perseguita per il tramite del contratto e del suo adempimento»[86].

Rispetto al contesto appena tratteggiato, la «specialità» del sistema di contrattualistica pubblica[87] si manifesta con sembianze nuove rispetto al passato, che, anche in chiave metodologica[88], sollecita un allargamento di orizzonte.

Le tendenze del diritto europeo dei contratti pubblici che evolvono verso una maggiore flessibilità delle procedure[89], cui si accompagna la marginalizzazione della centralità del prezzo quale criterio prioritario di aggiudicazione, con una sempre più accentuata attenzione per il risultato finale[90], pongono problemi di adeguamento in un ordinamento domestico impostato su schemi rigoristici nel quale gli spazi propriamente negoziali sono storicamente assai ridotti in ragione di una inveterata diffidenza culturale.

Emerge l'esigenza che l'amministrazione pubblica debba accostarsi agli ambiti di contrattualistica pubblica secondo una necessaria logica relazionale che coglie nella dimensione negoziale[91] il suo più compiuto sviluppo funzionale[92], stante lo stretto collegamento che intercorre tra soddisfazione dell'interesse pubblico e convenienza economica dell'operazione[93].

A rendere più articolato il quadro di insieme concorre la considerazione che convenienza contrattuale, rigido controllo dei comportamenti amministrativi e

---

plinato, in via generale, dal codice civile, salvo un "condizionamento" derivante dalle ragioni di pubblico interesse perseguite, per quelle parti volute dalla legge o definite pattiziamente dai contraenti. […] la finalità di pubblico interesse è immanente al contratto, ne conforma diversamente la causa e l'oggetto (sotto il profilo della sua liceità e possibilità giuridica)».

[86] Cons. Stato, sent. 2256/2017.

[87] In proposito, Cons. Stato, sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3563, ivi, rimarca che «il contratto stipulato successivamente alla fase di evidenza pubblica non rifluisce "immediatamente" nella più generale disciplina del codice civile e delle ulteriori disposizioni che eventualmente regolano il rapporto patrimoniale consensualmente instaurato tra privati».

[88] Sul collegamento necessario tra metodo e sistema, S. Licciardello, *Metodo giuridico e sistema a diritto amministrativo*, in *Dir. soc.*, 2016, 279 ss., nonché M. Ramajoli, *L'esigenza sistematica*, cit., *passim*.

[89] H. Caroli Casavola, *Le procedure di aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 451 ss.

[90] Circa lo scopo «di risultato» della disciplina procedimentale di contrattualistica pubblica che è proprio dell'ordinamento comunitario, E. Picozza, *Genesi e trasformazione del procedimento amministrativo: influenza sulla attività contrattuale della pubblica amministrazione. Profili problematici*, in C. Franchini, F. Tedeschini (a cura di), *Una nuova pubblica amministrazione*, cit., 25 ss., 32.

[91] In tal senso si muoveva il programma riformatore della normativa vigente, come denota l'art. 1, comma 2, lett. g), del d.d.l. governativo del 28 febbraio 2019, cit., che, nell'ambito dei principi e criteri direttivi di delega, contempla la promozione della discrezionalità e della responsabilità delle stazioni appaltanti, «anche nell'ottica di assicurare maggiore flessibilità nell'utilizzo delle procedure di scelta del contraente».

[92] 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*, Pisa, 2011, *passim*. Su tale impostazione converge, L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, 291 ss.

[93] G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 193.

promozione del mercato sono finalità che possono collidere, maggiormente nelle «transazioni complesse» nelle quali lo spostamento del baricentro dai vincoli procedurali al piano degli incentivi e dei controlli di risultato può favorire dinamiche competitive, a un tempo, corrette ed efficienti[94].

Un simile contesto evoca quella rivisitazione teorica di alcuni concetti basilari sovente ritenuti antitetici quali la discrezionalità amministrativa rispetto all'autonomia privata e il provvedimento rispetto al contratto[95] per i quali il classico approccio pubblicistico[96] è apparso inadeguato e non soddisfacente.

Al riguardo, si è registrata una significativa convergenza di vedute sul fatto che l'ontologica diversità tra autonomia privata e discrezionalità amministrativa possa non essere così netta[97] in quanto in entrambi i casi si è al cospetto di

---

[94] M. Cafagno, *Flessibilità e negoziazione*, cit., 1004.

[95] Sulle relazioni intercorrenti tra questi istituti, F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo (Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico)*, Torino, 1964, ora in Id., *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 1 ss.

[96] L'impossibilità di giungere a una teoria generale comune alla discrezionalità amministrativa e a quella privata è stata approfonditamente argomentata da M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, ora in Id., *Scritti*, I, Milano, 2000, 1 ss., 119-120. Id., *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 157 ss., 166, sottolinea che tra autonomia privata e discrezionalità amministrativa «è istituibile un confronto, ma non un'analogia». Sulla stessa linea, U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 5, il quale rimarca che la destinazione a un determinato interesse pubblico «impedisce l'assimilazione dell'amministrazione alla fisionomia tradizionale dei soggetti privati». L'acquisita distinzione tra autonomia privata e discrezionalità amministrativa poggia sulla diversa incidenza esercitata dalla legge sulla disponibilità soggettiva degli interessi a esse sottesi, che muta a seconda dell'appartenenza delle norme al diritto privato o al diritto pubblico. Con sintesi assai efficace, R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, 2ª ed., Torino, 2017, 70-71, illustrano che «alle libere scelte espressione di autonomia privata non è imposto alcun fine da perseguire», essendo soggette soltanto a limiti di ordine negativo per impedire che si fuoriesca dalla sfera del lecito. Quando vi è potere discrezionale, invece, la legge non integra solo un limite per l'amministrazione, ma è deputata a indicare l'interesse (pubblico) che l'azione amministrativa è chiamata a perseguire. La «funzionalizzazione della scelta che avviene nell'esercizio del potere discrezionale» costituisce tratto distintivo della discrezionalità amministrativa dall'autonomia privata.

[97] A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss., 40-41, ora in Id., *Scritti giuridici*, I, Milano, 2007, 1212 ss., 1250-1251, il quale, riferendosi al potere discrezionale dell'amministrazione, osserva che «meno evidente può apparire l'analogia con il potere negoziale, non foss'altro per il carattere di consensualità che normalmente presiede al suo esercizio, e che sembra scavare un solco tra esso e i poteri pubblicistici: ma anche i poteri negoziali, almeno nell'ambito classico della loro collocazione nel campo dell'autonomia privata, esprimono una disponibilità degli interessi in causa, sono diretti a risolvere un conflitto e a definire sfere giuridiche, sono regolati dalla legge solo quanto alle modalità di esercizio e sono insindacabili rispetto al risultato, cioè al modo in cui il conflitto è stato risolto. Sono dunque poteri dotati degli stessi caratteri di innovatività e definitività che contraddistinguono i poteri pubblici». In termini analoghi, A. Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, 95 e 198-199, che individua nella «possibilità di effettuare "una scelta"» ciò che unifica «discrezionalità e autonomia negoziale, in quanto entrambe identificative della disponibilità degli interessi in causa e della possibilità di definire le sfere giuridiche con carattere di innovatività» (95). In ambedue i casi – precisa l'A. – «ci si trova di fronte ad un margine decisionale che la legge ha riservato ad una volontà diversa dalla propria. Nel caso in cui questa sia pubblica, però, il rapporto tra vincolo normativo e margine libero non sembra essere tanto di continenza del secondo nei confini del primo, come accade per il potere privato, ma di "attuazione", per il tramite di una serie di scelte, di quanto solo astrattamente delineato dalla norma».

un potere giuridico[98], consistente in una sfera di dominio su una cerchia di interessi che il soggetto, al quale è consentito disporne, può regolare con un proprio atto di volontà[99].

Ne è stato inferito che «la distinzione fra pubblico e privato non attiene alla sostanza del fenomeno "potere", ma appare come una qualificazione esterna ad esso, capace di incidere sul regime giuridico, ma non di trasformarne l'essenza ultima»[100].

Un approdo che non è apparso intaccato dalla differenza nelle modalità (unilaterali o consensuali) con cui potere pubblico e autonomia privata producono ordinariamente i loro effetti giuridici[101].

In questo senso ha influito anche la clausola di equivalenza tra modalità di esercizio unilaterale e consensuale del potere come positivizzata nell'art. 11 L.

---

[98] Rispetto a una vicenda dogmatica di così grande spessore quale è la figura del potere giuridico, in questa sede evidentemente non ne è possibile una trattazione neppure sommaria, venendo richiamati soltanto taluni momenti essenziali e nei ristretti limiti nei quali ciò si rende necessario ai fini dell'indagine svolta. Questa stessa avvertenza vale pure per i richiami bibliografici operati, che sono limitati a quelli strettamente indispensabili.

[99] G. Miele, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1944, 114 ss., 116, identifica il potere con «una forza attiva di cui è investito un soggetto dell'ordinamento giuridico, in guisa da produrre o concorrere a produrre, mediante un suo comportamento volontario, una modificazione giuridica». In termini analoghi, G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 266. G. Guarino, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, 238 ss., 249, definisce il potere «la fattispecie normativa di un comportamento libero, che si pone come espressione della volontà di un precetto». F.G. Scoca, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 92, qualifica il potere come situazione giuridica soggettiva. Sul «valore di categoria generale del potere che trova significativi riscontri, oltre che nel potere discrezionale dell'amministrazione, nel potere legislativo e in quello negoziale», A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata*, cit., 39 e 1249. Di interesse rilevante sono pure, A. Romano Tassone, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali fac. econ. comm.*, *Univ. di Messina*, 1981, 404-406; nonché G. Di Gaspare, *Contributo allo studio del concetto di potere nel diritto pubblico*, Roma, 1989. Cfr. pure A. Lener, *Potere, b) Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 610 ss. Con specifico riguardo alla nozione e ai caratteri del potere amministrativo, sempre senza alcuna pretesa di completezza, V. Cerulli Irelli, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 33 ss., 34-35; S. Civitarese Matteucci, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, ivi, 2009, 739 ss.; E. Follieri, *Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, 3ª ed., Torino, 2014, 27-28.

[100] A. Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa*, cit., 95.

[101] Riguardo alla distinzione tra poteri pubblici e poteri privati unilaterali, la dottrina da tempo ha dimostrato che «la struttura unilaterale e l'irrilevanza del consenso degli altri interessati caratterizzano gli atti di esercizio dei poteri privati non meno che i provvedimenti amministrativi», B.G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 362-363. Nell'osservare che, diversamente dai poteri pubblici, l'esercizio dei poteri negoziali avviene normalmente in forma consensuale, A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata*, cit., 41 e 1251, rimarca che «rispetto alla identificazione dei caratteri propri del potere in relazione alla definizione delle situazioni soggettive e alla struttura del sindacato giurisdizionale, alla qualificazione cioè della forza giuridica della quale lo stesso potere consiste e del suo prodotto (si pensi all'art. 1372 c.c.) la sua attitudine a operare unilateralmente o consensualmente appare del tutto irrilevante». In senso critico sull'impostazione unificatrice tra potere pubblico e potere privato, A. Romano Tassone, *A proposito del potere pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, 559 ss., 561, il quale rimarca che «tra potere pubblico e potere privato sembrano tuttora esistere, proprio sul piano giuridico, differenze significative». Secondo il compianto A., «l'accantonamento (sia pure, in ipotesi: benefico) della figura dell'imperatività non porta di necessità a dissolvere le differenze tra potere pubblico e privato, ma conduce più semplicemente ad inquadrare questa diversità da un'altra angolazione, collocandola all'interno, anziché all'esterno, del raggio d'azione della categorie tradizionali» (564).

241/1990[102], secondo cui il modulo con il quale si esplica il potere discrezionale[103], pur rilevando in termini di regime giuridico dell'atto finale, non va ad alterare i caratteri propri del potere[104], specialmente con riguardo alla regolazione degli interessi a esso demandati[105].

È stato osservato, altresì, che nell'ambito della contrattualistica pubblica la nozione di discrezionalità viene impiegata in un'accezione ampia e generica abbandonata in dottrina dalla metà del Novecento[106], ma che trova ancora riscontro nella giurisprudenza amministrativa.

In questa accezione, vi è fatta rientrare ogni modalità di azione amministrativa non vincolata *ex lege*, ovvero qualunque margine di apprezzamento o di valutazione che la legge lascia (almeno in apparenza) all'amministrazione in sede di aggiudicazione[107].

Si è puntualizzato pure che la scelta su quale offerta sia economicamente più vantaggiosa non implica esercizio del tipico potere discrezionale, anche se poi il giudice amministrativo sottopone la relativa decisione allo stesso sindacato "*debole*" utilizzato per i provvedimenti propriamente discrezionali[108].

A ben vedere, le incertezze e le antinomie che si pongono nel settore dei contratti pubblici non si esauriscono nel suo ambito.

È opinione diffusa che la vicenda a essa relativa «incrocia i grandi temi che stanno alla base delle difficoltà dell'intero sistema istituzionale e amministrativo: il controllo della spesa pubblica, l'inflazione normativa, la questione dell'ammi-

---

[102] L. 7 agosto 1990, n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in Gazzetta ufficiale n. 192 del 18 agosto 1990.

[103] L'unitarietà della fattispecie contrattuale pubblica caratterizzata dallo stretto legame fra provvedimento e contratto, che risultano reciprocamente strumentali, è affermata da F. Pubusa, *Ancora sull'art. 21 quinquies, comma 1 bis l. 7 agosto 1990 n. 241: considerazioni sul regime sostanziale e processuale dei contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, 507 ss., 532, la quale rileva che «la lettura dell'art. 21 *quinquies*, comma 1 *bis*, L. n. 241/90, mostra come, in realtà, il legislatore della l. n. 241 abbia senz'altro fatto propria una diversa ricostruzione, quella comunemente condivisa, che delinea provvedimento e contratto come fattispecie autonome».

[104] M. Nigro, *Convenzioni urbanistiche e rapporti fra privati. Problemi generali*, in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 1301 ss., 1311. Sul tema, v. pure F.P. Pugliese, *Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1469 ss., 1484, nonché E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, 59-60.

[105] G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 114.

[106] Secondo l'insegnamento di M.S. Giannini, *Il potere discrezionale*, cit., 75, la discrezionalità richiede un raffronto di interessi concreti, mentre in sede di aggiudicazione dei contratti pubblici l'amministrazione non fa uso di veri e propri poteri discrezionali, ma effettua tendenzialmente valutazioni tecniche (cioè, fa uso di c.d. discrezionalità tecnica).

[107] In questi termini, G. Manfredi, *Recensione a G.D. Comporti (a cura di), Le gare pubbliche: il futuro di un modello, Napoli, 2011*, in *Dir. econ.*, 2011, 757 ss., 760-761.

[108] *Ibidem.* In senso analogo, E. Follieri, *I principi generali delle Direttive comunitarie 2014/24/UE e 2014/25/UE,* consultabile su *www.giustamm.it*, 2015, esclude si possa parlare di discrezionalità della pubblica amministrazione perché si tratta di contrattare, negoziare con gli operatori economici nella gara con i criteri posti a base della selezione che è espressione di autonomia, non di discrezionalità.

nistrazione e della sua discrezionalità, la questione dei controlli e del contrasto alla corruzione»[109].

Nell'epoca delle sovrapposizioni e delle contaminazioni disciplinari[110], il sistema di contrattualistica pubblica si iscrive nei processi evolutivi[111] e nelle trasformazioni del diritto amministrativo[112].

L'attività contrattuale a evidenza pubblica, che continua a essere distinta rispetto a quella che si svolge per intero nel campo privatistico (la quale, a sua volta, tende ad allontanarsi dal modello del codice civile[113]), è contrassegnata dalla contaminazione – e dalle molteplici combinazioni e integrazioni – tra il versante pubblicistico e quello privatistico[114], che induce a superare i consueti «paradigmi del contratto-atto di autonomia e del provvedimento amministrativo variamente connesso all'accordo-atto»[115].

L'identificazione della materia dei contratti pubblici come ambito speciale[116] conduce a riferire al settore regole e principi particolari che sono tali proprio

[109] A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., 1133-1134.

[110] L'espressione è mutuata da A. Massera, *Lo Stato che contratta*, cit., 7.

[111] Sui limiti dei paradigmi legati alle categorie concettuali consolidate per effetto delle trasformazioni che hanno investito il ruolo dello Stato, la società e il diritto positivo, S. Cassese, *Le droit tout puissant et unique de la société. Paradossi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 879 ss.

[112] A. Massera, *Lo Stato che contratta*, cit., 7. Analogamente, sul fatto che la materia degli appalti possa rappresentare un «settore sensibile» per saggiare «la direzione che va assumendo l'attività consensuale amministrativa e quindi, […] l'attività amministrativa nel suo complesso», E. Sticchi Damiani, *La nozione di appalto pubblico. Riflessioni in tema di privatizzazione dell'azione amministrativa*, Milano, 1999, 11.

[113] Sulle trasformazioni che hanno interessato la stessa sistematica del contratto, ponendo in dubbio la perdurante utilità di una teoria «unitaria», V. Roppo, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto*, in *Pol. dir.*, 2007, 451 ss. Sulla crisi che ha investito le categorie del diritto civile, N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013.

[114] S. Cassese, *Le droit tout puissant*, cit., 886, definisce il diritto amministrativo un «diritto meticcio, composto di diritto speciale e di diritto civile, nel quale il primo diviene talora secondario o esorbitante».

[115] U. Breccia, *Il contratto*, cit., 1045.

[116] Sulla specialità del vigente ordinamento dei contratti pubblici, cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 2017, n. 4614, reperibile su *www.giustizia-amministrativa.it*, che interpretando in modo ampio e particolare (rispetto al diritto comune) l'espressione "*contratti a titolo oneroso*" di cui all'art. 3, lett. ii), D.Lgs. 50/2016, afferma che essa può assumere «un significato attenuato o in parte diverso rispetto all'accezione tradizionale e propria del mondo interprivato», nel senso che l'onerosità degli appalti pubblici non comporta la necessaria coincidenza tra utile economico e corrispettivo finanziario della prestazione contrattuale. Sull'unitarietà del tipo negoziale «appalto» (comprensivo sia dell'appalto privato, sia di quello pubblico), con conseguente portata generale della disciplina del codice civile, L.V. Moscarini, *L'appalto tra codice civile e codice dei contratti pubblici*, in Id., *Diritto privato e interessi pubblici. Saggi di diritto civile (2001-2008)*, Padova, 2009, 273 ss., 274-277. L'art. 30, comma 8, D.Lgs. 50/2016, in parziale continuità con l'art. 2 D.Lgs. 163/2006, prevede l'applicabilità, quale fonte sussidiaria operante «per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi», delle disposizioni del codice civile concernenti la stipula del contratto e la fase di esecuzione, trattandosi di attività espressiva della capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche (in questi termini, E. Trenti, *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria*, *3. I principi*, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, cit., 21).

perché specifico è l'oggetto della disciplina[117], che ha indotto a prefigurare uno statuto normativo composito[118] che, ferma restando la distinzione tra le due partizioni dell'ordinamento giuridico[119], prescinda dalla categorica separazione fra diritto pubblico e diritto privato[120].

Del resto, l'ordinamento europeo sviluppa un modello di elaborazione delle norme differente, mediante l'utilizzo spesso di «un linguaggio apparentemente atecnico, non normativo, nel senso di norma che descrive il presupposto di fatto della sua applicazione», prescindendo dagli istituti giuridici affermatisi nei singoli Stati membri[121].

È il criterio ricostruttivo della «natura delle cose», che si fonda sulla logica intrinseca dei fatti per rispondere a fenomeni nuovi sfuggenti al «reticolo» normativo esistente[122]. Seguendo tale logica, il legislatore europeo non si attiene alle consuete linee di demarcazione tra diritto pubblico e diritto privato proprie degli ordinamenti nazionali[123] e non sporadicamente sperimenta nuovi istituti e modelli giuridici[124].

---

[117] G.F. Licata, *Partenariati e innovazione*, in A. Fioritto (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017, 419 ss., 443.

[118] U. Breccia, *Il contratto*, cit., 1047, «ove confluiscano le esperienze, non univocamente difformi tra di loro, della contrattazione integralmente privata […], della contrattazione "a evidenza pubblica" e degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimenti amministrativi».

[119] Sulla crisi della netta distinzione tra pubblico e privato e sulla frammentazione delle categorie giuridiche tradizionali, G. Rossi, *Le fattispecie miste pubblico-private: chiavi di lettura e questioni di metodo*, consultabile su *www.ridiam.it*, 25 giugno 2016. Riguardo al problema del diritto usato dalle «istituzioni amministrative», C. Marzuoli, *Fattispecie "miste", e pubblico e privato*, ivi, 29 settembre 2016.

[120] Circa l'esigenza della distinzione fra le due partizioni del diritto, S. Pugliatti, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 696 ss., 696-697. Sulla modernità della distinzione tra i due regimi giuridici, che si ritrova sin dagli inizi del *Corpus Iuris* giustinianeo, E. Schmidt-Aßmann, *"Quod ad statum rei romanae spectat". Riflessioni sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2017, 625 ss., 627, il quale osserva che il dualismo di diritto pubblico e privato non rappresenta un *apriori*, ma un concetto *plausibile*, «perché cerca di raccogliere in due modelli di regolazione» che sono sistematicamente strutturati in modo diverso. […] Dove si esercita il potere statale, non ci si può accontentare che il diritto ponga solo alcuni limiti estrinseci». Né tale dualismo può essere «messo in dubbio per il fatto che oggi Stato e società, amministrazione ed economia, cooperino in modi multiformi».

[121] F. Merusi, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 39 ss., 39-40, il quale, richiamando A. Dernburg, *Pandette* (trad. it.), a cura di F.B. Cicala, vol. I, parte I, Torino, 1906, 100 ss., ricorda che «risalire dai fatti alle norme per costruire un sistema è una tecnica nota quanto meno dalla Pandettistica».

[122] F. Merusi, *La natura delle cose*, cit., 40, che rileva come il criterio della «natura delle cose» abbia fatto la sua ricomparsa in diversi ordinamenti nel secondo dopoguerra per rimettere ordine fra le norme.

[123] Il superamento della dicotomia diritto pubblico-diritto privato, abbracciando una visione organica del sistema per guardare con una lente diversa il rapporto tra perseguimento dell'interesse pubblico e utilizzo delle tecniche privatistiche, in considerazione del fatto che gli strumenti offerti dalle due discipline possono ricevere indifferente applicazione a seconda della situazione concreta e del momento, è auspicato da G.P. Cirillo, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, 2018, 2.

[124] A. Massera, *I contratti*, cit., 1380, secondo cui «l'ordinamento comunitario non prende posizione sul rapporto tra diritto privato e diritto amministrativo […]. I principi stabiliti vengono fissati in relazione all'obiettivo da conseguire – l'apertura dei mercati nazionali come presupposto di un vero mercato interno in una economia liberamente concorrenziale – superando, ove necessario, i confini tra le due grandi branche degli

5. *Un quadro normativo fluido tra sollecitazioni europee e condizionamenti interni*

Nell'ultima generazione di direttive europee sugli appalti pubblici[125] è dominante l'approccio strategico all'approvvigionamento pubblico perseguito attraverso semplificazione e flessibilità delle procedure.

È un approccio mirato a tre obiettivi prioritari: l'efficienza della spesa pubblica (che produce risparmio di denaro pubblico[126] e aumento degli investimenti), il conseguimento di finalità sociali (che realizza uno sviluppo equo, inclusivo e sostenibile)[127], l'efficace contrasto della corruzione e delle frodi.

Secondo questa impostazione, non è sufficiente che le negoziazioni pubbliche siano conformi al modello legale, venendo in considerazione come mere procedure amministrative[128].

Rispetto a questa visione, la disciplina nazionale, tra sollecitazioni europee e condizionamenti interni, si presenta nel complesso ancora "*liquida*" e in divenire.

Sebbene mitigata dai tentativi di riforma che si sono susseguiti per avvicinare il sistema italiano delle commesse pubbliche al modello comunitario, la propensione per regole e procedure rigide sembra avere conservato la sua supremazia culturale.

Al riguardo, viene ritenuta significativa la netta separazione[129] tra criteri (soggettivi di) qualificazione degli offerenti e criteri (oggettivi di) selezione del-

---

ordinamenti nazionali e piegando alle sue esigenze istituti presi dall'uno e dall'altro campo, fino a imprimere il proprio segno caratteristico su procedure, come quelle disciplinate dal diritto interno per la contrattualità delle pubbliche amministrazioni, pure nate secondo un principio ispiratore fondamentalmente diverso, cioè la tutela dell'interesse pubblico».

[125] R. De Nictolis, *Il codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, cit., 72-73, rimarca il contenuto iperdettagliato delle nuove direttive, che non si limitano a indicare l'obiettivo – che rappresenta il *proprium* di questa categoria di atti nel sistema delle fonti del diritto europeo –, lasciando margine sui mezzi per conseguirli. Ad avviso dell'A., le direttive del 2014 realizzano «uno snaturamento della fonte» che ben avrebbero potuto essere sostituite da un regolamento europeo, «con minori costi del processo legislativo e tempi più rapidi di armonizzazione».

[126] La comunicazione del 3 ottobre 2017, COM(2017) 572final, «Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa», cit., 4, dà conto che negli ultimi anni in Italia si è ottenuto un risparmio medio del 23% «grazie alla creazione di un sistema coordinato di identificazione delle necessità e delle procedure per gli appalti in cooperazione».

[127] Circa il riferimento nelle direttive del 2014 alle caratteristiche sociali, ambientali e innovative dell'appalto, che concorrono all'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, E. Follieri, *I principi generali*, cit.

[128] In questi termini si esprime la comunicazione del 3 ottobre 2017, COM(2017) 572final, «Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa», cit.

[129] C. Lacava, *I criteri di aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 459 ss., 463, rileva che su tale distinzione la giurisprudenza già aveva assunto una posizione più flessibile in quanto, «pur riconoscendo principio generale delle gare pubbliche il divieto di commistione fra i criteri soggettivi di qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta», ha preso atto «come spesso sussista una commistione inestricabile tra il canone oggettivo di valutazione dell'offerta ed il requisito soggettivo del competitore».

le offerte[130] non contemplata espressamente dal codice, ma da esso presupposta e affiorante dal disposto degli artt. 94 e 95, con la conferma del fondamentale principio di tassatività dei criteri di aggiudicazione[131].

Dall'attuale impianto codicistico, in effetti, non sembra emergere una nitida dimensione strategica degli appalti pubblici.

L'aggiudicazione del contratto secondo la logica costo/efficacia – che include criteri sociali, ambientali, innovativi, di accessibilità o altri criteri valutativi – proiettata sulla qualità dell'offerta tende a rimanere a livello di disciplina di principio.

Un richiamo a tali coordinate di acquisto si rinviene nel riferimento al concetto di «costo del ciclo di vita»[132], ai fini della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa[133], con regressione[134] del criterio del prezzo più basso che, in passato, veniva utilizzato massicciamente[135] limitando la possibilità di scelta delle stazioni appaltanti.

---

[130] Il rilievo si deve a G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., 184.

[131] L. Seccia, *Aggiudicazione per i settori ordinari (Artt. 94-99)*, in M. Corradino, S. Sticchi Damiani (a cura di), *I nuovi appalti pubblici. Commento al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Milano, 2017, 411 ss., 414.

[132] Artt. 95 e 96 D.Lgs. 50/2016.

[133] A. Police, *Le nuove procedure di scelta del contraente ed i criteri di aggiudicazione*, in F.G. Scoca, A.F. Di Sciascio (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 50 del 18 aprile 2016)*, Napoli, 2017, 11 ss., 16, osserva criticamente che il legislatore nazionale non ha introdotto un unico criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo il dettato degli artt. 67 e 68 della direttiva europea n. 24 del 2014. Accanto al criterio (inderogabile) del rapporto costo/efficacia sul sistema di base del ciclo di vita di cui all'art. 96 del codice, ha aggiunto un criterio del tutto alternativo non contemplato dalla direttiva europea «che è dato dal rapporto qualità prezzo». In questo modo, si è conservato «un criterio di aggiudicazione in tutto simile a quello precedente dell'offerta economicamente più vantaggiosa (vecchia maniera, quello che era previsto nella vigenza del codice "De Lise")». Sulla novità sistematica dell'art. 95 del codice che – superando il principio di equiordinazione dei metodi di aggiudicazione, che era proprio del D.Lgs. 163/2006 e della legislazione antecedente – esprime un *favor* per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, introducendo un "sistema di gerarchia" tra i metodi di aggiudicazione, Cons. Stato, ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4, punto 19.2.2., consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*.

[134] La preferenza accordata al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, intesa come migliore rapporto qualità/costo (inclusa la voce prezzo), esprime un cambiamento di impostazione del codice del 2016 con la prevalenza del concetto, più evoluto e dinamico, di «costo» collegato al ciclo di vita del bene rispetto a quello, statico, di «prezzo». Il costo del ciclo di vita corrisponde all'insieme delle spese facenti carico alla stazione appaltante per l'intera durata di utilizzo del bene, laddove il prezzo (*i.e.*, il corrispettivo dell'acquisto) rappresenta soltanto una componente della più ampia nozione di costo. Questa impostazione attribuisce rilevanza a elementi economici che nel passato rimanevano non valorizzati, a discapito della qualità degli acquisiti e dell'efficienza della spesa pubblica.

[135] La discontinuità con l'assetto regolatorio di cui al D.Lgs. 163/2006 è avvertita pure da Cons. Stato, sez. III, 5 febbraio 2019, n. 882, ivi, che ha rimesso all'adunanza plenaria la questione della corretta interpretazione dell'art. 95, commi 3 e 4, D.Lgs. 50/2016, con riguardo agli appalti di servizi «ad alta intensità di manodopera», nell'ipotesi in cui il servizio risulti essere «standardizzato». Tale pronuncia, muovendo dal dato testuale dell'art. 95, comma 2, del codice, rileva che «il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del migliore rapporto qualità/prezzo oppure sulla base dell'elemento prezzo o del costo seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita» integra «il metodo ordinario e generale di aggiudicazione», con conseguente «palese sfavore per il criterio del prezzo più basso, cui resta riservato un rilievo del tutto residuale, circoscritto a fattispecie tipizzate e, peraltro, soggetto ad un rigoroso obbligo di motivazione». A tale questione ha dato soluzione Cons. Stato, ad. plen., 21 maggio 2019, n. 8, ivi, stabilendo che gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera, ai sensi degli artt. 50, comma 1, e 95, comma 3, lett. a, D.Lgs. 50/2016, sono sempre aggiudicati con il criterio del migliore rapporto qualità/prezzo, pure nell'ipotesi in cui gli

Nello stesso verso si pone la considerazione riconosciuta dal codice (artt. 100-113-bis) alla fase di esecuzione, che corrobora una concezione funzionale – e non più meramente contabilistica – del contratto nell'interesse pubblico all'esatto adempimento.

L'attenzione rivolta al momento esecutivo del rapporto si colloca nel solco della normativa europea a tutela della concorrenza che, inerendo alla disciplina complessiva degli appalti pubblici[136], non è limitata alla fase di scelta del contraente, ma si estende alla fase cronologicamente successiva dell'esecuzione[137].

D'altronde, il tenore dell'art. 30 D.Lgs. 50/2016 è inequivoco nel sancire che l'esecuzione (e non solo l'affidamento) del contratto deve garantire la «qualità delle prestazioni», nell'ottica di risultato che deve pervadere l'intera operazione negoziale.

Il rilievo pubblicistico del momento esecutivo emerge – già in sede di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa – anche dalla possibilità di valutare la qualità del personale utilizzato quando possa avere un'influenza significativa sul livello di esecuzione dell'appalto (art. 95, comma 6, lett. e), come pure dal termine di esecuzione e dalle altre condizioni di consegna (art. 95, comma 6, lett. g).

Proprio la fase esecutiva si rivela quella più critica in quanto caratterizzata da un paradigma della concorrenza meno intenso[138], nella quale più deboli sono i presidi di trasparenza e i dispositivi di controllo[139], favorendo l'improprio impiego degli istituti della proroga, del rinnovo, della variante in corso d'opera,

---

stessi abbiano anche caratteristiche standardizzate, ai sensi dell'art. 95, comma 4, lett. b. A. Police, *Le nuove procedure di scelta*, cit., 14, ricorda le distorsioni prodotte dal costante impiego del criterio del prezzo più basso, che ha dato luogo al fenomeno delle offerte anormalmente basse, con prestazioni qualitativamente assai modeste.

[136] G.M. Racca, S. Ponzio, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, in L. Scomparin (a cura di), *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici. Strumenti di prevenzione e contrasto*, Torino, 2016, 109 ss., 137, rilevano che «le nuove direttive europee sui contratti pubblici, innovando il previgente sistema, introducono talune disposizioni anche sulla fase di esecuzione del contratto per assicurare la tutela della concorrenza, che risulterebbe vanificata ove le condizioni dell'offerta aggiudicataria non venissero rispettate durante l'esecuzione contrattuale».

[137] A. Lamorgese, *La rilevanza pubblica dell'esecuzione del contratto di appalto con la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, cit., 315 ss., 327. Riguardo alle criticità scaturenti dalla separazione tra la fase pubblicistica di formazione del contratto e quella esecutiva di carattere privatistico, ai fini del conseguimento dei risultati dell'intera operazione negoziale, G. Fidone, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 101 ss. .

[138] G.M. Racca, R. Cavallo Perin, G.L. Albano, *Competition in the execution phase of public procurement*, in *Public contract law journal*, 2011, 89 ss.

[139] V. Ferraris, *La vulnerablità degli appalti pubblici*, in L. Scomparin (a cura di), *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*, cit., 65 ss., 79, osserva che «la fase di post-aggiudicazione risulta essere la meno controllata di tutte le fasi dell'appalto pubblico […], anche a causa della carenza di norme e procedure ben definite. […] le autorità aggiudicatrici sembrano dimenticarsi del contratto dopo averlo firmato e raramente controllano le prestazioni di un appaltatore». L'A. puntualizza che nella maggiore parte dei Paesi UE «si monitora la procedura d'appalto, ma solo eccezionalmente la fase di esecuzione del contratto».

che possono alterare significativamente, anche in modo sostanziale, il contenuto del contratto, svuotando di significato l'intera procedura a evidenza pubblica[140].

Il momento esecutivo risulta esposto pure a ulteriori rischi di manipolazione per effetto delle rinegoziazioni di contratti aggiudicati e l'ampia gamma dei contratti di subappalto, connotate da elevata discrezionalità, che sovente può debordare in arbitrio.

L'attuale impianto codicistico va apprezzato alla luce della disciplina complessiva di settore che non si esaurisce nel D.Lgs. 50/2016 e negli atti (decreti ministeriali, linee guida Anac ecc.) che da esso derivano[141].

Nonostante la preminenza del *corpus* normativo, vi sono disposizioni ulteriori di considerevole impatto esterne al codice emanate in tempi recenti dal legislatore statale.

Si tratta delle molteplici norme *extravaganti* introdotte per fare fronte alla negativa congiuntura economico-finanziaria e volte al contenimento della spesa pubblica e all'ottimizzazione dell'impiego delle risorse della collettività.

In tale novero, rientra la previsione che ha esteso a tutte le pubbliche amministrazioni l'obbligo (in precedenza gravante soltanto sulle amministrazioni statali centrali e periferiche) di ricorrere al mercato elettronico della pubblica amministrazione (m.e.p.a.)[142] per gli acquisiti di beni e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria[143].

Vi sono, inoltre, le disposizioni, incluse nella c.d. *spending review 2*[144], che hanno consolidato il sistema centralizzato di acquisizione dei beni e servizi da

---

[140] R. Cavallo Perin, G. M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss., 330-331, i quali rimarcano che «empiricamente si è rilevato che la gara non sempre riesce ad assicurare un'effettiva concorrenza tra le imprese se l'offerta risultata vincente non sia stata correttamente adempiuta, poiché la ragione dell'aggiudicazione è tradita dalla inesatta o infedele esecuzione contrattuale, non importa se per effetto di interessi collusivi tra l'aggiudicatario e la pubblica amministrazione, oppure per mancanza di un efficace controllo sull'esecuzione contrattuale ed ancora prima per una incoerente ed inadeguata redazione dei capitolati».

[141] A mente dell'art. 2 D.Lgs. 50/2016, agli atti indicati si aggiungono le eventuali leggi regionali che, nel rispetto del sistema costituzionale di riparto delle competenze, possono regolare determinati aspetti della materia.

[142] Il m.e.p.a. è un dispositivo di *e-procurement* previsto dall'art. 1, comma 450, L. 27 dicembre 2006, n. 296, «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)», in Gazzetta ufficiale, n. 299 del 27 dicembre 2006, suppl. ord. n. 244, che permette alle pubbliche amministrazioni di acquistare beni e servizi (di importo pari o superiore a 1.000 euro e inferiore alla soglia di rilievo comunitario), mediante procedure di scelta del contraente gestite interamente per via elettronica e telematica e alle quali possono accedere gli operatori economici abilitati.

[143] Art. 7 della c.d. *spending review* di cui al D.L. 7 maggio 2012, n. 52, «Disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica», in Gazzetta ufficiale n. 106 del 8 maggio 2012, convertito in L. 6 luglio 2012, n. 94, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 7 maggio 2012, n. 52, recante disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica», in Gazzetta ufficiale, n. 156 del 6 luglio 2012.

[144] Art. 1 D.L. 6 luglio 2012, n. 95, «Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini (nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario)», in Gazzetta ufficiale, n. 156 del 6 luglio 2012, suppl. ord. n. 141, convertito in L. 7 agosto 2012, n. 135, «Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, recante disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini», in Gazzetta ufficiale, n. 189 del 14 agosto 2012, suppl. ord. n. 173.

parte delle pubbliche amministrazioni – accrescendo il ruolo strategico di Consip S.p.A.[145] e delle centrali regionali di committenza nel mercato delle commesse pubbliche –, prevedendo la nullità dei contratti stipulati in violazione dell'obbligo di approvvigionamento attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione dalle stesse centrali, cui si affianca la responsabilità disciplinare e amministrativa dei soggetti ai quali sia ascrivibile la relativa violazione[146].

Si aggiungono le disposizioni che hanno introdotto l'obbligo di rinegoziazione delle condizioni economiche dei contratti in corso di esecuzione stipulati autonomamente dalle amministrazioni pubbliche, con facoltà di recesso unilaterale, in caso di mancato assenso dell'appaltatore, qualora si possano ottenere condizioni economiche migliorative attraverso l'adesione alle convenzioni di Consip S.p.A.[147].

Tali preminenti esigenze di controllo e di contenimento della spesa pubblica assumono prevalenza rispetto alla tutela della concorrenza, alla libertà negoziale e all'affidamento del contraente privato[148], riverberandosi sulla tenuta delle dinamiche di mercato.

Non soltanto esigenze di coerenza e sistematicità sembrano concorrere a che pure queste disposizioni esterne alla sede codicistica vengano interessate dall'intrapreso nuovo riordino della normativa di contrattualistica pubblica, ma anche il bisogno di pervenire a un quadro regolatorio complessivo orientato a una maggiore flessibilità delle procedure di scelta del contraente[149].

6. *Il necessario equilibrio tra flessibilità delle procedure e rigorosità dei controlli*

A dispetto del rigore che connota le procedure negoziali e degli obiettivi di finanza pubblica sottesi anche alle disposizioni extracodicistiche appena ricordate, il settore delle commesse pubbliche si delinea come uno di quelli più esposti all'esorbitante lievitazione dei costi.

---

[145] Come è noto, Consip è la società per azioni, partecipata al 100% dal Ministero dell'economia e delle finanze, la cui nascita risale al D.Lgs. 19 novembre 1997, n. 414, «Attività informatiche dell'Amministrazione statale in materia finanziaria e contabile», in Gazzetta ufficiale, n. 282 del 3 dicembre 1997. Ai sensi dell'art. 26 L. 23 dicembre 1999, n. 488, «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziario 2000)», in Gazzetta ufficiale, n. 302 del 27 dicembre 1999, suppl. ord. n. 227, con il D.M. 24 febbraio 2000 (in Gazzetta ufficiale, n. 58 del 10 marzo 2000) è stato conferito alla Consip l'incarico di stipulare convenzioni e contratti quadro per l'acquisto di beni e servizi per conto delle amministrazioni dello Stato.

[146] L'art. 15 D.L. 95/2012 reca anche misure specifiche per il contenimento della spesa sanitaria e farmaceutica.

[147] Art. 1, comma 13, D.L. 95/2012.

[148] Sulla recessività del «lato privatistico del rapporto» in ragione delle esigenze pubblicistiche del buon uso delle risorse nelle operazioni contrattuali organizzate dalle amministrazioni, F. Fracchia, L. Gili, *Ordinamento dell'Unione europea, mercato, risorse pubbliche e contratti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2013, 41.

[149] Cfr. art. 1, comma 2, lett. a) e g), d.d.l. di delega governativo per la revisione della normativa in materia di contratti pubblici del 28 febbraio 2019, cit.

Un dato che si pone in senso esattamente inverso all'economicità[150] dell'attività contrattuale pubblica, vale a dire all'interesse sostanziale – e, quindi, all'interesse prettamente «economico» – delle amministrazioni pubbliche di acquisire beni e servizi a un costo contenuto e, comunque, congruo rispetto al mercato di riferimento.

In non pochi casi l'abnorme crescita dei costi si deve a intese collusive e anticoncorrenziali tra imprese partecipanti alla gara[151] e a condotte scorrette (se non fraudolente) ascrivibili anche ad agenti e operatori pubblici[152].

Da epoca risalente gli appalti pubblici si segnalano quale settore «a legalità ridotta»[153].

In particolare, il comparto delle infrastrutture in Italia risulta tra i più vulnerabili alla corruzione, alle infiltrazioni della criminalità organizzata e alle illecite collusioni[154], fenomeni che si collocano, quantitativamente, in misura maggiore nella fase successiva all'aggiudicazione, in sede di controlli di qualità e di completamento dei contratti[155]. L'alta velocità è tra le opere infrastrutturali più onerose per gli elevati costi unitari[156].

---

[150] Il principio di economicità nell'affidamento e nell'esecuzione degli appalti pubblici di cui all'art. 30, comma 1, D.Lgs. 50/2016 non collima con quello di economicità dell'azione amministrativa valorizzato dalla giurisprudenza amministrativa nazionale, che si riconnette alla semplificazione e all'accelerazione dell'attività delle stazioni appaltanti, cfr. Cons. Stato, comm. spec., par. 12 febbraio 2018, n. 361, 11, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, concernente l'aggiornamento delle linee guida Anac per le procedure di affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria.

[151] R. De Nictolis, *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, cit., 69, nt. 10, ricorda che nelle procedure suddivise in lotti – che si impongono ora per regola – sono state esposte a frequenti fenomeni di *bid ridding*, vale a dire ad intese tra i concorrenti volte alla spartizione dei singoli lotti oggetto di aggiudicazione.

[152] Nella contrattualistica pubblica, M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, 71 ss., 83, individua due «problemi di agenzia. Il primo si riferisce ai rapporti con il fornitore; il secondo ha una dimensione interna ai rapporti tra stazione appaltante e dirigente o funzionario responsabile della procedura».

[153] Sulle varie forme del fenomeno corruttivo, F. Di Cristina, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 177 ss., 178. Riguardo alla «convinzione radicata che nel sistema degli appalti la corruzione sia modello di condotta generalizzato e vincente», A. Vannucci, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in G.D. Comporti (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011, 265 ss., 291. G.M. Racca, S. Ponzio, *La nuova disciplina*, cit., 112, sottolineano che «la corruzione è risultata particolarmente diffusa nel settore dei contratti pubblici per l'inefficienza che ha caratterizzato ogni fase del *public procurement cycle*, dalla definizione dei fabbisogni fino al termine dell'esecuzione». Sui rischi di pratiche corruttive e infiltrazioni della criminalità organizzata nelle diverse fasi delle procedure di appalto, V. Ferraris, *La vulnerablità degli appalti pubblici*, cit., 73 ss. V. pure G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa*, cit., nonché G. Manfredi, *Brevi note su contratti pubblici e corruzione*, in *Urb. app.*, 2015, 749 ss.

[154] Il rilievo si ritrova anche in Cons. Stato, comm. spec., par. 855/2016, 4.

[155] Questi dati sono stati estratti dalla relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sulla lotta alla corruzione, Allegato sull'Italia, del 3 febbraio 2014, COM(2014) 38 final, consultabile su *https://eur-lex.europa.eu*. In tale relazione, il costo della corruzione nel settore delle c.d. grandi opere, comprese le perdite indirette, è stimato nel 40% del valore totale dell'appalto.

[156] La relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sulla lotta alla corruzione del 3 febbraio 2014, cit., illustra che il costo medio in Italia dell'alta velocità è stato calcolato in 61 milioni di euro al chilometro, contro i circa 9-10 milioni di euro in Francia, Spagna e Giappone. Il costo al chilometro è stato di 47,3 milioni di euro nel tratto Roma-Napoli, di 74 milioni di euro nel tratto Torino-Novara, di 79,5 milioni di euro nel tratto Novara-Milano, di 96,4 milioni di euro nel tratto Bologna-Firenze, contro gli appena 10,2

Occorre prendere atto che, se «la regolazione rigida e preventiva dei procedimenti selettivi tende a ovviare alle difficoltà che incontrerebbe un sistema di controllo dell'operato dei funzionari basato sull'osservanza postuma dei risultati contrattuali conseguiti»[157], la minuta scansione dei meccanismi di gara che caratterizza tuttora la disciplina nazionale – alla quale studi di rilevante interesse ancora imputano, criticamente, la «spersonalizzazione» delle scelte negoziali e l'incapacità di «discernimento» e di individuazione delle soluzioni migliori[158] – non è sufficiente ad arginare gli elevati rischi di arbitri, turbative e corruttele[159].

Nei differenti momenti dell'evidenza pubblica, l'ampiezza del potere discrezionale dell'amministrazione raggiunge la massima estensione nella fase della selezione del contraente privato e tende a dissolversi, ma senza mai svanire completamente, in quella di esecuzione del contratto. I vincoli dell'azione amministrativa nella procedura a evidenza pubblica non soltanto non si sono rivelati una strategia efficace per contrastare i fenomeni ricordati, ma hanno prodotto inefficienza e rallentamenti dell'intera operazione di affidamento.

D'altro canto, una raffinata corrente dottrinaria riconosce all'interno dell'area occupata dal potere discrezionale un ambito sottratto a qualsiasi condizionamento giuridico[160], in cui le norme assumono valenza recessiva e nel quale soccorrono altri criteri a indirizzare l'agire pubblico[161].

---

milioni di euro al chilometro per la Parigi-Lione, i 9,8 milioni di euro della Madrid-Siviglia ed i 9,3 milioni di euro per la Tokio-Osaka.

[157] M. Cafagno, *Gare pubbliche*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, 2651 ss., 2652. Come è noto, a seguito dell'art. 19 D.L. 24 giugno 2014, n. 90, *Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*, in Gazzetta ufficiale, n. 144 del 24 giugno 2014, convertito in L. 11 agosto 2014, n. 114, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, recante misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari», in Gazzetta ufficiale, n. 190 del 18 agosto 2014, suppl. ord. n. 70, l'Anac ha assunto la *governance* del settore dei contratti pubblici attraverso una pluralità di penetranti poteri di intervento anche *ex ante* tendenti a supportare in tempo reale le amministrazioni aggiudicatrici nella gestione concreta della gara.

[158] G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., 178.

[159] A. Pajno, *Introduzione*, in P. Mantini, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici*, cit., XVII ss., XXI. In termini analoghi, E. Follieri, *I principi generali*, cit. Sugli interventi legislativi di contrasto alla corruzione, G. Piperata, *Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane*, consultabile su *www.federalismi.it*, 16/2015. Sul rischio corruttivo, nel quale si intende ricompreso «ogni fenomeno di asservimento della funzione amministrativa all'interesse privato», G. Gallone, *La prevenzione amministrativa del rischio-corruzione*, in *Dir. econ.*, 2018, 349 ss.

[160] A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, 155-156, che distingue «all'interno dell'area occupata dal potere discrezionale, tra ciò che è "coperto" dalla legge (e che come tale non può che attenere a rapporti intersoggettivi e dare adito a tutela piena) e ciò che invece attiene all'opportunità, e che dunque non è in alcun modo regolato e non può essere oggetto di alcuna tutela giurisdizionale» (155). Alla luce di tale distinzione, l'insigne A. precisa che «l'insindacabilità del merito non discende soltanto, in negativo, dall'assenza della legge, ma anche, in positivo, da una (a nostro avviso) ineliminabile riserva di amministrazione, intesa come area entro la quale si svolge (deve potersi svolgere) l'autonomia e la responsabilità politica dell'amministrazione in quanto democraticamente legittimata» (156).

[161] V. Brigante, *Fenomeni corruttivi nell'affidamento di commesse pubbliche: la discrezionalità multilivello come soluzione di matrice procedimentale*, in *Dir. econ.*, 2018, 955 ss., 979.

Secondo questa ricostruzione, in qualunque potere è ravvisabile un «nucleo decisionale intangibile, estraneo al diritto e quindi "libero"»[162].

La scelta di «merito» (o «politica»), in quanto ricadente in un ambito non raggiunto (e non raggiungibile) dalle norme puntuali o di principio è espressione di libertà[163] e, al pari di quanto avviene per i poteri negoziali, intangibile anche da parte del giudice[164]. Queste considerazioni non equivalgono a porre in discussione – ma, semmai, acuiscono – l'esigenza di presidiare la correttezza e l'imparzialità delle procedure negoziali, tuttavia l'esperienza e la cruda analisi dei dati dimostrano che automatismi e regole procedimentali improntati a trasparenza e legalità da soli si rivelano inadatti allo scopo. L'eccesso di regole e i troppi vincoli all'azione pubblica non riescono a sortire l'effetto auspicato[165], sollecitando la sperimentazione di nuovi strumenti e strategie. È noto che i vincoli procedurali di evidenza pubblica rilevano tradizionalmente riguardo sia agli atti e ai comportamenti dei funzionari preposti alla gara, sia alle possibili influenze dei vari interlocutori della committenza pubblica. Sul versante interno le formalità concorsuali riducono i margini di manovra di agenti e funzionari pubblici, contenendo il pericolo di errori e di scelte intenzionalmente scorrette[166]. Sul versante esterno i congegni legali circoscrivono il rischio di alterazioni dannose e condizionamenti distorsivi[167], eventualità che aumentano quanto maggiori sono le implicazioni economiche della decisione del committente pubblico e la sua incidenza sugli interessi di soggetti privati «forti» e gruppi di pressione[168].

---

[162] A. Proto Pisani, in P.L. Portaluri (a cura di), *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, *Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015*, Napoli, 2016, 149 ss., 157, sottolinea che «laddove ci sia la presenza di un potere altamente discrezionale vi è libertà, come vi è libertà nell'autonomia privata, e non c'è possibilità di controllo da parte di alcuno». In termini analoghi, C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 352 e 356 ss. Su tali ricostruzioni, S. Civitarese Matteucci, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, cit., 765 ss.

[163] In termini problematici sull'accostamento tra poteri amministrativi e poteri privati, L. Ferrara, *Individuo e potere in un giuoco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 3/2016 (suppl.), 11 ss., 73-74.

[164] Così, G. Poli, *La discrezionalità amministrativa e l'autonomia privata davanti alla legge*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2/2018, 353 ss., 369, che individua una zona dell'agire amministrativo «che si genera per scissione da quella componente regolata dal diritto».

[165] R. De Nictolis, *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, cit., 67, che si riporta ad A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit.

[166] M. Cafagno, *Lo Stato banditore*, cit., 170-179. A. Vannucci, *Il lato oscuro della discrezionalità*, cit., 267, rileva che «il carico di regolazione è riconducibile a un'applicazione estensiva del principio generale, tipico degli ordinamenti giuridico-amministrativi di origine romanistica, volto a circoscrivere il più possibile l'esercizio di poteri discrezionali in quanto possibile fonte di prevaricazioni, ruberie o trattamento privilegiato degli utenti».

[167] M. Cafagno, *Lo Stato banditore*, cit., 170-179.

[168] In proposito, A. Vannucci, *Il lato oscuro della discrezionalità*, cit., 268 e 275, evoca «reti di relazioni occulte», evidenziando che «una prima fase nella quale si presentano occasioni di corruzione è quella di identificazione dei bisogni di natura pubblica da soddisfare attraverso l'attività contrattuale, predisposizione dei meccanismi decisionali e stanziamento delle risorse finanziare occorrenti».

La selezione concorsuale si pone come elemento di congiunzione tra ordinamento ultranazionale[169], nel quale la competizione è a protezione delle libertà economiche fondamentali, e diritto nazionale, nel quale la gara è comparsa sin dai suoi albori per disinnescare sul nascere accordi collusivi. L'evoluzione della disciplina di evidenza pubblica rende superato lo schema della «chiamata dell'impresa privata all'interno di un potere amministrativo incondizionato»[170].

In questa direzione depongono anche i canoni di correttezza e buona fede in senso oggettivo[171], che devono permeare l'attività contrattuale pubblica in tutti i suoi momenti[172] anche quando si svolge mediante provvedimenti amministrativi[173].

Di qui un'inclinazione della dottrina a registrare un ampliamento degli ambiti di scelta negoziale e una minore diffidenza dell'ordinamento rispetto ai margini di apprezzamento delle stazioni appaltanti, che favoriscono il dialogo con il mercato per ricercare le soluzioni più consone alla dimensione dei problemi e degli interessi per i quali la committenza pubblica è chiamata a intervenire[174].

---

[169] Sul punto, G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 251, ricorda che «il diritto europeo ha individuato il principio di concorsualità come modalità generale per la scelta del contraente pubblico».

[170] G. Berti, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Milano, 1988, 47 ss., 60.

[171] C. Castronovo, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 647 ss. Sul principio di buona fede nel diritto amministrativo, F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"Alternanza"*, Milano, 2001; F.G. Scoca, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, *Padova, Venezia, Treviso*, *14-15-16 giugno 2001*, III, Padova, 2003, 471 ss.; E. Casetta, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Dir. econ.*, 2001, 317 ss.

[172] C.M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205 ss.

[173] L'obbligo della pubblica amministrazione di rispettare i principi civilistici di correttezza e buona fede in tutte le fasi della procedura a evidenza pubblica di stampo autoritativo, anche anteriori alla scelta del contraente, l'inosservanza dei quali può dare luogo a responsabilità precontrattuale della parte pubblica in termini di lesione della altrui libertà di autodeterminazione negoziale, costituisce principio acquisito nella giurisprudenza amministrativa, v., da ultimo, Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, su cui G. D. Comporti, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*, in *Giur. it.*, 2018, 1984 ss. Per una recente ricognizione sull'evoluzione giurisprudenziale e dottrinaria riguardo agli obblighi di buona fede e correttezza nell'attività negoziale della pubblica amministrazione, L. Lorenzoni, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018, 225-234. Sul dovere di correttezza che si traduce in obblighi comportamentali di buona fede, protezione, informazione, *clari loqui* gravanti sulla stazione appaltante, a fronte di una formazione necessariamente progressiva del contratto, non derogabile dalle parti, imperniata su trattative «multiple o parallele», che determinano la costituzione di un rapporto giuridico sin dal momento della presentazione delle offerte, Cass., 3 luglio 2014, n. 15260, in *Foro it.*, 2015, I, 643 ss. (con nota di G. Galli, ivi, 646 ss.), i cui passaggi sono stati ripresi da Cons. Stato, ad. plen., sent. 5/2018. Nei medesimi termini, Cass., 12 maggio 2015, n. 9636, in *Giur. it.*, 2015, p. 1963 ss., con nota di G.M. Racca e S. Ponzio, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni* (ivi, 1965 ss.), nonché Id., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Foro it.*, 2016, I, 2685 ss.

[174] G.D. Comporti, *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Dir. econ.*, 2007, 231 ss., 269.

In questo modo assume consistenza il «modello dell'amministrazione del dialogo»[175], che si vuole destinato a soppiantare gli assetti consueti del modello del «decisore imparziale»[176] in virtù di una feconda interlocuzione tra le parti negoziali nell'ambito di una maggiore paritarietà nei rapporti tra amministrazione pubblica e privati.

Il «modello dell'amministrazione del dialogo», tuttavia, non costituisce l'unica tendenza evolutiva del settore, come pure il diritto europeo non abbraccia completamente la logica della flessibilità[177].

Il dominio del formalismo giuridico con rigida separazione in fasi e subprocedimenti dell'affidamento dell'appalto rende non agevole la gestione dei profili inerenti alla esecuzione[178] e, con essa, il conseguimento del risultato dell'unitaria operazione negoziale[179].

Allo stesso tempo, modelli basati soltanto sul dialogo con il mercato non risultano sempre possibili e, in molti casi, neppure auspicabili. Il «baratto» tra

---

[175] *Ibidem*. In ordine al nuovo modello di contrattualità pubblica impostato sul dialogo, G. Manfredi, *Recensione a G. D. Comporti*, cit., 761-762, nel dubitare che possa accreditarsi quale esclusivo modello del futuro, iscrive la tendenza nel quadro delle riforme che negli ultimi due decenni hanno interessato tutti i Paesi occidentali, mutando la struttura e il funzionamento delle pubbliche amministrazioni che «dismettono la tradizionale posizione di separatezza e di sovraordinazione nei confronti della società e del mercato, con cui anzi prendono a intrattenere relazioni di tipo collaborativo». Al riguardo, l'A. richiama studi di sociologia del diritto e di scienza dell'amministrazione (per tutti, E. Gualmini, *L'amministrazione nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 2004) che riconducono questa tendenza al paradigma del *new public management* connotato dall'impiego di moduli organizzativi e tecniche e metodi di gestione di stampo aziendalistico, mutuati dalle imprese private, con superamento del tipico modello burocratico.

[176] Con le formule «modello del dialogo» e «modello del decisore imparziale», G.D. Comporti, *Lo Stato in gara*, cit., 233-240 e 268-269, designa, nel primo caso, l'ampliamento dei margini di apprezzamento dell'amministrazione aggiudicatrice ai fini della selezione della migliore offerta disponibile sul mercato, nel secondo caso, la compressione di tali margini per effetto di sistemi di aggiudicazione automatici, ovvero di modalità operative rigorosamente vincolate. In proposito, R. De Nictolis, *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, cit., 65-66, ricorda che l'impostazione del codice del 2006 – che si poneva in continuità con quella della legge Merloni del 1994, a sua volta concepita sull'onda di Tangentopoli – «era quella di un azzeramento formale della discrezionalità delle stazioni appaltanti», salvo poi il legislatore ad intervenire ripetutamente, in via di decretazione d'urgenza, «per introdurre regimi "alleggeriti"».

[177] G. Manfredi, *Recensione a G.D. Comporti*, cit., 763.

[178] G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., 195.

[179] Id., *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in Id. (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, cit., 1 ss., 19-20, evidenzia come ciò spieghi l'aumento esponenziale negli ultimi anni dei casi nei quali si è fatto «improprio ricorso a misure tipiche dell'emergenza», ossia alle ordinanze di protezione civile già previste dalla L. 24 febbraio 1992, n. 225, *Istituzione del servizio nazionale della protezione civile*, in Gazzetta ufficiale, n. 64 del 17 marzo 1992, suppl. ord. n. 54 (ora disciplinate dal D.Lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, *Codice della protezione civile*, in Gazzetta ufficiale, n. 17 del 22 gennaio 2018), estese anche a «ipotesi di «grandi eventi» non strettamente attinenti a situazioni imprevedibili di emergenza o di pericolo e per le quali si legittima il ricorso a procedure derogatorie», ovvero all'impiego di varie figure «di commissari straordinari, dotati di poteri speciali in deroga alle diposizioni ordinarie».

garanzia ed efficienza in campo contrattuale è un'operazione che non può essere consentita[180].

Tanto più che le garanzie legali sono funzionali alla tutela della concorrenza e, quindi, a un regolare confronto tra gli operatori economici[181].

Allo stesso tempo, la tensione fideistica verso il modello ideale dell'economia del libero mercato non trova unanime condivisione in dottrina, già solo in ragione dei fattori che ne condizionano gli assetti[182].

La fisiologica dialettica vincolo-discrezionalità implica la ricerca di un punto di equilibrio tra le due combinazioni «flessibilità/negoziazione» e «concorrenza/buon andamento»[183].

Il modello «del dialogo» e quello «del decisore imparziale» sembrano destinati a convivere, almeno fin tanto che i sistemi di aggiudicazione improntati all'interlocuzione tra le parti negoziali non riescano a sviluppare meccanismi di garanzia differenti rispetto a quelli usuali, ma altrettanto efficaci[184].

Le questioni che si frappongono a una gestione piana e, a un tempo, corretta e flessibile dell'attività contrattuale pubblica sono sintomatiche delle difficoltà di ordine più generale di coniugare «imperativi economici ed interessi pubblici»[185], una relazione che nel diritto europeo si ritiene abbia raggiunto ormai un «certo bilanciamento»[186], mentre nella codificazione nazionale di ultima generazione appare ancora in divenire.

Incertezze di fondo sulla portata delle garanzie procedimentali e limitata consapevolezza della dimensione economica delle scelte negoziali non sembrano avere trovato compiuta soluzione nella stagione riformatrice contemporanea.

Non appare ancora raggiunto l'approdo più lineare – e, verosimilmente, più congeniale – di un'amministrazione pubblica attenta al regolare svolgimento del-

---

[180] F. Ledda, *Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione. Note sul progetto della Commissione «bicamerale»*, in *Foro amm.*, 1997, 3303 ss., ora in Id., *Scritti giuridici*, cit., 449 ss., 452, sottolinea come «la legalità e l'efficienza non possano formar oggetto di uno scambio». Questo perché «l'efficienza sta solo ad esprimere un dato d'ordine economico come appunto il rapporto costi-ricavi o risultati, la legittimità, almeno negli ordinamenti in cui la forza della legge non riposa sul *Fuherprinzip* ma su una volontà manifestata in forma democratica, esprime invece un valore vero e proprio o qualche cosa che ci consente di attingere al mondo dei valori» (453).

[181] G. Manfredi, *Recensione a G. D. Comporti*, cit., 763.

[182] A. Roncaglia, *Il mito della mano invisibile*, Roma-Bari, 2005.

[183] F. Gambardella, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, cit., 40. Ivi, 27, puntualizza che per flessibilità deve intendersi la «possibilità di deroga in concreto dei canoni di economicità e concorrenza. Una deroga che passa per il potere riservato all'amministrazione di adattare la gara rispetto agli interessi emergenti».

[184] G. Manfredi, *Recensione a G.D. Comporti*, cit., 765.

[185] M. D'Alberti, *Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 51 ss., 62, il quale sottolinea che «la globalizzazione e le discipline ultranazionali dei mercati assegnano un'importanza sempre più evidente agli imperativi economici, alle iniziative imprenditoriali, alle libertà di scambio di beni e servizi».

[186] Ivi, 63.

le procedure di gara, ma pure in grado di relazionarsi con i propri interlocutori economici[187] in modo efficace ed efficiente[188].

7. *Le possibili convergenze tra diritto europeo degli appalti pubblici e disciplina interna di evidenza pubblica*

È assodato che le ragioni ispiratrici del diritto europeo degli appalti pubblici non sono coincidenti con quelle della normativa nazionale.

La concorrenza è reputata un elemento essenziale delle norme di origine e di derivazione comunitaria[189], che hanno assunto un quasi totale dominio della complessiva disciplina di settore.

L'influsso del diritto europeo ha innescato un processo di ravvicinamento all'ordinamento comunitario delle regole interne di evidenza pubblica[190].

Improntato originariamente ai canoni di legalità e imparzialità[191], il sistema italiano delle commesse pubbliche si è orientato gradualmente verso l'ingresso e il consolidamento di «dinamiche competitive» a protezione della «libertà di mercato»[192].

Il concetto di gara, di confronto competitivo, è parte integrante della disciplina interna di formazione dei contratti pubblici.

Al pari di altri Paesi europei, la legislazione nazionale già di fine Ottocento contemplava procedure concorrenziali per la conclusione dei contratti delle amministrazioni pubbliche.

La competizione tra gli operatori privati, tuttavia, aveva uno scopo completamente diverso da quello perseguito, a partire dagli anni '70 dello scorso secolo, dal diritto europeo e recepito dagli ordinamenti degli Stati membri.

---

[187] G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., 219.

[188] In questo senso, Cass., 6 ottobre 2015, n. 19883, in *Foro it.*, 2016, I, 604 ss., secondo cui la diligenza esigibile dalla P.A. nel compimento dei propri atti, ivi compresa l'adozione di provvedimenti amministrativi, va valutata con il criterio dettato dall'art. 1176, comma 2, c.c., applicabile anche alle ipotesi di responsabilità extracontrattuale, che, riferito all'amministrazione pubblica, richiede un comportamento rispettoso della legge, efficiente e tempestivo.

[189] M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in M. Clarich, F. Di Porto, G. Ghidini, P. Marchetti (a cura di), *Concorrenza e mercato. Antitrust, regulation, consumer welfare, intellectual property*, Milano, 2015, 197 ss.

[190] Sulla progressiva emersione dell'interesse alla tutela della concorrenza, S. Simone, L. Zanettini, *Appalti pubblici e concorrenza*, cit., *passim*.

[191] Sulla missione del giudice amministrativo nel campo dei contratti pubblici, cfr. Cass., sez. un., 21 giugno 2012, n. 10294, in *Giur. it.*, 2012, 2161, secondo cui «la realizzazione dell'opera non rappresenta in ogni caso l'aspirazione dell'ordinamento», richiedendosi nella materia degli appalti pubblici «un'attenzione e un controllo ancora più pregnanti al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato».

[192] A. Lalli, *Disciplina della concorrenza*, cit., 398-402.

L'interesse salvaguardato dalla gara per l'affidamento degli appalti era di indole prettamente finanziaria, consistente nel (corretto e) più efficace impiego delle risorse pubbliche[193].

Dalle norme che imponevano il rispetto della concorrenza nei «pubblici incanti», esulava ogni considerazione per gli interessi dei privati partecipanti[194].

Per impulso del diritto europeo il confronto competitivo tra gli operatori economici ha acquistato nuova identità e ulteriori obiettivi nella disciplina domestica[195], alimentato da un complessivo processo di ripensamento del rapporto fra amministrazione pubblica e mercato. L'apertura del mercato è divenuta finalità preminente in quanto «assicura un'adeguata protezione dell'interesse pubblico – "finanziario e amministrativo" […] – perché la concorrenza effettiva tende a contenere i prezzi dei contratti e ad aumentare la qualità delle prestazioni offerte», garantendo, allo stesso tempo, gli interessi delle imprese private che partecipano o intendono prendere parte alla gara[196].

Queste coordinate hanno favorito posizioni interpretative per le quali i principi ispiratori delle discipline interna e comunitaria non sono, quanto meno in astratto, tra di essi necessariamente incompatibili[197].

Imparzialità dell'azione amministrativa e libera concorrenza sono connesse da «una relazione biunivoca», poiché se «la salvaguardia della competizione è garanzia di una contrattazione imparziale, criteri di obiettività e di correttezza a loro volta prevengono simmetricamente alterazioni del mercato»[198].

L'impostazione di fondo comune ad ambedue gli ordinamenti è che la libera competizione tra operatori economici è, in linea di principio, la modalità più sicura di garanzia[199].

---

[193] M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza*, cit., 297-298.

[194] Corte cost., sent. 401/2007, par. 6.7.

[195] F. Trimarchi Banfi, *Il "principio di concorrenza"*, cit., 15 e 17, nel rilevare che «la legislazione amministrativa recente viene presentata come guidata dal principio di concorrenza», pone in evidenza «il valore che viene attribuito alla concorrenza quale strumento di efficiente allocazione delle risorse e, per questa via, quale mezzo principe per la promozione della crescita economica. In virtù di questa qualità l'ordine della concorrenza non si presenta come un mezzo tra altri, pure ipotizzabili, per promuovere il benessere economico e si identifica, piuttosto, con quest'ultimo». Sui mutamenti della relazione tra autorità, società e ruolo del diritto pubblico «che cessa di essere strumento di limitazione e controllo del potere e si dirige, invece, verso la funzionalizzazione alla garanzia della concorrenza e […] quindi all'organizzazione della società e delle istituzioni nelle maglie dell'autorità delle regole economiche», L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 309 ss., 341.

[196] M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza*, cit., 299.

[197] A. Police, G. Gruner, *Il sistema delle fonti nel codice dei contratti pubblici*, in F.G. Scoca (a cura di), *Gli appalti pubblici: profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2012, 11 ss., 13.

[198] M. Cafagno, *Lo Stato banditore*, cit., 169, il quale aggiunge che «anche la normativa comunitaria, seppure in una prospettiva che tende ad invertire il rapporto tra mezzi e fini, persegue vigorosamente l'obiettivo di prevenire arbitri e favoritismi».

[199] Così, A. Massera, *I contratti*, cit., 1387-1388.

L'obiettivo di realizzare nel modo migliore la commessa pubblica è presente in entrambi i sistemi normativi[200].

Da ciò la necessità di un bilanciamento tra una regolazione tesa alla promozione e tutela della concorrenza ed esigenze di legalità e imparzialità amministrativa, che affiora nel codice – nei principi elencati nell'art. 30 – e trova riscontro nelle direttive europee del 2014[201].

Questi principi, che derivano, in parte, dall'ordinamento europeo e, in parte, da quello interno, incarnano la disciplina fondamentale dell'attività negoziale volta sia alla protezione degli interessi pubblici dei quali è portatrice la pubblica amministrazione, sia alla promozione della concorrenza e del mercato[202].

D'altronde, il legame intercorrente tra concorrenza e imparzialità nella gestione delle commesse pubbliche è stato ravvisato da tempo dalla giurisprudenza costituzionale per la quale la tutela della concorrenza, che si realizza, innanzitutto, attraverso la «più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi», costituisce sul piano interno attuazione delle regole costituzionali di imparzialità e buon andamento[203].

In tale prospettiva, si pone il crescente rilievo dato dall'ordinamento nazionale alla tutela della concorrenza che si è tradotto nell'attribuzione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato degli speciali poteri di intervento riguardo agli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza[204].

---

[200] G. Pericu, *La disciplina degli appalti pubblici*, cit., 646-647.

[201] Cfr. par. 92, comma 2, della direttiva 2014/24/UE, a mente del quale i criteri di aggiudicazione non devono conferire alle amministrazioni aggiudicatrici una libertà incondizionata di scelta per potere assicurare una concorrenza effettiva e leale.

[202] Con riferimento ai principi di cui all'art. 2 D.Lgs. 163/2006, M.P. Chiti, *I principi*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, *I principi generali. I contratti pubblici. I soggetti*, I, Milano, 2008, 145 ss., 153-155, osserva che i principi dell'attività contrattuale rappresentano la saldatura del diritto nazionale con quello comunitario e fungono da criteri guida suscettibili di indirizzare l'attività delle amministrazioni pubbliche. In proposito, F. Trimarchi Banfi, *Il "principio di concorrenza"*, cit., 27, puntualizza che «la nozione di concorrenza che si ricava dal diritto europeo e che definisce l'area vincolata della legislazione interna, non coincide necessariamente con la nozione di concorrenza applicabile ad altri effetti nel diritto nazionale».

[203] Corte cost., sent. 401/2007, punto 6.7, secondo cui «l'osservanza delle prescrizioni comunitarie ed interne dell'evidenza pubblica garantisce il rispetto delle regole dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività dei pubblici poteri: la selezione della migliore offerta assicura, infatti, la piena attuazione degli interessi pubblici in relazione al bene o al servizio oggetto dell'aggiudicazione». In termini analoghi, Corte cost., 14 dicembre 2007, n. 431, in *Giur. cost.*, 2007, 4751 ss., per la quale la disciplina delle procedure di gara si inquadra nell'ambito della tutela della concorrenza.

[204] Questa speciale tutela è prevista dall'art. 21-*bis* della L. 10 ottobre 1990, n. 287, «Norme per la tutela della concorrenza e del mercato», in Gazzetta ufficiale, n. 240 del 13 ottobre 1990, introdotto dall'art. 35, comma 1, D.L 6 dicembre 2011, n. 201, «Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici», in Gazzetta ufficiale, n. 284 del 6 dicembre 2011, suppl. ord. n. 251, convertito in L. 22 dicembre 2011, n. 214, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici», in Gazzetta ufficiale, n. 300 del 27 dicembre 2011, suppl. ord. n. 276. Sulla legittimità costituzionale di tale disposizione, Corte cost., 14

A protezione di tale interesse pubblico, l'Autorità antitrust[205] è stata abilitata all'adozione di un parere motivato contenente l'indicazione degli «specifici profili delle violazioni riscontrate» degli atti delle procedure di affidamento, con la legittimazione *ex lege* a ricorrere al giudice amministrativo in caso di mancata conformazione da parte del soggetto aggiudicatore[206].

---

febbraio 2013, n. 20, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 465 ss., con nota di F. Goisis, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21-bis l. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali*, ivi, 471 ss.

[205] Una forma di intervento analoga a quella contemplata dall'art. 21-*bis* L. 287/1990 in favore dell'Autorità antitrust per la tutela speciale dell'interesse alla concorrenza è stata introdotta per l'Anac dall'art. 211, commi 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater*, D.Lgs. 50/2016 (nel testo modificato dall'art. 52-*ter*, comma 1, D.L. 24 aprile 2017, n. 50, «Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo», convertito in L. 21 giugno 2017, n. 96, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, recante disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo», in Gazzetta ufficiale, n. 144 del 23 giugno 2017, suppl. ord. n. 31). In forza di questa disposizione codicistica, l'Autorità nazionale anticorruzione «è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante», quando ravvisi violazioni della disciplina in materia di contratti pubblici. Tale disposizione ha ricevuto attuazione da parte dell'Anac con delibera n. 572 del 13 giugno 2018, «Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211, commi 1-bis e 1-ter, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i.», in Gazzetta ufficiale, n. 164 del 17 luglio 2018. Sullo schema di tale regolamento, si è espresso Cons. Stato, sez. aff. norm., comm. spec., par. 26 aprile 2018, n. 1119, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*. Sulla natura e sull'esercizio dei poteri di cui ai commi 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater* dell'art. 211 D.Lgs. 50/2016, R. De Nictolis, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, ivi, 1 luglio 2017, punti 8-9.4.m, 1 ss., 22 ss., la quale osserva che l'Anac, al pari dell'Autorità antitrust, diviene «titolare di una legittimazione "straordinaria" basata non già sulla titolarità di un interesse legittimo, e un interesse concreto e attuale alla rimozione dell'atto, ma direttamente sull'interesse pubblico e generale alla legalità dell'azione amministrativa». L'A. puntualizza che si tratta di una legittimazione ad agire di stampo pubblicistico, che non vale però a connotare il processo amministrativo come un processo officioso (23-24). In senso adesivo, C. Benetazzo, *I nuovi poteri "regolatori" e di precontenzioso dell'ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, consultabile su *www.federalismi.it*, 5/2018, 1 ss., 56. Sulla legittimazione dell'Anac a ricorrere al giudice amministrativo *ex* art. 211, commi 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater*, cit., in relazione alla mancata conformazione della stazione appaltante al parere vincolante espresso dall'Autorità anticorruzione, ai sensi dell'art. 211, comma 1, cit., F. Goisis, *La breve esperienza delle raccomandazioni vincolanti dell'ANAC ex art. 211, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016: doverosità e funzione di giustizia nell'autotutela decisoria*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 1/2017, 421 ss., 438-439. Per un compiuto inquadramento della speciale legittimazione processuale dell'Anac e delle problematiche a essa sottese, M. Lipari, *Legittimazione processuale speciale dell'Anac*, consultabile su *www.lamministrativista.it*, 4 luglio 2017. Di recente, Cons. Stato, ad. plen., sent. 4/2018, punto 19.3.5., ha stabilito che la legittimazione processuale straordinaria di Anac è a presidio della «concorrenza per il mercato», rilevando che l'art. 211, commi 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater*, D.Lgs. 50/2016 «ha subiettivizzato in capo all'Autorità detto interesse» di rango nazionale ed europeo, la quale è chiamata ad agire in giudizio nell'interesse della legge.

[206] Riguardo alla speciale legittimazione prevista dall'art. 21-*bis* L. 287/1990, è ampio il dibattito in dottrina, anche alla luce della lettura dell'art. 103 Cost. secondo la quale la giurisdizione amministrativa è funzionale alla tutela di situazioni giuridiche soggettive individuali e non di interessi generali. Su tale tematica, senza alcuna pretesa di completezza, M. Libertini, *I nuovi poteri dell'Autorità Antitrust (art. 35 d.l. n. 201/2011)*, consultabile su *www.federalismi.it*, 24/2011; R. Giovagnoli, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, consultabile su *www.giustamm.it*, 2012; M.A. Sandulli, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, consultabile su *www.federalismi.it*, 12/2012; R. Politi, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21-bis della l. 287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato*, ivi; F. Satta, *Intorno alla legittimazione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato a chiamare in giudizio pubbliche amministrazioni*, disponibile su *www.*apertacontra-

L'attribuzione a un'amministrazione pubblica di una legittimazione così ampia a impugnare gli atti amministrativi – che sottende il riconoscimento della titolarità di un interesse pubblico sensibile meritevole di particolare protezione[207] – rappresenta una novità dirompente nel processo[208], che costituisce indice della speciale considerazione data a tale interesse dall'ordinamento[209].

Nell'ambito di uno stretto raccordo funzionale tra controllo antitrust e disciplina di gara, si può inquadrare anche la misura dell'esclusione dalla procedura a evidenza pubblica dell'impresa partecipante cui sia ascrivibile un illecito anticoncorrenziale in questo modo sanzionato dal codice[210].

---

da.it, 26 novembre 2012; G. Urbano, *I nuovi poteri processuali delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 1022 ss.; B.G. Mattarella, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, ivi, 2016, 291 ss.; M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, cit., 283-284.

[207] La posizione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato rispetto all'amministrazione che ha adottato l'atto anticoncorrenziale è stata qualificata in termini di interesse legittimo (M.A. Sandulli, *Introduzione a un dibattito*, cit.), ovvero di interesse giuridicamente qualificato soggettivizzato (R. Giovagnoli, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza*, cit.). Hanno escluso, invece, che l'Agcm sia titolare di una situazione giuridica soggettiva legittimante al ricorso, F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, consultabile su *www.federalismi.it*, 12/2012; R. Politi, *Ricadute processuali*, cit.; F. Satta, *Intorno alla legittimazione*, cit.; G. Urbano, *I nuovi poteri processuali*, cit.

[208] Così, F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale*, cit. Per una disamina analitica sulle ipotesi di legittimazione *ex lege* a ricorrere, P. Duret, *La legittimazione ex lege nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 40 ss. Sull'inquadrabilità della tutela di cui all'art. 21-*bis* L. 287/1990 tra i modelli processuali «differenziati», giustificati dall'esigenza di protezione di interessi pubblici sensibili e riconducibili a una tendenza «neo-oggettivista» della giurisdizione amministrativa, A. Carbone, *Modelli processuali differenziati. Legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso degli appalti pubblici*, ivi, 2014, 423 ss., 424 e 436-438. Sulla compatibilità costituzionale di casi di legittimazione «oggettiva», nei quali la giurisdizione è «deputata ad accertare la violazione del diritto oggettivo, su domanda di soggetti (pubblici, collettivi, privati) che rappresentano codeste violazioni, a tutela di interessi generali, di cui si fanno portatori», e «[…] anche a prescindere da specifica domanda di parte», V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, ivi, 2014, 341 ss., 374-375.

[209] Il ruolo assunto nel contesto ordinamentale a presidio della concorrenza e del mercato ha condotto l'Autorità antitrust a sollevare una questione di legittimità costituzionale in via incidentale dinanzi alla Corte costituzionale, con ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018, consultabile su *www.agcm.it*. Su tale ordinanza che ha suscitato vari commenti, di tono prevalente critico, M. Libertini, *Osservazioni sull'ordinanza 1/2018 (proc. I803) dell'AGCM*, consultabile su *www.federalismi.it*, 14/2018, il quale sottolinea che la titolarità del ruolo di possibile ricorrente in un processo amministrativo attribuita dall'art. 21-*bis* L. 287/1990 «non pare compatibile con l'asserita "natura" giurisdizionale dell'AGCM». In termini analoghi, M. Clarich, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come "giudice a quo" nei giudizi di costituzionalità*, ivi, 15/2018. Sempre con riguardo alle problematiche sottese all'ordinanza 1/2018 dell'Agcm, L. Cassetti, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, ivi, 14/2018. Circa le difficoltà di qualificare l'Agcm come organo giurisdizionale, S. Staiano, *Essere giudice "a limitato fine". Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, ivi. Sulla configurabilità di poteri (quasi) giurisdizionali in capo alle *Authority*, G. Di Plinio, *L'Antitrust alle porte della Consulta e il futuro della costituzione economica*, ivi. Su tale questione di legittimità sollevata dall'Agcm si è pronunciata Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13, consultabile su *www.federalismi.it*, 4/2019, che l'ha dichiarata inammissibile per difetto di legittimazione dell'autorità remittente.

[210] Il testo originario dell'art. 80, comma 5, lett. c), D.Lgs. 50/2016 già ricomprendeva nel novero dei «gravi illeciti professionali» costituenti motivo di esclusione del concorrente dalla gara una pluralità di condotte, anche diverse dalla violazione delle norme di deontologia professionale in senso stretto, in esse inclusi «il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante», nonché «il fornire, anche per negli-

In tale ottica assume particolare valenza la previsione[211] dell'estromissione dalla procedura concorsuale disposta dalla stazione appaltante rispetto a qualunque pratica scorretta potenzialmente idonea a influire sul processo decisionale, falsandone l'esito.

Un illecito del tutto peculiare, a condotta non tipizzata, che può realizzarsi anche attraverso un atto o fatto di per sé lecito, ma che si presenti non neutro ai fini concorrenziali in quanto suscettibile di alterare il corso della selezione, generando un contesto collusivo ed effetti distorsivi nel segmento di mercato rilevante[212].

Secondo questo stesso paradigma, la manipolazione delle regole della competizione economica in materia di contratti pubblici può integrare anche una specifica fattispecie di danno erariale[213].

Si tratta dell'ipotesi di responsabilità amministrativa per affidamento di lavori pubblici, servizi e forniture in assenza di una procedura comparativa tra operatori economici o, comunque, in presenza di una competizione meramente fittizia, con violazione delle regole europee e nazionali a presidio della concorrenza[214].

Il danno da (o alla) concorrenza[215] è la traduzione in termini economici del nocumento subito dall'amministrazione per non avere conseguito il risparmio di spesa che sarebbe stato possibile ottenere attraverso il confronto di gara tra più offerte concorrenziali[216].

Nel linguaggio giurisprudenziale, il danno alla concorrenza può venire in rilievo sotto profili differenti e può assumere accezioni diverse[217].

---

genza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione». Sulla portata dell'illecito professionale previsto da tale disposizione, cfr. Cons. Stato, comm. spec., par. 3 novembre 2016, n. 2286, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, inerente alle specifiche linee guida emanate dall'Anac. Questa stessa disposizione è stata riformulata dall'art. 5, comma 1, D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, «Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione», in Gazzetta ufficiale, n. 290 del 14 dicembre 2018, convertito in L. 11 febbraio 2019, n. 12, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, recante disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione», in Gazzetta ufficiale, n. 36 del 12 febbraio 2019. Il motivo di esclusione consistente nel grave illecito professionale è stato isolato ora nella lett. c).

[211] Art. 80, comma 5, lett. c-*bis*), D.Lgs. 50/2016.

[212] Sulla valenza dei presidi pro-concorrenziali nella disciplina di contrattualistica pubblica, G. Vicinconte, *La protezione multilivello*, cit., 205 ss. Con specifico riguardo all'illecito anticoncorrenziale rilevante nelle procedure di appalto pubblico, R. Spagnuolo Vigorita, *Contratti pubblici e fenomeni anticoncorrenziali: il nuovo codice e le linee guida Anac. Quale tutela?*, consultabile su *www.federalismi.it*, 17/2017.

[213] F. Rega, *Il danno erariale per violazione della concorrenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1635 ss.

[214] L. D'Angelo, *Danno erariale alla concorrenza e figure "similari"*, consultabile su *www.altalex.com*, 22 febbraio 2013.

[215] P. Clarizia, *Il danno alla concorrenza*, in A. Canale, F. Freni, M. Smiroldo (a cura di), *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti. Commento sistematico al codice della giustizia contabile (d.lgs. 174/2016)*, Milano, 2017, 1197 ss. .

[216] Cfr. Corte conti, sez. giur. Lombardia, 20 dicembre 2016, n. 222, consultabile su *www.corteconti.it*.

[217] M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in *Dir. econ.*, 2018, 625 ss., 648-650.

In una prima accezione, identifica il danno sofferto dal concorrente escluso dal rapporto contrattuale, che genera un pregiudizio che esorbita dal sindacato del giudice contabile e la cui valutazione è affidata al giudice amministrativo[218].

In un'altra accezione, individua il pregiudizio ricadente sulla collettività per essere stata intaccata la correttezza dell'azione amministrativa e alterate le regole del mercato.

In questo caso, la lesione tende a smarrire il carattere patrimoniale e a confluire nella tipologia del c.d. danno all'immagine[219].

In un'accezione ulteriore, esprime il pregiudizio subìto dall'amministrazione in veste di contraente a causa della dinamica competitiva falsata, che le preclude di acquisire la commessa a condizioni più convenienti.

Quest'ultima tipologia di danno ha una propria specificità teorica[220] e rientra nella giurisdizione della Corte dei conti[221]. Il pregiudizio subito dall'amministrazione per la violazione o elusione delle regole dell'evidenza pubblica viene identificato nella perdita economica costituita dalla differenza[222] tra la spesa effettivamente sostenuta e quella minore che si sarebbe potuta avere se vi fosse stato un (reale) confronto competitivo[223].

In ordine alla configurabilità in concreto del relativo pregiudizio, la giurisprudenza contabile non è univoca.

Secondo un prima opzione ermeneutica, venendo in rilievo un pregiudizio di indole patrimoniale, il danno alla concorrenza non si produce *ex se*, solo perché è illegittimamente mancato il confronto tra più offerte[224].

---

[218] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 5 maggio 2017, n. 2085, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*.

[219] V. Varone, *Il danno all'immagine*, in A. Canale, F. Freni, M. Smiroldo (a cura di), *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti*, cit., 1187 ss.

[220] M. Cafagno, *Contratti pubblici*, cit., 649.

[221] Nell'orbita del c.d. danno da (o alla) concorrenza, la giurisprudenza contabile riconduce il c.d. danno da tangente, cfr. Corte conti, sez. giur. Lazio, 14 febbraio 2018, n. 83, e Id., sez. giur. Piemonte, 12 gennaio 2018, n. 1, consultabili entrambe su *www.corteconti.it*. In proposito, S. Foà, *Nuove tipologie e classificazioni del danno erariale alla luce della giurisprudenza contabile*, in M. Andreis, R. Morzenti Pellegrini (a cura di), *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, Torino, 2016, 25 ss., 34 ss., rileva che il «danno da tangente» si collega ad un maggiore dispendio di risorse pubbliche, costituendo «una indebita maggiorazione del giusto prezzo a danno dell'amministrazione e corrispondente, in genere, all'importo della tangente ricevuta dal dipendente infedele». In questa particolare tipologia di danno erariale – puntualizza l'A. – «assume rilevanza il maggior costo dell'opera commissionata o della prestazione richiesta, in ragione del maggior onere sopportato dall'imprenditore per somme corrisposte al funzionario infedele per ottenere favoritismi; questi non sono, necessariamente, circoscritti soltanto alla fase di aggiudicazione della gara di appalto, ma si concretizzano anche dopo, per esempio con una attenuazione del rigore richiesto al funzionario in verifiche e controlli successivi».

[222] Corte conti, sez. II giur. centr. app., 20 aprile 2011, n. 198, consultabile su *www.corteconti.it*.

[223] A. Vetro, *Il c.d. "danno alla concorrenza" alla luce della più recente giurisprudenza della Corte dei conti*, consultabile su *www.lexitalia.it*, 11/2011.

[224] Corte conti, sez. giur. Lazio, 27 luglio 2017, n. 186, e Id., 20 ottobre 2016, n. 293, nonché Id., sez. giur. Trentino Alto-Adige, 20 aprile 2017, n. 17, tutte consultabili su *www.corteconti.it*.

L'omissione della gara può rappresentare un indizio di danno in quanto suscita il sospetto che il prezzo contrattuale non corrisponda al minore prezzo, che si sarebbe potuto conseguire se ci fosse stato il confronto tra più proposte.

La maggiore spendita di denaro pubblico derivante dalla violazione delle norme sulla scelta del contraente privato, pertanto, deve essere provata sia nell'*an* che nel *quantum*, potendosi ricorrere alla liquidazione in via equitativa *ex* art. 1226 c.c. sempre che sia stata accertata l'effettiva sussistenza di tale pregiudizio.

Per un altro orientamento il danno alla concorrenza può ritenersi *in re ipsa*, costituendo conseguenza del fatto stesso dell'inosservanza delle regole di evidenza pubblica che subordinano la stipula dei contratti di acquisto di beni e servizi al previo espletamento di una gara[225].

Il mancato confronto concorrenziale delle offerte di più operatori economici avrebbe consentito comunque all'amministrazione aggiudicatrice di conseguire condizioni più vantaggiose di quelle ottenute contrattando con un'unica impresa.

A tale indirizzo è riconducibile una variante interpretativa più elaborata, secondo cui la trasgressione delle regole dell'evidenza pubblica integra violazione di norme imperative, producendo la nullità del contratto[226]. A fronte dell'invalidità del contratto, l'esborso di denaro in favore dell'impresa aggiudicataria rimane *sine titulo* per la parte eccedente – corrispondente al danno erariale – l'arricchimento senza causa *ex* art. 2041 c.c. di cui ha beneficiato l'amministrazione[227].

Il diritto positivo e l'elaborazione giurisprudenziale attestano la particolare considerazione data nell'ordinamento domestico alla tutela della concorrenza.

Ciò nonostante, nel quadro normativo di riferimento le contraddizioni non mancano.

Il preponderante utilizzo di procedure sotto soglia e in deroga attenua considerevolmente l'effettività del principio di concorrenza – benché pure le procedure in deroga debbano essere informate ai canoni di partecipazione, *par condicio* e trasparenza –, rendendo avvertita l'esigenza di assicurare priorità al regime contrattuale ordinario. Già le ultime direttive europee – che, quanto a dettaglio di contenuti, si avvicinano a veri e propri regolamenti europei, pur non producendo effetti diretti negli ordinamenti degli Stati membri – prevedono almeno sei regimi differenti (settori ordinari, settori speciali, concessioni, difesa e sicurezza, contratti esclusi, servizi in regime «temperato»).

Nell'ordinamento interno «multilivello», si aggiungono molteplici regimi speciali nelle c.d. «zone bianche» che le direttive europee hanno lasciato alla rego-

---

[225] Corte conti, sez. giur. Lombardia, 30 settembre 2009, n. 598; Id., sez. giur. Liguria, 31 luglio 2012, n. 187, Id., sez. giur. Toscana, 20 maggio 2015, n. 93, ivi.

[226] L. D'Angelo, *Danno erariale*, cit.

[227] M. Cafagno, *Contratti pubblici*, cit., 650.

lazione dei legislatori nazionali. Le relative discipline si trovano, in parte, all'interno del codice e, per altra parte, in fonti esterne[228]. La drastica limitazione delle procedure in deroga[229], con conseguente (ri)espansione dell'ambito di applicazione delle procedure ordinarie, sembra delinearsi quale ulteriore obiettivo prioritario anche in ottica concorrenziale[230].

[228] Il D.Lgs. 50/2016 prevede regimi speciali, fra gli altri, per i contratti «sotto soglia» (art. 36), le procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile (art. 163), gli affidamenti a cooperative sociali e loro consorzi (art. 112, nonché art. 5 L. 8 novembre 1991, n. 381, «Disciplina delle cooperative sociali», in Gazzetta ufficiale, n. 283, del 3 dicembre 1991), le procedure in materia di cooperazione internazionale (art. 1, comma 7; l'art. 216, comma 26, dispone in via transitoria l'applicazione degli artt. da 343 a 356 D.P.R. 207/2010, gli appalti di competenza del Ministero della difesa e quelli in ambito NATO (di cui al D.P.R. 15 novembre 2012, n. 236, «Regolamento recante disciplina delle attività del Ministero della Difesa in materia di lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 196 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163», in Gazzetta ufficiale, n. 5 del 7 gennaio 2013), i contratti nei settori della sicurezza e della difesa (artt. 1, comma 6, e 159-161), i servizi di ricerca e sviluppo (art. 158), gli appalti nel settore dei beni culturali (artt. 145-151; in base all'art. 216, comma 19, trovano applicazione, in via transitoria, le disposizioni di cui alla parte II, titolo XI, capi I e II, e l'art. 251 del D.P.R. 207/2010), i contratti secretati (art. 162).

[229] Una deroga che è stata giudicata «senza precedenti» per rimediare al disastroso crollo del 14 agosto 2018 del «ponte Morandi» a Genova è quella introdotta dall'art. 1, comma 5, del D.L. 28 settembre 2018, n. 109 «Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze», in Gazzetta ufficiale, n. 226 del 28 settembre 2018, convertito in L. 16 novembre 2018, n. 130, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 28 settembre 2018, n. 109, recante disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze», in Gazzetta ufficiale, n. 269 del 19 novembre 2018, suppl. ord. n. 55). Tale disposizione stabilisce che «per la demolizione, la rimozione, lo smaltimento e il conferimento in discarica dei materiali di risulta, nonché per la progettazione, l'affidamento e la ricostruzione dell'infrastruttura e il ripristino del connesso sistema viario, il Commissario straordinario opera in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione […], nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea». Il successivo comma 7 sempre dell'art. 1 cit. abilita il Commissario straordinario ad affidare la realizzazione delle attività concernenti il ripristino del sistema viario, nonché quelle connesse, nel rispetto dei principi di cui all'art. 32 della direttiva 2014/24/Ue (con assoluta esclusione del «concessionario del tratto autostradale alla data dell'evento e da società o da soggetti da quest'ultimo controllati o, comunque, a esso collegati, anche al fine di evitare un ulteriore indebito vantaggio competitivo nel sistema delle concessioni stradali»). Con riguardo a tali norme, una posizione assai critica è stata espressa dal presidente dell'Anac nell'audizione del 10 ottobre 2018, tenutasi dinanzi alle Commissioni congiunte VIII^ Ambiente, territorio e lavori pubblici, e IX^ Trasporti, poste e telecomunicazioni della Camera dei deputati, consultabile su *www.anticorruzione.it*.

[230] R. De Nictolis, *Il codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, cit., 73, la quale mette in risalto che, stando ai dati dell'AIR che accompagnavano lo schema del codice dei contratti pubblici vigente, la spesa per appalti pubblici in Italia incide sul prodotto interno lordo per circa il 10,7% e del totale di questa spesa media annua soltanto il 16,2% è per appalti sottoposti a procedure europee. L'A. (79) sottolinea il dato sorprendente che, nella spesa pubblica per appalti, solo una ridotta percentuale risulta effettuata attraverso le procedure contrattuali ordinarie, prospettando i propri dubbi sulla perdurante vigenza di una serie di disposizioni extravaganti non abrogate espressamente dal D.Lgs. 50/2016.

8. *Considerazioni conclusive*

La «sfida storica» che doveva rappresentare la trasposizione delle tre direttive europee del 2014 non sembra avere sortito l'esito auspicato. Una gestione piana e duttile delle procedure contrattuali pubbliche si delinea un obiettivo ancora al di là da conseguire.

La razionalizzazione degli oneri burocratici facenti carico tanto ai soggetti aggiudicatori quanto agli operatori economici appare ancora limitata. In tale senso appare emblematica la rappresentazione codicistica dei cruciali momenti della pianificazione, programmazione e progettazione[231], che risultano fondamentali per una visione compiuta dell'intero percorso negoziale, quali passaggi di una sequenza progressiva di carattere burocratico e a rilevanza prevalentemente contabile[232].

La semplificazione[233] si rivela tale e acquista valore allorché funge da strumento per conseguire risultati ulteriori in termini di migliore perseguimento dell'interesse pubblico, ovvero di minore sacrificio delle posizioni giuridiche dei privati[234]. In questa direzione sembrano residuare apprezzabili margini di intervento per snellire e rendere più fluide le negoziazioni pubbliche. Le dimensioni (apparentemente) più contenute dell'attuale *corpus* normativo – che, comunque, attende di essere affiancato dall'emanando regolamento unico[235] – non hanno prodotto un sistema più agile, trasparente ed efficace rispetto a quello precedente. Nella tensione tra formalismo e sostanzialismo[236], caratteristica che è propria del settore degli appalti pubblici, non emerge una sicura propensione per il secondo approccio che offre maggiori garanzie di un risultato migliore. La moderna stagione riformatrice ripropone problematiche non sopite, accanto a nuove questioni. È il caso della trasformazione dell'aggiudicazione definitiva[237] in aggiudicazio-

---

[231] La cui disciplina si rinviene negli artt. 21-27 D.Lgs. 50/2016. Su tale disciplina, A. Barone, *Programmazione e progettazione nel codice dei contratti pubblici*, consultabile su *www.federalismi.it*, 1/2018.

[232] G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., 185-186.

[233] Sul crescente rilievo assunto dalla semplificazione a partire dagli anni Novanta dello scorso secolo, sino ad assurgere a principio dell'ordinamento giuridico, G. Vesperini, *Semplificazione amministrativa*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5479 ss. .

[234] R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2002, 154. Id., *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: «dalla libertà dall'amministrazione» alla libertà dell'amministrazione?*, in *Dir. soc.*, 2000, 101 ss. .

[235] Art. 216, comma 27-*octies*, del codice.

[236] C.E. Gallo, *Il formalismo nelle procedure contrattuali pubbliche e il dovere di soccorso*, in Id. (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, 2014, 1 ss., 2.

[237] Concepita, anche alla luce dell'impostazione della legge di contabilità generale dello Stato, quale fattispecie complessa composta di un atto di natura pubblica che conclude il procedimento di scelta del contraente e di un atto di natura privata di carattere negoziale che segna il momento dell'incontro delle volontà contrapposte determinante il sorgere del rapporto giuridico, A. Cianflone, *L'appalto di opere pubbliche*, 7ª ed., Milano, 1985, 409-410. Su tale duplice natura, R. De Nictolis, *Le procedure di affidamento*, in Id., *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Ambito oggettivo e soggettivo. Procedure di affidamento*, I, Milano, 2007, 795-796.

ne *tout court*[238] per effetto dell'intervenuta sostituzione dell'aggiudicazione provvisoria[239] con la proposta di aggiudicazione (art. 32, comma 5, del codice).

La modifica classificatoria non sembra avere determinato una mutata e più funzionale visione dei rapporti negoziali, lasciando scoperte più zone d'ombra[240] che si ripercuotono in termini problematici sulle forme di tutela delle posizioni sostanziali coinvolte.

Analoghi rilievi possono valere per l'istituto del soccorso istruttorio[241] che, nonostante l'eliminazione della sanzione pecuniaria originariamente prevista per il solo caso di regolarizzazione della domanda[242], continua a essere visto con tendenziale disfavore[243], come denota il fatto che il suo utilizzo costituisce indice di non virtuosità dell'operatore economico[244] valutabile ai fini del *rating* di impresa e delle relative premialità[245]. Appare ridotta la considerazione della valenza economica che tale strumento può assumere nell'ottica della migliore soddisfazione della domanda pubblica[246].

---

[238] L'art. 32, comma 6, D.Lgs. 50/2016 precisa che l'aggiudicazione «non equivale ad accettazione dell'offerta».

[239] Il superamento dell'istituto è stato suggerito dal Cons. Stato, comm. spec., par. 855/2016, cit., 80, sul rilievo della «natura anfibia del concetto di aggiudicazione provvisoria (un atto infraprocedimentale, forzosamente equiparato a un provvedimento) e le conseguenti problematiche interpretative emerse in sede di contenzioso (impugnabilità immediata, risarcibilità del danno da revoca, tutela dell'affidamento)».

[240] Tra le questioni problematiche richiamate da Cons. Stato, comm. spec., par. 855/2016, vi è la revocabilità dell'atto provvisorio nell'esercizio dei poteri di autotutela e l'eventuale responsabilità della stazione appaltante per lesione dell'affidamento riposto nell'atto da parte dell'aggiudicatario provvisorio. Nel versante giurisprudenziale, appare consolidato l'indirizzo per il quale la revoca (ovvero, la mancata conferma) dell'aggiudicazione provvisoria, in quanto atto provvisorio a effetti instabili, non consente di fare applicazione della disciplina di cui agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* L. 241/1990, non essendo qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, così da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato, non potendosi prospettare alcun affidamento del destinatario, così Cons. Stato, sez. III, 11 gennaio 2018, n. 136, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*. Più di recente, Id., 6 agosto 2019, n. 5597, ivi, puntualizza che rientra nella discrezionalità dell'amministrazione disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi nel caso di aggiudicazione provvisoria, (revoca) che non è da classificare come attività di secondo grado in quanto l'aggiudicatario vanta solo un'aspettativa non qualificata o di mero fatto alla conclusione del procedimento. Configurandosi l'aggiudicazione provvisoria quale atto endoprocedimentale, a effetti instabili, che genera una mera aspettativa nell'aggiudicatario, neppure sussiste l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento *ex* art. 7 L. 241/1990, così Id., sez. V, 2 maggio 2017, n. 1987, ivi.

[241] G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., 186, nt. 39.

[242] Art. 83, comma 9, D.Lgs. 50/2016, come modificato dall'art. 52, comma 1, lett. d), D,Lgs. 56/2017.

[243] Cons. Stato, ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, punto 7, ivi, nel rimarcare che l'istituto consente una mera regolarizzazione documentale (e non già un'integrazione documentale), puntualizza che «il soccorso istruttorio si risolve […] non in una facoltà, ma in un doveroso ordinario *modus procedendi* volto a superare inutili formalismi in nome del principio del *favor partecipationis* e della semplificazione». Sul doveroso esercizio del potere di soccorso istruttorio, v. pure Cons. Stato, ad. plen., 30 luglio 2014, n. 16, ivi.

[244] Cons. Stato, ad. plen., sent. 9/2014, giustifica l'esegesi rigorosa della disciplina del soccorso istruttorio sulla scorta del principio generale di autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi.

[245] Art. 83, comma 10, D.Lgs. 50/2016.

[246] E. Frediani, *Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Dir. amm.*, 2018, 623 ss., 656.

In tale contesto si cala il processo di ulteriore revisione della disciplina in vigore[247], che già è stato intrapreso e condurrà a modificare significativamente l'impianto attuale.

La coerenza giuridica, logica e sistematica dell'assetto che verrà dovrebbe implicare il superamento di quella costante del quadro regolativo domestico fatta di discipline speciali e regimi derogatori, che abbondano soprattutto nel campo delle grandi opere infrastrutturali caratterizzato dall'impiego di ingenti risorse pubbliche e dalla ristrettezza dei tempi di esecuzione.

Soluzioni normative che da eccezionali sono diventate sempre più ordinarie, conducendo all'espansione della c.d. cultura dell'emergenza per l'affidamento di lavori pubblici e la realizzazione di grandi eventi[248].

In questa prospettiva, sembra debba acquisirsi compiuta consapevolezza che «anche il contratto «di diritto pubblico» è un negozio in senso proprio, nell'unità indissolubile delle sue componenti e quindi nei confronti di ciascuna delle parti»[249].

Il contratto di diritto pubblico non può essere «strumento di realizzazione incondizionata dell'interesse pubblico, ma mezzo di composizione degli interessi in gioco»[250], come denota la rilevanza raggiunta dalla tutela della concorrenza nell'ordinamento domestico per impulso dei Trattati europei e della normativa comunitaria sugli appalti pubblici[251].

Le procedure per l'affidamento delle commesse pubbliche basate sul confronto competitivo fra operatori economici tendono ad assumere una valenza

---

[247] In questa prospettiva, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti aveva lanciato sin dal 10 agosto 2018 un'apposita consultazione pubblica sul codice dei contratti pubblici, conclusasi il successivo 10 settembre. Il relativo *report*, consultabile su *www.mit.gov.it*, indicava la semplificazione e la chiarezza del quadro normativo e l'eliminazione delle criticità registrate sul piano applicativo quali obiettivi prioritari delle modifiche da introdurre.

[248] R. Cantone, E. Carloni, *Corruzione e anticorruzione*, cit., 155, ricordano come sotto la vigenza del codice del 2006 era «fiorito un sistema di deroghe soprattutto per il compimento delle grandi opere (per Expo 2015 erano derogabili ben 85 norme del codice) che di fatto avevano creato legislazioni speciali per singoli interventi». Su tale sistema di deroghe, cfr. l'art. 5, comma 1, lett. c), D.L. 26 aprile 2013, n. 43 «Disposizioni urgenti per il rilancio del'area industriale di Piombino, di contrasto ad emergenze ambientali, in favore delle zone terremotate del maggio 2012 e per accelerare la ricostruzione in Abruzzo e la realizzazione degli interventi per Expo 2015», in Gazzetta ufficiale n. 97 del 26 aprile 2013, convertito in L. 24 giugno 2013, n. 71, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 26 aprile 2013, n. 43, recante disposizioni urgenti per il rilancio del'area industriale di Piombino, di contrasto ad emergenze ambientali, in favore delle zone terremotate del maggio 2012 e per accelerare la ricostruzione in Abruzzo e la realizzazione degli interventi per Expo 2015. Trasferimento di funzioni in materia di turismo e disposizioni sulla composizione del CIPE», in Gazzetta ufficiale, n. 147 del 25 giugno 2013), nonché l'art. 13, comma 2, D.L. 28 marzo 2014, n. 47 «Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015», in Gazzetta ufficiale, n. 73 del 28 marzo 2014, convertito in L. 23 maggio 2014, n. 80, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, recante misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015», in Gazzetta ufficiale, n. 121 del 27 maggio 2014).

[249] F. Ledda, *Il problema del contratto*, cit., 56.

[250] *Ibidem*.

[251] M. Clarich, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Riv. giur. del Mezzogiorno*, 2016, 737 ss.

nuova e finalità più ampie. Accanto all'interesse pubblico delle amministrazioni aggiudicatrici si pongono «la libertà di circolazione dei beni e dei servizi nel mercato interno e la libera concorrenza in ambito europeo»[252].

La logica della concorrenza[253] implica il riconoscimento delle aspettative e dei diritti delle imprese, con potenziamento dei dispositivi di garanzia e dei rimedi giudiziali[254].

Nonostante la stipulazione del contratto venga ormai considerata come il momento che segna il passaggio dagli strumenti autoritativi a quelli negoziali[255], permane l'ambiguità se coincide o meno con la costituzione del rapporto paritetico[256], anche in ragione di una propensione a qualificare in chiave pubblicistica i poteri negoziali di ripensamento della stazione appaltante esercitabili nella fase di esecuzione del contratto[257]. Il potere di autotutela nel momento propriamente negoziale può assumere natura diversa (contrattuale o autoritativa) e differenziarsi per presupposti, strumenti e conseguenze[258].

---

[252] M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza*, cit., 310, il quale sottolinea che «la garanzia del mercato libero assicura la soddisfazione dell'interesse pubblico sul versante sia finanziario che amministrativo, perché la concorrenza effettiva contiene i prezzi e incentiva la qualità, essendo idonea a premiare non solo il contraente meno esigente, ma il contraente «giusto»».

[253] Circa la pervasività e trasversalità delle regole di concorrenza e l'esigenza di tutela del mercato e delle sue libertà che influenzano ormai molti aspetti – non soltanto organizzativi – dell'amministrazione nazionale, E. Scotti, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005, 915 ss., 916.

[254] M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza*, cit., 310.

[255] Cfr. Cass., sez .un., 25 maggio 2018, n. 13191, e Id., ord. 5 ottobre 2018, n. 24411, entrambe consultabili su *www.italgiure.giustizia.it*, secondo le quali la stipula del contratto, ovvero l'inizio dell'esecuzione del contratto, e non l'aggiudicazione segna lo spartiacque sulla giurisdizione.

[256] G.D. Comporti, *Logiche di riparto per una rinnovata visione dei contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 2018, 434 ss., 441, che «segna il passaggio dell'operazione contrattuale dalla fase preliminare della selezione delle parti e della esatta definizione dell'oggetto a quella conseguente della sua realizzazione concreta».

[257] Id., *Regole di comportamento*, cit., 1985. Le incertezze di disciplina e regime giuridico degli atti della fase esecutiva sono accentuate in ragione della possibilità riconosciuta all'amministrazione di esercitare un potere pubblicistico espressivo dello *ius poenitendi* anche dopo l'aggiudicazione della gara. Cons. Stato, ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14, punti 3.4 e 3.5.1., in *Foro it.*, 2015, III, 681 ss., nell'affermare che nella fase esecutiva contrattuale sono esclusi i poteri di autotutela amministrativa – ciò che distingue i contratti pubblici dagli accordi di diritto pubblico *ex* art. 11 L. 241/1990 – sottolinea la specialità della disciplina del recesso prevista dall'art. 21-*sexies* L. 241/1990 e dal previgente art. 134 D.Lgs. 163/2006 rispetto a quella diversa dell'art. 1671 c.c. La posizione dell'amministrazione nella fase negoziale aperta con la stipulazione del contratto nel procedimento di affidamento di lavori pubblici è definita dall'insieme delle norme civilistiche e di quelle speciali, individuate nel codice dei contratti pubblici, operando l'amministrazione, in forza di queste ultime, in via non integralmente paritetica rispetto al contraente privato. La medesima pronuncia (punto 3.5.2.) ammette l'esperibilità della revoca dell'aggiudicazione nella fase procedimentale della scelta del contraente fino alla stipulazione del contratto e dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione («definitiva»), anche dopo la stipulazione del contratto.

[258] G. Piperata, *L'autotutela interna e l'autotutela esterna nei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 77 ss., 84.

La multiformità dell'autotutela nella fase di esecuzione del rapporto rende oltremodo incerto l'inquadramento del potere esercitato in concreto[259], soprattutto laddove il regime pubblicistico si sovrappone a quello privatistico nella definizione del modello di azione. L'evanescenza dei contorni tra poteri pubblicistici[260] [261]e poteri privatistici delinea il momento esecutivo come uno spazio giuridico composito.

Per altro verso il proficuo dialogo in atto tra formante dottrinario e quello giurisprudenziale[262] in tema di responsabilità precontrattuale[263] sembra accreditare la tendenza a superare una visione frazionata della procedura di affidamento, con conseguente affermazione dell'unitarietà sostanziale dell'operazione negoziale[264].

---

[259] Il D.Lgs. 50/2016 riconosce al contraente pubblico il potere di apportare unilateralmente variazioni nell'esecuzione dell'opera (art. 106, comma 12), il potere di sospendere unilateralmente l'esecuzione del contratto quando ricorrono speciali circostanze (art. 107), il potere di risolvere il contratto in presenza di determinate condizioni (art. 108), il potere di recesso (art. 109). Cons. Stato, ad. plen., 29 gennaio 2014, n. 6, in *Foro it.*, 2014, III, 518 ss., 524, punto 16, ha definito il recesso e la risoluzione previsti dagli artt. 134-136 del previgente D.Lgs. 163/2006 (corrispondenti agli artt. 108 e 109 del codice in vigore) quali poteri speciali di autotutela privatistica in capo all'amministrazione.

[260] Nonostante per i contratti di appalto di lavori l'attivazione del potere di revoca dopo la stipula del negozio abbia subito limitazioni stringenti a opera della giurisprudenza amministrativa, non di meno la revoca dell'aggiudicazione è ritenuto un rimedio azionabile in presenza di determinate condizioni. A esempio, per sopravvenuta indisponibilità di risorse finanziarie ovvero per sopravvenuta non convenienza economica dell'appalto (Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2016, n. 1599, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*), o per inidoneità della prestazione descritta nella *lex specialis* a soddisfare le esigenze contrattuali che hanno determinato l'avvio della procedura (Id., sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026, ivi). La revoca dell'aggiudicazione può essere giustificata, inoltre, da «sopravvenuti motivi di pubblico interesse» – che l'art. 21-*quinquies*, comma 1-*bis*, L. 241/1990 regola anche con riferimento ad atti incidenti su rapporti negoziali – nei quali vengono ricompresi anche comportamenti scorretti dell'aggiudicatario manifestatisi successivamente all'aggiudicazione (Id., sez. V, 12 giugno 2017, n. 2084).

[261] Sull'ammissibilità dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione («definitiva») anche dopo la stipulazione del contratto, con conseguente inefficacia dello stesso atto negoziale, Cons. Stato, sez. III, 22 marzo 2017, n. 1322, ivi. Questo tipo di intervento viene definito come potere di autotutela decisoria esterno al negozio che, incidendo sulla fase a monte dell'evidenza pubblica, si riflette (indirettamente) sull'efficacia del vincolo contrattuale, Id., 13 marzo 2018, n. 1610, ivi. In termini analoghi, Id., sez. IV, 17 agosto 2017, n. 4027, ivi, secondo cui il provvedimento di aggiudicazione («definitiva») non costituisce di per sé ostacolo giuridicamente insormontabile al suo stesso annullamento, anche in autotutela, oltre che all'annullamento degli atti amministrativi che ne costituiscono il presupposto.

[262] Cfr. A. Travi, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 691 ss., il quale, richiamando G. Pasquini, A. Sandulli (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, ricorda come «il nostro diritto amministrativo sia in ampia misura di matrice giurisprudenziale» (691, nt. 1).

[263] Il riferimento è alla configurabilità della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione sin dall'avvio della procedura di gara, anche nella fase propriamente di evidenza pubblica, sancita in ultimo da Cons. Stato, ad. plen., sent. 5/2018.

[264] In tale prospettiva, G.D. Comporti, *Regole di comportamento*, cit. 1984, ritiene ormai logoro il modello (che definisce «dogmatico») dell'evidenza pubblica, che «induce a guardare oltre ai formalismi tipici dei singolari rituali burocratici, per cogliere la trama dei rapporti che lega le condotte degli attori, e così decifrare con aggiornate categorie l'incontro che avviene tra le rispettive distinte sfere di autonomia, volgendo in profondità l'analisi di profili che la discrezionalità e le sue figure colgono ormai solo in modo parziale e deformato».

Una visione ben più articolata e complessa dell'immagine frazionata degli atti e delle fasi della procedura negoziale propria del modello tradizionale dell'evidenza pubblica che ancora affiora dall'art. 32 d.lgs. 50/2016.

Il provvedimento amministrativo diviene la tessera di un più ampio e composito "*mosaico*" di differenti atti e attività – sottoposti alle corrispondenti regole pubblicistiche e privatistiche – funzionali alla conclusione dell'«affare»[265].

Il settore dei contratti pubblici tende a delinearsi come uno degli ambiti più fecondi per la ridefinizione di categorie giuridiche generali, non solo di indole pubblicistica, per rispondere alla crescente complessità del sistema[266]. Le aporie che affiorano dal codice dei contratti pubblici sono sintomatiche delle difficoltà del diritto amministrativo contemporaneo di confrontarsi con una realtà sfuggente[267], caratterizzata da continui e repentini cambiamenti, cui male si adattano formule e concetti consolidati[268].

Tanto anche nella consapevolezza delle peculiarità del mercato delle commesse pubbliche, dove l'equilibrio tra imperativi economici e interessi pubblici si rivela condizione per nulla agevole[269].

[265] Cons. Stato, ad. plen., sent. 5/2018, punti 33 e 34.

[266] *Ibidem*.

[267] B. Sordi, *Nodi cruciali nel processo evolutivo della scienza amministrativa*, in M.R. Spasiano (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, Napoli, 2012, 35 ss.

[268] Con riguardo all'impatto che il principio e le regole di libera concorrenza hanno avuto sul diritto amministrativo, M. D'Alberti, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 347 ss.

[269] L'espressione è ripresa da Id., *Il diritto amministrativo fra imperativi economici*, cit., 64, che la riferisce alla regolazione pubblica dei mercati nel quadro della globalizzazione economica.

Il complesso allineamento al modello europeo del sistema domestico delle commesse pubbliche secondo la logica codificatoria a diritto costante

La disciplina dei contratti pubblici si è evoluta incrociandosi antiche norme di contabilità, deputate ad assicurare un impiego corretto e trasparente delle risorse pubbliche, con successive regole di derivazione comunitaria volte a salvaguardare la concorrenza e le dinamiche del mercato in quanto considerate la migliore garanzia per il buon uso del denaro della collettività. L'esigenza di allineare la disciplina interna a quella europea nei procedimenti di scelta del contraente ha determinato il superamento della concezione contabilistica, che considerava tale disciplina come posta nell'interesse esclusivo dell'amministrazione committente. A poco tempo dal varo del codice vigente, al di là dell'enfasi retorica e dei solenni proclami che avevano accompagnato l'approvazione della riforma e delle molteplici e differenti aspettative da essa generate, l'interrogativo di fondo è se la disciplina attuale si è risolta nella mera attuazione di un pacchetto di norme imposto dall'Unione europea, oppure si è tradotta in una nuova e organica visione del sistema domestico di *public procurement*, con un reale mutamento di prospettiva culturale e orizzonti valoriali. Una questione che si pone all'attenzione anche in vista dell'imminente revisione della normativa in materia di contratti pubblici, secondo la sperimentata logica codificatoria a diritto costante. In questa prospettiva, si sviluppano alcune riflessioni sull'attuale scenario di diritto interno e sulla possibile emersione di concreti segnali di cambiamento rispetto al tradizionale modello dell'evidenza pubblica. Un itinerario che si snoda attraverso le dinamiche del diritto nazionale, la rivisitazione di categorie giuridiche generali, la peculiare dimensione negoziale degli appalti pubblici, l'intricato intreccio tra flessibilità e rigore delle procedure di affidamento.

The complex alignment to the European model of the domestic system of public order, in keeping with the codificatory logic of constant law

The discipline of public contracts has evolved by crossing out old accounting rules, designed to ensure a correct and transparent use of public resources, with subsequent rules of European derivation aimed at safeguarding competition and market dynamics, considered the best guarantee for the good use of the money of the community. The need to align internal rules with European ones in the procedures for the choice of contractor has determined the overcoming of the concept of accounting, which considered this discipline to be in exclusive interest of the client administration. Soon after the launch of the current code, beyond the rhetorical emphasis and the solemn proclamations that accompanied the approval of the reform and of the many and various expectations generated by it, the basic question is whether the current discipline has been resolved in the mere implementation of a set of rules imposed by the European Union, or if it has resulted in a new and organic vision of the public procurement system, with a real change in perspective over cultural and value horizons. This issue focuses attention also in view of the imminent revision of the legislation on public contracts, according to the proven codify-

ing logic under constant law. In this perspective, some reflections are developed on the current domestic law scenario and on the possible emergence of concrete signs of change with respect to the traditional model of public evidence. This itinerary winds through the dynamics of national law, the revisiting of general legal categories, the peculiar negotiating dimension of public procurement, and the intricate intertwining of flexibility and rigour in awarding procedures.