



BANCA D'ITALIA
EUROSISTEMA

Quaderni di Ricerca Giuridica

della Consulenza Legale

Qualità ed efficienza nel nuovo codice dei contratti pubblici.
Prospettive e questioni aperte

Aprile 2018

numero

83



BANCA D'ITALIA
EUROSISTEMA

Quaderni di Ricerca Giuridica

della Consulenza Legale

Qualità ed efficienza nel nuovo codice dei contratti pubblici.
Prospettive e questioni aperte

Numero 83 – Aprile 2018

Nei Quaderni di Ricerca giuridica, curati dal Servizio Consulenza Legale, sono pubblicati gli studi condotti dagli avvocati della Banca d'Italia e da altri ricercatori interni ed esterni all'Istituto. La collana ha ad oggetto l'analisi giuridica di tematiche legate alle funzioni istituzionali o comunque di specifico interesse per la Banca d'Italia.

I lavori sono selezionati da un apposito Comitato editoriale, che tiene conto, tra l'altro, dell'originalità del contributo, della chiarezza espositiva, della coerenza dell'iter logico seguito e della completezza della trattazione. I "Quaderni" riflettono esclusivamente le opinioni dei singoli autori e non intendono, quindi, rappresentare posizioni ufficiali della Banca d'Italia.

Comitato di Coordinamento:

MARINO PERASSI, OLINA CAPOLINO, GIUSEPPE LEONARDO CARRIERO, STEFANIA CECI, RAFFAELE D'AMBROSIO, MARIA PATRIZIA DE TROIA, ENRICO GALANTI, MARCO MANCINI

Segreteria:

ROBERTA PILO, BEATRICE SCRIMA, ROSARIO MENDOLA

ISSN: 0394-3097 (print)

ISSN: 2281-4779 (online)

Grafica e stampa a cura della Divisione Editoria e stampa della Banca d'Italia

SOMMARIO

VALERIA SANNUCCI – Introduzione	5
LUISA TORCHIA – Le misure per la qualità e l’innovazione nel Codice dei contratti pubblici	11
1 <i>Gli strumenti per la qualità e l’innovazione nel nuovo codice</i>	13
2 <i>Le nuove procedure di aggiudicazione: flessibilità e capacità amministrativa</i> .	14
3 <i>I criteri di aggiudicazione</i>	16
4 <i>Conoscere per provvedere, dichiarare per partecipare</i>	17
5 <i>Il mercato dei contratti pubblici come mercato regolato</i>	18
PAOLA CHIRULLI – Qualificazione delle stazioni appaltanti e centralizzazione delle committenze	21
1 <i>Specializzazione e professionalizzazione della committenza nel nuovo codice..</i>	23
2 <i>Le centrali di committenza: quadro normativo e criticità</i>	29
3 <i>La qualificazione delle stazioni appaltanti</i>	39
4 <i>Riflessioni conclusive</i>	43
LUIGI DONATO – Qualità ed efficienza delle stazioni appaltanti e delle imprese nel nuovo codice dei contratti pubblici	51
1 <i>La qualità come filo conduttore del nuovo codice</i>	53
2 <i>La lunga marcia delle stazioni appaltanti verso la qualificazione</i>	54
3 <i>L’appalto congiunto occasionale</i>	58
4 <i>L’impostazione della procedura: dalla programmazione all’esecuzione</i>	59
5 <i>La difficile introduzione del rating d’impresa</i>	60
6 <i>Le prospettive dell’evoluzione delle stazioni appaltanti</i>	61

MARCO LIPARI – La sfida dell’efficienza nel codice dei contratti pubblici e il sistema di tutela giurisdizionale.....	63
<i>1 Premessa. L’efficienza del sistema dei contratti pubblici e la tutela giurisdizionale.....</i>	<i>65</i>
<i>2 Il contenzioso dei contratti pubblici, tra esigenze di effettività della tutela e interesse pubblico alla esecuzione rapida delle prestazioni di interesse generale.</i>	<i>65</i>
<i>3 Gli interventi legislativi sul processo: la ricerca di un equilibrio tra esigenze eterogenee e l’instabilità delle regole</i>	<i>67</i>
<i>4 Le direttive del 2014 e il tema del contenzioso. La salvezza e prevalenza del sistema di effettività della tutela nelle direttive ricorsi.....</i>	<i>67</i>
<i>5 La protezione dell’interesse legittimo del cittadino contribuente alla legalità delle procedure</i>	<i>68</i>
<i>6 Verso una giurisdizione di diritto oggettivo? Il tema dei ricorsi incrociati escludenti e l’interesse strumentale alla ripetizione della procedura di gara illegittima.....</i>	<i>69</i>
<i>7 I principi nazionali della tutela giurisdizionale espressi dalla legge delega n. 11/2016 e dal codice n. 50/2016. Sottrazioni e aggiunte al sistema di tutela preesistente</i>	<i>70</i>
<i>8 Le modifiche riguardanti il miglioramento tecnico del rito di cui all’art. 120 del CPA.....</i>	<i>72</i>
<i>9 La nuova tutela cautelare e i suoi aspetti problematici.....</i>	<i>73</i>
<i>10 Il rito superspeciale in materia di ammissioni ed esclusioni.....</i>	<i>74</i>
<i>11 Il sistema del precontenzioso; aspetti positivi e negativi.....</i>	<i>76</i>
<i>12 Conclusioni: la lunga strada verso l’efficienza del sistema di tutela giurisdizionale.....</i>	<i>76</i>

INTRODUZIONE

Valeria Sannucci

La pubblicazione di questo volume, curato dalla Consulenza Legale, rientra in un filone di iniziative che la Banca d'Italia ha dedicato al recepimento delle recenti direttive europee e poi all'approfondimento del complesso processo di attuazione del nuovo codice dei contratti pubblici. Gli scritti raccolti nel libro nascono, in larga misura, dagli interventi svolti in un convegno tenutosi nel gennaio 2017, che ha rappresentato una preziosa occasione di confronto con il mondo accademico, con la magistratura amministrativa e con l'ANAC; ma la continua evoluzione della normativa ha indotto a pubblicare in questo volume contributi originali e aggiornati.

La Banca d'Italia è coinvolta nel dibattito in corso sia come stazione appaltante sia per le implicazioni che gli appalti pubblici hanno sulla struttura e sul funzionamento dei mercati.

In qualità di stazione appaltante, la Banca è essa stessa destinataria della normativa che regola la contrattualistica pubblica. Tenuto conto della complessità e della delicatezza dell'attività connessa con l'approvvigionamento di servizi e forniture e con l'esecuzione di lavori, già da qualche anno l'Istituto ha costituito un centro unificato della spesa – *Global buyer* – presso il Servizio Appalti, ove sono concentrate le professionalità e le competenze per le procedure di spesa di maggior rilievo volte a soddisfare le diverse esigenze dei Servizi e delle Filiali. La Consulenza Legale offre il proprio apporto costante nelle diverse fasi del processo di spesa e assicura l'assistenza in giudizio in ipotesi di contenzioso.

Consapevoli dei rischi legali, operativi e di reputazione insiti nel *public procurement*, condividiamo con molte altre amministrazioni lo sforzo costante di costruire bandi e documentazioni di gara ben intelleggibili, trasparenti, aderenti alle caratteristiche dei mercati di riferimento e, nei limiti del possibile, a prova di contenzioso. A prescindere dall'esito dei singoli giudizi, impugnative e ricorsi comportano, infatti, costi rilevanti anche sul piano amministrativo; inoltre, allungando i tempi delle gare, ostacolano il tempestivo raggiungimento degli obiettivi programmati.

Come ho detto, la Banca segue con attenzione l'evoluzione della normativa sul *procurement* anche per il considerevole impatto che gli appalti pubblici hanno sul sistema economico del nostro paese. Soprattutto in tempi di crisi economica e di instabilità, sulla disciplina degli appalti pubblici si esercitano spinte di natura diversa: esigenze di contenimento e di riqualificazione della spesa pubblica, domanda di stimoli allo sviluppo economico e alla ripresa degli investimenti, richieste di contrasto del clientelismo e della corruzione. La ricerca di risposte adeguate è andata a volte a scapito dell'esigenza di stabilità del quadro normativo di riferimento e, conseguentemente, della chiarezza interpretativa ed applicativa.

Il nuovo codice degli appalti punta a conseguire procedure di gara che siano efficacemente pubblicizzate, anche attraverso siti web; che favoriscano una partecipazione ampia da parte delle imprese potenzialmente interessate, incluse quelle medie e piccole, poste in condizioni di *par condicio*; che rispettino criteri rigorosi di correttezza e trasparenza; che siano ispirate a principi di riduzione

degli oneri a carico delle stazioni appaltanti e delle imprese; che si basino su norme chiare e stabili. A questi obiettivi, aggiungerei l'attenzione del nuovo impianto normativo per una politica del *procurement* pubblico coerente con i principi di tutela dell'ambiente e di responsabilità sociale, oggi imprescindibili nella regolazione dell'attività economica.

Tratti distintivi del nuovo codice, a testimonianza del perseguimento delle finalità elencate, sono:

- la scelta di affidare all'Autorità di regolazione la predisposizione della normativa di attuazione in stretto raccordo con tutti i soggetti potenzialmente coinvolti nel settore degli appalti, attraverso il meccanismo delle consultazioni pubbliche;
- la facoltà per la stazione appaltante di avviare consultazioni con gli operatori economici in vista della progettazione di una gara avendo adeguata consapevolezza delle caratteristiche del mercato di riferimento;
- alcune semplificazioni di rilievo sotto il profilo operativo, quale la previsione di un unico e tipizzato documento di dichiarazione dei requisiti di partecipazione;
- l'introduzione di misure volte a garantire la partecipazione delle PMI ad esempio mediante la previsione della divisione della gara in lotti;
- la spinta alla qualità degli approvvigionamenti data dalla preferenza per la aggiudicazione delle commesse mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La qualità dei principi affermati dalle norme non è di per sé sufficiente a garantirne pienamente l'attuazione. L'applicazione di una normativa di rilievo strategico per lo sviluppo economico deve poggiare su una *governance* adeguata alle responsabilità connesse con la gestione degli appalti pubblici. Risulta coerente con questa esigenza l'introduzione di un sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti nel più ampio contesto della centralizzazione della spesa: questa scelta è volta ad affidare lo svolgimento di gare e negoziazioni dirette a strutture funzionalmente dedicate, che si dotino di assetti organizzativi adeguati all'entità dei rischi e alla complessità delle procedure; che utilizzino portali telematici per lo svolgimento delle procedure di spesa, garantendo trasparenza, accessibilità e tracciabilità delle informazioni; che si avvalgano di personale professionalmente adeguato, le cui competenze siano costantemente aggiornate attraverso un'attività formativa specifica.

Prima di concludere questa introduzione, vi propongo alcuni spunti di riflessione originati dalla lettura di un interessante documento allegato al *Doing Business Report* curato dalla Banca mondiale nel 2017, denominato *Why Public Procurement matters*. Il documento, disponibile sul sito della Banca mondiale, fornisce una descrizione comparata del *procurement* in 78 paesi, tra cui l'Italia: è una analisi elaborata sulla base di dati raccolti con il contributo di esperti e

operatori del settore – con la partecipazione anche della Banca d’Italia – secondo una serie di parametri che misurano il grado di efficienza e di apertura delle procedure di appalto, con riguardo in particolare alla possibilità di accesso da parte delle imprese medie e piccole.

La Banca mondiale segnala due indicatori come particolarmente efficaci per valutare l’attività di *procurement*. Il primo è la previsione di un termine massimo per i pagamenti delle fatture, che migliorando la reputazione dell’amministrazione incoraggia la partecipazione alle procedure di spesa pubblica. Nel valutare in chiave comparativa l’adeguatezza della regolamentazione a questo riguardo, dovremmo dirci soddisfatti della posizione dell’Italia, dove la materia è disciplinata da parecchi anni da una normativa specifica; se si confrontano le situazioni di fatto, tuttavia, sappiamo che, pur riducendosi, i tempi di pagamento della nostre Pubbliche amministrazioni rimangono relativamente elevati. Un secondo indicatore al quale lo studio della Banca mondiale annette particolare importanza è l’esistenza di un obbligo allo svolgimento delle gare in modalità telematica, dal momento che l’utilizzo di un portale di *e-procurement* consente un maggiore accesso alle gare pubbliche da parte delle piccole e medie imprese. L’Italia, che non ha introdotto l’obbligo di una gestione telematica delle procedure di gara (prevista solo come requisito premiante ai fini della qualificazione), fa tuttavia registrare una diffusione ampia di tale modalità, tanto da venire citata nel documento come esempio virtuoso nell’ambito delle gare telematiche.

Questi esempi di non piena corrispondenza nelle posizioni relative dei diversi paesi tra norme e situazioni di fatto confermano l’importanza del confronto di idee e di esperienze tra chi studia e disciplina queste materie e chi opera quotidianamente sul campo.

Gli scritti raccolti nel Quaderno possono contribuire a sviluppare questo confronto. Essi contengono spunti di riflessione e risposte alle questioni applicative davvero numerosi, e di questo ringraziamo i giuristi che hanno contribuito con i loro saggi.

LE MISURE PER LA QUALITÀ E L'INNOVAZIONE NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Luisa Torchia

- 1. Gli strumenti per la qualità e l'innovazione nel nuovo codice – 2. Le nuove procedure di aggiudicazione: flessibilità e capacità amministrativa – 3. I criteri di aggiudicazione – 4. Conoscere per provvedere, dichiarare per partecipare – 5. Il mercato dei contratti pubblici come mercato regolato*

1. Gli strumenti per la qualità e l'innovazione nel nuovo codice

Il nuovo codice dei contratti è il frutto di un'operazione duplice, perché il governo e il parlamento hanno deciso di utilizzare un unico testo per il recepimento delle direttive europee e per un'operazione di riordino della normativa nazionale. Nel codice trovano quindi posto corpi legislativi e norme ulteriori e diverse rispetto alle sole necessità di recepimento delle tre direttive europee del 2014.

I termini qualità, efficienza, innovazione, ricorrono frequentemente nelle direttive, come nelle norme nazionali che le recepiscono, come nelle norme ulteriori che il legislatore italiano ha ritenuto di aggiungere, al punto che una ricognizione esaustiva non è possibile. E forse non sarebbe neanche utile, perché troppo spesso alla proclamazione legislativa non corrisponde l'effettività delle misure adottate o, in alcuni casi, la fattibilità, come dimostra ad esempio il fatto che per alcune norme si immagina già una modifica – attraverso il veicolo del decreto correttivo – prima ancora che abbiano trovato attuazione.

È difficile, per altro verso, anche fare un bilancio consuntivo, perché il tempo trascorso dall'adozione del nuovo Codice è limitato e numerose misure richiedono, per essere avviate e poi entrare a regime, tempi non brevi, oltre ad un impegno ed un'alacrità di cui non sempre si vede traccia nell'azione delle autorità competenti.

Non potendo fare né una ricognizione né un bilancio, proverò a fare un'esplorazione, cercando di individuare le misure che mostrano un potenziale e che se ben realizzate e strutturate possono essere utili per aumentare la qualità, per accrescere l'efficienza, per promuovere l'innovazione. La scelta degli oggetti da esplorare è, naturalmente soggettiva, ma per renderla più intellegibile ho raggruppato le misure che considero più rilevanti in quattro gruppi.

Il primo gruppo di strumenti e misure è relativo al modo in cui il legislatore ha inteso strutturare la domanda: il codice regola un mercato – il mercato dei contratti pubblici, appunto – caratterizzato, come tutti i mercati, dall'incontro fra domanda e offerta. Rilevano qui, soprattutto, le procedure di gara più innovative previste dalle direttive e recepite nel codice senza modifica, come la procedura competitiva con negoziazione e il partenariato per l'innovazione.

Il secondo gruppo di strumenti è relativo ai parametri che occorre applicare perché la domanda trovi, sul mercato dei contratti pubblici, la risposta: o più correttamente, trattandosi appunto di contratti pubblici, la giusta risposta. Rientrano in questo secondo gruppo anzitutto i criteri di aggiudicazione e, in particolare, la ridefinizione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e la sua configurazione alla luce non più solo della tutela della concorrenza, ma – come prevedono le nuove direttive – anche della tutela dell'ambiente, della garanzia delle misure sociali, del lavoro e, *last but not least*, della promozione dell'innovazione.

Nel terzo gruppo di strumenti rientra la strumentazione necessaria per disporre e utilizzare razionalmente tutta la complessa mole di informazioni e di dati inevitabilmente connessa al *public procurement*. Il codice trabocca di elenchi, albi, registri, banche dati, connessioni, reti. Il settore continua ad essere, però, afflitto da gravi difficoltà, relative principalmente al peso degli oneri dichiarativi e al necessario coinvolgimento di numerose amministrazioni pubbliche, spesso non dotate di una funzione organizzata specificatamente per rispondere alle necessità informative dell'impresa delle stazioni appaltanti (basta pensare, ad esempio, all'agenzia delle entrate o agli enti previdenziali e alla quantità di informazioni e certificazioni che le imprese devono poter ottenere da loro).

Mi sembra utile prendere in esame, infine, la più grande innovazione del codice, cioè la configurazione del mercato dei contratti pubblici come un mercato regolato, con l'attribuzione di poteri non solo di vigilanza e di controllo, ma appunto di regolazione ad un'autorità indipendente, anche al fine di assicurare, anche, qualità e innovazione.

2. *Le nuove procedure di aggiudicazione: flessibilità e capacità amministrativa.*

Per quanto riguarda la procedura competitiva con negoziazione, il considerando 42 della direttiva afferma che *“è indispensabile che l'amministrazione aggiudicatrice disponga di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura di appalto che prevede la negoziazione”*.

Occorre subito ricordare che la maggiore flessibilità è comunque in parte oggettivamente ridotta dal fatto che le norme e le direttive del codice prevedono che debbano essere predefiniti, per questa procedura, i requisiti minimi per la prequalificazione, che non possono poi essere modificati e che occorra garantire la stabilità dei criteri di aggiudicazione e della loro ponderazione

Si tratta comunque, però, di un significativo mutamento d'impostazione rispetto al passato, perché con la procedura competitiva con negoziazione e con la flessibilità ad essa connessa, si presume che le amministrazioni conoscano il mercato e possano poi negoziare con gli operatori di mercato. L'amministrazione deve quindi essere in grado di definire precisamente l'oggetto dell'affidamento e quindi le specifiche caratteristiche dei lavori, dei servizi, delle forniture da affidare: ma per il resto l'esito è affidato alla negoziazione e non agli adempimenti procedurali.

Secondo l'impostazione tradizionale prevalente nel nostro ordinamento, ogni decisione amministrativa, compresa quella relativa alla stipula di un contratto, si svolge mediante un procedimento amministrativo, definito nel caso specifico come procedimento ad evidenza pubblica, e la decisione coincide con l'esito del procedimento. Con la nuova procedura di aggiudicazione, invece, l'esito è definito dalla negoziazione e l'amministrazione deve essere capace di negoziare e deve essere valutata per la capacità di negoziare, non per la capacità di adempiere

alle regole del procedimento amministrativo, che in questo caso coprono uno spazio molto ridotto.

La divergenza rispetto alla tradizione è ancora più accentuata per il partenariato per l'innovazione. Si tratta di una procedura da utilizzare per prodotti, o processi o servizi, nuovi o significativamente migliorativi rispetto all'esistente. In questo caso l'amministrazione cerca qualcosa che sul mercato non c'è: quindi l'amministrazione è capace di immaginare un prodotto, un servizio o un processo, che sul mercato ancora non c'è, ma che le sarebbe utile per la tutela degli interessi che le sono affidati.

Anche qui ci sono delle regole minime da rispettare. Occorre, ad esempio, definire i requisiti minimi per la pre-qualificazione e prevedere degli obiettivi intermedi: dato che si sta cercando qualcosa di nuovo, non è detto che la ricerca abbia un esito compiuto e positivo, tanto che si prevede che il corrispettivo possa essere stabilito in maniera proporzionale allo svolgimento delle diverse fasi.

Quali sono i problemi relativi a queste due procedure per quanto riguarda l'efficienza?

La prima questione è relativa all'assunzione di fondo che sostiene la stessa possibilità di ricorrere a queste procedure. Si assume, infatti, che le amministrazioni siano dotate di una forte capacità amministrativa e tecnica come *buyers* sul mercato. Non sempre, per la verità, le amministrazioni italiane dispongono di queste capacità e occorrerebbe mettere mano ad un processo di adeguamento e di costruzione di una cultura amministrativa e tecnica moderna. Se è vero, però, che non basta scrivere una norma per avere stazioni appaltanti di qualità, è anche vero che l'arretratezza non è una condizione intrattabile e insuperabile: basterebbe partire dagli esempi migliori, che pure ci sono, nelle amministrazioni pubbliche e costruire un programma di diffusione delle buone pratiche, con tempi realistici, né illusoriamente immediati, né ipocritamente dilatati.

La seconda questione da affrontare è relativa alla maggiore discrezionalità che mediante queste procedure viene attribuita alle amministrazioni pubbliche.

Il dibattito sul tema ha spesso avuto, in Italia, un andamento contraddittorio, da una parte invocandosi la libertà di scelta delle amministrazioni contro le regole uniformi e inflessibili, dall'altra lamentando le possibili storture delle scelte discrezionali, sempre sospette come fonti di arbitrio e di favoritismi. Come spesso accade, occorre scegliere sapendo che nessuna scelta è esente da rischi, ma nella consapevolezza che la cultura del sospetto, così diffusa nel nostro ordinamento e nel nostro diritto, produce e continua a produrre immobilismo e inerzia, non certo innovazione. Se accrescere il grado di innovazione, qualità ed efficienza sul mercato dei contratti pubblici è un obiettivo che si vuole realmente perseguire, è indispensabile attribuire a tutti gli attori, ivi comprese le amministrazioni pubbliche, la necessaria libertà di decidere, di valutare, di scegliere: in una parola, la necessaria autonomia. Costerà di meno valutare i risultati raggiunti *ex post* che non cercare di predeterminarli con regole minute e moltiplicazione di automatismi *ex ante*.

3. *I criteri di aggiudicazione*

Il diritto europeo ha introdotto e il diritto nazionale ha recepito un vero e proprio *favor* per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, basato sul miglior rapporto qualità/prezzo. Un elemento centrale di questo criterio è il costo del ciclo di un prodotto, di un servizio, di un lavoro.

Si introduce, così, una nuova nozione di prezzo, in cui non rientra unicamente il concetto tradizionale remunerazione/corrispettivo, ma quello più ampio di costo del ciclo di vita, che include, per esempio, i costi interni, lo smaltimento finale e, innovativamente, anche le esternalità ambientali, come per esempio emissioni di gas, effetto serra e di altre sostanze inquinanti, o anche i costi legati alla mitigazione dei cambiamenti climatici. All'amministrazione si chiede dunque di fare una valutazione che si estende alla dimensione temporale, perché considerare il ciclo di vita significa stimare quanto durerà il prodotto, o il servizio, o l'opera.

Anche qui, si tratta di un criterio che, se ben applicato, richiede una significativa capacità di progettazione e di valutazione, sia da parte delle imprese, sia da parte delle amministrazioni.

La centralità del costo del ciclo di vita ai fini dell'applicazione del criterio di aggiudicazione richiede l'elaborazione di metodi e di modelli per categorie molte ampie di prodotti e servizi, per evitare il rischio di un costo del ciclo della vita *ad hoc* per ogni singolo appalto. Un primo sforzo di elaborazione si trova nelle linee guida dell'Anac e probabilmente dopo una prima fase di applicazione di queste linee guida si potrà fare un bilancio e rivedere i diversi elementi sulla base dell'esperienza.

Rilevanti ai fini dell'efficienza sono anche le valutazioni relative alle esternalità ambientali, in ragione della connessione tra la valutazione delle esternalità ambientali all'interno del calcolo del costo di vita e la più generale valutazione del rapporto qualità/prezzo, alla luce di profili ambientali e sociali connessi all'appalto.

Queste sono le prime direttive, infatti, in cui la tutela della concorrenza non è l'unico, né necessariamente sempre il prevalente, valore affermato dal diritto europeo, ma deve invece essere contemperato con altri, come appunto la tutela ambientale. Si richiama così anche la comunicazione della Commissione del 2003 che sollecita gli Stati, appunto, a predisporre specifici piani di azione per l'integrazione delle esigenze ambientali negli appalti pubblici.

Le amministrazioni, sempre sulla base di questo criterio, possono individuare un prezzo o un costo fisso, rispetto al quale il confronto concorrenziale si svolge sui criteri qualitativi. Naturalmente l'indicazione del legislatore relativa alla tendenziale prevalenza di questo criterio riduce lo spazio lasciato all'amministrazione quanto all'individuazione dei criteri di aggiudicazione. Per altro verso, però, si richiede una maggiore capacità dell'amministrazione sia di definire, sia di valutare elementi qualitativi e si rende più difficile ricorrere agli

automatismi come a quelli del prezzo più basso, che possono essere efficienti solo in condizioni particolari e, ormai, precisamente indicate dalle norme.

4. *Conoscere per provvedere, dichiarare per partecipare*

Le direttive hanno previsto che i concorrenti forniscano le dichiarazioni e le informazioni necessarie alle stazioni appaltanti tramite il DGUE. Non si tratta di una innovazione per l'ordinamento italiano, che già prevede l'autodichiarazione per tutti i requisiti, né di uno strumento che può di per sé risolvere i problemi che si pongono in relazione alla disponibilità e alla circolazione delle informazioni. Le difficoltà non sono relative tanto, infatti, al veicolo di circolazione – il DGUE, appunto – quanto all'arretratezza dei sistemi di raccolta dei dati e delle informazioni e alla loro parcellizzazione fra numerose amministrazioni che non comunicano fra di loro e che non sono, inoltre, in grado di fornire alle imprese i dati necessari nei tempi che il celere svolgimento delle gare richiederebbe.

Di qui almeno due profili critici ricorrenti. I tempi con i quali, ad esempio, l'agenzia delle entrate e gli enti previdenziali rilasciano le informazioni in loro possesso comportano che l'impresa si trovi a volte a fare dichiarazioni non veritiere senza colpa, perché magari ignora che esiste una cartella esattoriale o un debito previdenziale che non le è stato ancora contestato. Per altro verso, le certificazioni rilasciate dalle amministrazioni competenti sono valide per una sola gara, di modo l'operatore è costretto, per le gare diffuse o ricorrenti – si pensi ai servizi di tesoreria per i quali concorrono le banche – a richiedere reiteratamente le stesse certificazioni in tempi ravvicinati. A questo si aggiungono gli adempimenti che non trovano corrispondenza nell'ordinamento europeo, come quelli relativi alle certificazioni antimafia.

Che il sistema degli oneri dichiarativi sia disfunzionale è del resto dimostrato dalla imponente mole di controversie nelle quali si discute della veridicità o falsità delle autodichiarazioni, della loro completezza, della corrispondenza fra dichiarazioni e sussistenza dei requisiti, del rilievo degli aspetti formali o di quelli sostanziali e così via, con il frequente coinvolgimento anche dell'Adunanza plenaria o addirittura della Corte di giustizia.

Non a caso il giudice prima e il legislatore poi hanno escluso espressamente che il fine delle regole e della loro applicazione sia la “caccia all'errore”, come si legge in molte sentenze e anche nella rubrica di un articolo di legge. La disciplina continua ad essere, però, stratificata e poco chiara e contiene formule che si prestano inevitabilmente ad interpretazioni controverse. Basti pensare alla categoria delle “irregolarità essenziali” introdotta dal legislatore: una categoria minata da una illogicità intrinseca, perché come si spiega in qualsiasi manuale di diritto amministrativo una irregolarità non può essere essenziale e, di converso, se una carenza è essenziale non è un'irregolarità.

Oltre ad un'opera di chiarimento e semplificazione delle norme e al consolidamento di orientamenti giurisprudenziali uniformi – e su questo punto è essenziale il ruolo nomofilattico dell'Adunanza Plenaria – sarebbe importante

modernizzare e rendere efficienti gli strumenti operativi. Occorre qui innanzitutto uno sforzo culturale, per superare la tendenza italiana a trasferire sugli strumenti informatici – flussi, processi e banche dati – esattamente la stessa struttura del fascicolo o del dossier cartaceo. La trasposizione della carta su file di per sé non costituisce affatto una semplificazione, anzi spesso è un appesantimento, perché sostituisce ad un’operatività obsoleta, ma almeno conosciuta, una strumentazione nuova e che richiede nuove competenze. È necessario, invece, modificare in profondità i modi di raccolta, trattamento e rilascio dei dati e delle informazioni ed assicurare, soprattutto, l’interoperabilità fra i tanti sistemi e archivi che ogni amministrazione custodisce e gestisce in proprio, senza considerare che si tratti di parti di un sistema che deve funzionare unitariamente per garantire l’efficienza.

Questo sistema dovrebbe garantire sia la tempestività dell’informazione, sia la sua continuità, a garanzia delle stazioni appaltanti come delle imprese, perché non si ricominci sempre daccapo. Le banche dati dovrebbero essere strutturate, quindi, non come archivi – secondo il modello cartaceo – ma come piattaforme interattive e i grandi produttori di dati necessari, come l’agenzia delle entrate e gli enti previdenziali dovrebbero avere una funzione specializzata per i servizi da rendere alle imprese e alle stazioni appaltanti sul mercato dei contratti pubblici.

Un primo tentativo in questa direzione è stato tentato con il regolamento del Ministero delle infrastrutture sulla banca degli operatori economici, che consentirebbe una precompilazione del DGUE, ancora in fase di sperimentazione.

5. *Il mercato dei contratti pubblici come mercato regolato*

Il codice ha configurato il mercato dei contratti pubblici come un mercato regolato. Il regolamento di attuazione è stato abrogato e sono stati attribuiti poteri di regolazione all’Anac, a sua volta configurata come autorità indipendente.

Si tratta, per la verità, di un’autorità indipendente dotata di caratteri particolari, perché essa cumula molti poteri di natura diversa: poteri regolatori, poteri di vigilanza, poteri di controllo, poteri sanzionatori, forse anche poteri di gestione (come nel caso della raccomandazione vincolante). La natura degli atti di regolazione è, inoltre, assai discussa, anche in ragione delle oscure formule utilizzate dal legislatore: nelle norme si legge di una regolazione flessibile, ma vincolante e si elencano confusamente tipi di atti molto diversi, come linee guida, atti di indirizzo, bandi tipo o, ancora, atti “comunque denominati” con una formula che non aiuta la certezza del diritto.

In ogni caso le prime linee guida sono state approvate e sono state anche sottoposte al parere del Consiglio di Stato, che ha fornito alcune indicazioni metodologiche per il loro inquadramento, mentre rimane ancora da chiarire – e probabilmente solo l’esperienza potrà farlo – il rapporto fra il potere di regolazione e il potere di vigilanza e di controllo: si tratta di un rapporto strumentale fra questi e quello, come accade per le altre autorità di regolazione, o di una diversa configurazione?

Di questo come di altri problemi si discuterà ancora a lungo, in sede scientifica come in sede contenziosa. Il punto che vorrei però qui sottolineare è che il mercato dei contratti pubblici, in Italia, a differenza di quanto accade in altri paesi, è sottoposto alla regolazione di un'autorità indipendente e l'ambito di questa funzione di regolazione è sicuramente molto più ampio della sola lotta alla corruzione che dà la denominazione all'Anac.

Sono però anche evidenti le differenze rispetto agli altri mercati regolati, come il mercato delle telecomunicazioni, i mercati finanziari o il mercato dell'energia elettrica. In relazione a questi mercati le autorità indipendenti intervengono primariamente e prevalentemente per garantire la concorrenza e la parità tra gli operatori e la tutela degli utenti.

Nel caso del mercato dei contratti pubblici, invece, la tutela della concorrenza è affidata ad ogni stazione appaltante: ogni stazione appaltante deve tutelare ed assicurare la concorrenza nello svolgimento di ogni singola gara. Si tratta, inoltre, di un mercato strutturalmente diverso dagli altri mercati regolati, perché le stazioni appaltanti – al contrario degli operatori regolati sugli altri mercati – non possono liberamente decidere di entrare o uscire dal mercato, in quanto la funzione di *public procurement* è una funzione doverosa. Questo profilo potrebbe peraltro in parte modificarsi se si realizzerà il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, in quanto soltanto alcune di esse saranno ammesse sul mercato e potranno, sempre sul mercato, offrire le proprie prestazioni alle amministrazioni pubbliche non qualificate.

Varrebbe forse allora la pena di immaginare come questo incontro – originalmente e singolarmente italiano – fra il mercato dei contratti pubblici e la regolazione indipendente potrebbe svilupparsi. La funzione di regolazione potrebbe interpretarsi non come una mera sostituzione della funzione di attuazione della legge precedentemente attribuita al regolamento ministeriale, ma come l'occasione per sviluppare gli strumenti di una vera e propria regolazione tecnica ed economica, ponendo mano a strumenti come le analisi di mercato, i *market tests*, l'individuazione di regole pro-concorrenziali diverse a seconda delle dimensioni dei contratti e delle stazioni appaltanti chiamate ad aggiudicarle, la valutazione periodica *ex post* dei risultati raggiunti dalle regole e quindi la conseguente opera di affinamento e modifica. In altri termini, si tratterebbe di sviluppare la regolazione del mercato dei contratti pubblici nella stessa direzione che caratterizza la regolazione indipendente per altri mercati. Proprio grazie a questa capacità e strumentazione tecnica, del resto, le autorità indipendenti, nell'ordinamento italiano come in quello europeo, hanno trovato la giustificazione della propria legittimazione e la capacità di essere *accountable*, necessaria ormai per l'esercizio di qualsiasi potere pubblico negli ordinamenti democratici.

Per fare un solo esempio: è evidente che il mercato dei contratti pubblici in Italia soffre di un duplice problema dimensionale, relativo sia alla frammentazione delle stazioni appaltanti, sia alla diffusa presenza di micro imprese con una limitatissima capacità di offrire prestazioni di qualità, di sviluppare ricerca, di produrre innovazione.

Il problema è stato affrontato, almeno ipoteticamente, sotto il primo profilo, con le misure di riduzione e di aggregazione delle stazioni appaltanti, peraltro ancora lontane da un soddisfacente grado di attuazione. Occorrerebbe però affrontare, proprio mediante la regolazione indipendente, anche il secondo profilo, tenendo conto naturalmente del *favor* che le stesse direttive europee esprimono per le piccole e medie imprese, ma cercando di orientare verso la crescita dimensionale almeno le microimprese, che non sono in grado di dare prestazioni di qualità, hanno un basso tasso di efficienza e affollano il mercato, contribuendo appunto alla sua inefficienza complessiva.

L'elaborazione di strumenti di analisi di questo problema e la produzione di regole che lo affrontino e lo correggano sarebbe un contributo importante della regolazione indipendente alla costruzione di un mercato dei contratti pubblici più efficiente, sia dal lato della domanda, sia dal lato dell'offerta.

QUALIFICAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI E CENTRALIZZAZIONE DELLE COMMITTENZE*

Paola Chirulli

- 1. Specializzazione e professionalizzazione della committenza nel nuovo codice –*
- 2. Le centrali di committenza: quadro normativo e criticità – 3. La qualificazione delle stazioni appaltanti – 4. Riflessioni conclusive*

* Aggiornamento della relazione svolta in occasione del Seminario “*Qualità ed efficienza nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prospettive e questioni aperte*” tenutosi a Roma, presso Banca d’Italia, il 17 gennaio 2017. Si ringrazia l’Avv. Samuel Bardelloni per il prezioso ausilio nell’editing del testo e nel reperimento del materiale bibliografico.

Il tema che mi è stato assegnato è centrale, non soltanto nell'ambito del convegno odierno, che verte su qualità ed efficienza nel nuovo codice dei contratti, ma nel disegno complessivo del nuovo codice, oltre che nella pratica quotidiana dell'attività contrattuale delle amministrazioni e, più in generale, in una prospettiva di sostegno alla crescita economica e al progresso dell'innovazione attraverso la gestione del *public procurement* italiano.

1. Specializzazione e professionalizzazione della committenza nel nuovo codice

Il titolo II, parte seconda del codice, sotto la rubrica “Qualificazione delle stazioni appaltanti” vede uniti un istituto più conosciuto e sperimentato – quello delle forme di aggregazione della domanda negli appalti pubblici e delle centrali di committenza – e un istituto nuovo, quello della qualificazione delle stazioni appaltanti.

Il codice da una parte valorizza e rende in molti casi necessario il ricorso alle centrali di committenza, disciplinandone le diverse modalità di utilizzazione, dall'altra condiziona la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di svolgere in modo autonomo il ruolo di stazione appaltante al conseguimento di una necessaria preliminare qualificazione, salvo un periodo di moratoria previsto in via transitoria.

Un'importante conseguenza di ciò è che, con l'entrata a regime del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, non necessariamente chi è qualificabile come amministrazione aggiudicatrice nel senso giuridico/formale, perché vincolato al rispetto del codice in virtù del suo ambito soggettivo di applicazione, potrà rivestire anche la qualifica sostanziale di stazione appaltante.

Tra i due poli estremi, inoltre, vi sono oggi diverse sfumature, giacché è previsto che l'amministrazione aggiudicatrice possa condividere, in tutto o in parte, la funzione di stazione appaltante con una centrale di committenza, con la conseguente responsabilità congiunta di entrambe per le attività svolte in fase di gara.

Entrambi gli istituti trovano dunque le loro radici in un presupposto comune – oggi reso esplicito dal codice, che le riunisce all'interno del medesimo titolo – che è quello della necessaria qualificazione di qualsiasi soggetto che venga chiamato a svolgere il ruolo di stazione appaltante. Si tratta di aspetti assolutamente centrali anche nella normativa comunitaria, che già nelle direttive del 2004 aveva dedicato spazio alle centrali di committenza¹. Ed infatti, è vero che le nuove

¹ Cfr. gli ampi riferimenti in L. DONATO (a cura di), *La riforma delle stazioni appaltanti. Ricerca della qualità e disciplina europea*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, n. 80, febbraio 2016. Sull'argomento, si veda anche M. DE BENEDETTI, *I soggetti aggiudicatori: nuovo modello organizzativo nella pubblica amministrazione italiana*, in *Amministrazione in cammino*, 2017, 2 ss.; S. MARTINO, *Art. 37 aggregazione e centralizzazione delle committenze*, in R. GAROFOLI-G. FERRARI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Roma-Molfetta, 2017, I, 764 ss.

direttive assomigliano di più, nell'oggetto e nella modalità di stesura, alla nostra legislazione in materia di contratti pubblici, perché per esempio contengono previsioni molto più dettagliate sulle cause di esclusione e su tutta una serie di modalità procedurali, o sulla fase di esecuzione del contratto, sul subappalto, intervenendo su aspetti che, finora, si ritenevano più di pertinenza del legislatore interno. È altresì vero che le direttive continuano a svolgere un ruolo di traino, o di stimolo verso l'innovazione, ponendo nuovi obiettivi ai quali i legislatori nazionali debbono conformarsi con la legislazione di recepimento².

L'innalzamento del livello qualitativo delle commesse pubbliche, siano esse affidate da singole stazioni appaltanti o da centrali di committenza, è certamente tra questi.

L'aspetto della specializzazione delle stazioni appaltanti non è trattato direttamente, e in quanto tale, dalle direttive europee, ma ne è un chiaro presupposto e una condizione di effettiva attuazione. È evidente infatti che, pur prestando apparentemente solo attenzione alle centrali di committenza e all'aggregazione della domanda, le direttive, nel disciplinare gli istituti più caratterizzanti e innovativi, presuppongono delle stazioni appaltanti competenti che siano capaci – e che si debbono rendere tali – non soltanto di confezionare e seguire procedure che garantiscano un confronto concorrenziale effettivo e paritario, ma che debbono essere in grado di fare, dell'attività di affidamento degli appalti pubblici, anche e soprattutto un'occasione di innovazione, di sperimentazione e di innalzamento della qualità complessiva della domanda e dell'offerta³.

² Le direttive europee del 2014, che sono state recepite nel nuovo codice, sono contraddistinte da un approccio diverso rispetto al passato, che collega gli appalti pubblici alla Strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, attraverso una serie di innovazioni volte ad accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitare la partecipazione delle piccole e medie imprese e migliorare l'uso degli appalti per sostenere il conseguimento di obiettivi di carattere sociale.

³ In questo senso, l'art. 37 della direttiva n. 2014/24 auspica il superamento della frammentazione delle centrali di committenza introducendo strumenti funzionali ad aumentare la professionalità delle stazioni appaltanti con lo scopo di prevenire fenomeni di cattiva gestione delle risorse pubbliche, anche mediante la realizzazione di economie di scala che comportano prezzi e costi delle transazioni rivisti al ribasso. L'aggregazione della domanda infatti comporta un più ampio volume dell'oggetto di appalto da cui può discendere, in condizioni di concorrenza pura, sia la riduzione di prezzo dei beni acquistati, sia l'offerta di servizi a costi minori. Inoltre, la centralizzazione delle funzioni di committenza, riducendo il numero di entità organizzative coinvolte nell'esercizio della funzione amministrativa, diminuisce il costo dei controlli connessi alla legittimità delle procedure di gara, ottimizzandone l'efficacia anche in funzione preventiva dei fenomeni corruttivi o di mala amministrazione. Sul piano economico, inoltre, le decisioni assunte dai soggetti aggregatori sono idonee a fissare livelli di qualità e prezzo per una serie molto ampia di categorie merceologiche, indirizzando in questo modo anche le amministrazioni non aggregate nella fissazione delle proprie basi d'asta. Ciò nondimeno, l'aggregazione della domanda può determinare una eccessiva concentrazione del potere di acquisto, con l'implicazione di un forte incentivo alla creazione di cartelli e accordi collusivi tra operatori economici funzionale alla spartizione dei lotti di gara in violazione del principio di massima concorrenza. Su questi aspetti cfr. S. MARTINO, *Art. 37 aggregazione e centralizzazione delle committenze*, cit., p. 768 ss.; L. FIORENTINO, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 4; G.L. ALBANO, A. CIPOLLONE, M. SPARRO, *Divisione in lotti, partecipazione e competizione nelle gare d'appalto*, Quaderno n. 2/2016 dell'Ufficio studi di Consip S.p.A., pubblicato all'indirizzo www.consip.it.

La disciplina del codice consiste solo in parte nel recepimento della direttiva ed è anche collegata alla specifica attuazione della delega nei punti che riguardano la c.d. “professionalizzazione” delle stazioni appaltanti (art. 1, lett. bb), la riduzione del loro numero, in connessione con l’obbligo per le amministrazioni non qualificate di utilizzare le centrali di committenza o aggregarsi. E allora non sorprende che nel nuovo codice dei contratti uno spazio assai più ampio stavolta sia stato dedicato, appunto, alla disciplina dei profili organizzativi connessi alle procedure di affidamento dei contratti pubblici⁴.

Oggetto di disciplina non sono soltanto i profili soggettivi, ma anche altri, che tuttavia li presuppongono: ad esempio una particolare attenzione viene rivolta a tutte le attività propedeutiche alla stesura e all’avvio della procedura di gara, secondo l’idea che la stazione appaltante innanzitutto debba programmare e progettare, ossia individuare preventivamente, le proprie esigenze calibrando su di esse la singola procedura di gara. Vi è quindi un’attività di analisi e di ricerca che richiede, ancora una volta, qualità ma soprattutto competenze e sapere specializzato da parte delle stazioni appaltanti.

Anche a queste finalità si collega la previsione di nuove norme dedicate alla domanda oltre che all’offerta nei contratti pubblici.

Nella normativa più risalente tali previsioni si limitavano per lo più a definire i requisiti legali per essere qualificati come amministrazione aggiudicatrice. Tuttora esse hanno grande importanza, e lo dimostra la complessità delle definizioni contenute nell’articolo 3 del codice. E tuttavia, alle norme volte a definire i vari tipi di soggetti tenuti, in tutto o in parte, all’applicazione della disciplina contenuta nel codice, di tenore potremmo dire formale, si affianca oggi una disciplina di sostanza, che per la prima volta si sofferma sui requisiti qualitativi che un soggetto deve avere per poter svolgere il ruolo di stazione appaltante.

Ne deriva un sistema in cui non necessariamente chi risulta “amministrazione aggiudicatrice” nel senso formale, ai sensi cioè delle definizioni contenute nel citato articolo 3, perché sottoposta alle norme e alle procedure contenute nel codice, deve poi necessariamente improvvisarsi anche stazione appaltante. Anzi, l’equivalenza si ribalta e cioè si muove dal presupposto che solo chi è in grado di svolgere adeguatamente quella funzione, perché sufficientemente qualificato, sarà il soggetto che materialmente applicherà e utilizzerà gli istituti e le norme del codice, ossia svolgerà le procedure di gara, mentre il mancato possesso della qualificazione comporterà la necessità di avvalersi, in tutto o in parte, di modalità sostitutive, ausiliarie o cooperative, di cui si tratterà più ampiamente nel prosieguo.

⁴ In argomento v. anche G. MARCHIANÒ, *la regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento della nuove direttive: il ruolo dell’amministrazione*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2016,1.

Le due qualifiche di stazione appaltante (che svolge le gare) e di amministrazione aggiudicatrice (che sono tenute ad affidare contratti secondo le previsioni del codice) sono dunque potenzialmente, anche se non necessariamente, disgiunte e soggette a requisiti formali e sostanziali diversi.

Questa nuova parte del codice appare in linea con la disciplina di fonte europea, che non si limita a richiedere l'utilizzo di tecnologie adeguate e un sempre crescente esperimento di procedure svolte interamente per via telematica, così come uno snellimento degli adempimenti burocratici attraverso la condivisione di banche dati. Quel che viene richiesto è altresì il possesso di una notevole *expertise*, che non consiste soltanto nella padronanza degli strumenti informatici e delle tecniche giuridiche necessarie per svolgere le procedure, ma anche nella capacità di conoscere e analizzare il mercato di riferimento, prevedendone comportamenti ed evoluzione, nonché di applicare queste conoscenze alla progettazione ancor prima che all'esecuzione delle procedure di gara⁵. Ed è questa l'*expertise* fondamentale che viene richiesta alle centrali di committenza.

Di qui, le previsioni innovative sulla qualificazione delle stazioni appaltanti, che si collegano strettamente a quelle sulle centrali di committenza, e quindi la creazione di un sistema volto a creare un collegamento necessario tra stazione appaltante e forme di aggregazione della committenza, con la previsione di una serie di modalità cooperative tra amministrazioni.

Il percorso verso la ricerca di una maggiore qualità nella domanda non si ferma alla qualificazione delle stazioni appaltanti, ma si completa a valle con la nuova disciplina delle commissioni giudicatrici e dei requisiti che deve possedere chi vi fa parte⁶. C'è dunque una sorta di corrispondenza tra i requisiti di qualificazione richiesti alle centrali di committenza e alle stazioni appaltanti e requisiti di professionalità e competenza richiesti ai singoli commissari di

⁵ Sottolinea questo aspetto C. PANETTA, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in www.giustamm.it, 2016, la quale osserva come “per gestire adeguatamente il processo di acquisti pubblici sono necessarie diverse professionalità che difficilmente si ritrovano nelle strutture attuali. In particolare, sono necessarie, ma spesso carenti, diverse competenze: giuridica (normativa, regolamenti interni, bandi, ecc.), tecnico/merceologica (specifiche tecniche dei beni/servizi acquistati, mercato di fornitura, ecc.); economico/gestionale (monitoraggio della spesa, analisi dei consumi, gestione informatica delle procedure, ecc.); pianificazione della spesa (“progetto di servizio”, omogeneizzazione dei fabbisogni, ecc.)”.

⁶ Sul punto, cfr. gli artt. 77 e 78 del codice, completati anche dalle Linee Guida ANAC n. 5, recentemente aggiornate al decreto “correttivo”. La disciplina è piuttosto complessa e non può essere qui richiamata. Essenzialmente, al fine di prevenire e contrastare perniciosi fenomeni di corruzione e *mala gestio*, assicurando al contempo l'esigenza di trasparenza, imparzialità e competenza professionale, viene circoscritta la possibilità che facciano parte delle commissioni giudicatrici soggetti appartenenti alla stessa stazione appaltante e viene creato un albo dei commissari, tenuto dall'ANAC, diviso per aree tematiche, volto a garantire l'imparzialità oltre che l'*expertise* di chi fa parte delle commissioni giudicatrici. In particolare, soltanto in caso di affidamento di contratti per i servizi e le forniture d'importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, per i lavori di importo inferiore a un milione di euro o per quelli che non presentano particolare complessità (gestite mediante piattaforme telematiche di negoziazione), le stazioni appaltanti hanno la possibilità di nominare alcuni componenti interni, escluso il presidente della commissione, nel rispetto del principio di rotazione, restando invece obbligatoria la nomina di commissari esterni alla stazione appaltante in tutti gli altri casi diversi da quelli altrimenti tipizzati dal legislatore.

gara laddove saranno chiamati ad esprimere il proprio apprezzamento tecnico–discrezionale in ordine ai profili qualitativi delle offerte sottoposte alla loro valutazione.

Peraltro, non necessariamente la centralizzazione delle funzioni di committenza implica per un’amministrazione la rinuncia a svolgere la totalità delle funzioni di stazione appaltante. Vale la pena rammentare la recente giurisprudenza – pur destinata ad essere superata dalla futura attuazione delle nuove previsioni in materia di commissioni giudicatrici – in virtù della quale i membri della commissione debbono essere scelti tra i funzionari della diversa amministrazione (rispetto a quella che gestisce la gara) in favore della quale sarà resa la prestazione contrattuale dovuta dall’impresa aggiudicataria e nell’interesse della quale la centrale di committenza ha amministrato la gara⁷. Nel prossimo futuro siffatta necessità è destinata a venire meno dal momento che gli articoli 77 e 78 del codice prevedono la costituzione di un albo nazionale obbligatorio presso cui dovranno essere attinti, mediante pubblico sorteggio, i nomi dei componenti della commissione giudicatrice⁸. Ciò nondimeno, ferme restando le eccezioni contemplate dalle medesime norme citate, non è detto che l’amministrazione aggiudicatrice debba rinunciare all’esercizio di talune funzioni amministrative inerenti alla procedura di gara che non siano espressamente contemplate nella delega conferita alla centrale di committenza.

In questo senso, quindi, il codice è innanzitutto rivolto al recepimento della direttiva, nella parte in cui questa dedica uno spazio più ampio alle centrali di committenza, dall’altra parte però è anche strumento di attuazione di politiche nazionali e segnatamente di quella indirizzata a ridurre il numero delle stazioni appaltanti e innalzare il livello di qualità delle stesse⁹; obiettivo quest’ultimo che è un presupposto della normativa comunitaria, e del quale essa non si interessa

⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 28 marzo 2014, n. 1498, relativa alla centrale di committenza della Regione Lazio, nonché Cons. Stato, sez. III, 12 dicembre 2014, n. 6114.

⁸ Al momento della pubblicazione del presente lavoro, la disciplina attuativa degli articoli 77 e 78 del codice risulta formulata nelle citate Linee Guida n. 5, aggiornate dall’ANAC al decreto correttivo con deliberazione n. 4 del 10 gennaio 2018. La determinazione della tariffa di iscrizione all’Albo dei componenti delle commissioni giudicatrici e relativi compensi risulta invece specificata nel D.M. 12 febbraio 2018, pubblicato nella G.U.R.I. n. 88 del 16 aprile 2018. Ai fini della piena operatività delle norme in questione occorrerà attendere nuove linee guida dell’ANAC, da adottarsi entro il 16 luglio 2018, con le quali verranno fissati i termini di iscrizione all’Albo. A seguito di tale deliberazione l’Autorità dichiarerà operativo l’Albo e superato il periodo transitorio di cui all’art. 216, co. 12, primo periodo, del codice.

⁹ Secondo M. MACCHIA, Art. 38 – *Qualificazione delle stazioni appaltanti e centrali di committenza*, in G.M. Esposito (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Milano, I, 444 ss., gli obiettivi del meccanismo introdotto dal legislatore rispondono almeno a tre direttrici. La prima è la tutela della concorrenza. La frammentazione delle stazioni appaltanti implica una dispersione della domanda di contratti pubblici che tende a favorire gli operatori economici già presenti nel mercato (c.d. *incumbent*) a discapito delle nuove imprese entranti. La seconda direttrice riguarda l’efficienza delle pubbliche amministrazioni, connessa a una maggiore “professionalizzazione” e responsabilizzazione delle stazioni appaltanti che presuppone, tra l’altro, un corpo di dipendenti specializzato, specificamente dedicato, formato e aggiornato. La terza direttrice è individuata nel contenimento della spesa pubblica e nelle disposizioni di *spending review*, giacché la qualificazione procede di pari passo alla concentrazione delle stazioni appaltanti in un’ottica di riduzione dei costi, nonché dei tempi procedurali.

direttamente e probabilmente nemmeno potrebbe, trattandosi di un fattore di organizzazione interno, da lasciare alla legislazione e all'ordinamento dei singoli stati membri.

Prima di analizzare le singole novità, non può non sottolinearsi l'attribuzione di un ulteriore ruolo all'ANAC che, sulla base del sistema costruito dal nuovo codice, è chiamata a gestire e a supervisionare (oltre che a disciplinare attraverso linee guida) sistemi di qualificazione diversificati, della domanda e dell'offerta: da un lato quelli nuovi delle stazioni appaltanti, dall'altro quello già noto degli esecutori di lavori pubblici. Trattasi di compiti di amministrazione attiva, che si aggiungono a quelli di soggetto regolatore, in realtà quasi legislatore, e che pongono una serie di problematiche, connesse anche al fatto che l'ANAC gestirà il *rating* d'impresa¹⁰ e valuterà dunque, in parallelo, sia le stazioni appaltanti che le imprese aspiranti concorrenti.

Come per altre importanti parti del codice, questo ambizioso progetto è solo all'inizio e non soltanto perché la normativa è in attesa di trovare completa attuazione in sede regolamentare. È evidente che in questo caso le norme sono solo il presupposto per l'avvio (e nella migliore delle ipotesi, per un completamento) di una profonda trasformazione di sostanza che richiede un rinnovamento delle nostre amministrazioni (e non solo di quelle in senso tradizionale).

Il termine amministrazione – è bene ricordarlo – va qui inteso in senso quanto mai ampio, perché le amministrazioni aggiudicatrici, come noto, non sono quelle tradizionali¹¹, ma comprendono a vario titolo altri soggetti (imprese pubbliche

¹⁰ Di cui all'art. 83, co. 10, del codice, nel testo novellato dal decreto correttivo n. 56/2017. Per una ricostruzione di questo ultimo istituto, sia pure con riferimento al testo originario del codice, si rinvia al contributo di A. ZITO, *Il rating d'impresa nel sistema degli appalti pubblici: un contributo per la sua definizione e messa in opera*. Relazione tenuta al Convegno "L'aggregazione per l'efficienza e l'integrità dei contratti pubblici" organizzato dall'Università degli Studi di Torino nell'ambito del Master in Strategie per l'efficienza, l'integrità e l'innovazione nei contratti pubblici, Torino, 27 ottobre 2016, disponibile su www.giustamm.it, 2016. In argomento, cfr. anche l'Atto di segnalazione ANAC del 1° febbraio 2017 n. 2, recante "Proposta di modifica degli articoli 83, comma 10, 84, comma 4 e 95, comma 13, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50".

¹¹ Per avere un quadro, corredato da statistiche, dei principali committenti e del numero di procedure con relativi importi da questi svolte, possono consultarsi i rapporti quadrimestrali pubblicati dall'ANAC sul proprio sito istituzionale. Per l'analisi delle dinamiche del mercato dei contratti pubblici dal 2012 al 2016 si veda inoltre il documento pubblicato nel 2017 dal Servizio studi della Camera dei Deputati, in collaborazione con l'ANAC e l'Istituto di ricerca CRESME, "Il mercato dei contratti pubblici. Lavori, servizi e forniture nel periodo 2012-2016", in www.infoparlamento.it, ove sono riportati elementi di informazione sulla domanda e sulle aggiudicazioni di lavori, servizi e forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro, con particolare attenzione alle procedure di scelta del contraente adottate dalle oltre trentamila stazioni appaltanti nazionali, alla dimensione economica dei contratti, alle committenze e al territorio. Secondo quanto illustrato dal Servizio studi della Camera, "l'andamento del mercato dei contratti pubblici è condizionato in generale da una serie di variabili, che riguardano non solo il contesto normativo, ma anche il contesto economico interno, la disponibilità delle risorse finanziarie e la loro gestione; relativamente a tale ultimo aspetto, rilevano le questioni legate alla capacità amministrativa delle stazioni appaltanti riguardanti la pianificazione, la programmazione e il controllo". Inoltre, l'analisi dei dati per tipologie di stazioni appaltanti ha evidenziato "una riduzione delle procedure degli enti locali, degli enti della sanità e dei gestori di reti, infrastrutture e servizi pubblici e un aumento delle procedure attivate dalle centrali di committenza".

ad esempio) che vengono esentati dall'applicazione della normativa sulla centralizzazione delle committenze, nonché dalla normativa sulla qualificazione delle stazioni appaltanti¹². Ma su questo punto si tornerà nelle conclusioni.

2. *Le centrali di committenza: quadro normativo e criticità*

Conviene muovere dalle centrali di committenza, per la diffusione e la rilevanza che esse hanno nella pratica delle procedure di gara¹³, e perché sono il perno intorno al quale ruota la disciplina del codice, che ribadisce il *favor* per le forme di aggregazione della domanda, quale strumento cardine per diminuire in prospettiva il numero delle stazioni appaltanti¹⁴. D'altra parte la stessa normativa di fonte europea dedica oggi uno spazio più ampio alla centralizzazione della domanda: basta leggere i "considerando", lunghi e molto corposi della direttiva¹⁵. Anche se occorre tenere presente che la disciplina di fonte europea non prende una posizione così netta come quella del nostro legislatore nell'imporre il ricorso

¹² Cfr. in particolare l'art. 37 co. 14 e l'art. 38, co. 10, secondo cui sono esclusi dalla applicazione delle norme dettate in materia di centralizzazione e qualificazione della committenza "gli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici quando svolgono una delle attività previste dagli articoli da 115 a 121 e gli altri soggetti aggiudicatori di cui all'articolo 3, comma 1, lettera g)", ossia i soggetti privati che sono comunque tenuti all'osservanza delle disposizioni del codice.

¹³ Se si consultano i dati disponibili sul sito dell'ANAC, si può verificare che l'importo massimo complessivo è raggiunto dalle gare bandite dalle centrali di committenza. Dall'analisi delle procedure di affidamento perfezionate nella BDNCP tra il 2012 e il 2016 articolate per macrotipologie di stazioni appaltanti emerge: a) la forte contrazione, nell'ultimo anno, della domanda degli enti locali, degli enti centrali e dei gestori di reti, infrastrutture e servizi pubblici; b) la forte crescita, tra il 2012 e il 2016, della domanda delle centrali di committenza diverse da quelle che operano nel settore della sanità, tra le quali possono essere compresi anche i soggetti aggregatori di cui alla delibera ANAC n. 784 del 20 luglio 2016. In particolare, secondo quanto riportato nel documento del Servizio studi della Camera dei Deputati, "*Il mercato dei contratti pubblici. Lavori, servizi e forniture nel periodo 2012-2016*", cit., per le centrali di committenza diverse da quelle che operano nel settore della sanità (ivi compresi i soggetti aggregatori di cui alla delibera ANAC n. 784/16), aumentano progressivamente il numero di procedure e gli importi a base di gara, specie nell'ultimo biennio, per effetto della forte accelerazione del processo di aggregazione delle committenze. Il numero delle procedure attivate dalle suddette centrali di committenza è pari a 8.282 nel 2016, in aumento del 190% rispetto al 2015 e del 954% rispetto al 2012. Riguardo agli importi posti a base di gara, pari a oltre 15 miliardi, si rilevano aumenti superiori al 7% rispetto al 2015 e al 126% rispetto al 2012.

¹⁴ Secondo lo slogan da "32.000 a 34 stazioni appaltanti", coniato all'esito del "Tavolo tecnico dei soggetti aggregatori per l'acquisto di beni e servizi che svolgono funzione di centrali di committenza per le pubbliche amministrazioni", nel luglio 2015. L'idea di fondo, sottesa alla ratio dei soggetti aggregatori, consiste nel tentativo di ottimizzare l'efficienza operativa delle stazioni appaltanti, nell'ottica della razionalizzazione e del risparmio in termini di denaro pubblico, attraverso la drastica riduzione del numero dei soggetti abilitati a bandire le gare. Sull'argomento, si veda anche M. DE BENEDETTI, *I soggetti aggiudicatori*, cit., 12.

¹⁵ Si veda, ad es. il considerando (59) della direttiva n. 2014/24: nei mercati degli appalti pubblici si registra una forte tendenza all'aggregazione della domanda da parte dei committenti pubblici, al fine di ottenere economie di scala, ad esempio prezzi e costi delle transazioni più bassi nonché un miglioramento e una maggior professionalità nella gestione degli appalti. Questo obiettivo può essere raggiunto concentrando gli acquisti in termini di numero di amministrazioni aggiudicatrici coinvolte, oppure in termini di fatturato e di valore nel tempo. Tuttavia, l'aggregazione e la centralizzazione delle committenze dovrebbero essere attentamente monitorate al fine di evitare un'eccessiva concentrazione del potere di acquisto e collusioni, nonché di preservare la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato per le PMI.

alle centrali di committenza, ma muove da una presa d'atto, perché in diversi ordinamenti è una modalità organizzativa utilizzata con significativi vantaggi da decenni¹⁶.

Al tempo stesso, la citata direttiva mette in guardia sui rischi legati alla diffusa utilizzazione delle centrali di committenza e alla concentrazione che inevitabilmente si produce anche nel mercato degli appalti pubblici. A tal proposito occorre sottolineare che una delle politiche perseguite dalla legislazione europea di ultima generazione – ed esplicitamente menzionato in più punti dalla direttiva n. 24/2014 – è quella di favorire l'ingresso delle piccole e medie imprese (PMI) nel mercato degli appalti pubblici, e tuttavia, come si avrà modo di vedere nel prosieguo, siffatta strategia solo parzialmente può coincidere con una totale utilizzazione delle centrali di committenza. Nella consapevolezza di ciò, la posizione della direttiva è più equilibrata, limitandosi a contemplare le centrali di committenza e le forme di aggregazione della domanda come modalità da utilizzare e sfruttare al meglio, se non altro perché, come ha messo in luce lo studio dell'OCSE di qualche anno fa¹⁷, le centrali di committenza consentono notevoli risparmi, non soltanto in termini dei prezzi che si possono spuntare dalle imprese concorrenti beneficiarie dei maggiori volumi oggetto di appalto, ma anche grazie ai minori costi di transazione che la standardizzazione delle procedure può conseguire, specialmente nell'ipotesi di forniture seriali aggiudicate mediante procedure d'acquisto telematiche, che presuppongono l'uso di strumenti elettronici idonei ad assicurare la possibilità di riuso dell'elaborazione automatica dei dati permettendo quindi di ridurre al minimo i costi di informazione e di transazione¹⁸. A ciò si aggiungono inoltre i benefici connessi a fattori di natura non economica, come la più efficiente gestione delle procedure, la certezza tecnica e legale che le centrali di committenza sarebbero in grado di assicurare rispetto ai singoli committenti meno specializzati; e poi, non ultima, anche la possibilità di perseguire in modo più mirato *policy* aziendali finalizzate alla tutela dell'ambiente e delle politiche sociali, diffondendo anche *best practices* potenzialmente utili a indirizzare virtuosismi delle altre stazioni appaltanti non centralizzate.

Un aspetto importante, che le norme considerano forse scontato e del quale non si occupano, ma che in prospettiva potrebbe avere rilievo, riguarda la natura giuridica delle centrali di committenza.

Lo studio dell'OCSE appena menzionato esaminava vari modelli presenti negli ordinamenti europei, mettendo in luce che una caratteristica costante delle centrali di committenza è quella di essere soggetti che hanno una indubbia indipendenza economica, e che spesso hanno forma societaria, ma che incontrano molte restrizioni quanto allo scopo di lucro, sicché non sono

¹⁶ In Gran Bretagna, ad esempio, le centrali di committenza operano diffusamente fin dagli anni '70.

¹⁷ OECD (2011), *Centralised Purchasing Systems in the European Union*, SIGMA Papers, No. 47, OECD Publishing, Paris.

¹⁸ Cfr. il considerando (72) della direttiva appalti n. 2014/24.

soggetti che esistono al fine di conseguire un profitto e di norma non svolgono attività di natura industriale e commerciale. Tra l'altro, nel nostro ordinamento, detti soggetti sussistono comunque in numero limitato (ad oggi 32), posto che attualmente le centrali di committenza possono esercitare le proprie funzioni soltanto se iscritte nell'apposito albo gestito dall'ANAC¹⁹. Non è detto tuttavia che in futuro non possa sorgere il problema di centrali di committenza private che ambiscano all'accreditamento, così come non è esclusa la diffusione di forme di partenariato pubblico-privato destinate a operare proprio nell'ambito delle centrali di committenza²⁰. Sul punto, peraltro, si registra già qualche precedente giurisprudenziale che ha fatto chiarezza ad esempio sulla "competenza territoriale" delle centrali di committenza, oltre che sui requisiti soggettivi necessari per conseguire siffatta qualificazione²¹.

Questi aspetti acquisiranno una rilevanza importante nel prossimo futuro, quando si renderà obbligatorio (quanto meno per le stazioni appaltanti non qualificate) avvalersi delle centrali di committenza.

Il tema della natura giuridica delle centrali di committenza, che già in passato è stato fatto oggetto di approfondimento²², potrebbe divenire in prospettiva ancor

¹⁹ I soggetti aggregatori sono stati selezionati dall'ANAC attraverso una procedura che si è conclusa con il benestare della Conferenza Unificata il 16 luglio 2015. Fanno parte dell'elenco la Consip, una centrale di committenza per ciascuna regione, otto città metropolitane e altri soggetti che svolgono attività di centrale di committenza, qualificati presso l'ANAC. L'elenco è stato istituito con delibera ANAC del 23 luglio 2015 e da ultimo aggiornato con delibera n. 31 del 17 gennaio 2018. Quest'ultimo contempla allo stato 32 soggetti aggregatori, ivi comprese le centrali di committenza di ciascuna regione e provincia autonoma. Sul tema, si rinvia a G. FIDONE – F. MATALUNI, *L'aggregazione dei soggetti aggiudicatori di contratti pubblici fra ragioni di integrità, specializzazione e riduzione della spesa*, in *Foro amm.*, 2014, 2995 ss.; G.M. RACCA, *Le prospettive dell'aggregazione nell'amministrazione dei contratti pubblici*, in *www.apertacontrada.it*, 2014.

²⁰ Forme ampiamente diffuse in altri ordinamenti e soprattutto in settori, come quello sanitario, ad alto tasso di specializzazione tecnica, come rammenta M.G. RACCA, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggiudicazione dei contratti pubblici*, in *Italiadecide – Rapporto 2015. Semplificare è possibile: come le pubbliche amministrazioni potrebbero fare pace con le imprese*, 2015, 496 ss.

²¹ Ci si riferisce in particolare alla sentenza del TAR Lazio, sez. III, 22 febbraio 2016 n. 2339, la quale si è espressa sul *numerus clausus* delle centrali di committenza e sulle loro specifiche caratteristiche. In particolare, il G.A. ha precisato che "sussistono plurimi e inequivoci indici normativi che, anche oggi, fanno riferimento alla necessità di un ambito territoriale predefinito in certi casi delimitato già a livello di legislazione primaria (ambito nazionale per la Consip, ambito regionale per le centrali di acquisto regionali) e, in altri casi, rimesso invece a concrete e puntuali determinazioni del d.P.C.M. a ciò autorizzato (...). Deriva da ciò che, anche con riferimento al sistema oggi in vigore, può quanto meno affermarsi che certamente la pretesa attorea di svolgere la propria attività di centrale di committenza senza limiti territoriali, non può affermarsi in termini incondizionati, dipendendo tale possibilità di estensione operativa dalle determinazioni di coordinamento che il legislatore ha inteso rimettere alla fonte secondaria che è chiamata a delimitare, tra le altre cose, anche gli ambiti territoriali di operatività dei soggetti aggregatori diversi da quelli iscritti di diritto nell'apposito elenco. Il sistema che oggi si delinea, infatti, è caratterizzato da diversi livelli (anche territoriali) di operatività e dalla necessità di un numero chiuso di soggetti aggregatori ed implica, perciò, la necessità che siano evitate duplicazioni ed interferenze di ruoli ed attività tra soggetti chiamati, nei diversi ambiti di rispettiva competenza, a svolgere un servizio pubblico di rilievo ormai centrale nell'ordinamento amministrativo".

²² Sul punto cfr. C. ACOCELLA, *Art. 33*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, 2013, 475 ss. che si sofferma anche sul divieto della concessione di committenza, e sul profilo contiguo della creazione di soggetti *in house* con la finalità di svolgere le funzioni di centrale d'acquisto.

più importante, non tanto e non solo per la circostanza, quasi scontata, che esse debbono essere qualificate come organismi di diritto pubblico²³, e dunque applicare la disciplina contenuta nel codice, ma soprattutto per il rapporto che le lega alle stazioni appaltanti e per le modalità di affidamento di funzioni. Accanto al mercato degli appalti pubblici potrebbe crearsi dunque un mercato delle centrali di committenza, e non è detto che nuovi fronti possano aprirsi in prospettiva a forme di partenariato pubblico-privato.

Rispetto alla previgente disciplina comunitaria che prevedeva soltanto un articolo nella direttiva 18 del 2004, la disciplina contenuta nella direttiva n. 2014/24 è più ampia e molto più strutturata. Essa prevede in particolare un ventaglio ampio di possibilità, di tipo sostitutivo, di tipo ausiliario, congiunto e transfrontaliero²⁴. Vengono previste varie modalità che gli stati membri debbono poi disciplinare nella normativa di recepimento.

Le vigenti direttive predispongono uno strumentario piuttosto ricco che comunque punta, anche se a livello di normativa europea quest'obiettivo è più sfumato, verso una riduzione del numero di gare svolte su base individuale oltre che sulla riduzione del numero di stazioni appaltanti. L'utilizzazione di forme articolate e diversificate di aggregazione della domanda diventa dunque un obiettivo primario per il legislatore, sia europeo che nazionale.

Quanto all'aggregazione sostitutiva, ossia l'ipotesi nella quale la stazione appaltante si affida interamente alla centrale di committenza per delegarle l'attività negoziale, non ci sono particolari novità nella normativa di fonte europea, mentre ce ne sono alcune nel modo in cui quest'ultima viene trasposta nel nostro ordinamento, perché nell'odierno codice vi è l'obiettivo chiaro, stavolta esplicito, della riduzione del numero delle stazioni appaltanti che viene combinato con la limitazione della possibilità di svolgere le gare in autonomia quando non si è dotati della necessaria qualificazione. Quindi, in questo senso, c'è da una parte una compressione della stessa autonomia contrattuale delle stazioni appaltanti, dall'altra, invece, vi è una valorizzazione dell'autonomia organizzativa delle amministrazioni, le quali sono invitate a studiare le modalità aggregative più favorevoli all'attività contrattuale, oltre che ad avvalersi di centrali di committenza già esistenti²⁵.

²³ Secondo quanto indicato nell'Allegato IV al d.lgs. 50/2016 s.m.i., ad esempio, Consip è qualificabile come organismo di diritto pubblico quando agisce in qualità di centrale di committenza per le autorità sub-centrali, mentre secondo quanto indicato nell'Allegato III dello stesso codice, Consip è qualificabile come ente pubblico nazionale solo quando agisce come centrale di committenza per le amministrazioni centrali.

²⁴ Per un quadro delle forme di aggregazione della domanda nella direttiva 2014/24, E. CONTENTO-L. DONATO, *Dove portano le nuove direttive europee*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, cit., 105 ss.

²⁵ Spunti in questo senso nella relazione conclusiva di R. CAVALLO PERIN al convegno su *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. La strategia di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove direttive*, svoltosi al Consiglio di Stato il 14 maggio 2014, pubblicati sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

Le modalità di tipo sostitutivo sono indicate dalla direttiva citata e sono due:

- a) l'acquisizione di forniture e servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici, cioè il modello della centrale di acquisto, ruolo che nel nostro Paese svolge su larga scala Consip. Operando direttamente come centro di acquisto per le amministrazioni, la società è generalmente chiamata a stipulare convenzioni (accordi quadro) per conto del Ministero dell'Economia e delle Finanze (*ex art. 26 della legge n. 488/99*) nell'ambito delle quali i fornitori aggiudicatari si impegnano ad accettare ordinativi di fornitura emessi dalle singole amministrazioni abilitate al sistema "Acquisti in Rete", alle condizioni di prezzo e qualità offerte, fino a concorrenza del quantitativo massimo di beni e servizi oggetto di aggiudicazione²⁶;
- b) l'aggiudicazione di appalti e la conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati alle amministrazioni aggiudicatrici²⁷. Questa è una modalità più complessa e innovativa, che lascia alle amministrazioni un maggiore spazio di negoziazione e flessibilità, e che combina le caratteristiche delle citate convenzioni (utilizzate per merceologie standardizzate) e delle gare su delega, costruite sulla base delle specifiche esigenze dell'ente pubblico. Con l'accordo sono definite le clausole generali che, in un determinato periodo temporale (non superiore a 4 anni), regolano i successivi contratti applicativi da aggiudicare e stipulare a cura dei medesimi enti pubblici. Questi ultimi provvederanno pertanto a negoziare in autonomia i singoli contratti applicativi, personalizzati sulla base delle proprie esigenze²⁸.

Si tratta di modalità ampiamente utilizzate, ma non sempre in modo uniforme, che il codice intende rendere obbligatorie, forse anche vista l'insufficienza della previsione, già introdotta nella normativa previgente, della nullità dei contratti stipulati in violazione delle norme che prescrivono l'utilizzazione obbligatoria degli strumenti di acquisto centralizzato in chiave di contenimento della spesa pubblica²⁹.

²⁶ Sul tema, cfr. L. MINGANTI, *Gli acquisti delle amministrazioni tramite convenzioni quadro: il modello Consip*, pubblicato in due parti in Riv. trim. app., n. 4/2005 e n. 1/2006; D. COLACCINO, *L'approvvigionamento di beni e servizi tra Modello Consip e centrali d'acquisto locali*, in L. FIORENTINO – B.G. MATTARELLA (a cura di), *L'esternalizzazione delle gestioni amministrative nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2007, 117 ss.

²⁷ Cfr. l'art. 2, punto 14, lett a) della direttiva n. 2014/24.

²⁸ Per una ricostruzione della nozione e della natura giuridica dell'accordo quadro si rinvia a S. VINTI, *Gli accordi quadro e i sistemi dinamici di acquisizione*, in A. CANCRINI, C. FRANCHINI, S. VINTI (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Torino, 2014, 370 ss., nonché a S. BARDELLONI, *Accordi quadro nei settori speciali*, pubblicato nello stesso codice poc' anzi citato, 1342 ss.

²⁹ Per un riepilogo completo delle vigenti disposizioni in materia di centralizzazione degli acquisti e contenimento della spesa, aggiornato all'ottobre 2017, si veda l'Allegato 1 alla Circolare del 20 dicembre 2017, n. 33 - Quadro sinottico - della Ragioneria Generale dello Stato, disponibile su www.rgs.mef.gov.it.

Come si evince dall'ultimo bilancio pubblicato da Consip nel maggio 2017, risulta che il sistema delle convenzioni è quello più utilizzato³⁰, seguito dagli accordi quadro³¹, dagli acquisti attraverso il MePA, ovvero il mercato elettronico della P.A.³², e infine il sistema dinamico di acquisizione (c.d. SDAPA)³³.

Relativamente a questi ultimi due strumenti di acquisto, il MePA è rivolto agli acquisti sotto soglia europea. Si tratta di un mercato digitale in cui le P.A. abilitate possono acquistare beni e servizi offerti da fornitori abilitati a presentare i propri cataloghi sul sistema telematico. Consip definisce con appositi bandi le tipologie di beni e servizi e le condizioni generali di fornitura, gestisce l'abilitazione dei fornitori e la pubblicazione e l'aggiornamento dei cataloghi. Accedendo alla vetrina del MePA o navigando sul catalogo, le P.A. possono verificare l'offerta di beni e/o servizi e, una volta abilitate, effettuare acquisti

³⁰ Secondo l'ultimo bilancio Consip, nel 2016 il sistema delle convenzioni ha ricompreso 138 iniziative (pubblicate, aggiudicate, attive, non attive con contratti in corso di validità) registrando, da un lato, una leggera flessione negli indicatori di spesa presidiata (-5%, pari a circa 16.792 milioni di euro), risparmio potenziale (-5%, pari a circa 2.910 milioni di euro) ed erogato (-3%, pari a circa 3.550 milioni di euro) e, dall'altro, un consistente incremento in termini di valore di transato (+30%, pari a circa 3.856 milioni di euro) e di numero ordini di fornitura (+10%) rispetto all'anno precedente.

³¹ Secondo l'ultimo bilancio Consip, nel corso del 2016 sono state gestite e avviate 25 iniziative di accordo quadro afferenti a diverse merceologie per un valore complessivo di spesa presidiata di circa 2.700 milioni di euro, da ricondursi ai valori di spesa annua delle categorie merceologiche presidiate nel 2016 tramite accordo quadro e all'ampliamento del presidio a nuove categorie merceologiche (in particolare "servizi applicativi"). L'erogato ha raggiunto un valore di preconsuntivo 2016 pari a 70 milioni di euro grazie al contributo prevalente delle merceologie "trasferte di lavoro", "service dialisi" e "desktop outsourcing". Nel corso dell'anno sono stati pubblicati 111 appalti specifici per un valore bandito complessivo di circa 495 milioni di euro, di cui l'80% circa è stato realizzato sulle iniziative Servizi sistemistici e Servizi applicativi.

³² Secondo l'ultimo bilancio Consip, nel 2016 il MePA si è confermato come strumento complementare alle convenzioni Consip e agli altri strumenti di approvvigionamento messi a disposizione dal programma di centralizzazione degli acquisti. In particolare, nel corso dell'anno, a seguito della legge di stabilità 2016, che ha esteso l'oggetto degli strumenti di acquisto e di negoziazione messi a disposizione da Consip ai lavori di manutenzione, è emersa l'opportunità di ampliare la gamma dell'offerta MePA mettendo a disposizione 7 nuovi bandi. Inoltre, la copertura della spesa per beni e servizi è stata ampliata attraverso l'attivazione di quattro nuovi bandi per un numero complessivo di 41 bandi merceologici gestiti. Rispetto al 2015, i principali indicatori di performance hanno registrato una significativa crescita, in particolare l'erogato si è attestato a 2,3 milioni di euro (+22%), il numero di punti ordinanti attivi è risultato pari a 41.261 (+6%) e il numero di fornitori con cataloghi attivi nell'anno ha raggiunto quota 68.248 (+26%), dato quest'ultimo che conferma la diffusione capillare dello strumento nel mercato della fornitura. A conferma del primato del MePA come più grande mercato elettronico europeo dedicato alla P.A. rilevano i significativi aumenti del numero dei cataloghi attivi, pari a 83.861 (+16%) e degli articoli offerti, pari a 8.975.611 (+20%). Si è registrata invece una flessione dell'8% delle transazioni (600.517), collegabile all'intervento normativo inserito nella legge di stabilità 2016 che ha eliminato l'obbligo di utilizzo del MePA per gli acquisti al di sotto dei 1.000 euro.

³³ Secondo l'ultimo bilancio Consip, nel corso del 2016 è continuato il presidio delle merceologie degli 11 SDAPA già attivi, i quali sono stati ripubblicati nel corso dell'anno al fine di adeguare la documentazione al nuovo codice degli appalti (d.lgs. n. 50/2016). Inoltre, sono stati attivati ulteriori 6 bandi istitutivi SDAPA, di cui 3 in ambito spesa specifica sanitaria ("endoprotesi e mezzi di osteosintesi", "servizi di lavanolo", "rifiuti sanitari") e 3 in ambito spesa comune per servizi che richiedono anche un alto livello di personalizzazione ("servizi postali", "pulizia uffici", "servizi di ristorazione"). Nel corso dell'anno sono stati pubblicati 110 bandi semplificati/appalti specifici per un valore bandito complessivo di circa 11 miliardi di euro, per la quasi totalità (98% circa) realizzato sull'iniziativa "farmaci".

on line, confrontando le proposte dei fornitori e scegliendo quella più rispondente alle proprie esigenze.

Quanto invece al Sistema Dinamico di Acquisizione della P.A., si tratta di un processo di acquisizione interamente elettronico, previsto per le forniture di beni e servizi di uso corrente. Limitato nel tempo, il sistema rimane aperto per tutta la sua durata a qualsiasi impresa che soddisfi i criteri di selezione e che abbia presentato un'offerta indicativa conforme al capitolato di gara. Può essere assimilato a un mercato elettronico per acquisti sia sotto che sopra la soglia europea. Detto sistema rappresenta quindi uno strumento altamente innovativo che consente alle P.A. di negoziare gare in modalità totalmente telematica, invitando tutti gli operatori economici già abilitati al sistema (prequalificati) per l'intera durata del bando. L'impiego della piattaforma telematica consente una standardizzazione delle procedure e della documentazione di gara, una semplificazione delle modalità di partecipazione per le imprese, una significativa riduzione dei tempi di gestione della gara e di valutazione delle offerte per le amministrazioni nonché una maggiore concorrenzialità della procedura. Le amministrazioni che intendano realizzare un singolo appalto possono infatti pubblicare un bando di gara semplificato, a seguito del quale tutti gli operatori economici già ammessi potranno migliorare la propria offerta. Inoltre, esiste anche la possibilità per nuovi offerenti di aderire al sistema in qualunque momento, rendendo il meccanismo ancora più aperto, dinamico e concorrenziale.

Rispetto alla attività di centralizzazione della committenza si distingue poi la modalità ausiliaria di committenza³⁴, che consente alle stazioni appaltanti di avvalersi delle centrali di acquisto anche per una singola gara, ruolo questo che ad esempio la Consip svolge di frequente³⁵. In questo senso, di volta in volta,

³⁴ In particolare, l'art. 3, co. 1, lett. m) del codice definisce le attività di committenza ausiliarie quelle che consistono nella prestazione di supporto alle attività di committenza, in particolare nelle forme seguenti: "1) infrastrutture tecniche che consentano alle stazioni appaltanti di aggiudicare appalti pubblici o di concludere accordi quadro per lavori, forniture o servizi; 2) consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto; 3) preparazione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata; 4) gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata".

³⁵ Secondo l'ultimo bilancio Consip, nel corso del 2016 la centrale di acquisto ha fornito supporto attraverso la realizzazione di gare su delega in favore delle amministrazioni richiedenti. In particolare, sono state pubblicate due iniziative ("advisory piani di rientro ed. 3", "servizio integrato di gestione carta acquisti ed. 4"), e due aggiudicate ("trasporto valori ed. 3" e "servizi postali) a favore del Ministero dell'Economia e delle Finanze. Tra le iniziative realizzate a favore di altre amministrazioni si annoverano due iniziative aggiudicate ("realizzazione e gestione nuovo sistema informativo" e "servizi di tesoreria per IPA-Roma Capitale"), una iniziativa pubblicata ("organizzazione eventi per la Presidenza del Consiglio dei Ministri") e due pubblicate e aggiudicate nel corso dell'anno ("RC Auto ed. 8" e "selezione società di lavoro interinale per organizzazione eventi per la Presidenza del Consiglio dei Ministri"). Inoltre, nel corso dell'anno è stato fornito supporto alle amministrazioni richiedenti e ai soggetti aggregatori nella stipula/rinnovo di accordi di collaborazione per l'uso a titolo gratuito e nell'ambito del programma della piattaforma di *e-Procurement*, le cosiddette gare in ASP (Application Service Provider). Nello specifico, nell'ambito dell'accordo sottoscritto tra Consip, Ministero dell'Economia e delle Finanze e Ministero della difesa sono state pubblicate sei iniziative di gara e a livello territoriale, sono stati sottoscritti dei protocolli in ASP con alcuni soggetti aggregatori: Regione Siciliana, Provincia di Vicenza (una iniziativa pubblicata), Città Metropolitane di Milano (due iniziative pubblicate), Catania e Roma Capitale (una iniziativa negoziata).

la centrale di acquisto è delegata a indire una specifica procedura di gara, che viene progettata, organizzata e poi eventualmente anche eseguita. In questo caso viene da chiedersi come e a quali condizioni, perché è ovvio che se la finalità è innanzitutto quella della riduzione di spesa (anche se non solo), occorre accertare quale può essere il prezzo che la stazione appaltante è chiamata a versare laddove intenda beneficiare di siffatta esternalizzazione. E qui torna il tema dello scopo di lucro nelle centrali di committenza, tema questo che potrebbe in futuro diventare importante. Si pensi ad esempio alla tematica della cosiddetta “*transaction fee*”, che è quella percentuale che le imprese aggiudicatrici pagano per i costi della centrale di committenza. È considerata dal nostro Consiglio di Stato una modalità legittima³⁶, anche se applicata da alcune centrali di committenza, ma non da tutte, mentre a livello europeo è comunemente utilizzata, con una percentuale generalmente inferiore al 2%³⁷. Cosa diversa è il corrispettivo che viene chiesto all’amministrazione aggiudicatrice dalla centrale di committenza per la predisposizione e lo svolgimento di una procedura di gara *ad hoc* e che potrebbe anche avere un valore non indifferente, controbilanciando il contenimento della spesa, il che andrebbe naturalmente approfondito di volta in volta con puntuali analisi costi-benefici.

Quanto invece alla c.d. modalità cooperativa di cui possono beneficiare le stazioni appaltanti, questa consiste nella possibilità – per certi versi evocativa dell’istituto dell’avvalimento di cui all’art. 97 del codice, per altri invece dell’associazione temporanea d’impresa – di ricorrere al cosiddetto appalto congiunto occasionale, mettendo in comune con altre stazioni appaltanti risorse ed *expertise*, nonché, in prospettiva, la specifica categoria di qualificazione, quando il sistema introdotto dal legislatore entrerà a regime. Questo può essere senz’altro un istituto importante, che valorizza l’iniziativa organizzativa delle amministrazioni in vista di un vantaggio in termini di costi e di benefici.

A questo proposito, vale la pena di rammentare l’accento che la direttiva, e lo stesso codice, pone su modalità nuove di aggiudicazione degli appalti, come i partenariati per l’innovazione, procedure nelle quali la messa in comune di qualificazioni, competenze ed esperienze diverse, da parte delle stazioni appaltanti, può risolversi in un requisito vincente rispetto alla soddisfazione dell’interesse perseguito con l’attività negoziale. Sicché, in quest’ottica, la modalità cooperativa è senz’altro un’innovazione da salutare con favore.

Oltre a quelle poc’anzi descritte, vi è poi la modalità c.d. transfrontaliera, che consente l’utilizzazione della centrale di committenza di altro stato membro.

³⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 17 giugno 2014 n. 3042, commentata da M. MACCHIA in senso critico su *Giustamm.it*, 2016, *Il regime delle spese di funzionamento delle centrali di committenza*.

³⁷ A tal proposito si osserva che in sede di decreto “correttivo”, l’art. 41 del codice, recante “Misure di semplificazione delle procedure di gara svolte da centrali di committenza”, è stato novellato con l’introduzione del nuovo comma 2-*bis* a mente del quale: “è fatto divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché dell’aggiudicatario, eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme di cui all’articolo 58”, ovvero le piattaforme telematiche di negoziazione.

In prospettiva, l'aggregazione transfrontaliera della committenza non è di poco conto, perché prelude alla creazione di un mercato europeo delle centrali di committenza che asseconda l'evoluzione dell'offerta nei singoli mercati, suggerendo una prospettiva meno vincolata al territorio di origine e capace di sfruttare le reti tra imprese per favorire l'apertura di queste ultime, anche piccole e medie, ai mercati internazionali³⁸.

Su questa architettura, fondamentale concepita dalla direttiva come un ventaglio di possibilità offerte alle amministrazioni, si calano le norme del nuovo codice, che giungono alla disciplina delle centrali di committenza e dei soggetti aggregatori dopo aver chiarito preliminarmente cosa possono fare in autonomia le stazioni appaltanti, o meglio cosa non possono fare, in quanto sostanzialmente potrebbero anche trovarsi nella condizione di non poter concludere alcuna attività negoziale, specialmente se di rilevante importo.

Il codice, ai primi due commi dell'articolo 37, fissa delle soglie molto basse e diversificate per tipologia di appalto (40.000 euro per forniture e servizi, 150.000 euro per lavori). Con una sorta di crescendo di disposizioni, il legislatore muove da ciò che qualunque amministrazione aggiudicatrice può acquisire in autonomia, e che però è molto limitato – sempre potendosi avvalere in alternativa delle centrali di committenza – fino ad arrivare a disciplinare le situazioni nelle quali l'attività negoziale è subordinata all'intermediazione delle centrali di committenza o di altri soggetti aggregatori.

Intanto, il primo comma dell'articolo 37 opera una sorta di rinvio "esterno", ossia lascia ferme le norme stratificate, spesso caotiche, adottate con l'istituto della decretazione d'urgenza, che prevedono, anche per singole tipologie di appalto,

³⁸ Sul punto cfr. V. LEGGIO, *Le procedure di gara*, in S. Gallo (a cura di), *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, Rimini, 2014, nonché da ultimo, M. MACCHIA, *Art. 37 – Aggregazione e centralizzazione delle committenze*, in G.M. Esposito (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, cit., 433 ss. Con riferimento alle reti d'impresa, sia invece consentito rinviare a P. CHIRULLI, *La partecipazione delle reti ai procedimenti amministrativi*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, 2012.

forme obbligatorie di utilizzazione delle centrali di committenza per ragioni di contenimento della spesa o di prevenzione dei fenomeni di corruzione³⁹.

Attraverso il rinvio alle disposizioni in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti (ult. cpv. del primo comma), sempre necessaria per gli acquisti d'importo superiore alle predette soglie, la norma generalizza l'obbligo di avvalersi delle centrali di committenza, anche nelle sue forme ausiliarie, per le amministrazioni non in possesso di idonea qualificazione, ed è questo il punto di saldatura tra la disciplina delle centrali di committenza con quella sulla qualificazione di cui al successivo articolo 38.

Ad esempio, i comuni non capoluoghi di provincia, ai sensi del comma 4 dell'articolo 37, potranno soltanto, a quanto sembra, affidarsi alle centrali di committenza o alle unioni di comuni, oppure ricorrere alla Stazione Unica

³⁹ A partire dal 2012, il legislatore ha introdotto norme volte ad incrementare la quota di spesa pubblica gestita attraverso strumenti di centralizzazione. Con il decreto legge n. 52/2012 (c.d. decreto *spending review*) è stato imposto: a) l'obbligo per le P.A. statali di fare ricorso alle convenzioni Consip; b) l'obbligo per le ASL di fare ricorso alle convenzioni Consip se non presenti convenzioni regionali; c) l'obbligo per tutte le P.A. di ricorrere al MePA o altri sistemi telematici per acquisti sottosoglia. Con il successivo decreto legge n. 95/2012 (c.d. decreto *spending review due*) è stato altresì previsto: a) il principio di nullità dei contratti stipulati in violazione di obblighi di centralizzazione; b) la disciplina dei contratti ponte per le P.A. obbligate a ricorrere alle convenzioni Consip; c) l'obbligo di fare ricorso per tutte le P.A. e società del conto ISTAT a Consip o alle centrali di acquisto territoriali (CAT) per acquisti di determinate merceologie standardizzate o acquisti in autonomia a prezzi inferiori; d) la facoltà di recesso in caso di stipula di successiva convenzione Consip più conveniente; e) l'obbligo per le ASL di utilizzare gli strumenti telematici di Consip o delle CAT. Successivamente, con l'art. 1, co. 494, della legge di stabilità 2016 (legge 28 dicembre 2015, n. 208), per enumerate merceologie di spesa (energia elettrica, gas, carburanti rete ed extra-rete, combustibili per riscaldamento, telefonia fissa e mobile, buoni pasto), è stata prevista una deroga alla regola generale secondo cui è possibile acquistare autonomamente a prezzi inferiori a quelli delle convenzioni Consip e/o CAT, soltanto alle seguenti condizioni tipizzate dal legislatore, ovvero se: a) si ottiene un corrispettivo inferiore del 10% per le categorie merceologiche di telefonia fissa e mobile; b) si ottiene un corrispettivo inferiore del 3% per le restanti categorie, rispetto ai migliori prezzi di Consip e delle CAT di riferimento. Il successivo comma 510 prevede inoltre che le P.A. obbligate a ricorrere alle convenzioni Consip o a quelle delle CAT possono procedere ad acquisti autonomi solo a seguito di apposita autorizzazione, specificamente motivata dall'organo di vertice amministrativo e trasmessa alla Corte dei conti, qualora il bene o servizio oggetto di convenzione non sia idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza delle caratteristiche essenziali. Con i commi da 512 a 520, inoltre, il legislatore ha introdotto una disciplina specifica per l'acquisizione centralizzata dei beni ICT e di connettività, prevedendo l'obbligo per le amministrazioni pubbliche e le società inserite nel conto consolidato ISTAT di procedere ai propri approvvigionamenti esclusivamente tramite Consip o soggetti aggregatori per i beni e i servizi disponibili. È altresì prevista la possibilità di procedere autonomamente solo a seguito di apposita autorizzazione motivata dell'organo di vertice amministrativo, qualora il bene o il servizio non sia disponibile o idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno della P.A. ovvero in casi di necessità e urgenza per assicurare la continuità della gestione amministrativa (comma 516). Da ultimo, la legge di bilancio 2017 (art. 1, commi da 420 a 423) ha previsto l'ulteriore deroga secondo cui le P.A. obbligate a ricorrere a Consip o alle CAT possono procedere, qualora non siano disponibili i relativi contratti e in caso di motivata urgenza, allo svolgimento di autonome procedure di acquisto dirette alla stipula di contratti aventi durata e misura strettamente necessaria. Soltanto in tale caso l'ANAC potrà rilasciare il CIG altrimenti precluso per attività negoziali non centralizzate. Sul mancato riordino della materia si vedano le considerazioni critiche di M. MACCHIA, *ult. op. cit.*, 421 ss.

Appaltante⁴⁰, modalità complesse già in uso e che si sono stratificate nel tempo, ma che, alla luce della disciplina introdotta dal codice, sembrerebbero dire che, in questo caso, probabilmente il comune non potrebbe nemmeno qualificarsi in proprio; ma questo resta un punto aperto. Inoltre, non è chiarito espressamente se i comuni, almeno per gli appalti sotto soglia europea, possano comunque qualificarsi, ma dal tenore letterale della norma sembrerebbe ricavarsi che non possano. Anche in questo caso si resta in attesa del decreto attuativo del Presidente del Consiglio dei Ministri, con la conseguenza che la disciplina è ancora tutta *in fieri*. Si tratta comunque di una disciplina molto importante, perché ai limiti che riguardano semplicemente le caratteristiche per l'accreditamento delle centrali di committenza, essa aggiunge l'elemento territoriale, cioè l'individuazione di quegli ambiti territoriali di riferimento che sulla base del codice possono collegarsi ai cosiddetti ambiti territoriali ottimali per l'affidamento delle concessioni dei servizi locali di rete. Di qui, l'importanza della normativa in questione, che comporta ricadute organizzative significative, ma tutt'ora ancora in divenire.

3. *La qualificazione delle stazioni appaltanti*

Sulla qualificazione delle stazioni appaltanti il discorso non può che essere necessariamente breve e incompleto, perché quello che abbiamo oggi è semplicemente uno schema indicativo, un'idea di che cosa potrà essere il sistema di qualificazione e dei requisiti che consentiranno in futuro alle amministrazioni aggiudicatrici di qualificarsi come stazioni appaltanti e di poter indire in autonomia delle procedure di gara di importo superiore alle soglie fissate dal codice⁴¹.

Per completare il regime delineato dall'articolo 38 mancano il d.P.C.M. attuativo, che teoricamente sarebbe dovuto intervenire entro 90 giorni dall'entrata

⁴⁰ Ci si riferisce ad un altro istituto coerente con le disposizioni dell'art. 37 della direttiva n. 2014/24, sebbene finalizzato alla trasparenza e alla prevenzione dell'infiltrazione mafiosa nelle gare d'appalto nazionali. Le Stazioni Uniche Appaltanti (S.U.A.) curano l'aggiudicazione di contratti pubblici per la realizzazione di lavori, la prestazione di servizi e l'acquisizione di forniture per conto degli enti aderenti, in ambito regionale. Si tratta di centrali di committenza istituite presso il Provveditorato Interregionale alle Opere Pubbliche competente per territorio che hanno lo scopo di "assicurare la trasparenza, la regolarità e l'economicità della gestione dei contratti pubblici e di prevenire il rischio di infiltrazione mafiose", ma hanno anche la funzione di mettere a disposizione degli enti gli uffici, il personale, le competenze delle stesse, ove questo avvalimento possa favorire il perseguimento di obiettivi di efficienza, economicità, efficacia. L'istituzione della S.U.A. su base regionale consente di avvalersi di un soggetto sufficientemente vicino alla realtà territoriale ma rigorosamente vincolato al rispetto della normativa vigente in materia di contratti pubblici, che realizzi l'uniformità delle procedure di scelta del contraente nell'ambito del bacino di competenza. Sull'argomento, si veda inoltre la determina ANAC n. 3 del 25 febbraio 2105.

⁴¹ Sul punto, si rinvia a C. NUZZO, *Qualificazione delle stazioni appaltanti*, in M. Corradino, S. Sticchi Damiani (a cura di), *I nuovi appalti pubblici*, Milano, 2017, 136.

in vigore del codice⁴². In ogni caso non può essere sottovalutata la complessità di un'opera di valutazione così estesa e aperta a requisiti tra loro assai diversificati⁴³. In questo senso l'ANAC è incaricata di un compito particolarmente delicato e oneroso, che comporta l'esercizio di una notevole discrezionalità. Tra l'altro alcuni dei requisiti previsti dalla norma sono particolarmente rigorosi ed è ovvio che la loro ponderazione dovrà essere calibrata rispetto allo specifico ambito in cui la stazione appaltante vorrà chiedere di essere qualificata.

Si tratta di un sistema che sembra molto più complesso di quello a suo tempo previsto per l'albo dei costruttori.

I tempi di attuazione del sistema sono destinati a non essere brevi, dal momento che gli stessi non soltanto dipenderanno dall'adozione della disciplina attuativa (d.P.C.M.), ma anche dalle valutazioni dell'ANAC, alla quale spetta definire le modalità attuative per l'applicazione dei requisiti di qualificazione, stabilire il termine "congruo" da assegnare alle stazioni appaltanti per "dotarsi dei requisiti necessari alla qualificazione", e ancora stabilire i requisiti per ambire ad una qualificazione "con riserva".

Per inciso, non sfugge come all'ANAC venga richiesta una competenza tecnica ben superiore a quella attesa dalle stesse stazioni appaltanti.

L'autonomia contrattuale delle amministrazioni – almeno per quanto riguarda gli appalti di lavori, forniture e servizi – non è dunque più generale, bensì speciale

⁴² Fermi restando gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione, anche telematici, previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa, fino alla data di entrata in vigore del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti di cui all'art. 38, i comuni non capoluogo di provincia possono procedere all'acquisizione di servizi di importo inferiore a 40.000 euro e di lavori di importo inferiore a 150.000 euro direttamente e autonomamente, nonché attraverso l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza. Per svolgere procedure di importo superiore alle soglie indicate al periodo precedente, l'ente deve essere in possesso della necessaria qualificazione ai sensi dell'art. 38, che, nel periodo transitorio, si intende sostituita dall'iscrizione all'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti di cui all'art. 33-ter del d.l. 18 dicembre 2012 n. 179, convertito dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221. In particolare, per gli acquisti di forniture e servizi di importo superiore a 40.000 euro e inferiore alla soglia di cui all'art. 35, nonché per l'acquisto di lavori di manutenzione ordinaria d'importo superiore a 150.000 e inferiore a 1 milione di euro i comuni non capoluogo di provincia, se iscritti all'AUSA, possono procedere all'affidamento mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente, se disponibili. Al di fuori delle ipotesi sopra richiamate, detti comuni devono procedere secondo una delle modalità individuate al co. 4 dell'art. 37. Le stazioni appaltanti non iscritte all'AUSA procedono all'acquisizione di lavori, servizi e forniture ricorrendo a una centrale di committenza ovvero mediante aggregazione con una stazione appaltante iscritta all'Anagrafe. In questi termini si è espressa l'ANAC con il comunicato dell'8 giugno 2016.

⁴³ A norma dell'art. 38 commi 3 e 4 del codice, la qualificazione ha per oggetto il complesso delle attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, servizio o lavoro in relazione ai seguenti ambiti: a) capacità di programmazione e progettazione; b) capacità di affidamento; c) capacità di verifica sull'esecuzione e controllo dell'intera procedura, ivi incluso il collaudo e la messa in opera.

e condizionata⁴⁴ (tranne che per le centrali di committenza). Una volta approvati i regolamenti di attuazione ed entrato a regime il sistema di qualificazione, alle amministrazioni non qualificate sarà vietato rivolgersi al mercato proponendo una procedura di gara, al punto che non sarà loro concesso dall'ANAC il Codice Identificativo di Gara (CIG), necessario anche per il tracciamento dei corrispettivi d'appalto ai fini della normativa anticorruzione⁴⁵.

Sostanzialmente, per gli importi al di sopra delle soglie comunitarie, le amministrazioni, soprattutto quelle locali, hanno perso il potere di contrarre in via autonoma, e sono poste sotto tutela, dovendo avvalersi, in tutto o in parte, delle centrali di committenza o degli strumenti di acquisto da queste proposti.

Per poter indire in via autonoma procedure di gara al di sopra degli importi soglia fissati dal codice, le stazioni appaltanti dovranno dunque previamente conseguire una qualifica, il cui regime è tuttavia solo tratteggiato per grandi linee dall'articolo 38 citato. Il disallineamento tra la veste di amministrazione aggiudicatrice, che resterà la beneficiaria ultima del contratto, e il ruolo di stazione appaltante, che svolge le procedure di gara, sarà dunque una conseguenza inevitabile nei casi in cui le amministrazioni non otterranno (o non chiederanno neppure) la necessaria qualificazione, qualificazione che è assoggettata a un regime piuttosto complesso già solo nella sua intelaiatura teorica costruita dalle norme in commento.

In primo luogo, la qualificazione, non diversamente da quanto è previsto per le imprese esecutrici di opere pubbliche, non è generale, ma speciale, in quanto limitata a specifici ambiti di attività, bacini territoriali, tipologie contrattuali e fasce d'importo. Essa viene attribuita valutando le competenze delle stazioni appaltanti in quelli che vengono definiti come "ambiti" e che abbracciano l'intero ciclo di svolgimento dell'acquisizione di beni, servizi e lavori, ossia: la programmazione e la progettazione (che con il nuovo codice costituiscono attività fondamentali che la stazione appaltante è chiamata a svolgere prima di esperire una procedura), nonché l'affidamento e la verifica sull'esecuzione, comprensiva di collaudo e messa in opera. Non è chiaro (perché non si ricava dalla norma e non è stato

⁴⁴ Sul tema della conformazione dell'autonomia privata delle amministrazioni pubbliche sia consentito rinviare a P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2004. Con più specifico riferimento alla materia degli appalti, v. S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008.

⁴⁵ Così prevede il co. 8 dell'art. 38 del codice. Sulla disciplina del CIG e sulle conseguenze del non perfezionamento, si veda la delibera ANAC dell'11 gennaio 2017 recante: "Indicazioni operative per un corretto perfezionamento del CIG". In sostanza, il mancato rilascio del CIG da parte dell'ANAC costituirà la prima misura operativa di *enforcement* della disciplina della qualificazione, atteso che esso, come si legge nelle predette indicazioni operative "serve per operare una limitazione dell'attività svolta da stazioni appaltanti non qualificate". A tale previsione si affianca quella contenuta nel punto 4 della delibera, in cui si precisa che l'Autorità si riserva la facoltà di valutare il comportamento della stazione appaltante che eventualmente utilizzi un CIG non perfezionato, ferma restando l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 213, co. 9, d.lgs. 50/2016, per le quali si rinvia anche alla Delibera ANAC n. 949 del 13 settembre 2017, adottata per la modifica del c.d. "Regolamento unico in materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità".

ancora specificato da disposizioni attuative), se questi ambiti corrisponderanno a delle fasce di qualificazione per importi, come nel passato albo costruttori o nella attuale disciplina delle SOA.

All'interno di questi ambiti, o più correttamente complessi di attività, entrano in gioco i parametri che verranno utilizzati per saggiare la qualità della stazione appaltante, che opportunamente riguardano l'intero arco dello svolgimento, prima ancora della programmazione della procedura singola di affidamento, perché il codice, come detto, pone un'attenzione molto marcata anche sulle fasi che precedono l'avvio della gara. Si pensi, ad esempio, anche alla fase della progettazione e alle novità introdotte in tale ambito dal legislatore, specie in relazione alla tendenziale separazione tra attività di progettazione e attività di esecuzione di lavori pubblici prevista dall'articolo 59 del codice. È quindi chiaro che la valutazione delle competenze progettuali sarà prioritaria rispetto una valutazione che in ogni caso è destinata a estendersi anche alle capacità operative connesse all'intero arco dell'attività di committenza, dalla programmazione e progettazione fino all'esecuzione e al collaudo e alla messa in opera, nell'ipotesi di affidamento di lavori.

I parametri per valutare la capacità delle stazioni appaltanti si riferiscono sia all'organizzazione, sia all'attività, sia a requisiti premianti di tipo reputazionale, oggi sempre più importanti (anche per i soggetti che partecipano alle gare).

I primi (requisiti di base), quanto all'organizzazione, prevedono la valutazione delle strutture organizzative preposte all'attività contrattuale, e segnatamente la presenza di adeguate figure professionali nonché l'esistenza di sistemi idonei di formazione e aggiornamento. La valutazione delle strutture organizzative va letta in collegamento con le previsioni che riguardano i commissari di gara e il relativo Albo di cui all'articolo 78 del codice, e per il quale risultano già adottate le linee guida ANAC n. 5 recentemente aggiornate al decreto "correttivo" con deliberazione n. 4 del 10 gennaio 2018. Qualche perplessità sollevano le deroghe previste dalla norma in favore di enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici, ma che sono comunque chiamati a concludere le proprie attività negoziali nel rispetto delle procedure di evidenza pubblica delineate dal codice.

Quanto invece all'esperienza, verranno valutati il numero di gare svolte nell'ultimo quinquennio⁴⁶ (a loro volta suddivise per tipologia, importo e complessità), nonché l'intera *performance* contrattuale (numero di varianti, scostamenti delle spese effettive rispetto agli importi previsti in sede di gara, rispetto dei tempi di esecuzione), mentre separata rilevanza avrà la *performance* relativa ai pagamenti e alla loro puntualità rispetto ai termini di legge all'uopo prescritti per la c.d. lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Oggetto di apposita valutazione, sarà poi l'adempimento degli obblighi informativi nei confronti della stessa ANAC.

⁴⁶ Originariamente, l'art. 38, co. 4 lett. a) punto 4, prevedeva un triennio.

A questo punto risulta chiaro che, oltre ai tempi di attuazione della normativa, servirà un periodo di transizione prima che il sistema possa entrare a pieno regime, tanto che la norma prevede in capo all’Autorità di settore la possibilità di assegnare agli enti richiedenti la qualificazione un termine congruo entro cui conseguire i prescritti requisiti (comma 6), ovvero di qualificare con riserva, dando alla stazione appaltante un limite temporale per mettersi in regola (comma 7). Nel frattempo, è prevista un’iscrizione di diritto per taluni specifici soggetti aggregatori, in difetto della quale si sarebbe giunti alla paralisi del sistema. Detto beneficio interessa il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, compresi i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, Consip S.p.A., Invitalia S.p.A. e i soggetti aggregatori regionali, senza tuttavia che ci sia posti il problema di sottoporre a verifica anche la qualificazione di diritto dei suddetti soggetti aggregatori già operanti.

Separata valutazione sarà infine dedicata ai requisiti c.d. premianti: valutazione positiva (dell’ANAC) in ordine all’attuazione di misure di prevenzione dei rischi di corruzione e promozione della legalità; dotazione di sistemi di gestione della qualità ISO 9001 degli uffici e dei procedimenti (la Banca d’Italia ad esempio ne è dotata); applicazione di criteri di sostenibilità ambientale e sociale nell’attività di progettazione e di affidamento. In questo caso ricorre il tema della reputazione, proprio della tecnica della regolazione per incentivi, che ricorre anche nella previsione dei *rating* d’impresa e che rappresenta una costante molto diffusa nell’amministrazione europea.

A tutto ciò si aggiunge poi la disponibilità di tecnologie telematiche nella gestione di procedure di gara, requisito qualitativo che si affianca a quello relativo al livello di soccombenza nel contenzioso pregresso. Quest’ultimo punto presenta peraltro alcune potenziali criticità: si pensi, ad esempio, alla recente giurisprudenza in tema di risoluzioni contrattuali determinate *ex lege*, a causa della obbligatoria adesione delle amministrazioni agli strumenti di acquisto economicamente più convenienti forniti dalle centrali di committenza. Si tratta in questo caso di un elemento premiante che ha natura chiaramente discrezionale.

Infine, il comma 5 dell’articolo 38 dispone che la durata della qualificazione è pari a cinque anni, soggetta a possibile verifica a campione.

4. Riflessioni conclusive

Anzitutto è d’obbligo chiedersi se attraverso l’applicazione degli istituti qui illustrati si riusciranno a conseguire gli obiettivi che il codice si prefigge e che condivide con la normativa europea: l’innalzamento della specializzazione e dell’efficienza del sistema di affidamento, il contenimento della spesa e soprattutto la riduzione del numero delle stazioni appaltanti.

La risposta mi sembra possa essere di segno positivo, perché non appena entrerà a regime il sistema della qualificazione, diverse stazioni appaltanti si vedranno costrette a delegare le proprie attività negoziali laddove non riescano a conseguire dall’ANAC l’ambita qualificazione, ammesso che

abbiano effettivamente intenzione di chiederla. Bisognerà dunque attendere per comprendere come si orienteranno nella scelta. L'obiettivo della riduzione se non è immediato, è comunque prossimo.

Quanto alle criticità, la prima deriva dalla non autosufficienza del sistema attuale, che si regge sulla combinazione di due discipline diverse, l'una delle quali è in vigore (ed è quasi pienamente operativa) ovverosia quella delle centrali di committenza. L'altra, quella della qualificazioni delle stazioni appaltanti, non solo non è pienamente operativa, ma nemmeno è definita, se non nei suoi termini essenziali.

L'applicazione delle norme transitorie non impedirà certo di proseguire nella diffusione delle forme di aggregazione e di centralizzazione della committenza, che tuttavia opereranno in via automatica soltanto nei casi in cui vi sia l'obbligo di ricorrervi, rimanendo per il resto di portata facoltativa.

Ad oggi non possiamo dunque sapere se questa combinazione sarà vincente. Ciò nondimeno, l'esperienza ci insegna che il modello della centrale di committenza, sotto diversi profili, sta ben funzionando, soprattutto perché consente lo svolgimento di gare per via telematica e mette a disposizione delle stazioni appaltanti una *expertise* che esse spesso non possiedono.

Anche la centralizzazione della committenza ha i suoi punti deboli e per questo non può essere vista come salvifica. Già lo studio OCSE del 2011, sopra rammentato, si soffermava su talune criticità.

L'aggregazione della domanda può essere infatti foriera di una eccessiva concentrazione del potere di acquisto che favorisce sia la proliferazione di strutture monopolistiche, sia il rischio di collusione tra imprese mediante la creazione di cartelli anticoncorrenziali finalizzati a spartirsi quote di mercato. Il tutto a scapito non solo degli interessi delle stazioni appaltanti, ma anche delle PMI (per altro verso protette dal legislatore mediante una serie di accorgimenti sparsi nell'articolato del codice)⁴⁷.

D'altra parte, quelli indetti dalle centrali di committenza sono appalti di importo molto elevato, che comportano requisiti di partecipazione altrettanto elevati, oltre che onerosi (si pensi ad esempio ai maggiori importi delle garanzie chieste a corredo dell'offerta, proporzionali rispetto base d'asta), ragione per cui esigenze di tutela della concorrenza e di accesso al mercato impongono

⁴⁷ Senza pretesa di esaustività, si pensi, ad esempio, alla previsione di cui all'art. 36 del codice, in materia di contratti sotto soglia, la quale impone l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture anche nel rispetto del principio di rotazione degli inviti, in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. Si pensi inoltre alle disposizioni dell'art. 93, co. 7 in tema di garanzie per la partecipazione alla gara, laddove assicura alle microimprese, piccole e medie imprese una riduzione sull'importo della cauzione provvisoria pari al 50%. Si pensi poi al successivo comma 8, che esonera le microimprese, piccole e medie imprese dal presentare in fase di gara l'impegno di un fideiussore, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto.

una ponderata suddivisione dell'appalto in lotti (geografici, prestazionali e/o funzionali) che non può essere evitata se non previa adeguata motivazione⁴⁸.

Con riferimento alla suddivisione in lotti, si tratta di un tema dapprima guardato con sospetto dal legislatore laddove elusivo delle soglie europee a causa del frazionamento artificioso dei contratti e, successivamente, espressamente imposto dalla normativa europea e inserito nella nostra legislazione con la precisazione che il valore di cui tener conto per determinare il raggiungimento delle soglie è quello della somma dei lotti. La suddivisione dell'appalto in più lotti è considerata un valido strumento per stimolare la partecipazione delle PMI altrimenti escluse dalle gare, posto che, riducendo il valore del singolo contratto (ogni lotto, in generale, costituisce un contratto a sé stante), si permette l'aggiudicazione di contratti d'importo proporzionato al volume di affari delle imprese minori, evitando che le stesse restino costrette a lavorare esclusivamente per il tramite dei subappalti che vengono concessi loro dagli operatori economici più grandi nel mercato.

Mediante la suddivisione della base d'asta si ottiene come effetto la riduzione dei requisiti economici di partecipazione favorendo la partecipazione delle piccole e medie imprese, ma aumentare il numero dei lotti per favorire la partecipazione di imprese di minori dimensioni non garantisce, di per sé, che un maggior numero di contratti venga aggiudicato a PMI, ed anzi si corre il rischio di favorire un meccanismo di spartizione tra i membri di un cartello attivo nel mercato di riferimento.

Per questa ragione la suddivisione in lotti costituisce un esercizio tecnico molto delicato che richiede una attenta configurazione della *lex* di gara, delle sue clausole, e soprattutto della predisposizione dei meccanismi di aggiudicazione sulla base di formule matematiche, affidata ad esperti del settore e conoscitori

⁴⁸ Stabilisce infatti l'art. 51, co. 1, del codice che: "nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali (...), ovvero in lotti prestazionali (...) in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese (...)". In considerazione di ciò, la recente giurisprudenza amministrativa (specie TAR Lazio, sez. I-quater, 6 aprile 2017 n. 4293) non ha mancato di annullare una procedura di gara sotto il profilo del convogliamento in un unico lotto di attività distinte fra loro, circostanza di per sé idonea a vanificare i principi di massima concorrenzialità che presidono al diritto degli appalti pubblici.

del mercato di riferimento⁴⁹. Quindi la stessa suddivisione in lotti, che potrebbe risolvere il problema della concentrazione dell'offerta, se non opportunamente calibrata, può tradursi in un *vulnus* alla concorrenza, come testimoniato anche da recenti pronunce della giurisprudenza nelle quali ci si è trovati di fronte a procedure di gara apparentemente legittime ma confezionate in un modo tale da impedire, di fatto, la partecipazione piena delle PMI operanti sul mercato⁵⁰.

⁴⁹ Sull'argomento, si veda G.L. ALBANO – A. CIPOLLONE – M. SPERRO, *Divisione in lotti, partecipazione e competizione nelle gare*, *Quaderni Consip*, 2/16, ove si sottolinea, tra l'altro, che: “la scelta di suddividere o meno l'oggetto di gara in uno o più lotti non influenza solamente la partecipazione in gara, ossia il numero e le caratteristiche delle imprese coinvolte nella competizione, ma anche il loro comportamento strategico, e dunque il risultato economico della gara in termini di binomio prezzo/qualità”. Inoltre, evidenziano gli Autori, se la divisione di un contratto pubblico in più lotti può garantire la partecipazione anche di imprese di minori dimensioni, la maggiore partecipazione avrà l'effetto di alzare il livello di competizione, riducendo di conseguenza gli spazi di manovra per un eventuale cartello collusivo. E tuttavia, la suddivisione in lotti può anche agevolare il cartello attivo nel mercato consentendogli una divisione dei profitti collusivi tra i membri del cartello. Questo infatti potrebbe decidere di adottare un meccanismo di spartizione dei lotti, evitando di dover ricorrere a pagamenti incrociati che rappresentano una delle prove maggiormente ricercate dalle autorità per la concorrenza nella lotta ai cartelli. Gli stessi Autori ricordano poi che al fine di valutare come e in quale misura la divisione in lotti favorisce la collusione, la moderna microeconomia sottolinea l'importanza del numero di lotti messi a gara. Maggiore è il numero dei lotti, più alto sarà considerato il rischio di collusione. All'aumentare del numero dei lotti, infatti, il cartello ha a disposizione un numero maggiore di combinazioni per la spartizione, che è funzionale a conseguire la desiderata suddivisione dei profitti collusivi.

⁵⁰ Ci si riferisce in particolare alla sentenza del TAR Lazio, sez. II, 30 agosto 2016, n. 9441, confermata in sede di appello da Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038. Il G.A. in particolare si è pronunciato in relazione a una gara per il servizio di vigilanza privata del valore di 540 milioni di euro, ripartito dalla Consip in lotti del valore di circa 40 milioni di euro ciascuno. Il ricorso lamentava il fatto che la *lex* di gara avrebbe optato per una soluzione tale da favorire le imprese di grandi dimensioni (che coprivano il 65% del mercato), implicando l'espulsione di fatto dal mercato di tutte le altre (il 35% del mercato, rappresentato da imprese con una quota di mercato inferiore all'1%). I requisiti di capacità economico-finanziaria impedivano a molte imprese di partecipare individualmente. Il TAR ha decretato l'illegittimità della *lex* di gara sottolineando come l'art. 83, co. 2, d.lgs. n. 50/2016 imponga che i requisiti e le capacità per partecipare alle gare devono essere attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più alto numero di partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione. Tale fondamentale principio riguarda a maggior ragione le centrali di committenza considerata l'elevata incidenza che gli appalti dalla stessa affidati, per il loro valore e per l'estensione delle amministrazioni che se ne avvalgono, sono destinati ad avere sui relativi mercati. Il Collegio ha pertanto ritenuto che fosse “manifestamente illogico considerare ambiti territoriali ottimali (...), lotti per l'affidamento dei quali possono concorrere individualmente soltanto 24 imprese (18 secondo la puntuale ricostruzione operata dalla ricorrente), con esclusione delle altre numerosissime imprese, di piccole e medie dimensioni, che compongono il mercato. La scelta della centrale di committenza di suddividere il territorio nazionale in lotti di dimensioni tali da richiedere un fatturato specifico per la partecipazione in possesso solo degli operatori più rilevanti del mercato, pertanto, ha violato il fondamentale principio del *favor participationis* limitando in modo irragionevole la facoltà di presentazione individuale delle offerte e non garantendo in tal modo né l'esplicitarsi di una piena apertura del mercato alla concorrenza, né i risparmi di spesa potenzialmente derivanti da una più ampia gamma di offerte relative ai singoli lotti. L'ambito territoriale ottimale, in definitiva, dovrebbe consentire il funzionamento di un mercato in cui la facoltà di presentare offerte in forma singola sia concessa non solo ai *player* dello stesso, ma anche, per quanto possibile, alle imprese di medie e piccole dimensioni al fine di incentivare una concorrenza piena, con possibilità per ogni impresa di incrementare le proprie qualificazioni e la propria professionalità, e di trarre i potenziali benefici in termini di qualità di servizi resi e di prezzi corrisposti”. È interessante notare che la sentenza ha ritenuto che la possibilità di partecipare in raggruppamento di impresa o di ricorrere all'istituto del subappalto non può considerarsi di per sé modalità tale da escludere che vi sia una lesione dei principi di concorrenza nelle gare pubbliche.

Vi è infine un altro aspetto da considerare. Certamente le centrali di committenza possono essere uno strumento volto a favorire una maggiore concorrenza. Tuttavia, in alcuni casi si impone una particolare attenzione della committenza rispetto all'intero arco di svolgimento della procedura di gara; si richiedono anzi quasi delle capacità divinatorie per comprendere come potranno combinarsi le diverse offerte e se il risultato finale potrà effettivamente garantire la soddisfazione delle esigenze che hanno richiesto l'avvio dell'attività negoziale. Spesso l'effetto satisfattivo non è garantito. Alcuni lotti messi a gara possono ad esempio andare deserti perché evidentemente a monte è stata sbagliata la strategia di gara. Altre volte, invece, come successo in un recente caso giurisprudenziale, le clausole della *lex specialis*, in combinazione con "astute" offerte, hanno agevolato non solo comportamenti collusivi e distorsivi della concorrenza, ma hanno prodotto anche risultati antieconomici per l'amministrazione beneficiaria⁵¹.

Si è già detto che gli elevati volumi coinvolti negli acquisti centralizzati tendono a favorire i fornitori di grandi dimensioni e non i piccoli e nuovi entranti. Ciò può restringere la concorrenza, ostacolando l'ingresso di piccole e medie imprese. Queste ultime sono in molti casi costrette a partecipare in raggruppamento o tramite subappalto. Su questo fronte occorre certamente un impegno, come del resto viene richiesto anche dall'articolo 41, forse non perspicuamente intitolato "*Misure di semplificazione delle procedure di gara svolte da centrali di committenza*"⁵².

È stata ad esempio recentemente prospettata, a seguito di una impugnativa proposta dall'AGCM, una pregiudiziale comunitaria relativa alla disciplina degli accordi quadro (frequentemente utilizzati dalle centrali di committenza), i quali possono in taluni casi di fatto consentire, grazie all'indeterminatezza di alcune

⁵¹ Cfr., ad esempio, Cons. Stato, sez. IV, 21 marzo 2016 n. 1137, che ha annullato una gara in quanto l'effetto combinato delle clausole del bando era tale da determinare la presentazione di offerte che si rivelavano meno convenienti per l'amministrazione. Nella specie, le richieste delle singole amministrazioni per fornitura dei servizi di durata quadriennale, più convenienti, ma con importo che aveva la concreta possibilità di non raggiungere in svariati casi la soglia minima di € 300.000,00 all'anno, avrebbe permesso al fornitore di opporre un rifiuto (...) costringendo dunque le suddette amministrazioni a optare per i più costosi canoni di durata triennale, più remunerativi per le aggiudicatrici. Il G.A. ha peraltro rilevato come l'applicazione della *lex specialis* avrebbe conseguito un effetto contrario rispetto alla filosofia della istituzione della "centrale unica degli acquisti" attraverso la stipula di contratti quadro cui le singole amministrazioni sono obbligate ad aderire.

⁵² Il comma 1 dell'art. 41 prevede infatti, entro un anno dall'entrata in vigore del codice, l'emanazione di un d.P.C.M. volto all'individuazione delle misure di revisione e di efficientamento delle procedure di appalto, degli accordi quadro, delle convenzioni e in genere delle procedure utilizzabili da Consip, dai soggetti aggregatori e dalle centrali di committenza, finalizzate a migliorare la qualità degli approvvigionamenti e ridurre i costi e i tempi di espletamento delle gare, promuovendo anche un sistema di reti di committenza volto a determinare un più ampio ricorso alle gare e agli affidamenti di tipo telematico e l'effettiva partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese, nel rispetto delle disposizioni stabilite dal presente codice e dalla normativa dell'Unione europea.

loro clausole, l'estensione degli effetti contrattuali con la conseguente elusione dell'obbligo di indire apposite procedure di gara⁵³.

Non mancano inoltre rischi legati all'obsolescenza dei prodotti, che potrebbero non rispondere (o non rispondere più) alle effettive necessità delle stazioni appaltanti. E ciò tanto più nell'ambito delle forniture sanitarie, contraddistinte da una evoluzione continua. Occorre poi tenere presente che gli accordi quadro, a causa della loro durata (da due a quattro anni), possono impedire l'adattamento tempestivo ai repentini cambiamenti dell'offerta. Gli accordi quadro infatti a volte offrono un approccio troppo standardizzato, in particolare sotto il profilo tecnico, che non consente alle stazioni appaltanti di poter scegliere personalizzazioni del prodotto tali da soddisfare le effettive esigenze del caso, e costringendole invece in altre circostanze a optare per prodotti multifunzionali più costosi che tuttavia risultano sovradimensionati rispetto alle effettive esigenze.

Inoltre, se da un lato l'obbligo di aderire alle convenzioni centralizzate snellisce l'iter negoziale consentendo anche risparmi di spesa, dall'altro, non sempre pone al riparo dai rischi di contenzioso, che ad esempio si registrano in riferimento ai recessi contrattuali motivati con l'adesione alle convenzioni più convenienti *medio tempore* intervenute⁵⁴.

Infine, qualche perplessità suscitano anche le eccezioni previste dal legislatore rispetto all'ambito soggettivo di applicazione della disciplina in commento.

Entrambi gli istituti – quello delle centrali di committenza e quello della qualificazione – trovano applicazione per le stazioni appaltanti con esclusione degli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici

⁵³ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, ordinanza n. 1690/2017, che ha invitato la Corte di Giustizia dell'Unione europea a pronunciarsi sui seguenti quesiti:

- 1) se gli articoli 2 comma 5 e 32 della direttiva 2004/18/UE e l'articolo 33 della direttiva 2014/24/UE possano essere interpretati nel senso di consentire la stipulazione di un accordo quadro in cui:
 - a) un'amministrazione aggiudicatrice agisca per essa stessa e per altre amministrazioni aggiudicatrici specificamente indicate, le quali però non partecipino direttamente alla sottoscrizione dell'accordo quadro stesso;
 - b) non sia determinata la quantità delle prestazioni che potranno essere richieste dalle amministrazioni aggiudicatrici non firmatarie all'atto della conclusione da parte loro degli accordi successivi previsti dall'accordo quadro medesimo;
- 2) nel caso in cui la risposta al quesito (1) fosse negativa, se gli articoli 2 comma 5 e 32 della direttiva 2004/18/UE e l'articolo 33 della direttiva 2014/24/UE possano essere interpretati nel senso di consentire la stipulazione di un accordo quadro in cui:
 - a) un'amministrazione aggiudicatrice agisca per essa stessa e per altre amministrazioni aggiudicatrici specificamente indicate, le quali però non partecipino direttamente alla sottoscrizione dell'accordo quadro stesso;
 - b) la quantità delle prestazioni che potranno essere richieste dalle amministrazioni aggiudicatrici non firmatarie all'atto della conclusione da parte loro degli accordi successivi previsti dall'accordo quadro medesimo sia determinata mediante il riferimento al loro ordinario fabbisogno.

⁵⁴ Cfr. ad esempio la sentenza del TAR Emilia Romagna, Parma, 30 maggio 2017 n. 189. Peraltro, il contenzioso diventerà sempre più complesso e tecnico, perché deve poter entrare in delicate questioni che richiedono valutazioni di natura economica e una accurata conoscenza dei mercati di riferimento, oltre che la corretta applicazione di norme e principi alle procedure. Il che richiederà al giudice di affrontare questioni tecniche molto delicate.

(sostanzialmente le società pubbliche che non sono qualificabili come organismi di diritto pubblico). Tale previsione è stata ulteriormente precisata in sede di decreto “correttivo”, con specifico riferimento ai soggetti che operano nei c.d. settori speciali. Ancora una volta, si fonda l’applicazione di una disciplina complessa e importante per le sue ricadute, sull’inquadramento di un soggetto in una categoria piuttosto che in un’altra. E come è noto, la distinzione tra impresa pubblica, organismo di diritto pubblico e organismo di diritto pubblico c.d. *in parte qua* è tutt’altro che chiara. Il che non è senza conseguenze sull’effettiva applicazione della disciplina in questione e sugli strumenti alternativi che dovrebbero assicurare – anche presso i soggetti esclusi – il conseguimento degli obiettivi di fondo a cui la disciplina si informa.

Ferme restando le perplessità esposte, credo che le novità siano nel complesso da salutare positivamente, anche se l’orizzonte di attuazione è spostato in là nel tempo e non può escludersi che quando le odierne innovazioni saranno entrate a pieno regime, non vi saranno già nuove direttive europee da recepire.

**QUALITÀ ED EFFICIENZA DELLE STAZIONI APPALTANTI
E DELLE IMPRESE NEL NUOVO CODICE
DEI CONTRATTI PUBBLICI**

Luigi Donato

1. La qualità come filo conduttore del nuovo codice – 2. La lunga marcia delle stazioni appaltanti verso la qualificazione – 3. L'appalto congiunto occasionale – 4. L'impostazione della procedura: dalla programmazione all'esecuzione – 5. La difficile introduzione del rating d'impresa – 6. Le prospettive dell'evoluzione delle stazioni appaltanti

1. *La qualità come filo conduttore del nuovo codice*

L'analisi delle relazioni tra qualità ed efficienza nella normativa in materia di appalti pubblici e concessioni deve muovere da una considerazione di fondo: nonostante la mancanza di una norma definitoria di carattere generale, la qualità costituisce il filo conduttore del nuovo Codice dei contratti (D.lgs. n. 50/2016) che, sotto la spinta del legislatore europeo, è intervenuto con l'obiettivo primario di garantire la competitività e l'efficienza del sistema degli appalti, la riduzione degli oneri a carico della finanza pubblica, la prevenzione dei fenomeni corruttivi e l'ordinato svolgimento delle procedure.

In tale prospettiva il Codice, ricorrendo ad una tecnica normativa innovativa, incide in misura significativa sui profili organizzativi delle pubbliche amministrazioni, introducendo disposizioni in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti, di aggregazione della domanda e centrali di committenza; allo stesso tempo, la nuova normativa integra la disciplina della qualificazione degli operatori economici, prevedendo l'istituzione del sistema del *rating* di impresa.

Una riforma di tale portata non poteva che determinare un vivace dibattito tra gli operatori di settore anche in prospettiva critica, considerati i numerosi dubbi interpretativi determinati dalla formulazione delle norme del Codice. Le prime esperienze applicative hanno messo in luce la necessità, al di là delle correzioni formali⁵⁵, di affrontare numerose criticità sostanziali mediante l'adozione del decreto correttivo previsto dalla medesima legge delega⁵⁶.

Ciò premesso, il tema della qualità attiene, prima ancora che alla disciplina sostanziale del Codice, alla stessa tecnica normativa, rispetto alla quale il legislatore ha compiuto una scelta profondamente innovativa rispetto al passato. Abbandonando il modello del c.d. "doppio binario", ossia dell'adozione di un Regolamento di attuazione a completamento della normativa primaria dettata dal Codice, si è optato, in un'ottica di semplificazione, per un unico *corpus* legislativo e di attribuire all'ANAC un incisivo ruolo di regolazione, da esercitare attraverso l'adozione di Linee guida.

Si affida quindi a strumenti di regolazione flessibile la disciplina di dettaglio in un settore, quale è quello dei contratti pubblici, connotato dal particolare dinamismo e dalla necessità di continui interventi di riforma, aspetto questo emerso prepotentemente in vigenza del precedente Codice. Fin da subito, peraltro, sono emersi numerosi interrogativi sulla natura degli atti di regolazione adottati dall'ANAC e sulla loro difficile collocazione all'interno della tradizionale gerarchia delle fonti; considerata la natura vincolante di taluni atti di regolazione

⁵⁵ Cfr. l'*Avviso di rettifica*, in GU Serie Generale n.164 del 15 luglio 2016, con il quale sono state apportate numerose correzioni di carattere formale alle disposizioni del Codice.

⁵⁶ L'art. 1, comma 8, L. n. 11/2016 consentiva al Governo di adottare disposizioni integrative e correttive del Codice entro un anno dall'entrata in vigore del medesimo. Tale facoltà è stata esercitata mediante l'adozione del D.lgs. n. 56/2017 (cd. "decreto correttivo"), in G.U. n. 103 del 5 maggio 2017.

previsti dal Codice, i primi commentatori hanno evidenziato che si è probabilmente al di fuori del modello regolativo della c.d. *soft law*⁵⁷.

Non è peraltro scontato che la nuova tecnica normativa consentirà di pervenire effettivamente all'obiettivo dichiarato di semplificazione, considerato l'elevato numero di atti attuativi previsti dal Codice⁵⁸. È tuttavia indubbio che, nel confronto con il precedente modello del Regolamento di attuazione, lo strumento delle Linee guida, per la cui adozione è prescritta dal legislatore la consultazione preventiva degli operatori di settore, favorisca l'aderenza della regolazione alle esigenze degli *stakeholders*, e per tale via, la qualità della normativa⁵⁹. Nella medesima prospettiva, va salutata con favore la previsione di metodi di analisi e verifica dell'impatto della regolazione (AIR e VIR)⁶⁰, strumenti questi propri dell'analisi economica del diritto che hanno trovato larga applicazione nel mondo anglosassone ma che ancora stentano a farsi strada nel nostro ordinamento.

2. La lunga marcia delle stazioni appaltanti verso la qualificazione

In aggiunta all'obiettivo dichiarato di semplificazione, sotto il profilo sostanziale il Codice modula l'azione della stazione appaltante seguendo istanze apparentemente in contrasto: la nuova disciplina, per un verso, circoscrive l'autonomia dell'Amministrazione, ad esempio nella previsione della composizione della Commissione di gara, i cui membri saranno di norma esterni alla stazione appaltante, e nell'attribuzione all'ANAC di penetranti poteri di verifica della legittimità degli atti di gara; per altro verso, cerca di valorizzarne i profili di discrezionalità, ad esempio sotto il profilo della scelta del tipo di

⁵⁷ Cfr. R. DE NICTOLIS, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici, Urb. e app.*, 2016, 5, 507.

⁵⁸ In base al testo del Codice come modificato dal decreto correttivo, sono previsti 63 atti normativi ovvero di carattere generale da emanare. Di questi, circa 45 sono di competenza governativa, 15 di competenza ANAC mentre gli altri sono di competenza di autorità varie (CONSIP, Corte dei Conti, AGID). Dei 63 atti previsti, ne restano da adottare 41, mentre 22 sono stati emanati (tra questi anche le linee guida ANAC adottate ma rimesse in consultazione dopo il "correttivo"); per alcuni atti ancora da emanare (16) il Codice fissa dei termini di adozione, evidentemente non rispettati; per altre tipologie di atti, invece, il Codice non prevede termini. Tra i provvedimenti da approvare alcuni sono di particolare importanza, primo tra tutti il dPCM sulla qualificazione delle stazioni appaltanti, di cui nel febbraio 2018 è stato avviato l'iter per l'emanazione; mancano, inoltre, i decreti sulla qualificazione SOA e sulla progettazione dei lavori pubblici, le norme sul Direttore dell'esecuzione del contratto e sul Direttore dei Lavori (queste ultime in dirittura d'arrivo dopo il parere del Consiglio di Stato). Quanto ai provvedimenti ANAC, sono state adottate le principali linee guida, ma mancano ancora alcune significative (quelle sul rating d'impresa, sui concessionari, sui requisiti per le imprese in concordato preventivo, etc.). Oltre agli atti previsti dal Codice (come detto 63), l'ANAC ha emanato altre Linee guida (tutte non vincolanti) nell'ambito dei poteri concessi dall'art 216, comma 2, del Codice stesso. In particolare, sono state emanate 10 Linee guida (riguardanti, tra l'altro, i servizi legali e gli affidamenti ad unico fornitore).

⁵⁹ Art. 213, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016, secondo cui "...l'ANAC, per l'emanazione delle linee guida, si dota,.... di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione... in modo che siano rispettati la qualità della regolazione...".

⁶⁰ Si veda ancora l'art. 213, comma 2, cit.. L'analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR) è svolta nell'ambito dell'istruttoria finalizzata all'adozione di atti di regolazione, allo scopo di valutare l'impatto atteso delle opzioni di intervento considerate. La verifica di impatto della regolazione (VIR) consiste, invece, nella valutazione *ex post* del raggiungimento delle finalità di uno o più atti normativi, nonché nella stima degli effetti prodotti su cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni.

procedura⁶¹ e della determinazione degli elementi migliorativi nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'esistenza di tale apparente conflitto, in realtà, trova ragion d'essere nella considerazione che, se l'assenza di discrezionalità irrigidisce il sistema, conducendo a decisioni legittime ma non necessariamente rispondenti alle esigenze dell'Amministrazione e all'obiettivo dell'efficienza, l'eccesso di discrezionalità apre la strada alla controvertibilità delle interpretazioni e delle decisioni amministrative. L'individuazione di un punto di equilibrio tra tali spinte contrapposte passa attraverso la valorizzazione della professionalità delle stazioni appaltanti, cui il nuovo Codice subordina il riconoscimento di determinati spazi di autonomia e discrezionalità.

In ciò emerge chiaramente la sfida del Codice verso l'obiettivo della qualità.

Alla disciplina dei requisiti di qualificazione degli operatori economici il nuovo Codice aggiunge, dunque, la previsione di un sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, volto ad assicurarne l'adeguatezza, la capacità e la competenza in relazione alla procedura da svolgere. In tal modo la qualità, non più intesa come mera qualificazione dei concorrenti, diviene prima ancora carattere fondamentale e presupposto dell'attività della stazione appaltante, in mancanza della quale non è consentito lo svolgimento autonomo di procedure di gara anche a garanzia dei potenziali fornitori.

A fondamento di tale scelta normativa, si pone la diffusa consapevolezza della necessità di superare l'eccessiva frammentazione delle stazioni appaltanti. Ciò anche in linea con le novità in materia di criteri di aggiudicazione e moduli procedurali, che esigono l'intervento di stazioni appaltanti di maggiori dimensioni, specializzate e qualificate in relazione alla procedura da svolgere. A tale scopo, il Codice ha previsto la costituzione di un "sistema chiuso", nell'ambito del quale, per le procedure di maggior valore, l'iniziativa autonoma delle stazioni appaltanti presuppone l'iscrizione nell'elenco tenuto dell'ANAC. Per tale via, il legislatore ha trasformato la natura dell'attività di stazione appaltante, rendendola una funzione particolare, non esercitabile da tutte le amministrazioni aggiudicatrici, subordinata al possesso di specifiche competenze a carattere multidisciplinare e paramtrate sul valore e i caratteri della procedura.

Per i soggetti che non otterranno la qualificazione, il Codice prevede numerosi strumenti volti al soddisfacimento delle relative esigenze di spesa, il primo dei quali è rappresentato dalle centrali di committenza. Si tratta, in particolare, di soggetti che acquisiscono forniture o servizi, ovvero che aggiudicano appalti o stipulano accordi quadro per lavori, forniture o servizi, nell'interesse di altre amministrazioni.

⁶¹ A titolo esemplificativo, la nuova disciplina, a differenza di quanto previsto dall'abrogato Codice, consente alla stazione appaltante di fare ricorso indifferentemente, nell'esercizio della propria discrezionalità, alla procedura aperta ovvero alla procedura ristretta. Vengono inoltre ampliati i presupposti applicativi del dialogo competitivo.

Con ciò il legislatore, in occasione del recepimento del diritto dell'Unione, allo scopo di favorire l'accentramento e la qualità della domanda pubblica, ha inteso promuovere il ricorso ad amministrazioni aggiudicatrici c.d. "*di secondo livello*", tenute ad applicare la disciplina del Codice al pari dei singoli soggetti che di esse si avvalgono⁶². Nell'ambito delle centrali di committenza, come è noto, una posizione di assoluta preminenza è assunta dalla CONSIP⁶³, cui il legislatore ha affidato il ruolo di principale soggetto aggregatore – da esercitare attraverso la stipula di convenzioni a favore delle pubbliche amministrazioni – nonché il compito di implementare il Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA).

La qualificazione delle stazioni appaltanti mostra, come ricordato, una forte carica innovativa; l'attenzione si è incentrata, finora, soprattutto sulla (contrastata) scelta della necessaria, drastica riduzione del numero delle stazioni appaltanti; in realtà merita piuttosto di essere sottolineato il meccanismo, introdotto dalla riforma, di selezione naturale per l'evoluzione delle stazioni appaltanti e per le centrali di committenza. Questa evoluzione non si potrà fermare al traguardo dell'iscrizione nell'Elenco presso l'ANAC, previsto dall'art. 38 del Codice, ma, come vedremo, dovrà proseguire nel tempo con un processo di miglioramento continuo.

Il cammino tra la previsione legislativa e la sua effettiva attuazione è, però, lungo e reso ancor più difficile dal complesso sistema normativo introdotto, che se da un lato ha eliminato il Regolamento di attuazione del precedente Codice, dall'altro ha previsto un rilevante numero di decreti attuativi e di Linee guida dell'ANAC.

Si può però ora dare atto di una prima tappa, da commentare con favore: si è avuta notizia della trasmissione, in data 7 febbraio 2018, alla Conferenza Unificata Stato Regioni Città e autonomie locali e all'ANAC del decreto in consultazione del Presidente del Consiglio dei Ministri per la definizione dei requisiti tecnico organizzativi per l'iscrizione nel futuro Elenco. La completezza del quadro normativo è tuttavia ancora lontana, in quanto, dopo l'emanazione del decreto, l'ANAC dovrà stabilire le modalità attuative del sistema di qualificazione.

In ogni caso, il tempo fino all'entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione costituisce un'ottima occasione per le stazioni appaltanti per fare un'autodiagnosi sulla loro idoneità ad entrare quale soggetti attivi nel futuro mercato degli appalti pubblici.

In un'ottica generale, si può iniziare anche a valutare la capacità della futura disciplina di imprimere davvero un salto di qualità alle stazioni appaltanti. La forte spinta in questa direzione viene dalla necessità di iscrizione all'Elenco presso l'ANAC per avere la facoltà di effettuare direttamente le acquisizioni di

⁶² Cfr. art. 37, comma 9, del Codice.

⁶³ CONSIP S.p.A. (Concessionaria Servizi Informativi Pubblici) è una società pubblica interamente partecipata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze.

servizi e forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro; in caso di mancata iscrizione, resta la possibilità di effettuare ordini su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza o dai soggetti aggregatori.

La qualificazione richiesta nel processo di acquisizione di beni, servizi e lavori riguarda tutte le fasi di programmazione e progettazione, di gestione e controllo della fase di affidamento, di gestione e controllo di esecuzione, collaudo e messa in opera. Per le centrali di committenza, che devono avere carattere di stabilità, è previsto un ambito territoriale in funzione della loro capacità di essere presenti direttamente nei luoghi di esecuzione dei lavori o dei servizi e di assolvere, quindi, correttamente al servizio a favore delle amministrazioni. Per i lavori le stazioni appaltanti e le centrali di committenza sono inquadrate in quattro livelli di qualificazione, che si articolano in funzione dell'importo a base di gara (il livello superiore è gli importi superiori a 20 milioni di euro) e alla complessità (per le opere, per i materiali, per i luoghi). Anche i quattro livelli previsti per le forniture e i servizi dipendono dall'importo a base di gara (soglia massima oltre 5 milioni di euro).

I requisiti tecnico-organizzativi di base per accedere ai diversi livelli (anche come aggregazione di stazioni appaltanti) prevedono innanzitutto la presenza di strutture organizzative stabili e dedicate al *procurement*. Il secondo requisito attiene alla presenza di personale adeguato e specificamente qualificato: in funzione del numero e della concreta professionalità del personale, è possibile ottenere la qualificazione per i diversi livelli. Ma la qualificazione del personale non rappresenta un aspetto meramente formale: infatti il terzo requisito, il cui possesso va comprovato in concreto, attiene alla costante formazione professionale, così come alla formazione in tema di anticorruzione e trasparenza.

Infine, il quarto aspetto che compone la griglia dei requisiti di qualificazione attiene al numero di gare già svolte, di valore pari a quello dei diversi livelli di qualificazione (da 5 per il primo livello a 2 per il quarto per i lavori, e da 15 a 8 per servizi e forniture).

L'art. 38 del Codice ha previsto anche dei requisiti premianti che, come vedremo, prendono in considerazione gli elementi più innovativi per il *procurement*; nella norma non era però indicato in cosa consistesse il premio per le stazioni appaltanti migliori. Nel citato schema di decreto del febbraio 2018 il vantaggio è costituito da uno "sconto" sulle soglie di accesso ai diversi livelli, pari al 20%. Questo meccanismo può di certo indurre a migliorare la qualità delle stazioni di medie dimensioni, ma risulterà verosimilmente poco stimolante per quelle che hanno già le caratteristiche per accedere ai livelli maggiori.

In ogni caso i requisiti premianti sono, in primo luogo, di carattere organizzativo: misure di prevenzione dalla corruzione valutate positivamente dall'ANAC; sistemi di gestione della qualità certificati; gestione telematica delle procedure di gara; applicazione di criteri di sostenibilità ambientale e sociale; modellazione elettronica e informativa per l'edilizia e le infrastrutture (fino a

che questa non sarà divenuta obbligatoria nei tempi certo non brevi previsti dal DM del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 1° dicembre 2017, n. 560). A questi si aggiunge un complesso (e difficile da stimare) meccanismo di valutazione della soccombenza in giudizio con riguardo alle procedure di gara. Ma, opportunamente, per ottenere il vantaggio previsto dal decreto basterà dimostrare il raggiungimento di quattro dei sei requisiti premianti indicati.

Quanto agli aspetti procedurali, va segnalato che l'attestazione della qualificazione, pur avendo efficacia, di regola, per cinque anni, può essere rivista in negativo dall'ANAC (fino alla cancellazione) o in positivo con un *upgrading* su richiesta della stazione appaltante che ha nel frattempo migliorato i propri requisiti. Anche questo elemento concorrerà all'evoluzione auspicata.

L'entrata in vigore del sistema richiederà l'emanazione del citato decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri e il successivo provvedimento dell'ANAC (entro 90 giorni dalla pubblicazione in GU); vi saranno poi diciotto mesi entro i quali le stazioni appaltanti e le centrali di committenza che faranno la domanda di qualificazione potranno continuare ad operare. Le altre dovranno indicare, entro la data di entrata in vigore del provvedimento dell'ANAC, il soggetto, in corso di qualificazione, designato a svolgere la funzione di stazione appaltante per loro conto.

C'è quindi da auspicare che l'iter vada avanti, senza attenuazioni della portata innovativa che la disciplina mostra; ed è anche auspicabile che la notizia del futuro decreto attivi fin d'ora all'interno del complesso mondo delle stazioni appaltanti un circuito virtuoso che spinga le stazioni minori, che non saranno più autonome, alle aggregazioni più ampie ed opportune, e quelle più "strutturate" a raggiungere con le necessarie iniziative i requisiti base di cui ora si ha conoscenza e, soprattutto, quelli premiali, in modo da presentarsi con le carte in regola all'appuntamento con l'esame dell'ANAC per l'iscrizione nell'Elenco delle stazioni e delle centrali qualificate.

3. *L'appalto congiunto occasionale*

Ulteriore strumento funzionale all'aggregazione della domanda e a sopperire all'eventuale carenza di qualificazione è l'appalto congiunto occasionale, che realizza una forma di cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici. Attraverso tale modulo procedimentale è consentito lo svolgimento di un'unica gara da parte di più stazioni appaltanti, sia agendo in comune, sia affidando ad una tra le amministrazioni aggiudicatrici coinvolte la gestione della procedura in nome e per conto di tutte le altre⁶⁴.

L'aspettativa è che, attraverso le predette forme di aggregazione, si venga a creare un "mercato" delle stazioni appaltanti qualificate che consenta comunque ai soggetti non qualificati di avvalersi di altre amministrazioni per soddisfare le proprie esigenze di spesa.

⁶⁴ Cfr. art. 37, comma 10 e 11 del Codice.

Per quanto riguarda la Banca d'Italia, è significativa la recente esperienza di appalti congiunti con l'IVASS per l'acquisizione di alcuni beni e servizi di uso comune ai due Istituti; in tale ambito la Banca ha assunto il ruolo di stazione appaltante predisponendo la documentazione di gara e svolgendo la relativa procedura. A livello sovranazionale, la Banca partecipa altresì all'attività dello *Eurosystem Procurement Coordination Office* (EPCO), organismo creato nel 2008 per favorire la condivisione delle migliori pratiche in materia di appalti e per coordinare lo svolgimento di procedure transnazionali di acquisto congiunte fra le Banche centrali che vi aderiscono.

4. *L'impostazione della procedura: dalla programmazione all'esecuzione*

Sotto il profilo oggettivo, la professionalizzazione delle stazioni appaltanti è finalizzata a garantire la qualità dell'azione amministrativa in tutte le fasi della procedura; la qualificazione è difatti subordinata dal Codice al riconoscimento della capacità delle stazioni appaltanti di gestire con un elevato grado di competenza le fasi della programmazione e della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione dei contratti pubblici.

A tal proposito, un profilo particolarmente innovativo del Codice risiede nella centralità della fase preliminare all'impostazione della procedura, in relazione alla quale diviene essenziale la previa conoscenza del mercato. Se nell'esperienza normativa pregressa i contatti tra la stazione appaltante e il mercato suscitavano diffidenza, in quanto potenzialmente forieri di comportamenti anticoncorrenziali, nel nuovo Codice la piena consapevolezza dell'assetto del mercato diviene elemento fondante della qualità. Di qui la valorizzazione di strumenti già noti (quale l'indagine di mercato, oggi prevista dal Codice) e l'introduzione di nuovi moduli procedurali, che lasciano largo spazio alla negoziazione tra stazione appaltante e operatori di settore (procedura competitiva con negoziazione; partenariato per l'innovazione).

Nella legislazione in materia di appalti, del resto, è ormai diffusa l'idea che la repressione dei fenomeni corruttivi non passi più attraverso l'eliminazione della discrezionalità amministrativa, che può divenire fonte di inefficienza se si traduce nell'impossibilità di modulare le procedure di gara in funzione delle specifiche esigenze da fronteggiare. In tale direzione si è preferito quindi potenziare le misure di prevenzione del fenomeno della corruzione, attribuendo anche sotto tale profilo un ruolo centrale all'ANAC, cui sono conferiti in materia incisivi poteri ispettivi e di controllo. La concentrazione in capo alla medesima Autorità delle funzioni di prevenzione della corruzione oltre che di vigilanza, regolazione e controllo nel settore dei contratti pubblici risponde alla contiguità, confermata anche dai fatti di cronaca, tra i fenomeni corruttivi e le procedure di spesa delle pubbliche amministrazioni. L'esigenza di garantire la prevenzione della corruzione trova spazio anche nella disciplina del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, tra i cui requisiti è prevista la valutazione positiva dell'ANAC in merito all'attuazione di misure di prevenzione della corruzione e di promozione della legalità.

Nell'ambito dei requisiti di qualificazione, assume un'importanza dirimente il profilo della professionalizzazione del personale preposto al *procurement*, le cui competenze devono essere adeguate in rapporto alle procedure di svolgere. Spetta alla stazione appaltante prevedere a tal fine un sistema di formazione e aggiornamento delle risorse, tenendo conto del carattere multidisciplinare delle competenze richieste. La qualificazione del personale costituisce infatti il presupposto ineludibile per consentire alle pubbliche amministrazioni di confrontarsi alla pari con gli operatori privati, che frequentemente si avvalgono di figure professionali specializzate, scongiurando il rischio di scontare una posizione di debolezza determinata dalla carenza di competenze adeguate. Su questo fronte la Banca d'Italia già da tempo è impegnata con successo in un percorso di progressiva professionalizzazione che ha condotto alla concentrazione degli acquisti presso un unico centro di spesa e all'assunzione di personale dotato di specifiche competenze ed esperienza nel settore del *procurement*.

5. La difficile introduzione del rating d'impresa

Nel disegno del Codice, la qualità delle strutture preposte alle procedure di spesa trova corrispondenza nella qualità degli operatori economici, per i quali, in aggiunta ai tradizionali requisiti di qualificazione, è ora prevista l'istituzione del sistema del rating di impresa. Tale sistema è fondato su requisiti reputazionali connessi alla condotta delle imprese, con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione di precedenti contratti, nonché agli esiti del contenzioso.

Le problematiche connesse alla formulazione della norma, al rischio di sovrapposizione tra il nuovo istituto e l'ordinario sistema di qualificazione e al rapporto tra la norma stessa e il pertinente criterio della legge delega⁶⁵, hanno originato numerose difficoltà interpretative, che sono state prontamente poste in luce dagli operatori di settore.

L'ANAC, che aveva pubblicato una bozza di Linea guida nel maggio 2016, aveva provveduto ad inviare al Governo un atto di indirizzo per la riformulazione della norma primaria. Con il decreto correttivo del Codice (d.lgs. n. 56/2017) è stato quindi completamente riformulato l'art. 83, comma 10, che detta la disciplina sul rating di impresa. Sulla base del nuovo testo, il rating di impresa è ora solo facoltativo, e dunque solo premiale, mentre non costituisce più un elemento necessario per la qualificazione. Tale soluzione è conforme al criterio di delega di cui all'art. 1, comma 1, lett. uu) della Legge delega n. 11/2016, che ha ipotizzato il rating di impresa come misura di premialità e non penalizzante⁶⁶. Dato per acquisito un diffuso consenso sull'istituzione del sistema di rating quale strumento di misurazione dell'affidabilità delle imprese, il dibattito sorto in sede

⁶⁵ L'art. 1, comma 1, lett. uu), L. n. 11/2016 cit., prevedeva l'adozione di un sistema fondato unicamente su misure di premialità e non anche di penalità.

⁶⁶ Con il correttivo è stata prevista anche l'istituzione di un sistema amministrativo di penalità e premialità, sotto la gestione dell'ANAC, per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive o corruttive, conformemente alle previsioni della legge delega.

di consultazione della bozza di Linee guida ha evidenziato l'esistenza di opinioni distanti in merito alla concreta individuazione degli indici di misurazione di tale affidabilità, oltre che numerose incertezze in ordine alla definizione dell'esatta portata applicativa dell'istituto, aspetto questo che ha successivamente comportato l'intervento correttivo del legislatore⁶⁷.

Ferma restando l'esigenza di superare le criticità interpretative emerse, l'istituto del rating di impresa avrà il merito di favorire un vero e proprio salto di qualità degli operatori economici, nella direzione degli investimenti, dell'innovazione e della garanzia della qualità del prodotto offerto. Tale ultimo aspetto, del resto, assume una rinnovata centralità in sede di aggiudicazione, tenuto conto della scelta normativa di valorizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e di attribuire a quello del minor prezzo carattere meramente residuale⁶⁸.

6. *Le prospettive dell'evoluzione delle stazioni appaltanti*

La sfida verso l'obiettivo della qualità ha dunque condotto il legislatore a scelte di discontinuità rispetto all'assetto normativo previgente, in relazione alle quali, in aggiunta a quanto già evidenziato, emergono aspetti di complessità che meriteranno particolare attenzione da parte degli interpreti.

In primo luogo, le scelte normative compiute dovranno essere declinate nel dettaglio dall'ANAC, la quale, nel nuovo assetto, assume ad un tempo il delicato ruolo di Autorità di regolazione e di garante dei sistemi di qualificazione delle stazioni appaltanti e degli operatori economici. Il conseguimento dell'obiettivo della qualità, sotto tali profili, dipenderà dunque dall'efficacia dell'azione dell'Autorità, oltre che dalla risposta degli operatori di settore.

Andranno inoltre verificate le forme di raccordo tra soggetto aggregatore e amministrazione non qualificata. Infatti, il ricorso a sistemi di centralizzazione della domanda determina una dissociazione tra il ruolo di stazione appaltante, ossia di soggetto qualificato che cura lo svolgimento della procedura, e il ruolo di amministrazione aggiudicatrice, nel cui interesse la gara viene svolta. Ciò non elide, tuttavia, la totalità delle competenze di quest'ultima in relazione alla procedura, rimanendo in capo all'amministrazione aggiudicatrice, a monte della gara, lo svolgimento dei compiti di rilevazione delle esigenze, programmazione e progettazione, nonché, a valle della procedura, l'esecuzione del contratto.

Sotto altro profilo, il tema degli strumenti di aggregazione della domanda, quali mezzi di promozione della qualità delle procedure di gara, reca con sé

⁶⁷ Ci si riferisce alle già citate modifiche recate dal decreto correttivo, con le quali il *rating di impresa* diviene facoltativo e consiste in un sistema di sole premialità e non più anche di penalità. Oltre ai comportamenti dell'impresa con riferimento all'esecuzione di precedenti contratti, rilevano anche il mancato ricorso al soccorso istruttorio e l'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive.

⁶⁸ Cfr. art. 95 del Codice.

l'esigenza di rinvenire un punto di equilibrio tra spinte differenti: per un verso, la centralizzazione della domanda, che potrebbe comportare il restringimento della platea di operatori economici qualificati in relazione alla procedura; per altro verso, la conferma del *favor* del legislatore rispetto alla partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI), di cui è espressione la norma che impone di norma la suddivisione della procedura in lotti⁶⁹.

In altri termini, fermi restando gli indiscutibili benefici sotto il profilo della qualità, del contenimento della spesa e della professionalizzazione della domanda pubblica, sarà richiesto un particolare impegno da parte delle stazioni appaltanti nell'assicurare gli effetti favorevoli dell'accenramento della domanda, garantendo ad un tempo la tutela della concorrenza e del mercato. In tale prospettiva, la diminuzione del numero delle stazioni appaltanti dovrà essere accompagnata da una particolare attenzione nella suddivisione in lotti, al fine di evitare la produzione di effetti distorsivi della concorrenza a vantaggio delle imprese di maggiori dimensioni.

Resta inteso che, come per ogni grande riforma, di là del carattere innovativo delle scelte normative compiute, la concreta efficacia dipenderà dalla risposta dei soggetti coinvolti: nel caso di specie, *in primis* delle pubbliche amministrazioni, dalle quali il Codice esige un deciso impegno in punto di riorganizzazione degli assetti interni e, come sopra evidenziato, di professionalizzazione del personale.

Non potranno che giovare il mercato dei lavori, dei servizi e delle forniture, l'obiettivo del contenimento della spesa pubblica, la funzione della pubblica amministrazione di fornire servizi di qualità ai cittadini e alle imprese.

⁶⁹ Cfr. art. 51 del Codice.

LA SFIDA DELL'EFFICIENZA NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI E IL SISTEMA DI TUTELA GIURISDIZIONALE

Marco Lipari

1. Premessa. L'efficienza del sistema dei contratti pubblici e la tutela giurisdizionale – 2. Il contenzioso dei contratti pubblici, tra esigenze di effettività della tutela e interesse pubblico alla esecuzione rapida delle prestazioni di interesse generale – 3. Gli interventi legislativi sul processo: la ricerca di un equilibrio tra esigenze eterogenee e l'instabilità delle regole – 4. Le direttive del 2014 e il tema del contenzioso. La salvezza e prevalenza del sistema di effettività della tutela nelle direttive ricorsi – 5. La protezione dell'interesse legittimo del cittadino contribuente alla legalità delle procedure – 6. Verso una giurisdizione di diritto oggettivo? Il tema dei ricorsi incrociati escludenti e l'interesse strumentale alla ripetizione della procedura di gara illegittima – 7. I principi nazionali della tutela giurisdizionale espressi dalla legge delega n. 11/2016 e dal codice n. 50/2016. Sottrazioni e aggiunte al sistema di tutela preesistente – 8. Le modifiche riguardanti il miglioramento tecnico del rito di cui all'art. 120 del CPA – 9. La nuova tutela cautelare e i suoi aspetti problematici. – 10. Il rito superspeciale in materia di ammissioni ed esclusioni. – 11. Il sistema del precontenzioso; aspetti positivi e negativi – 12. Conclusioni: la lunga strada verso l'efficienza del sistema di tutela giurisdizionale

1. *Premessa. L'efficienza del sistema dei contratti pubblici e la tutela giurisdizionale*

Ringrazio la Banca d'Italia per questo invito ad una interessante occasione di confronto con gli operatori economici e giuridici sul difficile rapporto tra il nuovo codice dei contratti pubblici e l'attività delle imprese e delle pubbliche amministrazioni.

Molto opportunamente, l'incontro di studi odierno intende verificare quale siano le connessioni tra la disciplina dei contratti pubblici, delineata dal diritto europeo e recepita nel codice n. 50/2016, e la “sfida” dell'*efficienza*.

Il punto di vista che intenderei seguire riguarda il ruolo della *tutela giurisdizionale*, ora prefigurata dall'ordinamento, e la sua idoneità ad incidere – positivamente o negativamente – sulla realizzazione del condiviso obiettivo del miglioramento complessivo della qualità ed efficacia del *mercato* dei contratti pubblici.

Il legame tra il sistema processuale di garanzia delle posizioni giuridiche soggettive e la disciplina sostanziale degli appalti è palese, rilevando sia in un ambito generale, riferito al funzionamento di ogni ordinamento giuridico, sia in termini più specifici, riguardanti le modalità peculiari in cui è finora vissuta l'esperienza del contenzioso dei contratti pubblici.

In una prospettiva di più largo respiro, infatti, è evidente che ogni profonda riforma ordinamentale, come è quella segnata dal varo del codice dei contratti pubblici, deve accompagnarsi a strumenti di protezione giurisdizionale e di garanzia adeguati. Questo è, del resto, un corollario necessario del principio di *effettività*: le norme giuridiche devono essere interpretate e applicate secondo criteri uniformi e prevedibili; le violazioni degli obblighi devono essere sanzionate in modo rapido ed efficace.

2. *Il contenzioso dei contratti pubblici, tra esigenze di effettività della tutela e interesse pubblico alla esecuzione rapida delle prestazioni di interesse generale*

Ma, in termini più specifici, il rapporto problematico tra la tutela giurisdizionale e l'efficienza del sistema emerge in modo netto nell'ambito proprio degli appalti pubblici. In questo settore, il contenzioso si atteggia con caratteristiche del tutto peculiari, per le dimensioni quantitative del fenomeno, per la molteplicità degli interessi in gioco, per la specialità della disciplina processuale e la sua stratificazione tra fonti nazionali ed europee.

Al riguardo, vanno segnalati, fra i tanti, due significativi profili, solo apparentemente contraddittori:

- A) Anzitutto, le direttive del 2014, nel contesto dei molteplici, talvolta anche incoerenti, obiettivi perseguiti, indicano con chiarezza anche il fine della promozione, garanzia e prevenzione della *legalità* nelle procedure di

gara. Questo specifico obiettivo è stato particolarmente enfatizzato nella formazione del diritto europeo proprio su impulso dei rappresentanti italiani in seno alla Commissione. Il rischio della penetrazione della criminalità organizzata nel settore delle commesse pubbliche è risultato molto elevato, perché non contrastato con misure forti, comprendenti anche una rete di incisivi strumenti di sindacato giurisdizionale, diretti ad accompagnare il corretto svolgimento delle procedure, in tutte le loro fasi.

Ed è appena il caso di osservare che la piena *legalità* delle procedure costituisce il requisito minimo di *efficienza* di ogni ordinamento, considerando i costi, diretti ed indiretti, provocati dalla corruzione o, semplicemente, dalla violazione della disciplina amministrativa.

- B) Di contro, però, un eccesso di “giurisdizionalizzazione” e, ancor prima, di regolamentazione, sia pure destinate ad anticipare e diffondere il controllo di legalità delle procedure, rischia di ingessare la dinamica del mercato e le attività delle amministrazioni, anche di quelle più virtuose, determinando rallentamenti e incertezze correlate all’esito non prevedibile delle eventuali controversie.

Un esasperato contenzioso, anziché garantire una migliore qualità del sistema e prevenire i pericoli dell’illegalità potrebbe diventare, oggettivamente, un ulteriore fattore di ostacolo alla efficienza delle procedure: i danni paventati risulterebbero, alla fine, superiori ai benefici conseguibili.

In questo contesto, allora, l’esperienza del nostro processo amministrativo è stata spesso percepita, *negativamente*, come portatrice di ritardi, incertezze, complicazioni e non come strumento positivo di razionale rimedio agli errori, alle inefficienze, alle illegalità verificatesi nel corso delle procedure.

E, così, sembra ormai radicata nell’opinione pubblica la convinzione che una delle patologie più gravi del nostro sistema complessivo dei contratti pubblici sia localizzata proprio all’interno del contenzioso. Secondo le diverse voci, i responsabili principali di questa situazione sarebbero, di volta in volta, e a vario titolo, tutti i protagonisti del processo:

- gli Avvocati, perché troppo propensi alla lite in giudizio, anziché alla prevenzione delle illegittimità e alle soluzioni stragiudiziali;
- i giudici amministrativi, perché legati ad una cultura obsoleta e formalistica, incapace di cogliere gli aspetti economici e sociali delle vicende sottoposte al loro scrutinio;
- i politici titolari del potere normativo, incapaci di dettare regole sostanziali e processuali chiare ed efficienti;
- i funzionari delle stazioni appaltanti, dotati di inadeguata preparazione tecnica;

- gli operatori economici, indirizzati a recuperare, in sede contenziosa, le carenze delle loro offerte, privilegiando l’attenzione per gli aspetti giuridici degli appalti pubblici, a scapito della crescita tecnica e professionale.

3. *Gli interventi legislativi sul processo: la ricerca di un equilibrio tra esigenze eterogenee e l’instabilità delle regole*

È impossibile stabilire, allora se, la “patologia” del contenzioso sia davvero così grave: a tale proposito, i pochi dati elaborati a suo tempo dall’Autorità Nazionale Anticorruzione indicano una percentuale assai contenuta di procedure contrattuali interessate da contenziosi amministrativi o dinanzi al giudice ordinario.

Ancor più difficile è capire se i mali della giustizia derivino dalla eccessiva litigiosità della nostra classe forense, da una cultura formalistica dei magistrati, da una impreparazione dei funzionari delle stazioni appaltanti, dalla farraginosità del sistema normativo, che induce a troppi errori.

Ma occorre riconoscere che, oggettivamente, la stessa affermazione della esistenza di una “*questione del contenzioso*” ha creato, di per sé, instabilità e preoccupazioni, scoraggiando gli investitori stranieri: in altre parole, si è creato un circolo vizioso che alimenta l’*inefficienza* generale del sistema.

Ciò potrebbe risultare paradossale, poiché la sede del giudizio dovrebbe essere proprio quella in cui si ripristina la legalità e si forniscono le opportune ricostruzioni sistematiche del quadro normativo, dissipando i dubbi interpretativi generati dalle nuove normative.

Non è un caso, allora, che, anche in tempi recenti, il legislatore abbia ritenuto di intervenire ripetutamente sulle regole del processo in materia di contratti pubblici, ricercando le soluzioni operative considerate più adeguate alla descritta esigenza di promuovere la massima efficacia del sistema.

Inevitabilmente, però, anche i molteplici cambiamenti del quadro normativo, insieme alle sicure note positive, hanno innestato ulteriori problematiche, generando difficoltà applicative e, ancora, altra insicurezza giuridica.

Proprio il rito speciale in materia di controversie riguardanti l’affidamento di lavori, servizi e forniture, disciplinato dagli artt. 119 e 120 del codice del processo amministrativo, ha subito svariate modifiche e, altre ancora sono in corso o allo studio.

4. *Le direttive del 2014 e il tema del contenzioso. La salvezza e prevalenza del sistema di effettività della tutela nelle direttive ricorsi*

Ma cerchiamo di calare queste considerazioni generali un po’ più nel concreto della nuova disciplina del codice dei contratti pubblici.

È opportuno evidenziare che le direttive europee del 2014, pur riferendosi in termini ampi e ripetuti al principio di difesa della legalità, nei loro articolati prescrittivi non si occupano specificamente del problema della tutela giurisdizionale o para-giurisdizionale.

Tuttavia, nelle premesse delle direttive e, segnatamente, nel *Considerando* n. 122 della direttiva n. 24, vi è la perentoria affermazione di due importanti principi.

Il primo è quello della *neutralità* della nuova regolazione, in ordine alle possibili ricadute sulla adeguatezza dei mezzi di ricorso efficaci spettanti ai soggetti interessati. Le direttive del 2014, di carattere sostanziale, non devono determinare alcuna incidenza sul sistema di tutela definito dalle direttive ricorsi (n. 865/1989, come modificata dalla direttiva n. 66/2007). Segnatamente, la nuova disciplina non deve in alcun modo diminuire il livello di tutela appressato dall'ordinamento europeo.

In caso di eventuali dubbi applicativi, quindi, le nuove direttive devono essere interpretate in senso conforme ai principi consolidati in materia di tutela giurisdizionale ricavabili dal diritto europeo, anche alla luce della copiosa e articolata giurisprudenza della Corte del Lussemburgo.

Questa previsione di “*salvezza*” ha portata generale e non sembra riferita, nemmeno implicitamente, ad alcun particolare istituto delle nuove direttive. D'altro canto, non emerge, allo stato, nessuna specifica situazione di “*criticità*”, riconducibile ad un potenziale conflitto tra fonti diverse, l'una sostanziale e l'altra processuale.

Resta fermo, peraltro, il fondamentale rilievo sistematico della previsione, che va letta come riaffermata prevalenza delle regole in materia di effettività della tutela giurisdizionale sancite dal diritto europeo.

5. *La protezione dell'interesse legittimo del cittadino contribuente alla legalità delle procedure*

Il secondo principio espresso dal *Considerando* n. 122 è ancora più importante, per certi versi dirompente, benché la previsione risulti, forse, non ancora sufficientemente studiata.

Si tratta del testuale riconoscimento del diritto alla piena tutela dell'interesse legittimo alla legalità delle procedure di affidamento, intestato al cittadino, nella sua semplice qualità di *contribuente*. Nella fonte europea viene utilizzata proprio questa formula, incentrata sull'affermato *interesse alla legalità*, sganciato, quindi, da un substrato materiale più consistente. Solo in termini piuttosto indiretti si potrebbe dire che, per il linguaggio della direttiva, il *contribuente*, in ultima analisi, intende controllare l'impiego di una ricchezza che ha trasferito al fisco.

Secondo la previsione, questo *interesse legittimo* deve essere adeguatamente protetto negli ordinamenti nazionali. A tale scopo, non è necessario attribuire

al cittadino gli stessi efficaci strumenti apprestati dalla direttiva ricorsi, ma è indispensabile prevedere, quantomeno, la possibilità di rivolgersi ad un'autorità indipendente, titolare di effettivi poteri di controllo sulle stazioni appaltanti. Nel contesto normativo italiano, ovviamente, l'Autorità dotata di questi caratteri e, quindi, potenzialmente idonea a svolgere la funzione di protezione degli interessi alla legalità descritti dalla direttiva, non può che essere l'ANAC.

La previsione del *Considerando* 122 non si è tradotta in una puntuale disposizione dell'articolato della direttiva e nemmeno ha trovato sviluppo nel recepimento nazionale, avvenuto attraverso il codice n. 50/2016.

Ma questa apparente lacuna non indebolisce affatto la portata della disposizione, tenendo conto della sua posizione sovraordinata al diritto nazionale nella gerarchia delle fonti. Al contrario, secondo il legislatore europeo, l'interesse legittimo alla legalità, intestato a ciascun cittadino, costituisce un *principio* già immanente nell'ordinamento dell'Unione e non ha bisogno di essere declinato in un apposito articolo. Ne deriva che anche gli ordinamenti statali devono cedere alla forza cogente di tale precetto, traendone tutti i logici corollari.

Pertanto, la previsione è suscettibile di determinare una serie di conseguenze ordinamentali molto importanti.

In primo luogo, il *Considerando* n. 122 dovrebbe condizionare l'attuazione delle disposizioni che definiscono i poteri sanzionatori e di intervento dell'ANAC, valorizzando il ruolo delle sollecitazioni formulate dai cittadini, anche in chiave di creazione di veri e propri obblighi di provvedere. La prescrizione, interpretata in modo corretto, quindi, è destinata ad indirizzare le funzioni dell'ANAC di cui agli articoli 211 e 213 del codice.

In secondo luogo, la perentoria affermazione della esistenza di un interesse legittimo del cittadino dovrebbe determinare riflessi anche sul tema, dibattutissimo, della legittimazione e dell'interesse al ricorso, spingendo verso una dilatazione dei casi di accesso alla tutela giurisdizionale.

6. *Verso una giurisdizione di diritto oggettivo? Il tema dei ricorsi incrociati escludenti e l'interesse strumentale alla ripetizione della procedura di gara illegittima*

Il tema della legittimazione presenta particolare rilievo con particolare riguardo alla dibattutissima questione riguardante il trattamento processuale dei ricorsi reciprocamente escludenti, culminata nelle due famose sentenze Fastweb e Puligenica della CGUE.

Ma una soluzione appagante della questione è ancora lontana: basi pensare ai successivi interventi della Corte di Giustizia, che innestano nuovi interrogativi.

Nelle più recenti decisioni, la CGUE ha ridimensionato il rilievo dell'interesse strumentale dell'operatore economico, escluso definitivamente da una gara, a contestare la legittimità dell'intera procedura, in modo da ottenerne la ripetizione.

Per la Corte, una volta accertato, con sentenza passata in giudicato, che l'operatore sia stato definitivamente – ma legittimamente – escluso dalla procedura selettiva, viene meno il suo titolo a contestare gli esiti della procedura della gara. La fattispecie considerata riguarda un caso difficilmente verificabile nel nostro sistema, considerata la ristrettezza dei termini di impugnazione. Tuttavia, le perplessità suscitate dall'indirizzo oscillante seguito dalla Corte sono molto forti, ancorché i giudici europei si sforzino di sottolineare le differenze tra i casi decisi.

Qualche commentatore ha anche notato che l'apertura verso una legittimazione al ricorso più ampia ha riguardato due vicende riferite a casi italiani, mentre l'orientamento più rigoroso si è espresso in casi sollevati da giudici appartenenti ad ordinamenti nazionali ritenuti meno minacciati dalla illegalità nelle gare d'appalto.

Evidentemente, un tema così complesso e delicato richiederebbe attento approfondimento. All'interno del dibattito, tuttavia, dovrebbe essere accuratamente soppesata la portata del principio del controllo soggettivamente esteso della legalità delle procedure di gara. Se questa è la tendenza dell'ordinamento europeo, le sottili disquisizioni sull'ampiezza dell'interesse strumentale e sulle condizioni dell'azione sono destinate al superamento.

Vanno quindi condivise le notazioni di chi sottolinea la lenta, ma inesorabile, trasformazione della giustizia amministrativa nella materia delle controversie riguardanti i contratti pubblici, in una giurisdizione sempre più di diritto oggettivo, che mira, non tanto e non solo, a soddisfare la pretesa dell'operatore economico leso dalla illegittimità della procedura di affidamento, ma, piuttosto, a ripristinare la legalità, nella sua dimensione obiettiva.

7. *I principi nazionali della tutela giurisdizionale espressi dalla legge delega n. 11/2016 e dal codice n. 50/2016. Sottrazioni e aggiunte al sistema di tutela preesistente*

La legge delega n. 11 del 2016, nel fissare i principi per il recepimento delle direttive, contiene comunque dei criteri specifici di delega, riferiti al sistema del contenzioso e non collegati alla disciplina di matrice europea.

Questi criteri sono stati tradotti nel codice degli appalti attraverso una serie di interventi molto puntuali.

Volendo proporre un elenco schematico delle innovazioni più significative, si possono distinguere *sottrazioni* e *aggiunte* rispetto al precedente assetto.

Le riduzioni di tutela riguardano, in primo luogo, la modifica piuttosto sensibile dell'ambito di operatività dello *standstill*, cioè della sospensione della stipulazione del contratto. Ora, notevolmente circoscritta, la sospensione non si applica a tutti gli appalti sotto soglia in materia di forniture e di servizi, nonché agli appalti in materia di lavori, fino al limite di valore dei 150 mila euro.

È una modifica normativa perfettamente coerente con la legislazione di derivazione europea, la quale impone la sospensione solo per i contratti sopra soglia, ma che ha, indirettamente, un impatto molto forte sul sistema di tutela giurisdizionale. Se si vuole leggere l'innovazione in termini di efficienza, è chiaro che essa favorisce lo svolgimento celere delle prestazioni contrattuali. Dunque, potrebbe essere valutata positivamente.

Ma l'assenza dello *standstill* obbligatorio potrebbe creare un effetto paradossale, inducendo la stazione appaltante a ritardare autonomamente la stipulazione del contratto, in attesa della definizione di possibili contenziosi.

Un secondo elemento di modifica del sistema "per sottrazione" è costituito dalla eliminazione del sistema dell'*accesso informale* e immediato ai documenti amministrativi relativi alla gara, previsto dall'abrogato codice, che consentiva ai concorrenti di attivarsi entro 10 giorni dalla comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione per verificare direttamente gli atti della procedura.

La spiegazione di questa modifica deriva dal fatto che la digitalizzazione della procedura dovrebbe assicurare ai partecipanti la possibilità di conoscere gli atti in tempo reale, senza recarsi presso gli uffici della stazione appaltante. Però, nell'esperienza pratica, il meccanismo dell'accesso informale aveva una particolare utilità indiretta, correlata dall'indirizzo giurisprudenziale secondo cui il termine di dieci giorni previsto per l'esercizio dell'accesso informale si aggiunge al termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso.

L'eliminazione dell'accesso informale, a conti fatti, determina il superamento dell'indicato orientamento della giurisprudenza e il termine per il ricorso torna ad essere, concretamente, di trenta giorni, salvo stabilire l'esatto momento della sua decorrenza.

Un terzo elemento di novità, anche questo *in negativo*, è costituito dalla eliminazione dell'istituto previsto dall'articolo 243-*bis* dell'abrogato codice, cioè dell'*informativa preventiva* dell'intento di proporre il ricorso.

L'istituto soppresso, nonostante le buone intenzioni del legislatore del 2006, non era risultato molto efficace in chiave di reale deflazione del contenzioso, perché la concreta possibilità di attivare l'autotutela funzionava in casi abbastanza rari.

In pratica, l'*informativa* determinava un notevole appesantimento della procedura e, talvolta, generava complicazioni sul piano processuale.

Probabilmente, sarebbe stato preferibile una rivisitazione dell'istituto, ricondotto alla funzione indicata dalla direttiva n. 66/2007, preordinata non già all'avvio di un procedimento di secondo grado, ma, più semplicemente, alla mera indicazione, alla stazione appaltante, della ragionevole possibilità di contestare la procedura di gara.

8. *Le modifiche riguardanti il miglioramento tecnico del rito di cui all'art. 120 del CPA*

Le altre innovazioni poste dal codice assumono carattere additivo, *aggiungendo* elementi di diversità rispetto al sistema precedente.

La prima novità consiste nella introduzione di una serie di modifiche *chirurgiche* all'articolo 120, riguardante il rito speciale in materia di contratti pubblici.

La disposizione è ritoccata in più parti al fine di perfezionare alcuni punti poco chiari della precedente normativa.

Un secondo aspetto d'innovazione significativa è costituito da una normativa ad hoc sulla *tutela cautelare* nell'ambito delle controversie di cui all'articolo 120, realizzata attraverso l'introduzione di un nuovo comma, il comma 8-ter.

La norma ha formato oggetto di numerosi commenti della dottrina, benché risultino ancora poche le applicazioni giurisprudenziali.

La nuova disciplina sembra orientata nel senso di incidere restrittivamente sui presupposti necessari per ottenere una pronuncia cautelare favorevole. In questo modo, allora, si prospetta il rischio che possa affermarsi un'interpretazione non corretta della nuova normativa, in distonia rispetto ai principi costituzionali ed europei di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale.

Un terzo elemento di novità ancora più dirimente è costituito dalla introduzione di un vero e proprio nuovo *rito superspeciale* (secondo l'aggettivazione coniata proprio dal Consiglio di Stato nel parere emesso sullo schema del codice), limitato all'impugnazione dei provvedimenti dell'ammissione e di esclusione alla procedura di gara.

A questo riguardo i contributi della dottrina sono stati numerosi e generalmente non particolarmente favorevoli. Anche la giurisprudenza ha già manifestato qualche dubbio sulla tenuta del sistema e sulle difficoltà applicative delle nuove regole.

Infine, elementi di novità, anche questi molto significativi, riguardano il sistema definito come *Precontenzioso*, secondo la rubrica dell'articolo 211 del codice n. 50.

In realtà, all'interno della disposizione sono contenuti due istituti molto diversi, ancorché siano entrambi riferiti a tipiche funzioni dell'ANAC.

Il primo istituto è il *precontenzioso* in senso stretto, cioè il potere, affidato all'ANAC, di risolvere controversie tra la stazione appaltante e i partecipanti alla procedura di affidamento.

La seconda ipotesi riguarda, invece, la fattispecie delle *raccomandazioni vincolanti*. Si tratta di una disciplina di non facile inquadramento, resa problematica già dalla contraddittorietà apparente della locuzione. Peraltro, l'espressione

ha una sua precisa giustificazione logica, poiché il sistema contempla anche le *raccomandazioni non vincolanti* dell'ANAC.

Il quadro d'insieme delle novità nel campo della tutela giurisdizionale e *paragiurisdizionale*, quindi, è piuttosto ricco e complesso.

L'attenzione va concentrata su alcuni punti peculiari riguardanti la tutela cautelare, il rito *superspeciale* e il sistema del precontenzioso.

9. La nuova tutela cautelare e i suoi aspetti problematici

La nuova tutela cautelare, introdotta dal comma 8-ter, presenta molteplici problemi interpretativi.

Secondo la norma, nella decisione cautelare il giudice tiene conto di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1 e 122, cioè dalle due norme che prevedono l'inefficacia del contratto rispettivamente nel caso di gravi violazioni (121 comma 1) e negli altri casi (articolo 122), ma anche delle *esigenze imperative connesse ad un interesse generale all'esecuzione del contratto*.

La formula manifesta sicuramente una finalità trasparente: rendere più difficile l'adozione di una pronuncia cautelare, sottoposta a condizioni ulteriori rispetto a quelle previste in generale dall'art. 55 del CPA. Questo intento restrittivo è ancor più significativo se rapportato al contesto dell'articolo 119 del CPA, applicabile anche al rito della materia delle controversie degli appalti, subordina l'adozione di misure cautelari a condizioni particolarmente stringenti e rigorose.

Probabilmente, il legislatore del 2016 muove dalla constatazione che, nella prassi, il giudice della cautela non ha quasi mai valorizzato la diversa formulazione dell'articolo 119 rispetto all'articolo 55, incentrato su una maggiore intensità del *periculum allegato* dalla parte ricorrente.

Il comma 8-ter, espressione di un criterio di delega molto puntuale, incide sui presupposti della tutela cautelare agendo non più sul versante del danno lamentato dalla parte istante. Il comma 8-ter prende in considerazione le contrapposte esigenze della stazione appaltante, elevandole al livello di *interesse pubblico*, di interesse super individuale delle esigenze imperative. In questo modo, allora, diventa più nitido e più facilmente realizzabile lo scopo di limitare la possibilità di sospensione del rapporto contrattuale in corso, o quantomeno in itinere.

Tuttavia, questa disposizione, per quanto innovativa, può e deve essere ricondotta al sistema generale della tutela cautelare, per due concorrenti ragioni.

Anzitutto, in termini generali, seppure, letteralmente, nell'articolo 55 del codice del processo amministrativo, si fa riferimento soltanto al pregiudizio della parte ricorrente privata e non si prende in considerazione l'interesse pubblico o l'interesse della parte resistente, è pacifico nella giurisprudenza sviluppata dal 2010 in poi, che la decisione cautelare debba essere sempre basata sull'accurato bilanciamento degli interessi contrapposti.

La giustificazione di questo orientamento interpretativo consolidato non trova nemmeno un'enunciazione esplicita, poiché viene considerata scontata dal giudice amministrativo. Solitamente, la base logica del bilanciamento viene rinvenuta nel principio di proporzionalità, di derivazione anche comunitaria, menzionato nella stessa direttiva ricorsi.

D'altro canto, il rilievo della posizione dell'amministrazione è collegato alla stessa conformazione dell'interesse legittimo, affidato alla cognizione del giudice amministrativo, che pone in evidenza il rapporto con l'interesse pubblico.

Quindi, in sostanza, il riferimento, previsto dal comma 8-ter, alla valutazione della possibile incidenza della misura cautelare sulla parte pubblica e sugli interessi super individuali che questa esprime, non costituisce in realtà un'innovazione o una deroga rispetto al sistema, ma, semmai, ne rappresenta una specificazione.

La seconda osservazione riguarda il fatto che il giudice, nel momento in cui compie la valutazione sul *fumus boni iuris*, cioè la previsione prognostica sull'esito della lite, deve considerare tutti i possibili sviluppi, le possibili conseguenze della decisione adottata, comprese le conseguenze che riguardano la sorte del contratto e la sua efficacia.

Quindi, non è da considerare anomala l'anticipazione, in sede cautelare della valutazione, sia pure sommaria e provvisoria, degli elementi di cui agli artt. 121 e 122 del CPA.

10. Il rito superspeciale in materia di ammissioni ed esclusioni

Il secondo tema che merita attenzione particolare riguarda il *rito superspeciale* in materia di ammissioni ed esclusioni.

Si tratta di una disciplina che ha formato oggetto di critiche molto aspre, benché nasca da un'esigenza comunemente avvertita: anticipare la definizione del contenzioso sui requisiti soggettivi di partecipazione ad un momento temporale in cui ancora non si è proceduto alla valutazione dei contenuti delle offerte e alle altre operazioni di gara.

D'altro canto, si tratta di un contenzioso ad amplissima diffusione, poiché le contestazioni sulla partecipazione alla procedura degli operatori economici risultano molto frequenti nella prassi.

Emerge, però un problema concreto. La nuova disciplina processuale non è perfettamente coordinata con la successione temporale degli atti che riguardano invece la vicenda sostanziale del procedimento di ammissione alle gare.

Per chiarire questo punto, si può osservare, come già molti commentatori hanno evidenziato, che il rito introdotto dal codice degli appalti pubblici presenta qualche analogia con il giudizio elettorale preparatorio di cui all'art. 129 e ss. del CPA.

Si tratta di un processo caratterizzato da tempi fulminei, *brucianti*, ma ben coordinato con il procedimento elettorale sostanziale, che si svolge secondo fasi disciplinate dalla legge in maniera molto rigorosa. Per cui si ha la certezza che, nel pieno rispetto di tutti i – brevissimi – termini a difesa, la conclusione del processo, anche in grado di appello, interviene all'incirca una quindicina di giorni prima dello svolgimento delle elezioni. Così, queste possono svolgersi regolarmente e senza ritardo, eventualmente emendate dalle illegittimità accertate dal giudice.

Questa simmetria tra termini processuali e svolgimento della procedura sostanziale non è affatto garantita nel procedimento di affidamento dei contratti pubblici.

Per cui può accadere che, nonostante la velocità del rito sull'ammissione e sull'esclusione, l'amministrazione possa e anzi debba andare avanti, non essendo previsto nemmeno un meccanismo di *standstill*, di sospensione del procedimento conseguente all'impugnazione dell'ammissione o dell'esclusione. Con la conseguenza che, in quel caso, se dopo l'ammissione o l'esclusione dei concorrenti, intervenuta l'aggiudicazione, si porrà il problema del regime processuale applicabile all'impugnazione di questo successivo atto.

Il tema è stato già affrontato, con esiti non univoci, da alcune pronunce dei TAR.

Al riguardo sembra preferibile la tesi secondo cui in tali circostanze sia ammissibile un ricorso cumulativo contro l'aggiudicazione e contro i presupposti atti di ammissione e di esclusione. Il giudizio, allora, sarà assoggettato alla disciplina dell'art. 120 e non a quella del rito *superspeciale*, di cui ai commi 2-bis e 6-bis.

Si pone poi un altro problema concreto. Secondo la disciplina imposta dalla direttiva n. 24, la stazione appaltante, ha l'obbligo di escludere i concorrenti privi dei prescritti requisiti soggettivi *in qualunque momento della procedura*.

Dunque, le ammissioni e le esclusioni potrebbero verificarsi anche quando la procedura selettiva è già in corso. In queste circostanze, l'obbligatoria applicazione del rito *superspeciale* potrebbe risultare priva di utilità e inidonea a realizzare un'effettiva accelerazione della definizione del contenzioso.

Si pensi, ancora, che, secondo la disciplina recepita dal codice, anche a contratto stipulato, la stazione appaltante, ha la facoltà di recedere dal contratto, una volta accertata la carenza dei requisiti in capo all'aggiudicatario.

Ancora, un'ultima considerazione critica riguarda la circostanza che il giudizio speciale su ammissioni ed esclusioni è limitato soltanto alla valutazione dei requisiti soggettivi dei partecipanti alla selezione e non concerne altri aspetti, quali, per esempio l'anomalia dell'offerta, oppure la regolarità tecnica dell'offerta stessa, o, secondo taluno, la stessa correttezza formale dell'offerta.

11. Il sistema del precontenzioso; aspetti positivi e negativi

Un ultimo punto da esaminare riguarda il nuovo sistema di *precontenzioso* dinanzi all'ANAC, di cui all'articolo 211 comma 1, del codice.

Su tale previsione vanno considerati aspetti positivi, insieme a profili meno convincenti, sul piano della concreta efficacia dell'istituto.

Quello positivo consiste nella trasformazione del parere di precontenzioso facoltativo dell'ANAC, previsto dalla vecchia normativa, in una determinazione vincolante per le parti. In questo modo, la *decisione* dell'ANAC assume la fisionomia di un atto dal contenuto materiale assai simile a quello di una pronuncia arbitrale, anche se non ne ha tutti i contenuti e il codice evita qualsiasi riferimento espresso a tale figura generale. Il ruolo dell'ANAC nella risoluzione delle controversie risulta così rafforzato, con ricadute benefiche sulla rapidità del ripristino della legalità violata, alleggerendo il carico del giudice amministrativo.

La previsione dell'efficacia vincolante, però, non si accompagna ad una chiara regolamentazione del procedimento, in reazione ad alcuni nodi fondamentali, a cominciare dalla definizione del rapporto tra la tutela giurisdizionale e il procedimento precontenzioso svolto davanti all'ANAC.

Il sistema è modellato sulla falsariga dei ricorsi amministrativi, secondo uno schema somigliante a quello del ricorso gerarchico improprio. Ma la relativa disciplina non è richiamata, con la conseguenza che, allo stato, non sembra direttamente applicabile la regola generale di cui al D.P.R. n. 1199/1971, secondo cui la proposizione del ricorso a un autorità decisoria diversa dal giudice determina la sospensione del termine per il ricorso giurisdizionale. Una esplicita scelta legislativa in tal senso avrebbe sicuramente determinato un effetto di implementazione dello strumento.

Vi è allora il rischio che il sistema del precontenzioso anziché determinare un effetto deflattivo sul contenzioso giurisdizionale, possa in qualche modo moltiplicare i ricorsi al TAR, perché le parti interessate, per cautelarsi potrebbe dover proporre più domande contestuali: una davanti all'ANAC e l'altra davanti al giudice amministrativo.

Vero è che l'ANAC, con il proprio regolamento di organizzazione del procedimento di precontenzioso si è data tempi molto rapidi di decisione. Ma nemmeno la tempestiva conclusione del procedimento di precontenzioso impedisce il verificarsi degli inconvenienti derivanti dalla possibile sovrapposizione con il processo giurisdizionale.

12. Conclusioni: la lunga strada verso l'efficienza del sistema di tutela giurisdizionale

Non vi è dubbio, allora, che il nuovo codice abbia colto una serie di criticità del vecchio sistema e abbia individuato alcune utili strade da seguire. In questa

direzione si pongono senz'altro l'istituto del precontenzioso, il meccanismo di ulteriore accelerazione dei processi riguardanti determinate controversie, la riconosciuta necessità di puntualizzare meglio i presupposti della decisione cautelare, valorizzando l'apprezzamento comparativo degli interessi coinvolti nella vicenda contenziosa.

Ma molti punti della nuova disciplina richiedono ancora di essere precisati, attraverso gli indirizzi della giurisprudenza e la prassi applicativa.

In questa prospettiva, per assicurare la massima efficienza del sistema di tutela giurisdizionale, dovrebbe garantirsi la massima stabilità delle norme scritte del processo, riducendo le modifiche legislative a pochi e ponderati casi regole, lasciando poi all'interprete la facoltà e il potere di adeguarle progressivamente e gradualmente alle diverse realtà.