

## Discrezionalità dell'amministrazione nelle procedure a evidenza pubblica: efficienza e legalità (anche penale) alla ricerca di un equilibrio

Gabriele Serra

*«Chi va a dormire, chiude la porta, chi viaggia, si arma»<sup>1</sup>*

SOMMARIO: 1. Premessa. L'amministrazione difensiva nel settore dei contratti pubblici. – 2. Le procedure di scelta del contraente: procedure ordinarie (aperte e ristrette). – 3. Procedure speciali: procedura negoziata con e senza bando. – 4. (*Segue*)... il dialogo competitivo. – 5. Discrezionalità ed efficienza dell'amministrazione: una corrispondenza biunivoca. – 6. Spunti interpretativi conclusivi sul diritto penale della pubblica amministrazione.

### 1. *Premessa. L'amministrazione difensiva nel settore dei contratti pubblici*

Ci insegna la filosofia che «la paura motiva le azioni umane specialmente quando prevale nel processo decisionale»<sup>2</sup>.

Se così è, deve forse sorprendere – e preoccupare – quanto efficacemente annotato in dottrina in merito al fatto che la legislazione sanzionatoria, tanto amministrativa quanto penale, riferita al pubblico funzionario, sia orientata quasi esclusivamente al contrasto del rischio che egli assuma decisioni per un interesse proprio, ma pretermetta il rischio dell'adozione di decisioni semplicemente inutili al perseguimento dell'interesse pubblico o, ancor di più, non decisioni<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> T. Hobbes, *De Cive*, Amsterdam, 1647; tr. it. di T. Magri, *De Cive. Elementi filosofici sul cittadino*, Roma, 1988, I, 82.

<sup>2</sup> R. Santi, *Metus Revealed. Hobbes on Fear*, in *Agathos: An International Review of the Humanities and Social Sciences*, II (2011) n. 2, 72.

<sup>3</sup> Cfr. S. Battini, F. Decarolis, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, fasc. 1, 293.

Questo rischio, al contrario, va via via crescendo nella considerazione della dottrina amministrativistica, passando sotto l'etichetta, mutuata da altri settori<sup>4</sup>, di c.d. amministrazione difensiva<sup>5</sup>, che indica appunto una distorsione delle scelte dell'amministratore indirizzate all'autotutela rispetto ai rischi, sia patrimoniali che non, conseguenti all'esercizio del potere amministrativo attribuito dalla legge al fine di soddisfare un determinato interesse pubblico<sup>6</sup>.

Settore principale, anche sotto il profilo delle conseguenze, inerente a detta problematica è senz'altro quello della contrattualistica pubblica, nel quale è massimamente avvertita l'esigenza di contrastare il fenomeno in discorso, stante la sua incidenza sull'intera economia nazionale.

Tale problematica peraltro pare figlia di una concezione della disciplina normativa in materia di contrattualistica pubblica come volta a presidiare la correttezza e l'imparzialità delle decisioni di spesa e delle condotte amministrative, le quali si è ritenuto di proteggere attraverso una rigida procedimentalizzazione, a monte, delle procedure di gara e di scelta del contraente; per dirla con le parole di attenta dottrina, «un tipo di impostazione che per sua natura induce (e che di fatto ha indotto) a considerare con favore gli espedienti utili ad abbattere, per quanto possibile, il potere discrezionale»<sup>7</sup>.

Tale visione del sistema della contrattualistica pubblica tuttavia non appare convincente o, comunque, illumina una sola faccia della medaglia, pretermettendo qualsiasi analisi orientata alla verifica dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa prodromica alla stipulazione di un contratto pubblico. E tali principi, e ciò si cercherà di dimostrare nel presente lavoro, non appaiono estra-

<sup>4</sup> Il riferimento è, all'evidenza, alla c.d. medicina difensiva, quale «astensione e rifiuto, da parte dei medici di compiere azioni e interventi potenzialmente rischiosi per l'elevata probabilità di incorrere in una responsabilità civile o, peggio, penale connessa al loro operato» (L. Minniti, *Medicina difensiva e responsabilità civile sanitaria*, in *Questione Giustizia on line*, 23 novembre 2015). In tema v. anche, *ex multis*, A. Roiati, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Roma, 2012; A. Manna, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa, 2014; V. Paliero, F. Randazzo, P. Danesino, F. Buzzi, "Cause e mezzi" della medicina difensiva: riflessioni medico-legali, in *Riv. It. Med. Leg.*, 20131, 2; F. Valentini, *Le conseguenze socio-economiche dell'errore clinico. Un'analisi comparata tra vari sistemi di responsabilità medica*, in *Federalismi.it*, 15 novembre 2017.

<sup>5</sup> In tema v., in generale, M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e burocrazia difensiva*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, n. 3, 625 ss.; F. Fracchia, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Il diritto dell'economia*, 2013, 357 ss.; M. Delsignore, M. Ramajoli, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2019, fasc. 1, 61 ss.; M. Sica, *Il termine per la stipula del contratto di appalto tra poteri della a. e tutela contro il silenzio*, in Aa.Vv. *La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezze e responsabilità*, M. Cafagno, C. Leone, M. Barbera, M. Fazio (a cura di), 2019, 87 e ss.; con specifico riferimento all'influenza della normativa penale, A. Fiorella, *Riflessioni sulla c.d. amministrazione pubblica difensiva: l'abuso d'ufficio come 'spauracchio'?*, in Aa.Vv. *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, A. R. Castaldo (a cura di), 2018, 108 ss.

<sup>6</sup> Cfr. S. Battini, F. Decarolis, *L'amministrazione si difende*, cit., 294.

<sup>7</sup> M. Cafagno, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Diritto Amministrativo*, 2020, fasc. 1, 35 e ss.

nei alla normativa in materia, tanto eurounitaria, quanto all'interno del D.lgs. n. 50/2016 (Codice dei Contratti Pubblici).

L'angolo prospettico privilegiato per questa analisi si ritiene quello delle procedure di scelta del contraente, che nel Codice dei Contratti risulta particolarmente arricchito rispetto al passato e che quindi è opportuno esaminare, anche alla luce della giurisprudenza emersa in materia.

D'altronde, la correlazione che intercorre tra il rischio percepito dal funzionario pubblico, che è a base del fenomeno dell'amministrazione difensiva e la tipologia di procedura per la scelta del contraente è ben evidenziato da quella dottrina che, analizzando i dati raccolti dall'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture dell'Anac, ha rilevato un importante decremento della percezione del rischio di responsabilità del funzionario pubblico in caso di utilizzo del sistema di selezione del contraente privato meno discrezionale tra quelli previsti dal Codice dei Contratti, ovvero l'impiego di aste aperte o ristrette in cui il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso con esclusione delle offerte anomale; il quale tuttavia, sottolineano i medesimi autori, si presta non solo a maggiori rischi di collusione tra imprese, ma anche e soprattutto determina una minor efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa<sup>8</sup>.

## 2. *Le procedure di scelta del contraente: procedure ordinarie (aperte e ristrette)*

Senza poter effettuare una analisi diacronica della disciplina che ha interessato le procedure di scelta del contraente e, in particolare, le procedure ordinarie<sup>9</sup>, il Codice dei Contratti, all'art. 59, elenca le procedure cui può farsi ricorso per la scelta del contraente nei settori ordinari<sup>10</sup>.

Il Codice dei Contratti qualifica come ordinarie le procedure aperte e ristrette, in quanto sempre applicabili, laddove individua come speciali ulteriori forme di procedure di affidamento (procedura competitiva con negoziazione, procedura negoziata senza pubblicazione del bando, dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione), che possono essere prescelte dall'amministrazione solo in casi specifici e tassativamente indicati.

---

<sup>8</sup> Cfr. ancora S. Battini, F. Decarolis, *L'amministrazione si difende*, cit., 304, che richiamano anche il lavoro di F. Decarolis, *Cronaca di un fallimento annunciato: l'impiego dell'esclusione automatica negli appalti di lavori pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1246-125.

<sup>9</sup> Per una analisi sintetica dell'evoluzione normativa v. G. Margiotta, *Scelta delle procedure, procedura aperta e ristretta*, in M.A. Sandulli, R. De Nicolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, Vol. III, 3-11.

<sup>10</sup> La norma recepisce quanto previsto dall'art. 26 della direttiva 2014/24/UE.

Muovendo dalla procedura aperta, nota con la denominazione di «pubblico incanto» nella legislazione di contabilità di Stato, essa è definita dall'art. 3, comma 1, lett. sss) del Codice dei Contratti e disciplinata dall'art. 60<sup>11</sup>.

In sostanza, è una procedura a cui può partecipare qualsiasi operatore economico interessato che sia in possesso dei requisiti previsti dal bando e dal Codice agli artt. 80 e 83, senza che debba ricevere alcun invito dalla stazione appaltante. La scelta di tale procedura vincola l'amministrazione alla valutazione di tutte le offerte presentate, nel rispetto di quanto previsto non solo dalla disciplina normativa, ma, in particolare, dal bando di gara.

In tal senso, è consolidata la giurisprudenza che afferma che «le regole in esso contenute vincolano rigidamente l'operato dell'amministrazione pubblica, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in ragione sia dei principi dell'affidamento e di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti, che sarebbero pregiudicati ove si consentisse la modifica delle regole di gara cristallizzate nella *lex specialis* medesima, sia del più generale principio che vieta la disapplicazione del bando, quale atto con cui l'amministrazione si è originariamente autovincolata nell'esercizio delle potestà connesse alla conduzione della procedura selettiva»<sup>12</sup>.

È dunque, quella aperta, una procedura in cui la discrezionalità dell'amministrazione viene sostanzialmente ad azzerarsi con la predisposizione del bando di gara; ciò naturalmente, giova precisarlo, solo con esclusivo riferimento ai criteri e agli elementi che nel bando stesso abbiano trovato piena definizione, i quali non possono essere integrati o modificati, restando impregiudicati gli spazi di discrezionalità, in particolare tecnica, propri della scelta del contraente.

Pur con questa precisazione, ai nostri fini, il modello procedimentale in esame sembrerebbe dunque avvalorare una ricostruzione delle procedure ad evidenza pubblica quali strumenti volti a limitare la possibilità di valutazioni discrezionali da parte dell'amministrazione nella selezione del contraente.

<sup>11</sup> In tema V. P. Malanetto, *Procedure di scelta del contraente*, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, 2016, 538-544.

<sup>12</sup> *Ex multis* Cons. Stato, Sez. IV, 2 marzo 2021, n. 1788, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); ha peraltro chiarito Cons. Stato, Sez. II, 3 marzo 2021, n. 1804, in *L'amministrativista.it*, 4 marzo 2021, che benché il bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto hanno ciascuno una propria autonomia ed una propria peculiare funzione nell'economia della procedura, il primo fissando le regole della gara, il secondo disciplinando in particolare il procedimento di gara ed il terzo integrando eventualmente le disposizioni del bando, tutti insieme costituiscono la *lex specialis* della gara, in tal modo sottolineandosi il carattere vincolante che (tutte) quelle disposizioni assumono non solo nei confronti dei concorrenti, ma anche dell'amministrazione appaltante, in attuazione dei principi costituzionali fissati dall'art. 97). Quanto agli eventuali contrasti (interni) tra le singole disposizioni della *lex specialis* ed alla loro risoluzione, è stato osservato che tra i ricordati atti sussiste nondimeno una gerarchia differenziata con prevalenza del contenuto del bando di gara laddove le disposizioni del capitolato speciale possono soltanto integrare, ma non modificare le prime.

Differentemente dalla prima, la procedura ristretta, denominata in precedenza «licitazione privata», è definita dall'art. 3, comma 1, lett. ttt) come una procedura in cui ciascun operatore economico può chiedere di partecipare, ma possono presentare una offerta i soli operatori economici invitati dalla stazione appaltante<sup>13</sup>.

Nel previgente Codice dei Contratti (D.lgs. n. 163/2006), la procedura ristretta era non solo considerata una procedura ordinaria, al pari di quella aperta, ma era ad essa preferita, «quando il contratto non ha per oggetto la sola esecuzione, o quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa» (art. 55, comma 2, D.lgs. n. 163/2006); detta preferenza è oggi venuta meno con il nuovo Codice dei Contratti e la procedura ristretta è perfettamente alternativa a quella aperta<sup>14</sup>.

A differenza che nella procedura aperta, in cui l'atto di indizione della selezione coincide con quello che regola la procedura di gara, c.d. *lex specialis*, ed è direttamente ed esclusivamente rappresentato dal bando di gara, nelle procedure ristrette sono due i momenti rilevanti.

L'indizione della selezione avviene con il bando di gara o, in alternativa, ai sensi di quanto previsto dall'art. 70, commi 2 e 3 del Codice, mediante un avviso di pre-informazione, rispetto al quale gli operatori che abbiano manifestato interesse, sono poi chiamati a confermare detto interesse per iscritto, a valle di un invito a conferma trasmesso dalla stazione appaltante, ai sensi dell'art. 75<sup>15</sup>.

Ma, come detto, la *lex specialis* è questa volta integrata dalla lettera d'invito che la stazione appaltante trasmette ai soli operatori economici che ha “scelto” di invitare; ed è proprio tale potere di scelta circa gli operatori economici da invitare che caratterizza la procedura in questione, in quanto alla gara “vera e propria” partecipano solo coloro i quali siano stati invitati dalla stazione appaltante.

Tanto è vero che in giurisprudenza si è chiarito che «il bando, che nelle procedure aperte costituisce la manifestazione dell'invito rivolto dalla stazione appaltante alle ditte interessate all'aggiudicazione affinché presentino la loro offerta –

<sup>13</sup> In tema v. P. Malanetto, *Procedure di scelta del contraente*, op. cit., 544-550.

<sup>14</sup> Evidenza peraltro R. De Nictolis, *Le procedure di scelta del contraente*, Relazione tenuta al Convegno “L'amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento; il codice dei contratti e la riforma Madia” tenutosi presso il Tar di Lecce il 28-29 ottobre 2016, in [www.italiappalti.it](http://www.italiappalti.it), che «il codice del 2006 aveva posto svariate limitazioni all'utilizzo della procedura ristretta, che di fatto era quasi sempre identica alla procedura aperta, solo più complicata proceduralmente, in quanto venivano invitate tutte le imprese che ne facessero richiesta, senza prequalificazione. Ora tutte le stazioni appaltanti hanno la possibilità di usare la procedura ristretta senza limitazioni. Se in concreto verrà utilizzata, si aprono per la giurisdizione amministrativa nuovi scenari, o meglio, un ritorno al passato: in particolare il contenzioso sul mancato invito, ovvero sull'esclusione a seguito della fase di prequalificazione. Una tematica affrontata in passato dalla giurisprudenza, nel vigore della legge di contabilità di stato e di quella del 1973 sulla c.d. “licitazione privata”. Peraltro, non è chiaro se il nuovo rito sulla impugnazione immediata di esclusioni e ammissioni, riguarda solo la fase di esclusioni/ammissioni previa verifica dei requisiti generali e di qualificazione, o anche la fase di esclusioni/ammissioni a seguito di prequalificazione».

<sup>15</sup> Cfr. G. Margiotta, *Scelta delle procedure, procedura aperta e ristretta*, cit., 31.

con la conseguenza di far immediatamente scaturire, in capo a queste ultime, l'onere di conformare la rispettiva proposta alle prescrizioni formulate dall'Amministrazione, onere al quale possono sottrarsi solo articolando tempestivamente le eventuali istanze giurisdizionali – nell'ambito delle procedure ristrette rappresenta la mera sollecitazione proveniente dall'ente aggiudicatore affinché tutti i soggetti portatori dell'interesse a partecipare alla selezione lo manifestino, all'uopo predisponendo un atto recettizio che, essendo semplicemente finalizzato ad esternare siffatta aspirazione partecipativa, non deve adeguarsi a prescrizioni destinate a disciplinare, nelle forme e nei contenuti, la futura ed eventuale offerta»<sup>16</sup>.

Quanto al rapporto, nell'ambito delle procedure ordinarie, tra procedura aperta e procedura ristretta, se è vero che una risalente giurisprudenza riteneva insindacabile la scelta della p.a. di utilizzare l'una o l'altra modalità, oggi la tesi più accreditata qualifica la scelta dell'amministrazione come espressiva di discrezionalità tecnica, la quale quindi è sindacabile, se pur nei noti limiti, dal giudice amministrativo e necessita perciò di una motivazione da parte della stazione appaltante.

Come visto d'altronde, le due procedure sono equiparate dal legislatore, non sussistendo perciò vincoli normativi in merito, pur essendo senz'altro condizionabili le considerazioni espresse in dottrina per cui la procedura aperta sarà maggiormente indicata quando l'oggetto dell'affidamento può essere conseguito da un ampio numero di produttori, mentre la procedura ristretta assume un rilievo centrale per gli appalti aventi ad oggetto beni non acquisibili in via indifferenziata sul mercato, poiché in tal caso la selezione dei soli operatori economici più affidabili limita il rischio di una errata esecuzione dell'appalto<sup>17</sup>.

In merito al potere di scelta circa gli operatori da invitare, si è rilevato che, a fronte di un orientamento che ritiene che esso sia ascrivibile alla discrezionalità tecnica, altra tesi ha sostenuto che l'amministrazione sia priva di una scelta propriamente discrezionale, dovendo invitare tutti gli operatori che abbiano presentato una offerta e che siano in possesso dei requisiti richiesti dall'avviso di selezione<sup>18</sup>.

Proprio rispetto al tema in discorso, vale richiamare, ai nostri fini, la possibilità riconosciuta dall'art. 91, comma 1 del Codice dei Contratti, che consente che

<sup>16</sup> T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 23 gennaio 2003, n. 75, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si legge anche che «fino a quando la lettera di invito non sia inviata al destinatario – rendendo quindi tangibile la sua aspettativa all'aggiudicazione dell'appalto, in correlazione con la formale espressione del gradimento dell'Amministrazione alla sua presenza nell'ambito del procedimento ad essa strumentale – nessun attuale interesse alla contestazione della *lex specialis* potrebbe predicarsi come sussistente in capo ad esso, tale che la sua lesione sia idonea a far decorrere il termine per la relativa impugnazione. Deve invero evidenziarsi che solo l'invio della lettera di invito è atta a segnare il passaggio dell'interesse dell'aspirante all'aggiudicazione da uno stato di evanescenza e potenzialità ad uno di concretezza ed attualità, solo tale evento determinando l'effettivo coinvolgimento della ditta interessata nella vera e propria procedura selettiva, e quindi la maturazione del suo interesse allo svolgimento della gara secondo regole improntate a legittimità e trasparenza».

<sup>17</sup> Cfr. Ancora G. Margiotta, *Scelta delle procedure, procedura aperta e ristretta*, cit., 19

<sup>18</sup> Cfr. G. Margiotta, *Scelta delle procedure, procedura aperta e ristretta*, cit., 33-34.

le stazioni appaltanti, «quando lo richieda la difficoltà o la complessità dell'opera, della fornitura o del servizio, possono limitare il numero di candidati che soddisfano i criteri di selezione e che possono essere invitati a presentare un'offerta».

La norma, dunque, in considerazione delle specificità dell'appalto, consente alla stazione appaltante di ridurre il numero dei soggetti che poi saranno ammessi alla gara tra quelli che pure, nel manifestare interesse, risultano in possesso dei requisiti richiesti, pur con i limiti sanciti dall'art. 91, comma 2, dovendo infatti indicare il numero minimo di invitati, che non può essere inferiore a cinque. D'interesse poi è altresì la previsione della possibilità di fissare un numero massimo di invitati da parte della p.a., riconosciuta dalla norma in discorso proprio per esigenze di tutela del buon andamento dell'attività amministrativa: tale opzione pare inserirsi proprio in una lettura delle norme sull'evidenza pubblica, anche nelle procedure ordinarie, che riconosce la necessità di garantire all'amministrazione spazi di discrezionalità, in relazione alla particolare tipologia degli appalti da aggiudicare, che le consentano di conseguire il miglior risultato<sup>19</sup>.

In tal senso infatti, nell'applicazione dell'istituto, noto come "forcella", si è rilevato come l'amministrazione eserciti una scelta discrezionale con l'apporto di elementi tecnico-valutativi, chiamando a partecipare in concreto alla competizione soltanto le imprese giudicate più idonee e qualificate a fronteggiare la complessità dell'opera<sup>20</sup>.

Alla luce di quanto sin qui esposto, si ritiene di dover mettere in evidenza due profili, l'uno di contatto tra le due procedure ordinarie e l'altro di discrasia.

In primo luogo – chiarito che senz'altro la procedura ristretta si caratterizza per una minore apertura sotto il profilo concorrenziale – le due procedure sono senz'altro accomunabili, come fa il Codice dei Contratti, in quanto entrambe si

---

<sup>19</sup> La norma testualmente dispone che «quando si avvalgono di tale facoltà, le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse i criteri oggettivi e non discriminatori, secondo il principio di proporzionalità, che intendono applicare, il numero minimo dei candidati che intendono invitare, e, ove lo ritengano opportuno per motivate esigenze di buon andamento, il numero massimo. Nelle procedure ristrette il numero minimo di candidati non può essere inferiore a cinque. Nella procedura competitiva con negoziazione, nella procedura di dialogo competitivo e nel partenariato per l'innovazione il numero minimo di candidati non può essere inferiore a tre. In ogni caso il numero di candidati invitati deve essere sufficiente ad assicurare un'effettiva concorrenza. Le stazioni appaltanti invitano un numero di candidati pari almeno al numero minimo. Tuttavia, se il numero di candidati che soddisfano i criteri di selezione e i livelli minimi di capacità di cui all'articolo 83 è inferiore al numero minimo, la stazione appaltante può proseguire la procedura invitando i candidati in possesso delle capacità richieste. La stazione appaltante non può includere nella stessa procedura altri operatori economici che non abbiano chiesto di partecipare o candidati che non abbiano le capacità richieste». L'istituto in discorso, noto anche con la denominazione di "forcella", era già presente nelle precedenti direttive e disciplinato dall'art. 62 del D.lgs. n. 163/2006.

<sup>20</sup> Cfr. A. Caracciolo La Grotteria, *La facoltà delle stazioni appaltanti di limitare gli inviti dei candidati idonei in particolari procedure*, in *Foro Amministrativo (II)*, 2014, fasc. 3, 1017. In tema v. R. De Nictolis, *La forcella*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, 1897 e ss.; A. Carullo, G. Iudica, *Commentario Breve della Legislazione sugli Appalti Pubblici e Privati*, Padova, 2012, 572 e ss.

caratterizzano per la predeterminazione dell'oggetto del contratto negli atti di indizione della gara, venendo infatti definite anche come «procedure rigide»<sup>21</sup>.

In ciò dunque risiede l'elemento comune alle procedure ordinarie che, seppur con declinazioni diverse, comunque presentano un chiaro momento di definizione degli elementi relativi alla gara (oggetto, criteri di scelta...) e nelle quali dunque la discrezionalità dell'amministrazione si manifesta unicamente nella definizione di detti elementi e, per le procedure ristrette, nella scelta degli operatori da invitare, pur con i limiti sopra indicati in merito alla motivazione che deve sorreggere la scelta della p.a.

Tuttavia, una importante differenza, ai nostri fini, si inverte nella diversità di atti che disciplinano, vincolando la stazione appaltante, la procedura di gara: nelle procedure aperte infatti, il bando è l'atto con cui si indice e regola la procedura, laddove nelle procedure ristrette, ad un primo avviso di selezione, fa seguito la successiva e centrale lettera d'invito, che segna l'avvio della procedura competitiva tra gli aspiranti invitati; tanto è vero che, come visto, la giurisprudenza esclude l'impugnabilità del bando da parte di chi non sia destinatario della lettera d'invito, potendo quest'ultimo, eventualmente, limitarsi a contestare proprio il mancato invito, ma non le regole che disciplinano la procedura.

Sotto questo profilo dunque, la procedura ristretta si caratterizza per una maggiore discrezionalità dell'amministrazione rispetto alla procedura aperta, in particolare con riferimento alla possibilità, anche normativamente riconosciuta dal citato art. 91 del Codice dei Contratti, di limitare la scelta degli operatori da invitare alla gara per ragioni proprio legate alle specifiche caratteristiche dell'appalto, che impongono una maggiore discrezionalità nella gestione della procedura.

Orbene, seppure a prima vista sembra apparire, in forza di questa prima parte dell'analisi svolta, che le esigenze di tutela della stretta legalità, che si manifesterebbero nella predisposizione di procedure che impongono particolari vincoli alla p.a., pervadano il sistema delle procedure ad evidenza pubblica, tale lettura, ad avviso di chi scrive, è in realtà miope.

Intanto, perché tra le procedure ordinarie rientra non solo la procedura aperta, ma altresì la procedura ristretta, che presenta interessanti profili di valorizzazione della discrezionalità dell'amministrazione, come visto proprio funzionali a garantire il miglior risultato in appalti aventi ad oggetto beni non acquisibili in via indifferenziata sul mercato.

Ma soprattutto perché – per quanto esse rappresentino procedure c.d. ordinarie, che dunque possono sempre essere esperite, laddove le procedure c.d. speciali sono utilizzabili solo nei casi tassativamente previsti dalla legge – non pare che esse si pongano in posizione di “primazia” rispetto alle procedure speciali.

---

<sup>21</sup> F. Caringella, M. Giustiniani, *Manuale dei Contratti Pubblici*, Roma, 2015, 713.



A livello generale infatti, come rilevato in dottrina, le procedure ordinarie sono indicate quando l'amministrazione è in grado di predeterminare con sufficiente precisione l'oggetto dell'appalto nel bando di gara, mentre le procedure speciali, che, come si vedrà, si caratterizzano per una più intensa interlocuzione procedimentale tra partecipanti e stazione appaltante e – dunque – una maggiore discrezionalità, ben si attagliano ai casi in cui l'oggetto dell'appalto non sia un bene esattamente predeterminabile<sup>22</sup>.

Ecco che allora è, al più, la tipologia dell'appalto da aggiudicare a dover determinare l'utilizzo di una procedura che limiti la discrezionalità dell'amministrazione ovvero di una procedura che valorizzi tale discrezionalità; e ciò proprio, appare a chi scrive, in una logica di bilanciamento delle diverse *rationes* sottese al sistema ordinamentale della contrattualistica pubblica: non solo, appunto, imparzialità delle decisioni, ma altresì efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, che entrambe trovano paritario fondamento nell'art. 97 della Costituzione.

### 3. *Procedure speciali: procedura negoziata con e senza bando*

In continuità con le ultime considerazioni ora espresse, anche qui senza effettuare una analisi storica dell'evoluzione normativa<sup>23</sup>, il Codice dei Contratti è infatti giunto a contemplare un ventaglio di procedure speciali che si caratterizzano per una maggiore flessibilità rispetto alle procedure ordinarie e che le amministrazioni possono utilizzare in presenza dei requisiti previsti dalla legge.

Come anticipato, le procedure in esame ben si prestano a rendere l'azione amministrativa più efficiente ed efficace in presenza di fattispecie nelle quali l'oggetto dell'appalto non sia predeterminabile.

A ben vedere, tale esigenza è stata avvertita già a livello eurounitario, che il Codice ha recepito, leggendosi ad esempio al considerando 42 della direttiva 2014/24/UE che «è indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d'appalto che prevede la negoziazione» ed è plausibile «che un più ampio ricorso a tali procedure incrementi anche gli scambi transfrontalieri».

D'altronde, prosegue lo stesso considerando 42 citato, «è opportuno ricordare che il ricorso al dialogo competitivo ha registrato un incremento significativo in termini di valore contrattuale negli anni passati. Si è rivelato utile nei casi

<sup>22</sup> Cfr. G. Margiotta, *Scelta delle procedure, procedura aperta e ristretta*, cit., 17.

<sup>23</sup> Si rinvia, anche qui per una sintetica analisi dell'evoluzione, a R. De Nictolis, *Procedure negoziate con e senza bando*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, Vol. III, 43-48. In v. anche In tema v. P. Malanetto, *Procedure di scelta del contraente*, op. cit., 550-566.

in cui le amministrazioni aggiudicatrici non sono in grado di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche, finanziarie o giuridiche»<sup>24</sup>.

In tale direzione dunque, deve rilevarsi come il diritto europeo prenda atto della circostanza per cui, in date situazioni, le procedure “rigide” non soddisfino gli interessi della pubblica amministrazione, ammettendosi perciò che il soggetto pubblico, comportandosi da contraente vero e proprio, negozi con gli operatori economici le soluzioni maggiormente conformi all’interesse pubblico.

Così, in dottrina si è ritenuto che il riconoscimento di una maggiore discrezionalità in favore delle amministrazioni aggiudicatrici sia stata la «scelta di fondo che ha animato l’intenzione del legislatore comunitario», in controtendenza con un approccio di “iper-regolamentazione” che disciplinasse ogni aspetto delle procedure ad evidenza pubblica, proprio nella ritenuta, ma in assenza poi di riscontro pratico, maggiore attitudine di tale modello normativo a prevenire fenomeni di corruzione<sup>25</sup>.

A ben vedere peraltro, vale sin d’ora rilevare come le direttive non ignorino le esigenze di tutela della *par condicio* tra i concorrenti nelle procedure flessibilizzate, ponendo il considerando 45, quale elemento di bilanciamento, quello per cui è «opportuno che le amministrazioni aggiudicatrici indichino preventivamente i requisiti minimi che caratterizzano la natura dell’appalto e che non dovrebbero essere modificati nel corso delle negoziazioni. Per garantire parità di trattamento a tutti gli operatori economici, i criteri di aggiudicazione e la loro ponde-

---

<sup>24</sup> Per un esame delle fonti eurounitarie che hanno riconosciuto l’importanza delle procedure di gara in un’ottica di innovazione v. M. Barberio, *Appalti Innovativi – Parte 1: la procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo*, in *L’Amministrativista.it*, Focus, 17 giugno 2020, 1-4. In generale sulle direttive 23/24/25/2014 UE v., *ex multis*, E. Proietti, *L’adozione delle nuove direttive sui contratti pubblici in Italia*, in *Giustamm.it*, n. 2/2016; C. Lacava, *Le nuove procedure, la partecipazione e l’aggiudicazione*, in *Aa.Vv.*, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, 12; S. Morosi, *Le principali novità della nuova direttiva europea 2014/24/UE in materia di contratti pubblici nei settori ordinari*, in *www.ambientediritto.it*.

<sup>25</sup> F. Martines, *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l’articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *Federalismi.it*, n. 11/2015, che prosegue che «si è ritenuto che una regolamentazione non eccessivamente puntuale creasse l’humus ideale per il proliferare di fenomeni di illegalità, corruzione o, comunque, di insana distorsione del modello legale tipico. [...] Invero, pare che l’eccessivo formalismo a cui sovente le procedure di aggiudicazione degli appalti sono state improntate dalla normativa del Codice recettivo delle direttive europee del 2004 abbia restituito ben poco in termini di semplificazione, trasparenza, tutela della concorrenza e del mercato (tutti obiettivi a cui le predette direttive erano ispirate) e, piuttosto, abbia incentivato il proliferare del contenzioso amministrativo spesso legato alla violazione o falsa applicazione di regole talmente “puntuali” da risultare pressoché inapplicabili senza un margine di errore oltretutto, di frequente, non incidenti sugli aspetti sostanziali dell’affidamento dell’appalto [...] In questa prospettiva, uno dei tratti distintivi delle nuove direttive appalti del 2014 pare proprio essere quello del maggior spazio di discrezionalità riconosciuto alle amministrazioni appaltanti che – assumendosi le relative responsabilità – saranno dotate degli strumenti necessari per indirizzare la procedura di aggiudicazione verso gli obiettivi di tutela del mercato, semplificazione amministrativa e efficienza complessiva del sistema cui devono tendere».

razione devono mantenersi stabili lungo l'intera procedura e non essere oggetto di negoziazione».

Ciò posto a livello generale eurounitario, per ragioni di contenimento dimensionale dello scritto, si prenderanno a riferimento le procedure negoziate, con e senza bando e il dialogo competitivo, pur nella consapevolezza che lo stesso Codice oggi prevede ulteriori procedure di scelta del contraente, che si pongono comunque nel medesimo *fil rouge* che si sta cercando di sviluppare<sup>26</sup>.

Muovendo dalla procedura negoziata, essa è definita dall'art. 3, comma 1, lett. *uuu*) del Codice come quella procedura «in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto» e ne disciplina due tipologie: la procedura competitiva con negoziazione (procedura negoziata con bando) e la procedura negoziata senza bando.

Senza voler anche in questa sede analizzare nel dettaglio entrambe le procedure, la procedura competitiva con negoziazione è esperibile nei casi di cui all'art. 59, comma 2, che richiama la possibilità di utilizzare questa procedura, per quanto rilevante ai nostri fini, per l'aggiudicazione di contratti in caso di esigenze dell'amministrazione che non possono essere soddisfatte senza adottare soluzioni immediatamente disponibili, che implicano progettazione o soluzioni innovative, ovvero che necessitano di preventive negoziazioni a causa di circostanze particolari in relazione alla natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica dell'oggetto dell'appalto o a causa dei rischi a esso connessi o, infine, se le specifiche tecniche non possono essere stabilite con sufficiente precisione dall'amministrazione aggiudicatrice (lett. a)<sup>27</sup>.

Nella procedura competitiva con negoziazione, disciplinata dall'art. 62, la stazione appaltante adotta un avviso di indizione della gara – rispetto al quale ciascun operatore può presentare una domanda di partecipazione – e detto avviso contiene informazioni «sufficientemente precise» sulla natura e l'ambito dell'appalto, indicando altresì i criteri per l'aggiudicazione e i requisiti minimi (commi 2 e 3).

---

<sup>26</sup> Il riferimento è principalmente al partenariato per l'innovazione (volendo anche agli accordi quadro e agli appalti pre-commerciali). In tema v., senza pretesa di esaustività, G. Terracciano, L. Marraccini, *Partenariato per l'innovazione*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, Vol. III, 133-146; F.S. Cantella, *Accordo quadro*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, Vol. III, 147-180; M. Barberio, *Appalti Innovativi – Parte 2: partenariato per l'innovazione e appalti precommerciali*, in *L'Amministrativista, Focus*, 7 luglio 2020; P. Malanetto, *Procedure di scelta del contraente*, *op. cit.*, 566-575.

<sup>27</sup> La norma prevede altresì la possibilità di utilizzo della procedura in questione «b) per l'aggiudicazione di contratti di lavori, forniture o servizi per i quali, in esito a una procedura aperta o ristretta, sono state presentate soltanto offerte irregolari o inammissibili ai sensi rispettivamente dei commi 3 e 4. In tali situazioni, le amministrazioni aggiudicatrici non sono tenute a pubblicare un bando di gara se includono nella ulteriore procedura tutti, e soltanto, gli offerenti in possesso dei requisiti di cui agli articoli dall'80 al 90 che, nella procedura aperta o ristretta precedente, hanno presentato offerte conformi ai requisiti formali della procedura di appalto».

A seguito della presentazione delle domande, solo gli operatori invitati «possono presentare un'offerta iniziale che costituisce la base per la successiva negoziazione» (comma 6).

A questo punto, le stazioni appaltanti possono procedere con ampia libertà nelle negoziazioni, consentendo di intervenire liberamente sui più svariati aspetti delle offerte e di andare, addirittura, al di là degli atti di gara (fatti salvi «requisiti minimi» e «criteri di aggiudicazione» che devono restare intatti) (comma7); sono imm modificabili le offerte finali, di cui al comma 12, che vengono presentate una volta che le amministrazioni abbiano informato i concorrenti della chiusura delle negoziazioni e assegnato loro un termine per presentare dette offerte finali.

All'evidenza dunque, questa procedura si caratterizza per una interlocuzione tra l'amministrazione e i soggetti partecipanti alla selezione; vi è sì un avviso di indizione della selezione, che detta alcuni elementi di regolamentazione, ma essi vengono implementati in corso di svolgimento della procedura, attraverso una negoziazione che consenta alla stazione appaltante di soddisfare al meglio le proprie «esigenze».

Come rilevato in dottrina, assume rilievo centrale il richiamo normativo al concetto di «sufficienti informazioni» che debbono essere fornite nell'avviso di indizione della selezione, il quale chiarisce come il quadro non sia compiuto e definito e che lo sarà solo all'esito della negoziazione; è dunque possibile modificare, in corso di gara, specifiche tecniche e documenti di gara, con il solo limite di non incidere sulla concorrenza attraverso l'alterazione dei requisiti minimi (che gli offerenti devono soddisfare fin dal principio della procedura) e i criteri di aggiudicazione<sup>28</sup>.

Nonostante questi elementi specializzanti e peculiari, che ad avviso di chi scrive differenziano la procedura in esame da quella ordinaria ristretta, non si può non rilevare come in dottrina si sia sottolineato che, nella procedura competitiva con negoziazione, la discrezionalità dell'amministrazione sia limitata e proceduralizzata, alla luce delle disposizioni normative in merito alla pubblicità del-

---

<sup>28</sup> In questo senso M. Barberio, *Appalti Innovativi – Parte 1: la procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo*, cit., che evidenzia come «tale elemento qualificante della procedura competitiva con negoziazione si coglie, ulteriormente, considerando che in sede di gara la Stazione appaltante può procedere, addirittura, a modificare le specifiche tecniche così come precisato al comma 9 «(Le amministrazioni) informano per iscritto tutti gli offerenti [...] delle modifiche alle specifiche tecniche o ad altri documenti di gara». [...] In questo incrocio tra necessità della più funzionale negoziazione e la *par condicio* tra i concorrenti, si coglie la tensione del legislatore, pur con le dovute cautele, di sostenere una procedura che metta al corrente le imprese, tra di loro, in ordine a quello che altro operatore, in termini generali, intende offrire. Tale sistema infatti, in tutta evidenza, mira ad aumentare la concorrenza e, quindi, a consentire all'Amministrazione di intercettare la migliore offerta. Ciò che risulta determinante è che il delicato percorso procedimentale venga chiaramente indicato e predeterminato dalla Stazione appaltante negli atti di gara e che non si presti ad abusi».

la gara, alla obbligatorietà della preselezione e alla predeterminazione dei criteri e delle candidature<sup>29</sup>.

Ad ogni modo, è senz'altro vero che una procedimentalizzazione della procedura in esame è riscontrabile e che essa è volta a garantire la *par condicio* tra tutti i partecipanti, essendo stabilito che «nel corso delle negoziazioni le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono la parità di trattamento fra tutti gli offerenti. A tal fine, non forniscono informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri» (art. 62, comma 9, primo alinea), senza tuttavia che questo possa condurre a negare la maggiore flessibilità che caratterizza l'istituto in esame<sup>30</sup>.

Decisamente e marcatamente più derogatoria rispetto alla tutela della concorrenza e alla garanzia di *par condicio* tra gli operatori è la procedura negoziata senza bando, disciplinata dall'art. 63 del Codice e ricondotta a casi eccezionali e tassativamente ivi indicati<sup>31</sup>.

Pur trattandosi di una procedura negoziata priva dell'elemento di procedimentalizzazione principale, *i.e.* il bando di gara, che regola e vincola l'amministrazione e i concorrenti, il legislatore, sulla base della normativa europea, non ha rinunciato a offrire un *minimum* di disciplina alla procedura in esame: in questo senso, l'art. 63, comma 6, da un lato, impone all'amministrazione di rispettare i principi di trasparenza, concorrenza, rotazione nell'individuazione degli operatori economici da consultare, selezionandone almeno cinque, se disponibili; dall'altro, dispone che l'appalto venga aggiudicato secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti per l'affidamento dell'appalto di uguale importo previsti per le procedure ordinarie o negoziata previo bando.

---

<sup>29</sup> In tal senso R. De Nicolis, *Procedure negoziate con e senza bando*, cit., 56, che, in senso apparentemente difforme da quanto qui sostenuto, afferma che «in definitiva, attraverso la previa pubblicazione del bando di gara la procedura negoziata viene circondata da garanzie procedimentali pressoché identiche a quelle della procedura ristretta, di talché viene assicurata una concorrenza effettiva».

<sup>30</sup> In questo senso Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 9 giugno 2020, n. 6248, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>31</sup> Lo stesso considerando 50 della direttiva 2014/24/UE dispone che «tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali. L'eccezionalità dovrebbe essere circoscritta ai casi nei quali la pubblicazione non sia possibile per cause di estrema urgenza dovute a eventi imprevedibili e non imputabili all'amministrazione aggiudicatrice, o se è chiaro fin dall'inizio che la pubblicazione non genererebbe maggiore competitività ovvero migliori risultati dell'appalto, non da ultimo perché un solo operatore economico è oggettivamente in grado di eseguire l'appalto. Ciò vale per le opere d'arte, in quanto l'identità dell'artista determina intrinsecamente il carattere e valore unico dell'opera d'arte stessa. L'esclusività può anche trarre origine da altri motivi, ma solo situazioni di reale esclusività possono giustificare il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione, se la situazione di esclusività non è stata creata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice in vista della futura gara di appalto». I casi specifici di ammissibilità della procedura sono descritti dall'art. 63, commi 1-5, cui si rinvia. Per un'analisi di ciascuna delle ipotesi ivi previste V. R. De Nicolis, *Procedure negoziate con e senza bando*, cit., 65-73.

Ecco che dunque, come rilevato in dottrina, la procedura negoziata senza bando non coincide con una trattativa privata “pura”, nella quale la p.a. opera libera da qualsiasi vincolo come contraente privato, essendo invece presenti momenti pubblicistici, in particolare nell’obbligo di invitare più operatori, pur se scegliendoli discrezionalmente<sup>32</sup>.

La particolare natura derogatoria della procedura in esame, pur con le precisazioni ora svolte, ha sempre indotto la giurisprudenza ad un atteggiamento di grande accortezza, che si è visto comunque essere proprio anche delle direttive europee, per cui essa riveste carattere di eccezionalità rispetto all’obbligo delle Amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale e la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell’individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente<sup>33</sup>, ancorché possa leggersi, nella stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato, come sia necessario rifuggire da «letture astratte ed aprioristiche dell’art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 e, più in generale, della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, pur nella ribadita eccezionalità dell’istituto»<sup>34</sup>.

#### 4. (Segue)... *il dialogo competitivo*

Massimamente espressiva della esigenza di flessibilizzazione delle procedure di gara è, poi, la procedura del dialogo competitivo, disciplinato oggi dall’art. 64 del Codice dei Contratti, ed utilizzabile nelle medesime ipotesi di cui alla procedura competitiva con negoziazione<sup>35</sup>.

Il suo presupposto legittimante si rinviene nella complessità dell’appalto da aggiudicare o nella presenza di situazioni di oggettiva impossibilità per le pubbliche amministrazioni di definire «i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valu-

<sup>32</sup> Cfr. R. De Niccolis, *Procedure negoziate con e senza bando*, cit., 80

<sup>33</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2019, n. 5628; Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2019, n. 3983; T.A.R. Marche, Sez. I, 6 maggio 2020, n. 273; T.A.R. Campania, Napoli sez. VIII, 23 aprile 2020, n. 1443, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>34</sup> Cons. Stato, Sez. III, 26 aprile 2019, n. 2686, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). La giurisprudenza, peraltro, si premura di distinguere l’ipotesi in esame dalle ipotesi di affidamento diretto previste dall’art. 36, comma 2 del Codice per gli appalti di valore inferiore a determinate soglie. Cfr. T.A.R. Molise, sez. I, 14 settembre 2018, n. 533, per cui nel caso dell’art. 36 comma 2 lett. a) si è «in presenza di una ipotesi specifica di affidamento diretto diversa ed aggiuntiva dalle ipotesi di procedura negoziata “diretta” prevista dall’art. 63 del Codice che impone invece una specifica motivazione e che l’assegnazione avvenga in modo perfettamente adesivo alle ipotesi predefinite dal legislatore (si pensi all’unico affidatario o alle oggettive situazioni di urgenza a pena di danno) » e T.A.R. Puglia, Lecce sez. III, 13 marzo 2020, n. 326, entrambe in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>35</sup> Per una analisi dell’evoluzione dell’istituto R. Invernizzi, *Dialogo competitivo*, in M.A. Sandulli, R. De Niccolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, Vol. III, 93-101. In tema v. anche M. Ricchi, *Negoaution discrezionalità e dialogo competitivo (una teoria per l’affidamento dei contratti complessi di PPP)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

tare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche e/o di soluzioni giuridiche/finanziarie» (considerando 31 della direttiva 2004/18/UE)<sup>36</sup>.

Il dialogo competitivo presenta numerosi punti di contatto, anche di disciplina, con la procedura competitiva con negoziazione, essendo anch'esso caratterizzato dalla predisposizione di un bando di gara o un avviso di selezione, nel quale sono indicate le esigenze dell'amministrazione e i requisiti richiesti, rispetto al quale ciascun operatore può presentare una domanda di partecipazione.

A seguito della presentazione delle domande di partecipazione, «soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti in seguito alla valutazione delle informazioni fornite possono partecipare al dialogo» (comma 3) e, a quel punto, «le stazioni appaltanti avviano con i partecipanti selezionati un dialogo finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità. Nella fase del dialogo possono discutere con i partecipanti selezionati tutti gli aspetti dell'appalto» (comma 5).

Come rilevato in dottrina, due profili appaiono subito di interesse nella distinzione tra il dialogo competitivo e la procedura negoziata previo bando: da un lato, il dialogo, rispetto alla negoziazione, determina un rapportarsi, tra le parti, più "intimo" e meno formalizzato; dall'altro, nella negoziazione possono modificarsi le offerte, tranne quelle finali ed esclusi i requisiti minimi e i criteri di aggiudicazione, mentre nel dialogo competitivo possono essere discussi tutti gli aspetti dell'appalto<sup>37</sup>.

Ancora, si è rilevato come il dialogo competitivo si caratterizzi rispetto alla procedura con negoziazione per la maggiore innovatività degli oggetti contrattuali dei quali è perseguita la messa a punto nella negoziazione con l'operatore privato; ciò sarebbe desumibile dall'art. 65, comma 4 del Codice, che impone l'aggiudicazione sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo *ex art.* 95 del Codice, laddove tale obbligo non è previsto dall'art. 62, nonché la circostanza per cui gli operatori, nella fase iniziale, non debbono formulare vere e proprie offerte<sup>38</sup>.

Appare condivisibile – e sotto questo profilo ulteriormente idonea a distinguere il dialogo dalla procedura negoziata – la considerazione per cui non vi sarebbe qui un vero "oggetto" dell'appalto, non potendo ancora essere definito all'avvio della procedura, stante il suo carattere innovativo ed essendo la procedura finalizzata dunque a definire detto oggetto tra amministrazione e operatori del mercato<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Tale elemento è valorizzato anche da Corte di Giustizia UE, Sez. III, 10 dicembre 2009, n. 299, in *Foro amm. CDS*, 2010, fasc. 6, 1189 e ss., con nota di S. Ponzio, *Gli «appalti di definizione» nell'ordinamento francese. La violazione dei principi di trasparenza e concorrenza nell'aggiudicazione degli appalti pubblici*.

<sup>37</sup> Cfr. M. Barberio, *Appalti Innovativi – Parte I: la procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo*, cit., 13.

<sup>38</sup> Così R. Invernizzi, *Dialogo competitivo*, cit., 105.

<sup>39</sup> Ancora M. Barberio, *Appalti Innovativi – Parte I: la procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo*, cit., 13.

Nella fase del dialogo qui in esame dunque, è data la possibilità all'amministrazione e agli operatori di dialogare di tutti i profili rilevanti per il futuro contratto<sup>40</sup>; a presidio comunque della *par condicio* dei concorrenti, è fatto divieto alle stazioni appaltanti di fornire «informazioni che possano avvantaggiare determinati partecipanti rispetto ad altri» (comma 6), nonché di «rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte o altre informazioni riservate comunicate da un candidato o da un offerente partecipante al dialogo, senza l'accordo di quest'ultimo» (comma 7).

Conclusa la fase del dialogo ed individuate la (o le) soluzioni ammissibili, previa informazione ai partecipanti rimanenti, si avvia la fase della gara in senso stretto, con la trasmissione delle offerte contenenti «tutti gli elementi richiesti e necessari per l'esecuzione del progetto» (comma 10).

Anche in questa fase si evidenziano comunque le particolarità della procedura in esame, in quanto la stazione appaltante può richiedere chiarimenti, precisazioni e perfezionamenti delle offerte, anche se «le precisazioni, i chiarimenti, i perfezionamenti o i complementi delle informazioni non possono avere l'effetto di modificare gli aspetti essenziali dell'offerta o dell'appalto, compresi i requisiti e le esigenze indicati nel bando di gara, nell'avviso di indizione di gara o nel documento descrittivo, qualora le variazioni rischino di falsare la concorrenza o di avere un effetto discriminatorio» (comma 10).

Come rilevato in dottrina, a segnare la distinzione tra la fase del dialogo e quella della gara, sta anche la diversa competenza nella gestione di esse: la prima è ad appannaggio degli organi di gestione amministrativa della procedura, mentre la offerte saranno valutate da una commissione giudicatrice formata secondo le regole ordinarie<sup>41</sup> e che, come chiarito in giurisprudenza, non può essere nominata prima della formulazione delle offerte, ma solo dopo di esse, per evitare che il contenuto sia parametrato all'identità dei commissari e non degli obiettivi della procedura<sup>42</sup>.

All'evidenza dunque, la procedura in esame esalta il potere discrezionale dell'amministrazione, le affida il compito e il potere di interloquire con gli operatori economici, tanto nella prima fase, quanto nella seconda, seppur in quest'ultima, ovviamente, non vi è dubbio che tale potere sia meno pervasivo e debba essere letta con particolare attenzione la clausola citata che limita il potere della p.a. di richiedere, in particolare, perfezionamenti delle offerte presentate.

---

<sup>40</sup> In giurisprudenza si è infatti affermato che «il sistema del dialogo competitivo – come noto – comporta una continua interazione tra ditte partecipanti e stazione appaltante, il che implica di necessità il mancato rispetto di alcune disposizioni riguardanti la tempistica e la procedura caratteristiche delle gare in generale» (T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 15 novembre 2012, n. 420, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

<sup>41</sup> Cfr. P. Malanetto, *Dialogo competitivo*, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, 2016, 463 e R. Invernizzi, *Dialogo competitivo*, cit., 127.

<sup>42</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 3 novembre 2016, n. 4609, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).



### 5. *Discrezionalità ed efficienza dell'amministrazione: una corrispondenza biunivoca*

Dall'analisi sin qui svolta, si ritiene che emerga la fallacia dell'idea per cui lo scopo principale, tanto meno unico, della disciplina approntata in tema di procedure ad evidenza pubblica sia quella di limitare la discrezionalità dell'amministrazione nell'individuazione e nella scelta del contraente, irrigidendo le procedure al fine di garantire una presunta maggiore legalità dell'azione amministrativa e limitare i fenomeni corruttivi.

Come visto infatti, nella stessa evoluzione normativa del Codice dei Contratti, hanno trovato ingresso numerose procedure di scelta del contraente che, lungi dal limitare la scelta discrezionale dell'amministrazione, la esaltano, al fine di favorire una azione più efficiente ed efficace, senza peraltro che ciò cagioni pregiudizio alla tutela della concorrenza, su cui maggiormente è fondato l'impianto eurounitario in materia e che abbiamo recepito<sup>43</sup>.

Dunque, come rilevato in dottrina, le procedure di gara "meccaniche", in cui vi è una integrale predeterminazione di tutti gli elementi rilevanti per la gara (oggetto, requisiti, parametri di valutazione), non appaiono idonee ad affrontare la complessità di numerosi rapporti negoziali, soprattutto di durata, incidendo negativamente sull'efficienza, non prevedendosi "momenti intermedi" di acquisizione di informazioni e approntamento di correttivi, che rappresentano, al contrario, efficaci strumenti per una migliore realizzazione dell'interesse pubblico<sup>44</sup>.

In questo senso infatti, è stato rilevato, con specifico riferimento alla procedura negoziata, che essa risulta particolarmente efficace nei casi di aggiudicazione di contratti più complessi (dove occorre una certa interazione con le controparti) o nei settori d'innovazione tecnologica (soggetti a rapidi cambiamenti e ad obsolescenza), assicurando la possibilità di ottenere il miglior risultato finale<sup>45</sup>.

D'altronde, aveva già colto Mario Nigro come l'irrigidimento delle forme e del procedimento non consenta una piena attuazione di tutti i principi costituzionali rilevanti nell'attività amministrativa, cogliendo un nesso inscindibile tra la fles-

---

<sup>43</sup> In questo senso, M. Cafagno, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. il caso delle procedure contrattuali*, cit., evidenzia che «l'inefficienza delle procedure (e, conseguentemente, delle transazioni che esse preparano) può minacciare lo sviluppo della concorrenza non meno del favoritismo o dell'opacità delle stazioni appaltanti. L'inefficienza abbatte infatti il surplus che le parti possono sperare di dividersi, mediante il processo negoziale, e perciò compromette l'interesse agli scambi».

<sup>44</sup> Ancora M. Cafagno, *op. ult. cit.*, che conclude dunque che «il contenimento della discrezionalità, per finalità di controllo, va coniugato col bisogno di variabilità, in funzione dell'efficienza».

<sup>45</sup> Così M. Ceruti, *La motivazione relativa alla procedura negoziata: obbligo o facoltà?*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it), il quale ha altresì evidenziato «una atavica renitenza ad usare l'istituto de quo per le concessioni di lavori e per gli affidamenti più complessi, quindi proprio dove sarebbe ragionevole aspettarsi una certa interazione fra le parti, per il timore di abusi nella discrezionalità amministrativa e pratiche di malaffare».

sibilità dell'azione amministrativa e il principio di efficienza della stessa e dunque del valore costituzionale del buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione<sup>46</sup>.

Tanto è vero che l'art. 1 della bozza della legge generale sul procedimento amministrativo elaborata dalla Commissione Nigro, prevedeva che «l'attività amministrativa deve svolgersi in modo sollecito, semplice ed economico. Essa si ispira al principio di libertà delle forme. Quando sono prescritte forme procedurali, il procedimento è vincolato, oltre che al rispetto delle norme della presente legge, esclusivamente a quello delle disposizioni che lo riguardano. Le pubbliche amministrazioni non possono aggravare il procedimento se non per gravi e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria»<sup>47</sup>.

Ma, volgendo ancora lo sguardo alla dottrina che più ampiamente ha analizzato questi temi, possono utilizzarsi argomentazioni proprie anche degli economisti che hanno affrontato la questione: essi mettono in luce che non è solo l'efficienza dell'attività amministrativa a essere pregiudicata dalle procedure eccessivamente rigide, ma anche la sua efficacia, in particolare con riferimento ai contratti di lunga durata, nei quali le criticità esecutive minacciano di vanificare gli eventuali benefici dell'originaria competizione per il mercato<sup>48</sup>.

Certamente, come acutamente osservato, l'esercizio del potere di scelta discrezionale in merito alla scelta delle procedure «richiede competenza e qualificazione, e implica responsabilità»<sup>49</sup>.

Ma, le medesime indicazioni circa la necessaria valorizzazione della discrezionalità amministrativa nell'esercizio delle funzioni in materia di procedure ad evidenza pubblica paiono emergere anche dalla giurisprudenza amministrativa che ha considerato, in sede di Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ad esempio, di valorizzare l'impostazione di principio sottesa alla scelta legislativa, nel Codice dei Contratti Pubblici, di attribuire centralità al criterio di aggiudicazio-

<sup>46</sup> Cfr. M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1966.

<sup>47</sup> Sui lavori della commissione v. R. Chieppa, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, in *RTDP*, 2010, 667 ss.

<sup>48</sup> Sempre M. Cafagno, *op. ult. cit.*, che, nel riprendere il lavoro di O. E. Williamson, *La gara per la concessione di sfruttamento di un monopolio naturale*, in *Le istituzioni economiche del capitalismo* (trad. it.), 1986, 485 ss., afferma dunque che «in corso d'esecuzione riemerge la distribuzione asimmetrica delle informazioni e le parti, sotto il velo dell'incertezza, hanno buon gioco nel lamentare imprevisti e quindi nel premere, sinceramente o pretestuosamente, per la ritrattazione degli impegni originari. Per questa via si giunge inesorabilmente a constatare che la rigidità procedimentale, lungi dall'esorcizzare il potere discrezionale, finisce più semplicemente col procrastinarne l'esercizio al momento dell'esecuzione, spingendolo per paradosso in un cono d'ombra anche più temibile, sul piano delle esigenze di prevenzione della corruzione».

<sup>49</sup> R. De Nictolis, *Le procedure di scelta del contraente*, cit., che ciò afferma proprio nella ritenuta convinzione che, con il Codice del 2016, «alle stazioni appaltanti viene fornito un ampio menu tra cui scegliere la procedura di gara più adeguata ai propri obiettivi. Viene restituito alle stazioni appaltanti un "potere di scelta discrezionale", che la passata legislazione sui lavori pubblici ha sempre cercato di limitare».

ne dell'offerta economicamente più vantaggiosa rispetto a quello – che deve essere considerato recessivo – del prezzo più basso<sup>50</sup>.

La Plenaria, in particolare, nega cittadinanza a quell'orientamento giurisprudenziale che riteneva, in ragione di esigenze di accelerazione della procedura, che gli appalti di servizi, quand'anche ad alta intensità di manodopera, dovessero essere aggiudicati col criterio del minor prezzo se aventi caratteristiche standardizzate ai sensi dell'art. 95, comma 4, lett. b), del Codice, affermando, al contrario, che, in presenza di un appalto di servizi ad alta intensità di manodopera, sorge un obbligo speciale di utilizzo esclusivo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il quale trova applicazione in forza della generale preferenza espressa del Codice per esso<sup>51</sup>.

Dunque sembra potersi ritenere che la Adunanza Plenaria sostenga la necessaria valorizzazione dell'aspetto discrezionale insito nel criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa in luogo di quello automatico e vincolato del prezzo più basso, proprio perché inidoneo a offrire la giusta tutela tanto all'interesse pubblico sotteso all'attività di selezione del miglior contraente da parte dell'amministrazione, quanto anche di una piena e "sana" tutela della concorrenza.

Nella medesima direzione sembra poi muovere l'evoluzione giurisprudenziale e normativa in merito all'istituto del c.d. soccorso istruttorio nelle procedure ad evidenza pubblica, che infatti la migliore dottrina aveva proprio ritenuto volto a configurare un effettivo "dialogo procedimentale"<sup>52</sup>.

Orbene, senza poter qui trattare dell'istituto in esame<sup>53</sup>, ci basti evidenziare come il legislatore europeo ed il Codice dei Contratti, all'art. 83, comma 9,

<sup>50</sup> V. Cons. Stato, Ad. Plen., 21 maggio 2019, n. 8, in *Foro Amministrativo (II)*, 2019, 5, 790.

<sup>51</sup> In tema v., diffusamente, A. Gorgoglione, *Criteri di aggiudicazione degli appalti. Riflessioni a margine dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 21 maggio 2019, n. 8*, in *www.giustamm.it*, n. 7/2020. Sempre in tema di preferenza per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa rispetto a quello del minor prezzo si era già espressa la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Seconda Sezione, 7 ottobre 2004, procedimento C-247/02, in *Foro amm. TAR*, 2004, fasc. 9, 2425 e ss. con nota di G.M. Lieto, *Criteri di aggiudicazione dei lavori pubblici: riflessioni dalla sentenza della Corte di Giustizia 7 ottobre 2004*, che aveva censurato l'art. 21 dell'allora vigente legge Merloni che, a fronte di una normativa comunitaria che, regolando le modalità di valutazione delle offerte, rimetteva alle stazioni appaltanti il compito di scegliere tra il criterio del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, decise di privilegiare a priori il primo metodo, in quanto per sua natura adatto a minimizzare la discrezionalità amministrativa: «la fissazione da parte del legislatore nazionale, in termini generali ed astratti, di un unico criterio di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici priva le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di tali appalti, isolatamente considerati, scegliendo per ognuno di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta» (par. 40).

<sup>52</sup> Così M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2015, 238

<sup>53</sup> In tema V., tra i tanti, soprattutto in relazione alle finalità di cui al presente lavoro, E. Frediani, *Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Diritto Amministrativo*, 2018, fasc. 3, 623 e ss. In generale v. P. Provenzano, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post D.Lgs. n. 56 del 2017*, in *Il Diritto dell'Economia*, n. 3/2017, 817-837; F. Saitta, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il «correttivo»*, in *Diritto Amministrativo*, 2019, fasc. 1, 3 e ss.; F.M. Ciaralli, *Il nuovo soccorso istruttorio: una ricostruzione sistematica*, in *www.italiappalti.it*; F. Lacava, *La richiesta di integra-*

abbiano oggi declinato il principio del soccorso istruttorio «nella sua portata più ampia» in quanto riferito non soltanto ai casi di incompletezza od irregolarità, ma anche in un'ottica più radicale alle ipotesi di «totale mancanza» di un determinato documento di gara<sup>54</sup>.

Ed infatti la giurisprudenza nazionale più recente ha ormai chiarito, anche richiamando la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>55</sup>, che non è in contrasto con il principio della *par condicio* tra i concorrenti la richiesta di correzione o completamento dell'offerta su singoli punti, qualora l'offerta necessiti in modo evidente di un chiarimento o qualora si tratti di correggere errori materiali manifesti, fatto salvo il rispetto di alcuni requisiti e che, per quanto una richiesta di chiarimenti non possa ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione era richiesta dai documenti dell'appalto, ciò è possibile nel caso in cui essi siano indispensabili per chiarimento dell'offerta o rettifica di un errore manifesto dell'offerta e sempre che non comportino modifiche tali da costituire, in realtà, una nuova offerta<sup>56</sup>.

Si deve dunque ritenere che, anche sul piano del diritto positivo, sussistano numerosi indici che conducano a valorizzare una visione delle gare pubbliche non come rigido sistema procedurale, bensì quali procedimenti maggiormente fluidi o che, comunque, consentano una piena esplicazione della discrezionalità dell'amministrazione, al fine di garantire una efficiente allocazione delle risorse.

---

*zioni e chiarimenti documentali da parte della stazione appaltante*, in F. Saitta (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici, di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008, 339; M. Occhiena, *Documenti ed informazioni complementari*, in R. Garofoli, M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005, 676

<sup>54</sup> Così A. Mauro, *La selezione dei partecipanti*, in S. Gallo (a cura di), *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, Rimini, 2014, 130.

<sup>55</sup> Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. VIII, 10 maggio 2017, nella causa C-131/16 Archus, reperibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62016CJ0131&rid=4>.

<sup>56</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2020, n. 2146, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che aggiunge «l'ulteriore principio enunciato dalla Corte di Giustizia (nella sentenza sez. VI, 2 giugno 2016, nella causa C-27/15 Pippo Pizzo), secondo cui (par. 51): «... il principio di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice».

## 6. *Spunti interpretativi conclusivi sul diritto penale della pubblica amministrazione*

Se così è, ritenuto perciò di dover garantire il binomio discrezionalità-efficienza nelle gare pubbliche, restano tuttavia i problemi di fondo che in apertura si sono descritti in relazione all'amministrazione difensiva, in cui si è visto che la percezione del rischio di responsabilità del funzionario è maggiormente avvertita proprio laddove si prescelga l'utilizzo degli istituti, pur se positivizzati, che consentano un più ampio ricorso alla discrezionalità nello svolgimento delle gare<sup>57</sup>.

Ecco perché tale acquisita chiave di lettura del sistema si ritiene debba permeare anche i giudizi di responsabilità che riguardano l'attività del pubblico funzionario, anche di natura penale<sup>58</sup>.

Come evidenziato in dottrina, l'eventuale avvio di procedimenti penali scoraggia i pubblici dipendenti dal perseguire le strade che meglio realizzano l'interesse pubblico, più efficienti ed efficaci, in favore di strade di ripiego, magari però prive di possibili riflessi penali; così, un eccesso di regolamentazione e connessi controlli e possibili profili di responsabilità penale o contabile, hanno finito per creare un sistema che, muovendo dall'idea, giustamente definita utopica, di una amministrazione integra e pura, ne ha aumentato inefficienza, inerzia e irresponsabilità<sup>59</sup>.

Ora, ragionando *de jure condito*, appare a chi scrive che anche l'interprete, vieppiù quello della vigente disciplina penale, possa svolgere un ruolo in un processo evolutivo della disciplina relativa all'attività – e ai connessi controlli, anche giudiziari – dell'attività dell'amministrazione, in particolare quella della contrattualistica pubblica. In altre parole, vere le considerazioni di sistema sopra espresse e preso atto della valorizzazione, a livello di diritto positivo, e giurisprudenzia-

---

<sup>57</sup> Rilevava l'allora Presidente dell'ANAC che «il Codice del 2016 ha puntato su una regolazione flessibile, prevedendo un corpus di linee guida attuative, sulla base di una coraggiosa idea di fondo: meglio "accompagnare" le stazioni appaltanti nelle loro scelte, lasciando margini di discrezionalità in base alle situazioni specifiche, che vincolarle rigidamente attraverso previsioni tassative uguali per chiunque. Il vantaggio di questo sistema si è reso evidente in occasione del correttivo del 2017 quando, proprio grazie alla soft regulation, è stato possibile modificare in tempi rapidissimi le linee guida relative alle materie emendate. Al contrario di quanto ci si potrebbe aspettare, tuttavia, si è visto che la discrezionalità non è particolarmente amata dalla Pubblica amministrazione. Piuttosto che scegliere, gli uffici spesso preferiscono avere un'unica possibilità alla quale doversi attenere, al punto che prevale la tendenza a prediligere le procedure ordinarie anche quando vi sono le condizioni per ricorrere a un iter semplificato», in *www.lavoripubblici.it*, 13 marzo 2019.

<sup>58</sup> Come infatti rileva accorta dottrina «sarebbe illusorio contrastare questo effetto eliminando la discrezionalità amministrativa, introducendo automatismi ispirati alla meccanica applicazione di regole che pongano il funzionario al riparo dalle responsabilità. La discrezionalità è l'essenza stessa dell'amministrazione, la ragione per cui essa rimane necessaria, almeno fino all'avvento di raffinatissime intelligenze artificiali, che comunque chiamerebbero in causa la responsabilità di chi le progettasse». (S. Battini, F. Decarolis, *L'amministrazione si difende*, cit.).

<sup>59</sup> M. Delsignore, M. Ramajoli, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2019, 1, 70 e ss.

le, ancor prima eurounitario, della discrezionalità amministrativa nella scelta del contraente, di esse non può non tenersi conto nella valutazione circa la possibile estensione applicativa delle norme incriminatrici rilevanti che, perciò, debbono essere interpretate alla luce di tali coordinate ermeneutiche.

Ciò potrebbe forse consentire di fronteggiare quella pericolosa tendenza posta in luce da chi ha rilevato che nella contrattualistica pubblica «il diritto amministrativo sembra non riuscire a sottrarsi al richiamo del diritto penale»<sup>60</sup>.

E allora, ribaltando l'angolo prospettico, se il diritto amministrativo riprende vigore nel valorizzare tutti gli interessi che ad esso sono sottesi, non solo dunque il principio di stretta legalità, ma altresì le esigenze di buon andamento, ben concretizzate dai principi di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, offrendo una lettura delle norme sulla contrattualistica pubblica coerente con tali interessi, allora è il diritto penale – e il suo interprete – a dover prendere atto di questa acquisita consapevolezza della funzione (*rectius*: delle funzioni) della disciplina in tema di contratti pubblici e adeguare un, eventuale, eccessivo rigore interpretativo in merito alle norme incriminatrici applicabili.

Senza poter in questa sede affrontare *funditus* le questioni, né avendo gli strumenti per offrire risposte esaustive, può comunque in conclusione provarsi a mettere “in pratica” questa impostazione con alcune brevi divagazioni ermeneutiche sulle norme penali che più spesso assumono rilevanza per il pubblico dipendente che opera nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica.

Il riferimento può essere perciò facilmente individuato nelle fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 353 e 353-*bis* del codice penale, che sanzionano le condotte volte a “turbar” il regolare svolgimento delle gare, nonché, a monte, il procedimento amministrativo che conduce all'indizione della gara<sup>61</sup>.

Come detto, pur senza entrare in una “terra straniera” per chi scrive, si vogliono unicamente offrire alcune suggestioni alle questioni che le norme penale citate pongono, dall'angolo visuale dei concetti di diritto amministrativo esaminati.

In primo luogo, la giurisprudenza penale, in relazione alle fattispecie criminose citate, afferma come a tal fine sia configurabile «una gara pubblica quando si sia in presenza di una reale e libera competizione fra più soggetti, e l'ente appaltante abbia indicato i criteri di aggiudicazione prestabiliti, portati a conoscenza di tutte le imprese invitate, e di formalità per la presentazione delle offerte, ovvero

<sup>60</sup> F. Fracchia, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2015, 6, 1529, che riteneva proprio che il recepimento delle direttive del 2014 potesse «costituire l'occasione preziosa per definire un quadro giuridico nuovo, semplificato, equilibrato e più armonico, che eviti superficiali infatuazioni rispetto a un unico interesse e che valorizzi la complessità di tutte le esigenze sopra indicate».

<sup>61</sup> Su tali fattispecie criminose ci si limita a rinviare a M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche. Artt. 336-360 Cod. pen. Commentario sistematico*, Milano, 2015, 241 e ss.

dei criteri in base ai quali i potenziali partecipanti possono formulare la propria offerta di partecipazione valutando le regole che presiedono al confronto. È, dunque, la previsione di un meccanismo selettivo delle offerte nel quale i soggetti che vi partecipano, consapevoli delle offerte di terzi, propongono le proprie condizioni quale contropartita di ciò che serve alla P.A., a qualificare come gara la procedura di individuazione del contraente”, mentre “non può dirsi integrata una gara per il solo fatto della pluralità dei soggetti interpellati, quando ciascuno di costoro presenti indipendentemente la propria offerta e l'amministrazione conservi piena libertà di scegliere secondo criteri di convenienza e opportunità propri della contrattazione tra privati»<sup>62</sup>.

Alla luce di tali indicazioni ermeneutiche, giova allora, date le considerazioni sin qui svolte, richiamare l'attenzione dell'interprete circa la diversa natura delle varie procedure di scelta del contraente, come si è sin qui visto.

In tal senso, se appaiono sussumibili nell'alveo applicativo delle norme penali le procedure ordinarie, lo stesso non può dirsi per la procedura negoziata senza bando, la quale, pur se presenta i citati profili di procedimentalizzazione, con particolare riferimento all'obbligo di invitare almeno cinque operatori economici, se reperibili, non presenta la caratteristica di predeterminare i criteri di selezione, creando così una reale competizione, che vincolerebbe anche l'amministrazione.

Non pare condivisibile quanto affermato dalla dottrina penalistica per cui rientrerebbero nell'alveo applicativo della norma anche le ipotesi di trattativa privata, oggi procedura negoziata, sulla base del comma 3 dell'art. 353 c.p., riferito alle «licitazioni private per conto di privati, dirette da un pubblico ufficiale o da persona legalmente autorizzata», da cui si desumerebbe che il legislatore vorrebbe assicurare il regolare svolgimento delle gare nelle quali sia presente un interesse o un ruolo della p.a.<sup>63</sup>.

In realtà, anche a voler accogliere la tesi più estensiva, pure seguita dalla più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, per cui «ai fini della configurabilità del reato di cui all'articolo 353 del codice penale non osta il fatto dell'assenza di un bando di gara, essendo sufficiente anche l'espletamento di una gara

<sup>62</sup> Cass. Pen., Sez. VI, 1° marzo 2018, n. 9385, in *CED Cass.*, Nella medesima direzione, Cass. Pen., Sez. VI, 26 febbraio 2016, n. 8044, in *CED Cass.*, ove si legge che «la gara presuppone un avviso pubblico che attivi la fase partecipativa e competitiva, nel contempo proprio al bando o ad un atto equipollente dovendosi aver riguardo per stabilire se una vera gara sia prevista e quali regole essa debba seguire. [...] non vi è gara in difetto di forme procedimentali, nel senso che, pur in presenza di un interpello, non sia stabilito alcun meccanismo selettivo di competizione e di concorrenza tra gli offerenti, per cui vi sia solo una comparazione di offerte che la A. è libera di valutare, pur attraverso un esame contestuale delle stesse. [...] È qualificante elemento della gara il fatto che le persone che vi partecipano, consapevoli delle offerte di terzi, propongono le proprie condizioni quale contropartita di ciò che serve alla pubblica amministrazione, ciò da cui discende la consapevole contesa che dà contenuto alla gara».

<sup>63</sup> Cfr. M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 249.

informale», nel caso della procedura negoziata senza bando sembra comunque mancare l'elemento che la stessa giurisprudenza assume centrale al fine di ritenere configurabile il reato, *i.e.* che «siano previamente indicati i criteri di selezione e di presentazione delle offerte»<sup>64</sup>.

Appare invece compatibile con la norma penale la procedura competitiva con negoziazione, che sembra presentare i requisiti della gara che la Corte di Cassazione ha individuato come rilevanti per la configurabilità del reato, in quanto, come visto, il bando indica comunque l'oggetto dell'appalto e i criteri di selezione.

E tuttavia, le coordinate di diritto amministrativo sopra tracciate, ci ricordano che l'amministrazione fornisce solo "sufficienti informazioni" con il bando circa le proprie esigenze, tanto è vero che è possibile, nella seconda fase di negoziazione, per la stazione appaltante, modificare le specifiche tecniche e tutto quanto attiene all'offerta, salvo il rispetto dei requisiti minimi e dei criteri di aggiudicazione.

Proprio tale aspetto, quand'anche non immediatamente rilevante nel senso di escludere la procedura in questione tra quelle astrattamente sussumibili nell'alveo applicativo della norma penale, senz'altro assume importanza in relazione alla condotta della "collusione", che la giurisprudenza penale ritiene integrata fra il preposto alla gara e uno dei concorrenti quando il primo fornisca al secondo suggerimenti e consigli ai fini della determinazione del contenuto dell'offerta da presentare<sup>65</sup>.

Ai fini dunque della configurabilità dell'elemento oggettivo della condotta collusiva, pur nell'ambito di una procedura qualificabile come "gara", non potrà l'interprete non tenere conto di quanto sin qui esposto in merito alla diversità di interlocuzione legislativamente ammessa – e financo incentivata – tra amministrazione e operatori economici che partecipano alle diverse procedure; approccio dialogico che sarà tanto maggiore, con conseguente ampliamento, per così dire, dell'area di liceità delle condotte, nelle procedure speciali che proprio su di esso si fondano per garantire, alla luce dei bisogni dell'amministrazione, l'efficienza dell'attività amministrativa.

Lungi dal voler teorizzare l'esistenza di "zone franche" dal controllo penale, si vuole solo evidenziare come non sia possibile prescindere dalla sopra ricordata evoluzione in merito alle diverse tipologie di procedure ad evidenza pubblica e dunque, pur se astrattamente idonee ad ospitare condotte penalmente rilevanti ai sen-

<sup>64</sup> Da ultimo, Cass. Pen., Sez. III, 18 novembre 2020, n. 10383, in *Guida al diritto*, 2021, 14, che, pur con affermazioni di carattere assai ampio in merito alla configurabilità del reato (ritenendo che ci sia una gara anche quando «pur non preceduta dalla pubblicazione di un tipico bando, si risolve comunque in una procedura finalizzata alla selezione di plurime offerte tra loro concorrenti al fine di scegliere quella migliore. Infatti, il reato di turbata libertà degli incanti è configurabile in ogni situazione in cui la pubblica amministrazione procede all'individuazione del contraente mediante una gara, quale che sia il *nomen iuris* adottato e anche in assenza di formalità»), a ben vedere, ciò afferma per ritenere configurabile il reato con riferimento ad una procedura ordinaria ristretta *ex art.* 61 Codice dei Contratti.

<sup>65</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 21 dicembre 2017, n. 57251, in *CED Cass.*



si degli artt. 353 e 353-*bis* c.p., nondimeno la specificità di ciascuna di esse deve guidare l'interpretazione delle condotte che in concreto vengano poste in essere.

Complessivamente più complessa, sotto entrambi i profili, è la posizione del dialogo competitivo.

Rispetto alla astratta possibilità che lo stesso assuma rilievo ai sensi dell'art. 353 c.p., deve ritenersi, come per la procedura competitiva con negoziazione, che anch'esso sia idoneo a configurare una ipotesi di gara contemplata dalla norma<sup>66</sup>, per quanto non possa sottolinearsi la già ricordata dicotomia di fasi che caratterizzano la procedura in esame e che, nella prima fase del dialogo, non appare rappresentare una vera procedura competitiva.

Ma, soprattutto, quanto ai problemi connessi alla condotta tipica, il dialogo competitivo si caratterizza per un confronto dialogico costante tra amministrazione e operatori economici, il quale è consentito dalla legge, come visto, anche nella fase della gara in senso stretto, potendo l'amministrazione – e solo essa, non viceversa – richiedere agli operatori economici chiarimenti, precisazioni, perfezionamenti dell'offerta.

Come rilevato in dottrina, tale momento è senz'altro il più delicato sotto il profilo della possibilità che si annidino condotte criminali, pur essendo esso il momento qualificante della procedura in esame e, dunque, ineludibile<sup>67</sup>; non può che rimarcarsi allora la centralità dell'art. 64, comma 10, ove vieta all'amministrazione di richiedere variazioni alle offerte che modifichino i requisiti e le esigenze indicate nell'avviso di selezione e che rischino di falsare la concorrenza o di avere un effetto discriminatorio.

In ultimo, seppur non direttamente attinente con le tipologie delle procedure di scelta del contraente, si deve rilevare come, ancora nell'ambito delle condotte penalmente rilevanti *ex art.* 353 c.p., la stessa Corte di Cassazione ritenga qualificabile come "altro mezzo fraudolento" la presentazione, da parte di uno dei concorrenti, di false attestazioni in ordine alla sussistenza dei requisiti necessari per conseguire l'aggiudicazione<sup>68</sup>.

Ora, sotto tale profilo, non può allora non richiamarsi l'attenzione su quanto affermato recentemente dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che, in materia di trasgressione agli obblighi dichiarativi sui c.d. "gravi illeciti professio-

---

<sup>66</sup> In questo senso sembra orientato anche M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 247.

<sup>67</sup> Già nella vigenza della disciplina previgente, avvertiva particolarmente questo rischio M. Fracanzani, *Il dialogo competitivo: fra concorrenza e turbata libertà degli incanti*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Vincenzo Attripaldi*, Napoli, 2010, 1349-1392, ove l'A. evidenzia proprio che «la "richiesta di informazioni e chiarimenti" potrebbe rappresentare un artificio attraverso cui la pubblica amministrazione raggiungerebbe il proprio scopo, quello di ottenere un'offerta con delle caratteristiche da essa predeterminate favorendo da un lato un'impresa e turbando dall'altro la libera concorrenza che la norma penale intende tutelare».

<sup>68</sup> Cfr. ancora Cass. Pen., Sez. VI, n. 57251/2017, cit.

nali” di cui all’art. 80, comma 5, lett. c-*bis*), del D.lgs. n. 50 del 2016, ha specificato come questi ultimi rivestano natura strumentale rispetto allo svolgimento della gara pubblica ed alla sua regolarità, di talché, una volta acquisite le informazioni necessarie, la stazione appaltante è sempre tenuta a svolgere l’ordinaria valutazione di integrità ed affidabilità del concorrente, senza poter disporre automatismi espulsivi (cioè fondati sul solo fatto della dichiarazione non veritiera)<sup>69</sup>.

La stessa decisione ha peraltro rilevato come «la falsità di una dichiarazione sia predicabile solo rispetto ad un “dato di realtà”, ovvero ad una “situazione fattuale per la quale possa alternativamente porsi l’alternativa logica vero/falso”, rispetto alla quale valutare la dichiarazione resa dall’operatore economico». Di conseguenza, dal momento che, nel caso al suo esame, la dichiarazione contestata atteneva alla cifra d’affari dell’ausiliario e, in particolare, la questione controversa era se tale cifra potesse essere cumulata a quella delle altre consorziate indicate, permettendo così la qualificazione nella procedura di gara, il Collegio ha ritenuto che non poteva essere considerata falsa, essendo relativa a «valutazioni riferite ad elementi di carattere giuridico, irriducibili all’antitesi vero/falso, e relativi: alla persistente validità del rapporto consortile in presenza di una delibera di sospensione; e alla possibilità di cumulare la cifra d’affari comunque realizzata nel triennio in considerazione dalla consorziata, ancorché priva di un’attestazione SOA».

Anche di tali indicazioni ermeneutiche in ordine alla rilevanza escludente alla partecipazione alle gare delle dichiarazioni false – e di cose debba intendersi per dichiarazione falsa – si ritiene che l’interprete, anche del diritto penale, debba tener conto nella valutazione delle condotte ai fini dell’integrazione o meno del reato di cui all’art. 353 c.p.: in tal senso, una dichiarazione pur non veritiera non dovrebbe poter, *ex se*, costituire elemento oggettivo del reato, laddove non sia idonea ad incidere sull’integrità ed affidabilità del concorrente, neppure in tal caso assumendo portata escludente dalla gara.

Ecco quindi che, all’esito di queste considerazioni, si disvela la necessità di una lettura integrata tra il diritto amministrativo e quello penale; ciò, dunque, che condivisibile dottrina ha già posto in luce, parlando di «un’unica legalità a più sanzioni», dovendosi ricordare che «l’esistenza del funzionario è unitaria e disporre di un armamentario concettuale (non unico ma, quantomeno) coerente risponde quindi a una esigenza di “sostenibilità” della propria attività»<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16, in *Rivista Giuridica dell’Edilizia*, 2020, fasc. 5, 1334, con nota di G.A. Giuffrè, G. Strazza, *L’Adunanza plenaria e il tentativo di distinguo (oltre che di specificazione dei rapporti) tra falsità, omissioni, reticenze e “mezze verità” nelle dichiarazioni di gara*, che evidenzia anche che «è risalente l’insegnamento filosofico secondo cui vero e falso non sono nelle cose ma nel pensiero e nondimeno dipendono dal rapporto di quest’ultimo con la realtà. In tanto una dichiarazione che esprima tale pensiero può dunque essere ritenuta falsa in quanto la realtà cui essa si riferisce sia in *rerum natura*».

<sup>70</sup> C. Cudia, *L’atto amministrativo contrario ai doveri di ufficio nel reato di corruzione propria: verso una legalità comune al diritto penale e al diritto amministrativo*, in *Diritto pubblico*, 2017, 721.

*Discrezionalità dell'amministrazione nelle procedure a evidenza pubblica: efficienza e legalità (anche penale) alla ricerca di un equilibrio*

Lo scritto si propone di fornire un contributo agli studi sul complesso rapporto tra l'esigenza di efficienza e quella del rispetto del principio di legalità nelle procedure ad evidenza pubblica, alla luce dei riflessi di responsabilità, in particolare penale, del pubblico funzionario. Nel far ciò, prese le mosse dal fenomeno della c.d. amministrazione difensiva, la chiave di lettura prescelta, ancorché non esclusiva, è quella delle diverse procedure di scelta del contraente contemplate dalla legislazione europea e nazionale. Dall'esame di queste l'A. trae la convinzione che già sul piano del diritto positivo emerge la valorizzazione della discrezionalità dell'amministrazione, in opposizione ad una idea di procedura "rigida", in grado di soddisfare l'esigenza di efficienza del sistema dei contratti pubblici; dunque, come la regolamentazione delle gare non sia finalizzata, solo, a garantire lo stretto principio di legalità, ma ben conosca la tutela del principio di efficienza. Su tali basi, in conclusione, si propongono alcuni spunti interpretativi in merito alla responsabilità penale del pubblico funzionario, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Cassazione Penale, con riferimento ai reati di cui agli artt. 353 e 353-bis c.p., che non appare sempre consapevole di tali complesse esigenze.

*Discretionary powers of the administration in public procedures: efficiency and legality (also criminal) looking for balance*

The paper aims to provide a contribution to the studies on the complex relationship between the need for efficiency and the principle of legality in public procedures, in the light of the reflections of responsibility, in particular criminal, of the public official. So, starting from the so-called phenomenon of defensive administration, the reading key, although not exclusive, are the various procedures for choosing the contractor contemplated by European and national legislation. From the examination of these, the Author draws the conviction that already on the level of positive law emerges the enhancement of the discretion of the administration, as opposed to an idea of "rigid" procedure, able to meet the need for efficiency of the system of public contracts; therefore, the regulation of tenders is not aimed, only, to ensure the strict principle of legality, but well knows the protection of the principle of efficiency. On this basis, in conclusion, some interpretative ideas are proposed regarding the criminal liability of public officials, also in the light of the jurisprudence of the Criminal Court of Cassation, with reference to the offences under articles 353 and 353-bis of the Criminal Code, which do not always appear to be aware of these complex requirements.

