

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELLA TUSCIA DI VITERBO

DIPARTIMENTO DI STUDI LINGUISTICO – LETTERARI,

STORICO – FILOSOFICI E GIURIDICI



Corso di Dottorato di Ricerca in

Diritto dei contratti pubblici e privati – XXVIII Ciclo

**I SISTEMI DI CONTROLLO SUI CONTRATTI
PUBBLICI ED IL RUOLO DELLE AUTORITÀ DI
VIGILANZA**

(SSD – IUS/10)

Tesi di dottorato di:

Dott.ssa Diletta Maria Grisanti

Coordinatore del corso

Prof. Carlo Sotis

Tutore

Prof.ssa Anna Moscarini

Data della discussione

27 giugno 2016

INDICE

Introduzione.....	1
Capitolo I. I soggetti amministrativi preposti all'esercizio del controllo sui contratti pubblici: i poteri delle autorità amministrative indipendenti	22
1. L'Autorità Nazionale Anti-Corruzione quale nuovo organo preposto alla vigilanza sui contratti pubblici. Dalla tutela dell'interesse generale al rispetto della normativa sull'evidenza pubblica alla prevenzione della corruzione in materia di appalti	22
2. La funzione di vigilanza	38
3. Il potere regolatorio	42
3.1. <i>Segue.</i> Peculiarità e limiti della potestà di regolazione dell'Autorità preposta alla vigilanza sui contratti pubblici.....	47
3.2. <i>Segue.</i> Analisi e verifica di impatto della regolazione	49
4. La funzione di risoluzione stragiudiziale di controversie (il c.d. precontenzioso)..	55
5. Il potere di indagine e di comminazione di sanzioni	65
6. I nuovi poteri del Presidente dell'A.N.AC.: il commissariamento e le misure di sostegno e gestione delle imprese.....	69
7. L'AGCM sulla vessatorietà delle clausole contrattuali: note critiche	73
 Capitolo II. Gli effetti dell'esercizio della vigilanza sull'attività delle amministrazioni pubbliche e sul contratto.....	76
1. Il recepimento delle direttive come occasione di riforma della disciplina sui contratti pubblici: il ruolo propulsore svolto dall'Autorità.....	76
2. L'attività regolatoria dell'Autorità anticorruzione nel processo di recepimento delle nuove direttive in materia di appalti e concessioni	84
2.1. <i>Segue.</i> Analisi di impatto delle nuove direttive appalti e concessioni sulla normativa vigente dell'evidenza pubblica	96

2.2. <i>Segue</i> . La disciplina dell' <i>in house providing</i> alla luce delle nuove direttive appalti.....	106
2.3. Obblighi dichiarativi e documentali e soccorso istruttorio: ruolo dell'Autorità nell'elaborazione delle linee guida rivolte alle stazioni appaltanti.....	108
3. Proposta di razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale	117
4. Conseguenze dell'esercizio del potere sanzionatorio. Esclusione dalla gara in caso di falsa dichiarazione sul possesso dei requisiti di ordine generale.....	124
4.1. <i>Segue</i> . Sanzioni pecuniarie in caso di false dichiarazioni in ordine ai requisiti di carattere generale	127
4.2. <i>Segue</i> . Conseguenze sanzionatorie in caso di mancata dimostrazione dei requisiti speciali in sede di verifica dell'offerta.....	128
5. I poteri del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione: le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese. Ratio e ripercussioni applicative	131
5.1. <i>Segue</i> . L'attività interpretativa e consultiva dell'Autorità riguardo i nuovi poteri del d.l. n. 90/2014.....	142
6. L'attività di vigilanza sulle varianti	147
7. L'attività relativa al sistema di qualificazione delle imprese.....	150

3. Controllo giurisdizionale sul contratto pubblico e sugli atti delle Autorità indipendenti..... 153

1. Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto medio tempore stipulato: i poteri riconosciuti al giudice amministrativo dal codice del processo amministrativo	153
2. Peculiarità e limiti del sindacato del giudice sugli atti delle autorità amministrative indipendenti	158
2.1. Questioni relative al problematico coordinamento del potere del giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto e con il potere del Presidente dell'A.N.AC. di disporre il commissariamento di un singolo appalto	162

3. Il problema della mancata attribuzione all'Autorità della legittimazione processuale attiva.....	165
---	-----

Capitolo IV. Da un sistema di controllo amministrativo endogeno alla centralità del ruolo del *juge administratif* : l'esperienza francese..... 172

1. Nascita ed evoluzione del sistema di vigilanza sui <i>marchés publics</i>	172
2. L'attuale sistema di controllo sui contratti pubblici: i poteri del <i>juge administratif</i> sul rapporto contrattuale e l'estensione della legittimazione ad agire in giudizio anche ai terzi non partecipanti alla procedura di evidenza pubblica	186
3. Il ruolo svolto dal potere esecutivo nel processo di adattamento normativo del diritto interno francese al diritto europeo	191
4. L'analisi del sistema di controllo amministrativo sui contratti pubblici: vantaggi e aspetti problematici legati alla scelta di non istituire una autorità amministrativa indipendente preposta alla vigilanza di settore.....	210

Conclusioni 215

Bibliografia..... 237

Introduzione

La materia del contratto pubblico vive un momento di rinnovato interesse sia da parte del legislatore nazionale sia del legislatore comunitario, il quale ha da ultimo manifestato l'esigenza di reintervenire sulla disciplina della materia, mediante l'approvazione nel marzo del 2014 di tre nuove direttive ¹, disciplinanti rispettivamente il settore delle concessioni, degli appalti settori ordinari e degli appalti settori speciali.

Pur senza ripercorrere, non risultando questa la sede opportuna, l'intero *iter* storico-giuridico che ha condotto sino al riconoscimento della possibilità in capo alle pubbliche amministrazioni, nel perseguimento dell'interesse pubblico, di ricorrere a strumenti diversi dal potere autoritativo (quali la negoziazione di tipo privatistico ed in particolare il contratto) appare ad ogni modo necessario evidenziare come una svolta significativa in tal senso si è avuta mediante la riformulazione da parte del legislatore degli artt. 1 ed 11, l. 7 agosto 1990, n. 241 ². Ed infatti, tali disposizioni nella loro attuale formulazione, sanciscono espressamente, quale principio generale, la compatibilità con l'ordinamento nazionale di un'attività prettamente privatistica delle amministrazioni pubbliche, alle quali è liberamente consentito, nell'ambito dell'attività negoziale dalle stesse posta in essere, ricorrere agli strumenti propri del diritto privato.

All'interno dell'attività contrattualistica dell'amministrazione, dottrina e giurisprudenza nazionali ed europee hanno da sempre manifestato un particolare interesse per i contratti di appalto, stante la peculiarità dell'iter formativo degli stessi nonché l'importanza degli interessi coinvolti sin dalla fase prodromica alla loro conclusione.

Con specifico riferimento a tale tipologia contrattuale, il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (meglio noto come "*Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*"), ha rappresentato il risultato di un lungo cammino di conformazione del diritto interno alle prescrizioni del Trattato CE e al diritto comunitario derivato in materia di appalti, sulla base altresì delle indicazioni ermeneutiche fornite dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

A tal proposito, si evidenzia come il percorso che ha portato alla creazione di un codice specifico disciplinante la materia dei contratti pubblici, sulla base delle indicazioni fornite in tal senso dalla normativa comunitaria, è stato alquanto lungo e complesso per il

¹ Si tratta delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

² Ad opera della l. 11 febbraio 2005, n. 15.

legislatore nazionale, a causa della risalenza nel tempo e dalla poca sistematicità della normativa nazionale di settore.

La disciplina dei contratti pubblici è, infatti, il risultato dello stratificarsi di una serie di fonti normative, anche di rango diverso, che si sono via via succedute e sovrapposte nel tempo, a partire dalla legge di contabilità di Stato (r.d. 18 novembre 1923, n. 2440) e dal suo regolamento di attuazione, fino all'emanazione della c.d. Legge Merloni ³, disciplinante il settore dei lavori e delle opere pubbliche.

Come si è già avuto modo di sottolineare, un fattore determinante nell'evoluzione e rinnovazione della materia della contrattazione pubblica è rappresentato dalle indicazioni fornite dalle istituzioni europee e dalla forte influenza esercitata dal diritto comunitario sulla disciplina degli istituti tipici della materia. Ciò sia alla luce della normativa specificamente elaborata a livello sovranazionale e delle interpretazioni fornite della stessa da parte della Corte di Giustizia, sia in virtù dei valori e degli obiettivi che i Trattati sanciscono quali beni superiori, tra cui la libertà di concorrenza nel mercato e la *par condicio* tra i concorrenti.

Con il passare del tempo, il ruolo propulsore svolto dal diritto comunitario in materia non è andato affievolendosi, ma al contrario il legislatore sovranazionale ha sottolineato anno dopo anno l'assoluta centralità del settore in questione, anche alla luce delle profonde interferenze dello stesso con le scelte della politica e dell'economia.

In virtù di ciò, il diritto comunitario ha inciso e continua ad incidere notevolmente sulla disciplina degli affidamenti dei contratti pubblici, con conseguente necessità per i legislatori dei singoli stati di attivarsi costantemente al fine di recepire le importanti novità introdotte a livello europeo, adeguando il sistema nazionale degli appalti.

A dimostrazione di ciò, basti notare come molti degli istituti entrati ormai a far parte della coscienza nazionale sono frutto dell'elaborazione normativa e giurisprudenziale dell'Unione. Tra questi si ricordano, a titolo esemplificativo, sul versante dei soggetti tenuti all'applicazione e all'osservanza della disciplina pubblicistica dell'evidenza, l'organismo di diritto pubblico, per lungo tempo sconosciuto al diritto italiano ed introdotto dal legislatore comunitario con l'intento di ampliare il novero delle amministrazioni aggiudicatrici tenute al rispetto delle regole degli appalti pubblici, al fine di evitare il proliferare di fenomeni elusivi della normativa pubblicistica, ad esempio mediante creazione di società o enti privati *ad hoc* istituiti.

³ L. 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modifiche.

Allo stesso modo, di notevole importanza è risultato il ruolo svolto dalla giurisprudenza comunitaria, la quale, tra le diverse iniziative, ha proceduto all'elaborazione della figura dell'*in house providing* ⁴, individuandone puntualmente i presupposti che debbono necessariamente esistere in capo alla società affidataria affinché possa eseguire legittimamente la prestazione senza previa selezione pubblica, seppur mostrando un atteggiamento di neutralità rispetto alla scelta della stazione appaltante di procedere all'affidamento di un servizio, lavoro o fornitura mediante gara ovvero attraverso affidamento diretto.

Degne di nota sono altresì le indicazioni fornite a livello europeo in merito agli obiettivi e agli interessi da proteggere attraverso il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica. Ed infatti, mentre inizialmente l'ordinamento nazionale aveva costruito il sistema degli appalti, disciplinandone il relativo procedimento di gara, avendo quale obiettivo essenziale la tutela dell'amministrazione affidataria e la possibilità per la stessa di formare correttamente la propria volontà contrattuale alle condizioni economiche più vantaggiose, le istituzioni comunitarie non hanno perso l'occasione per "correggere il tiro", individuando quale finalità prioritaria il perseguimento della tutela della libera concorrenza, la libertà di prestazione di servizi da parte delle imprese e la libertà di stabilimento delle stesse in tutti gli stati membri dell'Unione, nonché la libertà di accesso senza discriminazioni, anche di ordine tecnico, alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici ⁵.

Ebbene, proprio in tale direzione di innovazione e garanzia della concorrenza per il mercato, oltre che nel mercato, muovono le direttive appalti e concessioni di recente approvazione. Alla luce di ciò il legislatore nazionale è chiamato a porre in essere uno sforzo significativo al fine di adeguarsi alla disciplina di derivazione europea, superando quelle diversità di cultura giuridica e politica che tradizionalmente separano i due ordinamenti e che hanno reso spesso non agevole l'adattamento del sistema interno, soprattutto in quelle materie caratterizzate da una forte tradizione pubblicistico-amministrativistica ⁶. L'Unione europea pone ancora una volta al centro del proprio intervento la tutela della concorrenza, la quale non potrà, secondo il legislatore sovranazionale, risultare bene recessivo nel bilanciamento dei diversi interessi in gioco.

⁴ Sentenza della Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal s.r.l. c/ Comune di Viano*.

⁵ G. GRECO, *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici*, in A.A.V.V., *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto comunitario e italiano*, Milano, 1990, 12 ss.

⁶ A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Milano, 2007, 1 ss.

D'altronde, il diritto dell'Unione europea, incidendo come detto in maniera significativa e spesso determinante sulla disciplina nazionale dei contratti pubblici, ha reso obbligatorio di volta in volta l'osservanza da parte delle stesse amministrazioni nazionali di nuove regole procedurali finalizzate a garantire la piena concorrenza tra imprese nel mercato interno o internazionale. Dopotutto in tal senso milita la stessa normativa sovranazionale ove impone ai singoli ordinamenti di riconoscere a chi non sia risultato aggiudicatario di una procedura di evidenza pubblica il risarcimento dei danni derivatigli dal mancato rispetto della disciplina europea, ovvero nazionale di recepimento, a prescindere dalla natura degli interessi in gioco ⁷.

Alla luce di quanto fin qui precisato, appare chiaramente la centralità che la materia del contratto pubblico e la disciplina dell'evidenza assumono altresì in un'ottica eurounitaria di protezione della concorrenza questa volta nel mercato, oltre che per il mercato.

Ebbene, nell'ampia ed eterogenea categoria dei contratti pubblici, gli appalti, quali contratti passivi conclusi dalla pubblica amministrazione ⁸, sono quelli in relazione ai quali maggiormente sorgono tali esigenze di tutela della concorrenza e del mercato, dal momento che determinano, da un lato, una perdita di risorse per l'amministrazione pubblica e, dall'altro, un'entrata economica, talvolta piuttosto significativa, per l'impresa aggiudicataria.

Volendo, dunque, prendere le mosse da alcuni punti fermi dell'intera materia dell'evidenza pubblica, caratterizzata come detto più da questioni irrisolte che da certezze, appare opportuno in primo luogo procedere all'analisi della nozione stessa di appalto. Contenuta dapprima nella direttiva 2004/18/CE e ora transitata nella direttiva 2014/24/UE, con alcune variazioni di cui si darà conto immediatamente di seguito, di essa si occupa in primo luogo l'art. 3, comma 6, d.lgs. n. 163/2006, in base al quale gli appalti pubblici sono *“contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi”*.

⁷ È stata superata, in tal modo, la tradizionale distinzione prevista dal diritto italiano tra diritti soggettivi ed interessi legittimi. Sul punto si veda A. MASSERA, M. SIMONCINIA, *Fondamenti dei contratti pubblici in Italia, Report annuale 2011 – Italia*, in *Ius Publicum*, febbraio 2011.

⁸ La distinzione tra contratti attivi e passivi si ricava dall'art. 3, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 (norme di contabilità pubblica, in base al quale *“i contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinare con regolamento, l'amministrazione non intenda far ricorso alla licitazione ovvero nei casi di necessità alla trattativa privata. I contratti dai quali derivi una spesa per lo Stato debbono essere preceduti da gare mediante pubblico incanto o licitazione provata, a giudizio discrezionale dell'amministrazione”*).

Ebbene, anche con riferimento alla stessa definizione di appalto pubblico, assume, come già precisato, assoluta rilevanza il ruolo svolto dal legislatore europeo, il quale da ultimo, nella direttiva di recente approvazione sui settori ordinari, ha apportato significative innovazioni, mediante una riformulazione della nozione di contratto di appalto.

Nello specifico, l'art. 1, comma 2, della direttiva 24/2014/UE stabilisce espressamente che *“si parla di appalto quando una o più amministrazioni aggiudicatrici acquisiscono, mediante appalto pubblico, lavori, forniture o servizi da operatori economici scelti dalle amministrazioni aggiudicatrici stesse, indipendentemente dal fatto che i lavori, le forniture o i servizi siano considerati per una finalità pubblica o meno”*. Ebbene, sia l'utilizzo del termine “acquisiscono” rivolto alle amministrazioni aggiudicatrici sia la precisazione riguardo la riconducibilità alla categoria dell'appalto di quei contratti aventi ad oggetto lavori, forniture o servizi a prescindere dalla finalità pubblica o meno degli stessi, generano alcune questioni interpretative ed applicative di non così scontata soluzione⁹.

Alla luce delle novità e dell'evoluzione della materia, in generale, e dell'istituto del contratto, in particolare, proposte a livello sovranazionale, quest'ultima rappresenta un'importante opportunità per il legislatore nazionale di rinnovare il sistema dei contratti pubblici, adattandolo alle nuove esigenze, mediante la revisione del corpo di norme disciplinanti l'intera materia al fine di crearne un apparato sistematico chiaro ed agevole, che possa servire da guida agli operatori del settore.

In tale direzione sembrerebbe muoversi la legge da ultimo approvata¹⁰, mediante la quale il Parlamento delega al Governo l'attuazione del pacchetto direttive in materia di appalti del 26 febbraio 2014, fornendo i principi e i criteri che dovranno guidare l'esecutivo nella sua attività di recepimento.

Rinviando al corpo centrale del presente lavoro di ricerca per l'analisi circa le maggiori novità introdotte in materia dal recente intervento normativo, con riferimento sia alle funzioni attribuite all'A.N.AC. nella sua attività di vigilanza sul settore, sia ad alcuni dei principali istituti della contrattazione pubblica, appare opportuno evidenziare già in questa sede la portata dirompente dell'intervento in questione, che ha portato all'adozione di un

⁹ Quanto all'utilizzo del termine “acquisiscono” autorevole dottrina ha evidenziato come elemento essenziale dell'appalto pubblico debba essere considerata l'acquisizione, la quale non coincide in alcuna maniera con la nozione di acquisto, dal momento che sarebbe del tutto inaccettabile ritenere che la direttiva in questione si applichi ai soli contratti di compravendita (sul punto, R. CARANTA, D. DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2014, 5, 493 ss).

¹⁰ Si tratta della legge 28 gennaio 2016, n. 11 (disegno di legge 1678-B di iniziativa governativa), approvata al Senato nella sua ultima versione in data 14 gennaio 2016, già in precedenza approvato al Senato e modificato alla Camera dei deputati.

nuovo ed unico testo normativo contenente l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, denominato "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione"¹¹.

Accanto al ruolo di primaria importanza svolto dal legislatore, assume una significativa rilevanza altresì il compito affidato ai soggetti preposti al controllo, di tipo amministrativo e giurisdizionale, finalizzato, da un lato, a prevenire eventuali interpretazioni difformi della normativa di settore, dall'altro, a verificare il rispetto della normativa nazionale e comunitaria sull'evidenza pubblica.

Tali soggetti devono essere individuati attualmente nell'Autorità Nazionale Anticorruzione¹² e negli organi di giustizia, amministrativa e ordinaria, i quali sono incaricati di coadiuvare il legislatore non solo nella fase attuativa e repressiva delle condotte violative della normativa di settore, ma altresì nella fase di assimilazione e rielaborazione a livello nazionale degli *input* puntualmente impartiti dal legislatore unionale.

A tal proposito, al fine in particolare di far cogliere al meglio in cosa consista tale attività di supporto ed incentivazione svolta dagli organi preposti al controllo sul settore degli appalti, appare necessario delineare brevemente quale sia il ruolo oggi svolto dal diritto amministrativo, in generale, e dal potere pubblico, in particolare, nella disciplina dell'attività economica e del mercato.

Il ruolo del diritto amministrativo nell'era della globalizzazione e delle liberalizzazioni è notevolmente mutato rispetto al passato. Le esigenze di crescita rese improrogabili dalla crisi economica internazionale hanno portato economisti e politici a rivolgere la loro attenzione verso le regole pubbliche che disciplinano l'accesso al mercato e lo svolgimento delle attività economiche. Si parte dal presupposto che la crescita economica è intrinsecamente collegata e dipendente dalla maniera e dalle modalità con cui i mercati sono regolati¹³. Ciò che è apparso maggiormente rispondente alle esigenze di crescita e ripresa economica sembrerebbe essere una regolazione meno ingombrante, ma qualitativamente superiore. Alla luce di ciò, dottrina e giurisprudenza si sono domandate se il diritto amministrativo fosse in grado, attraverso i suoi strumenti, di dare una risposta adeguata a tali imperativi economici.

Ciò in quanto nel dibattito culturale e politico, si è percepita la sensazione di un diritto amministrativo che, a causa della sua rigidità e della sua tendenza ad invadere le libertà dei

¹¹ Si veda, a tal proposito, l'art. 1, comma 1, lett. b), della legge delega in questione.

¹² A seguito della sostituzione della precedente Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in merito alla soppressione della quale più ampiamente infra Cap. I, par. I.

¹³ R. GIOVAGNOLI, *Liberalizzazioni, semplificazioni ed effettività della tutela, Relazione tenuta al Convegno di studi in occasione dell'assegnazione del Premio Sorrentino 2012*, Roma, Palazzo Spada, 12 giugno 2012.

privati, mal si coniuga con l'esigenza di crescita economica e di incentivo alla libertà economica personale, mostrandosi quale fattore di ostacolo allo sviluppo.

In realtà, la stessa prospettiva di coloro che ritengono che mal si adatti il diritto amministrativo alla regolazione del mercato, richiamando per esempio il diverso sistema di *common law*, muove da una premessa non condivisibile. Ed infatti, negli stessi ordinamenti di stampo anglosassone, tutta la disciplina economica emanata nel corso del Novecento trova la sua fonte nel Parlamento e nell'utilizzo dello strumento della c.d. *statutory law* pubblicistica, ossia della produzione legislativa ¹⁴.

Nell'Europa continentale, d'altronde, si sviluppa sempre di più un diritto amministrativo basato su leggi contenenti clausole normative generali, che lasciano grande margine di manovra alle amministrazioni pubbliche specializzate e ai giudici.

Il diritto amministrativo, seppur in questa sua nuova formulazione, è comune a tutti gli ordinamenti giuridici ed è proprio a questo che occorre rivolgersi al fine di ottenere soluzioni adatte a far fronte alle nuove esigenze dei mercati. Lo stesso diritto amministrativo europeo non ignora forme di esercizio del potere da parte dell'amministrazione di tipo autoritativo; né il fatto che il potere pubblico ricerchi a volte il consenso dei destinatari della propria azione, a seconda dei diversi livelli di regolazione e degli interessi coinvolti, significa che l'esercizio del potere autoritativo assoluto sia ormai recessivo. L'affiancamento di nuovi strumenti di azione, rispetto al tradizionale esercizio autoritativo del potere, in capo all'amministrazione pubblica dimostra unicamente come esistano oggi strumenti diversi e maggiormente flessibili cui l'amministrazione può ricorrere nel perseguire i propri interessi ¹⁵.

Sulla base di ciò, occorre verificare attraverso quali strumenti e quali modalità possa intervenire il diritto amministrativo al fine di perseguire l'interesse pubblico nel rispetto dell'incentivazione della libertà delle imprese private sorta con l'avvento dell'era delle liberalizzazioni. È ormai quasi pacificamente ritenuto che una regolazione amministrativa di tutti gli aspetti dell'attività economica privata sia anacronistica e non rispondente alle reali esigenze della società e del mercato. In virtù di tale considerazione, si è inaugurata

¹⁴ D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo tra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2008, 51 ss.

¹⁵ R. CHIEPPA, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, Relazione tenuta in occasione del convegno di Varenna "Nuovi poteri e dialettica degli interessi", 24, 25 e 26 settembre 2009, in *Riv. it. Dir. Pubbl. com.*, 2009, 1319 ss.

una nuova forma di intervento pubblico caratterizzato dall'essere quantitativamente minore, ma probabilmente qualitativamente migliore ¹⁶.

La recente legislazione nazionale in tema di liberalizzazioni e semplificazioni è ispirata, pertanto, proprio ad una significativa riduzione dell'intervento pubblico e della discrezionalità amministrativa nell'introdurre misure restrittive per l'accesso ai mercati.

In tal modo, l'intervento autorizzatorio preventivo della pubblica amministrazione diviene eccezionale; il privato diviene titolare di un diritto soggettivo a svolgere attività economica nel suo complesso, alla luce della tutela della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.

In questo diverso contesto economico-giuridico, il ruolo della regolazione amministrativa retrocede lasciando maggiori libertà di azione al singolo.

Ritenere, tuttavia, che il ruolo del diritto amministrativo e dell'intervento pubblico sia del tutto soppiantato dagli equilibri del mercato non risponde affatto a verità.

Ed infatti, la regolazione amministrativa, seppur eccezionale, mantiene un suo ruolo di assoluta rilevanza in quelle ipotesi in cui l'intervento pubblico risulti necessario al fine di garantire la tutela di interessi costituzionalmente protetti che altrimenti risulterebbero fortemente pregiudicati.

Alla luce di ciò, l'esistenza di interessi costituzionalmente rilevanti non segna la fine del potere amministrativo, assurgendo al contrario a presupposto dello stesso: il potere amministrativo esiste proprio in relazione all'interesse costituzionale da tutelare. La tutela degli interessi costituzionalmente rilevanti diventa, pertanto, la funzione primaria di un nuovo diritto amministrativo, con particolare riferimento al settore delle attività economiche.

La pubblica amministrazione è chiamata ad agire ed intervenire quale soggetto preposto a garantire il rispetto di quelli che sono tradizionalmente definiti diritti fondamentali di "seconda generazione", i quali, seppur riconosciuti dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali come la CEDU e la Carta di Nizza, si dicono non essere a soddisfazione necessariamente garantita, in quanto l'ordinamento ammette la possibilità per il potere pubblico di incidere sugli stessi qualora ciò sia necessario, in virtù di un bilanciamento tra i diversi valori in gioco.

¹⁶ R. GIOVAGNOLI, *Liberalizzazioni, semplificazioni ed effettività della tutela*, Relazione tenuta al Convegno di studi in occasione dell'assegnazione del Premio Sorrentino 2012, citata.

All'interno della macrocategoria delle liberalizzazioni, parte della dottrina ¹⁷ distingue le liberalizzazioni giuridiche, ossia quelle che consistono nell'eliminazione dei vincoli giuridici all'esercizio delle attività private ¹⁸, dalle liberalizzazioni c.d. economiche, consistenti nel passaggio da un mercato c.d. chiuso (ad esempio perché monopolistico) ad un mercato aperto alla concorrenza tra operatori economici.

Il processo di liberalizzazione economica perché possa essere effettivo, con conseguente rimozione degli ostacoli all'ingresso dei diversi operatori economici sul mercato, necessita dell'esistenza di una specifica regolazione settoriale procompetitiva. Nasce, in tal modo, una nuova funzione amministrativa, quella di regolazione dei mercati al fine della promozione della concorrenza.

Ciò ha determinato la nascita e lo sviluppo a partire dagli anni '90, di un nuovo fenomeno di diritto amministrativo, consistente nell'attribuzione di funzioni di *regulation* (comprendenti di poteri normativi, amministrativi e giustiziali o paragiurisdizionali), ad Autorità amministrative indipendenti, istituite sul modello delle Agenzie indipendenti di tradizione statunitense, autonome e neutrali rispetto ai poteri pubblici ed incaricate di svolgere le proprie funzioni in determinati settori, in virtù dell'alto tecnicismo e della specifica competenza delle stesse ¹⁹.

L'avvento nel tessuto ordinamentale nazionale del fenomeno delle Autorità indipendenti è dovuto, pertanto, in primo luogo, all'emersione di interessi e valori sostanziali rispetto ai quali gli apparati amministrativi tradizionali si dimostravano impreparati. Si percepiva, infatti, con drammatica evidenza la circostanza per cui la gestione dei c.d. settori sensibili, ossia quelli in cui erano coinvolti interessi di rilevanza costituzionale, necessitasse dell'intervento di organismi indipendenti dai tradizionali apparati amministrativi che, in quanto altamente qualificati sotto il profilo tecnico, potessero garantire un'azione efficiente

¹⁷ G. SCOCA, *Relazione introduttiva*, in E. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici sull'evoluzione della disciplina. Atti del Convegno di Lecce, 30-31 marzo 2007*, Torino, 2008, 6. In realtà, l'autore evidenzia come non si tratterebbe propriamente di due tipologie diverse ed escludenti di liberalizzazioni, dal momento che queste altro non rappresenterebbero che due aspetti dello stesso fenomeno (la liberalizzazione economica non potrebbe che avvenire mediante vicende di modificazione di discipline giuridiche).

¹⁸ È ciò che è avvenuto ad esempio con l'introduzione della d.i.a. (oggi S.C.I.A.) di cui all'art. 19, l. n. 241/1990.

¹⁹ R. CAPONIGRO, *Interessi e regole di tutela negli ambiti nazionale e comunitario, Relazione predisposta per il Convegno "L'Europa del diritto: i giudici e gli ordinamenti"*, svoltosi presso il T.A.R. Puglia, Lecce il 27 e 28 aprile 2012, in www.giustizia-amministrativa.it.

ed effettiva nonché esercitata con imparzialità ed indifferenza rispetto agli interessi dei soggetti coinvolti ²⁰.

L'istituzione delle Autorità indipendenti rispondeva, dunque, all'esigenza di far progressivamente recedere l'intervento degli ordinari apparati governativi e amministrativi in quei settori la cui tutela necessitava della creazione di organismi operanti in totale terzietà e neutralità, senza alcun tipo di vincolo o condizionamento dovuto all'esistenza di interessi egoistici propri dell'amministrazione tradizionale o all'influenza del potere politico.

Un ulteriore fattore che ha concorso allo sviluppo del fenomeno delle autorità di vigilanza e regolazione appare, altresì, la progressiva recessione del modello di gestione diretta dei servizi pubblici da parte dello Stato e, più in generale, l'abdicazione all'intervento pubblico nell'economia. Si ha, dunque, un mutamento genetico del ruolo assunto dallo Stato nell'economia, il quale, con l'era delle privatizzazioni e liberalizzazioni, dismette le vesti di operatore diretto nel mercato per rivestire la funzione di regolatore, in un primo tempo, agendo esso stesso quale organismo preposto alla regolazione, per poi trasferire tale ruolo a soggetti maggiormente qualificati, in virtù dell'utilizzo da parte degli stessi di strumenti connotati da peculiare tecnicismo ²¹.

Appare evidente, pertanto, come l'istituzione di eterogenei organismi indipendenti cui affidare la cura e la tutela di interessi di settore ritenuti meritevoli di un'attenta protezione sia dovuta alla percepita crisi dell'intervento dell'apparato amministrativo tradizionale e del potere giurisdizionale in sede di gestione e regolazione dei settori sensibili. L'organizzazione amministrativa classica risultava, infatti, per quanto negli anni proliferata a livello locale, del tutto incapace di controllare e gestire con la necessaria obiettività il comportamento e l'attività degli operatori economici di determinati settori, connotati dalla presenza e dalla predominanza di alcuni soggetti "forti" rispetto ad altri, questi ultimi costretti a subire l'influenza e la prevaricazione dei primi. Ciò sia in virtù dell'inevitabile mancanza di autonomia degli apparati amministrativi tradizionali dal governo sia dell'assenza di una preparazione tecnica necessaria alla gestione di settori caratterizzati da un elevato grado di specializzazione e complessità.

²⁰ F. LONGO, *Ragioni e modalità dell'istituzione delle autorità indipendenti*, in S. CASSASE – C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 13 ss.

²¹ L. BARRA CARACCILO, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento USA. Profili comparatistici con l'esperienza italiana*, Torino, 1997, 1057 ss.

Allo stesso modo, non risultava sufficiente un intervento *ex post* del potere giurisdizionale, dal momento che quest'ultimo, agendo nella dimensione patologica della vita relazionale, non è in grado di assicurare una tutela di tipo preventivo-regolatorio necessaria in quei settori che richiedono altresì interventi volti ad indirizzare e correggere l'operato dei singoli nella fase fisiologica di nascita e svolgimento dei rapporti economici e negoziali.

Alla luce di quanto precisato, la scelta del Parlamento di istituire specifiche autorità di vigilanza rappresenta, come da alcuni ²² evidenziato, una confessione di impotenza e di incapacità degli apparati tradizionali a fornire adeguata risposta alle esigenze proprie dei singoli settori .

Passando, dunque, all'analisi specifica del fenomeno delle Autorità indipendenti, si evidenzia come la nascita delle diverse Autorità nazionali di vigilanza e regolazione presenti una matrice di chiara derivazione comunitaria. Esse trovano, infatti, la loro origine nell'esigenza, avvertita sia a livello nazionale che sovranazionale, di istituire nuove strutture organizzative cui affidare funzioni amministrative di vigilanza e regolazione di quei settori dell'economia ove risultano essere maggiormente a rischio i diritti fondamentali e le libertà riconosciuti dall'ordinamento positivo. Ed infatti, la funzione regolatoria affidata alle Autorità indipendenti ha trovato la propria legittimazione, innanzitutto, nei principi del diritto comunitario, quali la libertà di concorrenza, la libertà di circolazione e di stabilimento nonché la tutela del consumatore.

D'altra parte, la tendenza alla globalizzazione dell'economia e lo sviluppo di sempre più numerose istituzioni ed organismi operanti a livello sovranazionale, non devono indurre a ritenere meramente ridimensionati i poteri e le prerogative dei singoli Stati, bensì al contrario devono fornire l'*input* necessario alla creazione di un sistema macroeconomico unitario, caratterizzato dallo scambio e dall'integrazione a vari livelli, tra le istituzioni in esso operanti, volto alla promozione delle economie nazionali singolarmente e unitariamente considerate ²³.

Alla luce del processo evolutivo di integrazione europea, nei sistemi giuridico-amministrativi contemporanei è stata avvertita l'esigenza di una nuova forma di amministrazione pubblica dell'economia, in grado di individuare, elaborare e garantire il

²² F. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative*, in *Dir. Amm.*, n. 1/1996, 4.

²³ Sul punto si veda L. TORCHIA, *La nuova Costituzione economica*, in AA.VV., *L'amministrazione pubblica Italiana, Un profilo*, a cura di S. CASSESE – C. FRANCHINI, Bologna, 1994, 145 ss, nonché E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Roma, 1996.

rispetto, in modo neutrale, di regole idonee a generare un equilibrato e coordinato, per quanto possibile, sviluppo economico ²⁴.

Muta, pertanto, la concezione stessa di intervento pubblico: lo Stato non assume più le vesti di soggetto preposto alla completa pianificazione e regolazione mediante un intervento di tipo intrusivo, ma al contrario tale tipologia di intervento cede il passo ad una nuova forma di regolazione, divenendo del tutto eccezionale, solo ove ritenuto assolutamente indispensabile.

Si parla a tal proposito di *re-regulation* ossia di quella tendenza a riconoscere allo Stato un potere di intervento di tipo positivo finalizzato unicamente a dettare le regole che garantiscano la sussistenza delle condizioni economiche di base necessarie al corretto funzionamento del mercato, nonché a ridurre le inefficienze e gli sprechi.

Tale nuova funzione di regolamentazione puntuale di settori del mercato è stata, pertanto, affidata ad organismi indipendenti, affinché venisse garantita l'assoluta neutralità, in termini di perfetta estraneità e indipendenza rispetto agli interessi da tutelare ²⁵.

Nell'Europa continentale, infatti, le autorità amministrative indipendenti si sviluppano, come detto, contestualmente al progressivo recesso dello Stato dal controllo delle attività di stampo tipicamente imprenditoriale.

A differenza di quanto avvenuto negli Stati Uniti, ove la creazione delle autorità indipendenti è stata fortemente voluta per dettare regole di comportamento a settori già ampiamente liberalizzati, in Europa, dunque, si è attuato il processo opposto: fornire una disciplina a quei rami di attività fino ad allora caratterizzati da un forte intervento pubblico. E ciò trova la sua *ratio* nella chiara esigenza di protezione di utenti e consumatori, al fine di evitare che questi potessero vedersi lesi nei loro diritti ed interessi, e tutelando gli stessi mediante la creazione di un nuovo sistema libero dai condizionamenti e dai controlli dell'apparato statale.

Il modello delle Autorità indipendenti di stampo americano è stato fortemente voluto proprio dalle istituzioni comunitarie, che hanno optato per l'attribuzione di poteri di vigilanza e regolazione in capo ad organismi indipendenti e di alto livello tecnico, al fine di limitare il massiccio intervento dello Stato in taluni settori ritenuti di primaria importanza.

²⁴ M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere, Stato e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 7 ss.

²⁵ G. VESPERINI, *Le funzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 1990, 425 ss. Una possibile spiegazione giuridica dell'attribuzione di tale potere alle autorità indipendenti è stata da alcuni rinvenuta in una forma di delega atipica di funzioni amministrative da parte dei pubblici poteri tradizionali (si veda, sul punto C. P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione "indipendente" del mercato*, Bari, 2005).

Le Autorità indipendenti, in misura ancor più penetrante rispetto alle amministrazioni nazionali, sono infatti direttamente coinvolte nel tessuto normativo comunitario che detta la disciplina ed il quadro di riferimento all'interno dei quali esse sono chiamate ad operare. Una dimostrazione in tal senso è fornito dall'Autorità Antitrust nazionale, istituita ad opera della l. n. 287/1990, la quale, nel fornire le regole per la tutela della concorrenza e del mercato, precisa espressamente come l'interpretazione delle norme da essa dettate in tema di intese, di abuso di posizione dominante e di operazioni di concentrazione debba essere effettuata *“in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza”* ²⁶.

Sulla base delle indicazioni fornite a livello sovranazionale nonché in attuazione degli articoli 101 e 102 del Trattato UE, le autorità del settore della concorrenza, ad esempio, appaiono come ausiliarie delle istituzioni comunitarie, formando nel contempo la *“rete europea della concorrenza”* con la specifica finalità di operare un raccordo sostanziale informativo e consultivo fra organi comunitari ed autorità nazionali, e all'interno di queste ultime.

Fino agli inizi degli anni '90, questa collaborazione tra istituzioni unionali e Autorità indipendenti era riconducibile all'ordinario procedimento attuativo della disciplina comunitaria, esattamente come avveniva con le altre amministrazioni statali tradizionali. Successivamente, invece, si è assistito ad un fondamentale cambiamento di rotta: gli organismi comunitari hanno cominciato ad occuparsi anche della disciplina dei profili istituzionali delle Autorità indipendenti proprio perché intese come strumenti direttamente attuativi delle loro politiche.

Ebbene, mentre inizialmente si è prodotto un effetto di decentramento delle funzioni, laddove le Autorità indipendenti nazionali sono state chiamate a svolgere compiti esecutivi nell'ambito del procedimento posto in essere dagli organismi comunitari in attuazione di obiettivi essenzialmente europei e non direttamente coinvolgenti le realtà nazionali, con il passare del tempo si è assistito ad una evoluzione del sistema di collaborazione non più basato su soluzioni di tipo gerarchico, ma caratterizzato da un modello incentrato sul riparto di funzioni, attraverso il riconoscimento di una collaborazione di tipo orizzontale con le Autorità amministrative nazionali ²⁷. Esse vengono, infatti, ritenute più idonee ad operare in relazione agli specifici casi concreti per due ordini di ragioni: la vicinanza

²⁶ Art. 1, comma 4, l. 10 ottobre 1990, n. 287.

²⁷ G. FALCON, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. i.d.p.c.*, 1991, 351 ss.

territoriale con gli operatori e l'impossibilità per gli organi comunitari di occuparsi di tutti i potenziali casi di violazione del diritto comunitario che si verificano in Europa.

La differenza tra i due metodi descritti riveste carattere sostanziale: mentre nel primo caso siamo in presenza di una mera delega di attività strumentali di cui gli organismi sovranazionali rimangono titolari, nella seconda ipotesi si ha un'attribuzione, a favore delle Autorità indipendenti nazionali, della titolarità delle funzioni di controllo proprie delle istituzioni comunitarie.

Si tratta, quindi, di un'azione sinergica che coinvolge direttamente le Autorità indipendenti nazionali che prescinde dalla necessaria esistenza di una previsione normativa *ad hoc* da parte del legislatore statale. Tale modello operativo rappresenta uno degli elementi di maggior rilievo del diritto amministrativo europeo, soprattutto in quei settori in cui si procede al coinvolgimento diretto di specifici organismi nazionali individuati già a livello comunitario e non in seguito ad una scelta operata dal legislatore nazionale in sede di recepimento della normativa comunitaria.

Di particolare importanza è poi la tendenza volta alla creazione di strutture caratterizzate dall'assenza di rigidi meccanismi regolatori, aventi come scopo la cooperazione ed il coordinamento di strutture nazionali e comunitarie che si richiamano al concetto di "rete", attualmente utilizzato per individuare strutture composite che operano con moduli organizzativi di tipo federale, ossia, come già precisato, mediante il riparto *ex ante* di funzioni e poteri tra istituzioni comunitarie e nazionali e non mediante mera delega alle seconde di funzioni già attribuite alle prime.

L'illustrata tendenza può essere sintetizzata in concreto nelle seguenti innovazioni: le funzioni delle Autorità indipendenti, divengono ora oggetto di attribuzione diretta da parte del legislatore comunitario; l'organizzazione e il funzionamento delle autorità, materie prima indifferenti al legislatore europeo, divengono oggetto di disciplina comunitaria; l'organizzazione comune dei soggetti regolatori e la creazione di strutture multi-livello spinge verso moduli organizzativi di tipo misto.

La creazione di un sistema integrato di autorità nazionali ha comportato la previsione di principi comuni in tema di Autorità indipendenti, nel logico presupposto che gli attori di questo procedimento di tipo misto dovessero possedere i medesimi principali requisiti.

Si fa riferimento in particolare al principio di indipendenza, di imparzialità e di trasparenza, oltre a quelli di partecipazione e del contraddittorio, ed al diritto di difesa contro le decisioni dell'autorità.

Questa operazione all'insegna del decentramento delle funzioni tramite un sistema integrato ha consentito l'espletamento di determinate attività senza il necessario intervento degli uffici comunitari.

In questo modo l'Unione si è posta l'obiettivo di assicurare una maggiore incisività del proprio potere regolatorio, frutto della dialettica fra Stati membri e Unione stessa, riuscendo peraltro ad arricchire le proprie decisioni di un fondamentale requisito: la conoscenza specifica delle singole realtà territoriali.

Ebbene, quanto fin qui precisato risulta necessario al fine di delineare il contesto storico-giuridico nel cui ambito collocare la nascita e l'evoluzione del sistema nazionale di vigilanza di tipo amministrativo.

Per quanto riguarda, nello specifico, il sistema di controllo sui contratti pubblici nella sua interezza, così come attualmente articolato in Italia, occorre in primo luogo sottolineare ancora una volta come questo si articoli in un controllo di tipo amministrativo svolto da organismi preposti nel tempo alla vigilanza del settore, mediante il ricorso al modello delle Autorità amministrative indipendenti, ed un controllo di tipo giurisdizionale operato dal giudice nazionale (amministrativo, *in primis*, ma anche ordinario).

Rinviando al corpo centrale del lavoro per l'approfondimento delle caratteristiche e delle criticità proprie di ciascuno dei due sottosistemi di controllo nonché della non sempre agevole interazione del primo con il secondo, appare necessario, nel tentativo di affrontare la tematica in maniera il più possibile completa, premettere alcune brevi considerazioni di carattere generale circa i problemi definitivi legati alla natura e alla legittimazione costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti.

Prendendo le mosse dall'effettiva esigenza di procedere alla creazione di un'ulteriore autorità indipendente, seppur specifica del settore, alcune perplessità sono sorte in merito alla reale utilità di una continua e crescente proliferazione di tali organismi, ritenuto da alcuni ²⁸ fenomeno legato ad una prassi volta a fornire una mera risposta di tipo emergenziale ad un sistema amministrativo caratterizzato da un elevato livello di inefficienza, più che all'attuazione di un disegno di intervento programmatico realmente valido ed efficiente.

Ebbene, quanto alla definizione delle autorità amministrative indipendenti, esse sono state descritte come quegli *“enti od organi pubblici dotati di sostanziale indipendenza dal*

²⁸ G. FERRARI, *Il proliferare del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti: verifica in ordine alla possibilità di riconoscere in via interpretativa tale qualificazione ad organismi pubblici di nuova istituzione*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2011, 2935 ss.

*governo, caratterizzati da autonomia organizzatoria, finanziaria e contabile e dalla mancanza di controlli e di soggezione al potere di direttiva dell'esecutivo, forniti di garanzia di autonomia nella nomina, nei requisiti soggettivi e nella durata delle cariche dei vertici ed aventi funzione tutoria di interessi costituzionali in campi socialmente rilevanti”*²⁹.

Pur senza alcuna pretesa di esaustività, alla luce altresì della diversa finalità del presente lavoro, si evidenzia unicamente come la materia delle autorità indipendenti abbia posto rilevanti questioni interpretative, che hanno portato la dottrina a dividersi sia con riferimento alla natura di tali organismi sia alla loro compatibilità costituzionale.

Appare necessario, infatti, evidenziare come il fenomeno non si presenti affatto con caratteristiche omogenee, diversi essendo sia il livello di indipendenza di ogni singola autorità dai poteri pubblici, sia la natura delle funzioni alle stesse attribuite. L'eterogeneità delle autorità istituite è dovuta e dimostrata dalla stessa scelta del legislatore di non intervenire disciplinando in modo organico il fenomeno nel suo complesso, bensì emanandone di volta in volta la legge istitutiva, con conseguenti sensibili differenze sia con riferimento alla modalità di nomina dei propri componenti sia alla tipologia dei poteri loro riconosciuti. Pochissimi sono, infatti, i riferimenti normativi indirizzati alle autorità indipendenti nel loro complesso³⁰.

A tal proposito si evidenzia come il primo, nonché pressoché unico, riferimento legislativo generale alle autorità indipendenti, fatta eccezione delle norme che ne disciplinano le regole processuali, sia da individuarsi nell'art. 2, comma 4, l. 15 marzo 1997, n. 59 (c.d. legge Bassanini Uno), il quale esclude espressamente la possibilità per lo Stato di conferire alle regioni o agli enti locali *“i compiti di regolazione e controllo già attribuiti con legge statale ad apposite autorità indipendenti”*.

Occorre, inoltre, evidenziare come all'interno della categoria delle autorità amministrative indipendenti, alcune di queste sono preposte, in via esclusiva, alla vigilanza e/o regolazione di uno specifico settore economico (c.d. autorità di settore), mentre altre sono dotate di competenze non limitate oggettivamente a singoli comparti, in quanto al contrario poste a tutela di specifici interessi pubblici di portata generale³¹.

²⁹ G. AMATO, *Le Autorità indipendenti nella Costituzione economica*, in AA. VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997, 16 ss.

³⁰ Tra questi si ricorda l'art. 119 c.p.a., che prevede un rito processuale speciale per l'impugnazione di alcune categorie di provvedimenti, tra i quali per l'appunto quelli delle Autorità amministrative indipendenti.

³¹ R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2015, 357 ss.

Tra le prime rientrava, in particolare per quel che in questa sede interessa, la precedente Autorità preposta alla vigilanza sul settore dei contratti pubblici, che fino all'emanazione del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 era l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, oggi sostituita per incorporazione dall'Autorità Nazionale Anticorruzione³².

Quanto, invece, alla natura di tali organismi, sono stati elaborati in dottrina orientamenti alquanto diversificati che di volta in volta riconoscevano loro ora natura costituzionale ora amministrativa ora giurisdizionale.

Parte della dottrina³³ ha ritenuto di poter individuare, quale elemento caratterizzante la natura delle autorità indipendenti, il fine per il perseguimento del quale queste sono state espressamente istituite dal legislatore nazionale. Tale finalità deve essere individuata negli interessi protetti e vigilati dalle autorità stesse: il legislatore mediante la loro istituzione avrebbe, pertanto, di volta in volta introdotto una nuova modalità per dare attuazione ai principi fondamentali della nostra Costituzione e dei Trattati dell'Unione, quali la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà di iniziativa economica, il buon andamento della pubblica amministrazione. La creazione delle autorità amministrative indipendenti risponderebbe, pertanto, all'esigenza, riconosciuta costituzionalmente, che l'azione dell'amministrazione sia ispirata ai principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost. Il principio di imparzialità, nello specifico, troverebbe attuazione grazie alla peculiare indipendenza di cui sono dotate le suddette autorità. Dalla loro legittimazione costituzionale deriverebbe, pertanto, una piena legittimazione di azione nel panorama istituzionale nazionale, dal momento che soltanto un inquadramento nell'ambito degli organi costituzionali spiegherebbe l'attribuzione alle medesime di una tale complessità di funzioni e poteri.

Una tale argomentazione non appare, tuttavia, del tutto convincente.

Altra parte della dottrina³⁴ ha, infatti, evidenziato come non sia possibile riconoscere a tali organismi rilievo costituzionale prescindendo dalla necessità che vi sia un'espressa previsione degli stessi ad opera di una disposizione di rango costituzionale, auspicando a tale scopo l'introduzione di una siffatta norma in sede di revisione della nostra Carta fondamentale.

³² In merito alla classificazione di tale nuova Autorità si veda *infra*, Cap. I, par. I.

³³ P. EMILIOZZI, *Le decisioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. soc.*, 1995, 367 ss.

³⁴ G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 1996, 5 ss.

Ben più convincente appare, invece, la teoria che ha riconosciuto alle autorità indipendenti natura amministrativa.

Nel nostro ordinamento invero vi sono alcuni segnali che sembrano far propendere per una siffatta soluzione. In primo luogo, da una attenta analisi delle leggi istitutive di tali autorità, si evince che a queste sono state assegnate funzioni tipicamente amministrative in specifici settori del mercato, al fine di assicurare un intervento in tali settori il più possibile neutrale e imparziale.

Appare, ad ogni modo, opportuno evidenziare come la peculiarità di talune delle funzioni da esse esercitate (tra le quali ad esempio la regolazione) nonché l'impossibilità di ricondurre tali autorità ai modelli tipici dell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione, rendano necessario riconoscere alle stesse una certa atipicità sia in relazione alle modalità di azione che sotto un profilo organizzativo-gestionale.

Un ulteriore indice della loro natura amministrativa sembrerebbe essere fornito dalla sottoposizione delle autorità indipendenti all'osservanza dei principi e delle norme che regolano il procedimento amministrativo: alla luce di quanto stabilito dall'art. 23, l. n. 241/1990, tali organismi sono ricompresi tra i soggetti tenuti a consentire a coloro i quali ne abbiano interesse, in vista di una posizione differenziata, l'accesso ai documenti amministrativi.

Ed ancora militano in tal senso la possibilità di presentare avverso i provvedimenti adottati dalle autorità amministrative ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, il quale rappresenta una fattispecie di ricorso gerarchico c.d. improprio ed altresì la facoltà per tali autorità di esercitare, al pari di qualsiasi altra amministrazione *stricto sensu* intesa, il potere di autotutela, annullando o revocando un provvedimento dalle stesse emanato ai sensi degli artt. 21 *nonies* e 21 *quinquies*, l. n. 241/1990.

Da ultimo occorre analizzare la teoria che ha ritenuto di poter riconoscere natura giurisdizionale alle autorità indipendenti. La posizione di indipendenza e terzietà propria di tali organismi, così come l'attribuzione della funzione di vigilanza nel senso di verifica della corrispondenza della fattispecie concreta a quella astratta sulla base della normativa settoriale, sono tra gli elementi che maggiormente hanno portato parte della dottrina³⁵ a ritenere di dover loro attribuire natura giurisdizionale o, quantomeno, quasi-giurisdizionale.

³⁵ S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1991.

Il carattere di non vincolatività degli atti posti in essere dalle autorità indipendenti, ai quali viene riconosciuta esclusivamente capacità di indirizzo alla luce dell'autorevolezza del soggetto che lo ha emanato, ha fatto, tuttavia, per lungo tempo propendere per la natura amministrativa di tali autorità.

Un'ulteriore questione che si è posta ha riguardato, invece, la compatibilità costituzionale di tali istituzioni. In particolare, ci si è chiesti se fosse riconoscibile la legittimità costituzionale della scelta legislativa di istituirle, nonostante le notevoli differenze che le caratterizzano rispetto agli altri enti pubblici, i quali sono comunque tenuti a rapportarsi allo Stato e riconducibili al modello di cui all'art. 95 Cost. Il fatto che le autorità indipendenti non siano chiamate in alcun modo a rispondere all'esecutivo né ad altri soggetti pubblici ha suscitato dei dubbi in ordine alla copertura costituzionale delle stesse, le quali sfuggono completamente al modello generale fondato sul principio della responsabilità ministeriale ³⁶.

Alla luce di ciò, ci si è chiesti se fosse possibile riconoscere alle autorità indipendenti una copertura costituzionale sulla base di una diversa disposizione della nostra Carta fondamentale.

Parte della dottrina, accogliendo la ricostruzione dei vari apparati della pubblica amministrazione così come proposta da Mario Nigro nel 1985 ³⁷, ritiene che le autorità indipendenti rientrino tra quelle amministrazioni connotate da una separazione di tipo sostanziale dai pubblici poteri, la cui autonomia e neutralità non consente loro di essere sottoposte al controllo governativo. Si supera, in tal modo, il modello monistico e ministeriale di amministrazione, riconoscendo copertura costituzionale anche a questi organismi alla luce di quanto previsto dagli artt. 97 e 98 Cost. (l'imparzialità e il buon andamento di tali amministrazione sarebbe assicurato solo dalla totale indipendenza e autonomia delle stesse dagli organi politici, nei confronti dei quali non devono poter essere considerate responsabili).

Secondo una differente impostazione ³⁸, invece, la copertura costituzionale sarebbe fornita alle autorità indipendenti dalle norme costituzionali che sanciscono i diritti e le libertà

³⁶ E. CASETTA, op. cit., 205 ss.

³⁷ L'autore evidenzia come vi siano tre modelli costituzionali di amministrazione: quello dell'amministrazione quale apparato del governo, che trova il proprio fondamento nell'art. 95 Cost.; dell'amministrazione come apparato a sé, separato dal governo e dal potere politico, fondato sugli artt. 97 e 98 Cost.; quello dell'amministrazione autonomista e comunitaria, composta di poteri pubblici strettamente connessi con le rispettive comunità territoriali e portatori di un proprio indirizzo politico, che trova la propria disciplina nel titolo V della Costituzione.

³⁸ F. MERUSI, op. cit., 177 ss.

fondamentali della persona o di iniziativa economica alla tutela dei quali sono state preposte.

Ed ancora vi è chi riconosce loro legittimità costituzionale sulla base del potere paragiurisdizionale dalle stesse esercitato, il quale presuppone una posizione di indipendenza e neutralità, ovvero in virtù del fatto che queste trarrebbero la loro origine e la loro legittimità e conformità all'ordinamento nazionale dall'essere istituite sulla base di esplicite disposizioni delle direttive comunitarie.

Sulla base delle questioni introduttive sino a qui affrontate, nonché alla luce della problematicità propria della materia oggetto del presente lavoro, caratterizzata come più volte ribadito da ben poche certezze e notevoli aspetti che richiedono un significativo sforzo interpretativo, anche alla luce di una disciplina di settore spesso incompleta e poco chiara, tale contributo si ripropone di analizzare in modo critico e, per quel che possibile, sistematico la tematica inerente i sistemi di controllo sui contratti pubblici, in generale, e il ruolo delle autorità indipendenti, in particolare.

In altri termini, ci si chiede cosa abbia spinto il legislatore comunitario, prima, e quello nazionale, dopo, a ritenere necessaria l'istituzione di un sistema di vigilanza *ad hoc*, caratterizzato nel nostro paese dall'istituzione di un'apposita autorità di settore, nonché dell'attribuzione di poteri alquanto peculiari e specifici (alla luce anche della specialità del rito in materia di appalti) al giudice amministrativo.

L'analisi in questione non potrebbe che prendere le mosse dall'individuazione dell'interesse pubblico generale alla cui protezione è volta la creazione di un siffatto sistema di controllo amministrativo e giurisdizionale, verificando in particolare se le recenti vicende di sostituzione dell'autorità indipendente in precedenza preposta alla vigilanza di settore non corrispondano altresì ad un mutamento dell'interesse di ordine generale posto quale fine ultimo da perseguire.

Una volta individuato tale interesse nonché valutata l'effettiva esigenza di creare un sistema di vigilanza *ad hoc* del settore altresì amministrativo, a differenza di quanto avviene in altri paesi dell'Unione, tra i quali ad esempio la Francia, ci si ripropone di verificare se i poteri e le funzioni in concreto attribuiti ai soggetti "vigilanti" siano idonei e rispondenti alle peculiari esigenze di tutela in astratto individuate.

Al fine di fornire una risposta il più possibile esaustiva alle questioni alla base del presente lavoro di ricerca, evidenziando al contempo vantaggi e criticità di un sistema che, come già anticipato, si caratterizza per una stretta interconnessione tra un intervento amministrativo

di tipo preventivo, ma a volte anche repressivo, ed un intervento giurisdizionale in sede di tutela giustiziale, la struttura dello scritto si articolerà in quattro capitoli dedicati rispettivamente: a) all'individuazione dei soggetti preposti dal legislatore nel tempo alla vigilanza di tipo amministrativo, con analisi degli specifici poteri agli stessi attribuiti; b) agli effetti che l'esercizio di tali poteri produce sull'*iter* di formazione del contratto e sulla fase di esecuzione dello stesso; c) al ruolo svolto in un siffatto sistema dal potere giurisdizionale e *in primis* dal giudice amministrativo; d) ad una valutazione comparativa finalizzata a verificare la funzionalità dell'intero sistema altresì attraverso l'analisi delle differenti scelte compiute al riguardo dall'ordinamento giuridico francese.

Capitolo I

I soggetti amministrativi preposti all'esercizio del controllo sui contratti pubblici: i poteri delle autorità amministrative indipendenti

Sommario: 1. L'Autorità Nazionale Anti-Corruzione quale nuovo organo preposto alla vigilanza sui contratti pubblici. Dalla tutela dell'interesse generale al rispetto della normativa sull'evidenza pubblica alla prevenzione della corruzione in materia di appalti. 2. La funzione di vigilanza. 3. Il potere regolatorio. 3.1. *Segue.* Peculiarità e limiti della potestà di regolazione dell'Autorità preposta alla vigilanza sui contratti pubblici. 3.2. *Segue.* Analisi e verifica di impatto della regolazione. 4. La funzione di risoluzione stragiudiziale di controversie (il c.d. precontenzioso). 5. Il potere di indagine e di comminazione di sanzioni. 6. I nuovi poteri del Presidente dell'A.N.AC.: il commissariamento e le misure di sostegno e gestione delle imprese. 7. L'AGCM sulla vessatorietà delle clausole contrattuali: note critiche.

1. L'Autorità Nazionale Anti-Corruzione quale nuovo organo preposto alla vigilanza sui contratti pubblici. Dalla tutela dell'interesse generale al rispetto della normativa sull'evidenza pubblica alla prevenzione della corruzione in materia di appalti.

Prima di passare all'analisi delle singole funzioni esercitate dall'Autorità, appare necessario, innanzitutto, anche alla luce delle recenti riforme intervenute al riguardo, ricostruire brevemente quella che è stata l'origine e lo sviluppo dell'Autorità di vigilanza di settore e della sua attività, evidenziando l'evoluzione e la trasformazione delle stesse funzioni a questa attribuite a seconda delle diverse esigenze avvertite nel tempo dal momento della sua istituzione sino ad oggi.

A tal proposito, occorre innanzitutto evidenziare come, in linea con quelle che sono le indicazioni ricevute dalle direttive europee, nel settore dei contratti pubblici, così come è avvenuto in altri settori ritenuti di particolare rilevanza dalle istituzioni comunitarie, in virtù degli interessi in essi coinvolti, ad opera della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. Legge Merloni) sia stata istituita nel nostro ordinamento la prima Autorità indipendente preposta alla vigilanza dell'operato delle stazioni appaltanti nell'attività di affidamento di

contratti pubblici. Tale Autorità ³⁹ nasceva con il precipuo compito di garantire che le procedure di affidamento dei contratti pubblici fossero conformi alla normativa di settore.

A tal proposito, l'art. 4 della legge istitutiva stabiliva che *“al fine di garantire l'osservanza dei principi di cui all'art. 1, comma 1, nella materia dei lavori pubblici, anche di interesse regionale, è istituita, con sede in Roma, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici”*.

Alcune prime considerazioni possono essere svolte con riferimento all'istituzione di tale Autorità e alla primissima fase del suo operato.

In primo luogo si evidenzia come in realtà il legislatore, come confermato da quanto disposto nella stessa legge istitutiva nonché dalla denominazione inizialmente conferita all'Autorità, avesse ritenuto di limitare l'ambito oggettivo di azione di tale istituzione ai soli contratti aventi per oggetto lavori pubblici (e non anche ai contratti di servizi o forniture).

Tuttavia, alla luce di quella che è stata fin da subito avvertita come esigenza primaria da parte della dottrina e sulla base delle indicazioni fornite in tal senso altresì dal legislatore comunitario, l'attività dell'Autorità fu in seguito estesa oltre il settore dei soli lavori ⁴⁰ anche al settore dei servizi e delle forniture, da cui poi la modifica della denominazione della stessa in Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ad opera del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici).

Ebbene, una volta precisato quanto precede con riferimento all'oggetto dell'attività di vigilanza in questione, occorre innanzitutto sottolineare come la ragione che portò all'istituzione di tale Autorità fu, in primo luogo, l'avvertita esigenza di preporre al settore *in primis* dei lavori pubblici un organismo connotato da caratteri di indipendenza, ossia neutralità dai poteri pubblici, che sovrintendesse tale mercato, al fine di prevenirne le innumerevoli disfunzioni. Veniva altresì percepita come indispensabile un'attività di indirizzo che potesse orientare gli operatori economici alla corretta applicazione di una normativa come quella sugli appalti pubblici, connotata da caratteri di forte incertezza e da un'elevata proliferazione ben poco sistematica.

L'interesse pubblico generale da tutelare veniva rinvenuto, pertanto, nella corretta applicazione della normativa sull'evidenza pubblica, in un primo momento al solo scopo di tutelare le amministrazioni pubbliche nella scelta delle proprie controparti contrattuali, in

³⁹ La denominazione originaria era Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (in seguito Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture).

⁴⁰ Si riteneva, altresì, che l'Autorità non dovesse operare nemmeno con riferimento ai settori speciali.

seguito, ampliata la categoria dei soggetti da tutelare, altresì al fine di incentivare la competitività tra imprese e rimuovere gli ostacoli alla libera concorrenza.

In realtà, fin da subito, accanto a tale esigenza di concorrenza per il mercato, oltre che nel mercato, una forte spinta propulsiva fu altresì fornita dalla necessità di fronteggiare l'aumento esponenziale dei fenomeni corruttivi riscontrati nell'ambito delle varie inchieste avviate sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici nonché di costituire idonei meccanismi preventivi delle possibili distorsioni applicative della disciplina dell'evidenza. Tale necessità di prevenzione e repressione dei fenomeni corruttivi portò il legislatore a propendere per soluzioni che restringessero notevolmente gli spazi di discrezionalità delle stazioni appaltanti. Si riteneva, infatti, che l'introduzione di un'azione vincolata obbligatoria unitamente all'aumento dei controlli, potessero scoraggiare gli episodi di malcostume istituzionale ⁴¹.

Alla luce di quanto detto, appare evidente come le funzioni specificamente attribuite all'Autorità di vigilanza nel primo periodo della sua attività fossero essenzialmente rivolte alla guida e alla tutela dell'operato delle stazioni appaltanti. Gli operatori economici assumevano, pertanto, rilevanza solo nell'ottica amministrativa della corretta partecipazione alle procedure di selezione del contraente, avendo il legislatore quale fine ultimo il legittimo operato delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori ⁴². In tale ottica, all'Autorità venivano attribuite competenze caratterizzate da modalità di intervento essenzialmente di orientamento, ossia aventi una ridotta capacità di incidenza diretta sul mercato vigilato.

Ed infatti, l'elenco delle funzioni di cui all'art. 4, comma 4, l. n. 109/1994, indicava la volontà del legislatore di disciplinare puntualmente quegli aspetti dell'attività essenzialmente rivolta al referto verso gli organi titolari di poteri decisionali, quali Governo e Parlamento, oltre che verso gli organi giudiziari muniti di potere di tipo inquisitorio e repressivo ⁴³.

All'Autorità veniva attribuito, in sostanza, il mero compito di raccolta dei dati relativi al mercato vigilato, attività finalizzata alla rilevazione di eventuali fenomeni distorsivi del

⁴¹ F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, *Manuale di diritto amministrativo. IV I contratti pubblici*, Roma, 2015, 57 ss.

⁴² F. CARINGELLA, *Le autorità indipendenti tra neutralità e paragiurisdizionalità*, in *Il Consiglio di Stato*, 2000, 3, 541 ss.

⁴³ F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., 57 ss.

mercato dei lavori pubblici, senza che alla stessa fosse consentito di intervenire al fine di prevenire o reprimere in modo efficiente il verificarsi di tali situazioni patologiche ⁴⁴.

Quanto alla configurazione dell'Autorità, notevoli cambiamenti si ebbero con l'approvazione del Codice dei contratti pubblici ⁴⁵.

Ed infatti, ad opera degli artt. 6, 7 e 8 del Codice venne ridisegnata la nuova Autorità di settore, alla quale in primo luogo venne, come si è già avuto modo di precisare, cambiata denominazione, con conseguente estensione dell'ambito operativo della stessa, dal punto di vista oggettivo, anche al settore dei contratti pubblici di servizi e forniture.

In particolare, l'art. 6, oltre ad introdurre disposizioni in ordine alla composizione del Consiglio quale organo decisionale dell'Autorità, nonché alla nomina dei singoli membri dello stesso e alla durata della carica da questi rivestita ⁴⁶, ne disciplina le funzioni, evidenziandone l'indipendenza funzionale, di giudizio e di valutazione e l'autonomia organizzativa.

Per quanto riguarda nello specifico le competenze attribuite all'Autorità, queste ineriscono principalmente all'attività di vigilanza sul rispetto, da parte degli operatori di settore, della disciplina dell'evidenza pubblica, tanto nei contratti pubblici soggetti al Codice quanto in quelli esclusi dall'applicazione dello stesso, e sull'economicità dell'esecuzione dei contratti, nonché alla attività di collaborazione con Governo e Parlamento, nella prevenzione dei fenomeni distorsivi, mediante previsione di un dovere da parte dell'Autorità di segnalazione dei fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa sui contratti pubblici.

Degne di menzione sono, inoltre, le funzioni di cui all'art. 6, comma 7, lett. l) e n) del Codice, ossia l'esercizio da parte dell'Autorità dei poteri sanzionatori alla stessa espressamente attribuiti, nonché la possibilità per la stazione appaltante e/o per la parte privata di rivolgersi all'Autorità affinché questa esprima parere non vincolante

⁴⁴ In quest'ottica veniva istituito l'Osservatorio dei lavori pubblici, al quale è affidato il compito di raccolta ed elaborazione dei dati concernenti i lavori pubblici di tutto il territorio nazionale e, in particolare, inerenti ai bandi ed avvisi di gara, le aggiudicazioni e gli affidamenti, le imprese partecipanti, l'impiego della mano d'opera e le relative norme di sicurezza, i tempi e le modalità di esecuzione degli appalti, i ritardi e le disfunzioni.

⁴⁵ D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, denominato "*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*".

⁴⁶ L'articolo in commento fornisce la disciplina della *governance* dell'Autorità oggi soppressa, evidenziando come questa fosse affidata ad un organo collegiale (di prima cinque poi sette membri), i cui componenti venivano nominati con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera e del Senato. Tali soggetti, scelti tra le personalità che operano in settori tecnici, economici e giuridici con riconosciuta professionalità, rimanevano in carica per un periodo di sette anni.

relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, mediante formulazione di una proposta di soluzione (c.d. precontenzioso) ⁴⁷.

Centrale importanza assume, altresì, l'art. 8 del Codice ed in particolare per ciò che qui maggiormente interessa, il comma 1 di tale articolo, il quale, nel prevedere che l'Autorità si doti, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di organizzazione e analisi di impatto della regolazione, sembra legittimare implicitamente l'attribuzione all'Autorità stessa del potere di regolazione del settore dei contratti pubblici, potestà non espressamente attribuita da alcuna specifica disposizione normativa ⁴⁸.

Ebbene, alla luce della rapida ricostruzione della genesi e dell'evoluzione dell'Autorità di vigilanza preposta al settore dei contratti pubblici fin qui effettuata, nonché delle funzioni alla medesima attribuite, per l'analisi delle quale si rinvia ai successivi paragrafi del presente capitolo, occorre fin da ora evidenziare come ad opera dell'art. 19, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, sia stata soppressa per incorporazione ⁴⁹, con conseguente trasferimento delle funzioni da questa in precedenza svolte in capo all'Autorità Nazionale Anti-Corruzione (A.N.AC.), al cui Presidente è stato attribuito il compito di elaborare, entro il 31 dicembre 2014, un piano di riordino degli uffici e delle funzioni e di definitiva soppressione della precedente Autorità.

A seguito dell'emanazione del decreto citato, pertanto, si è avuto il trasferimento all'Autorità anticorruzione sia delle risorse umane e finanziarie della ex Autorità di vigilanza, sia l'attribuzione alla prima dei poteri di vigilanza, regolazione e controllo così come definiti dall'art. 6 d.lgs. n. 163/2006.

Prima di procedere all'analisi delle funzioni ereditate dalla precedente Autorità, appare opportuno ricostruire brevemente le tappe che hanno condotto alla creazione di un'Autorità Nazionale Anticorruzione e alla decisione di individuare tale organismo quale soggetto cui affidare, oltre alle funzioni di prevenzione del fenomeno corruttivo e di promozione della trasparenza, altresì quelle volte alla tutela della legalità nel settore dei contratti pubblici.

⁴⁷ Per quanto riguarda l'analisi più approfondita delle singole funzioni attribuite all'Autorità si rinvia ai prossimi paragrafi del presente Cap. I.

⁴⁸ Vedi *infra*, par. 3, Cap I.

⁴⁹ Nel testo del decreto si parla di soppressione; in realtà sembra più corretto descrivere il fenomeno come fusione per incorporazione di due precedenti autorità, l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici e l'Autorità nazionale Anticorruzione, con conseguente trasferimento delle risorse e delle funzioni esercitate dalla prima in capo alla seconda.

A tal proposito, si evidenzia come l'Autorità Nazionale Anticorruzione sia un organismo indipendente istituito ad opera della l. 6 novembre 2012, n. 190⁵⁰, incaricato specificamente di svolgere attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione⁵¹.

Occorre, ad ogni modo, evidenziare come pur non trattandosi del primo ente nazionale istituito con la specifica finalità di vigilanza e di contrasto della corruzione, essa risulta essere, tuttavia, la prima autorità che unisce all'interno della sua attività il controllo e la vigilanza sul settore dei contratti pubblici e la prevenzione della corruzione.

La scelta legislativa di congiungere, attribuendole ad un unico soggetto vigilante, le competenze in materia di prevenzione e lotta alla corruzione a quelle di vigilanza sui contratti pubblici è stata ritenuta da alcuni⁵² il risultato di una più matura consapevolezza circa l'intima connessione che esiste tra i fenomeni corruttivi e gli appalti pubblici. Sarebbe, pertanto, alla luce di tale circostanza che il legislatore avrebbe scelto di intervenire concentrando in un'unica Autorità i poteri attinenti ad entrambi i settori di intervento, al fine di poter fornire una risposta più efficiente, anche mediante il rafforzamento dell'effettività delle modalità di intervento del soggetto vigilante⁵³.

Al fine di individuare al meglio la *ratio* sottesa alla scelta compiuta dal legislatore, appare opportuno delineare i principali momenti che hanno condotto alla creazione in ambito nazionale di un'Autorità cui affidare funzioni di prevenzione del diffondersi del fenomeno corruttivo.

Come si è già avuto modo di precisare, non si tratta del primo caso di istituzione di un ente apposito cui affidare compiti di prevenzione e repressione della corruzione. Un primo tentativo fu, infatti, effettuato mediante la creazione dell'Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministrazione, ad opera del d.p.r. 6 ottobre 2004, n. 258. Tale organismo era incaricato di disporre analisi conoscitive, di elaborazione di dati e studi nonché di monitorare le procedure contrattuali da cui derivava una spesa in capo all'amministrazione pubblica.

⁵⁰ Recante *"Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"*.

⁵¹ Sul ruolo svolto dall'A.N.AC. si veda *"Osservazioni sul decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, "Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari"*, giugno 2014, www.anticorruzione.it.

⁵² S. STICCHI DAMIANI, *I nuovi poteri dell'Autorità Anticorruzione*, in *Enciclopedia*, www.treccani.it.

⁵³ Sull'incidenza dei fenomeni corruttivi sugli appalti pubblici si veda: D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Corruzione politica e amministrazione pubblica: risorse, meccanismi e attori*, Bologna, 1994.

Gravava, inoltre, sull'Alto Commissario un obbligo di denuncia all'Autorità giudiziaria e alla Corte dei Conti dei fatti sospetti di integrare ipotesi di illecito penale o contabile.

La creazione di un siffatto organismo trovava la sua origine nell'adempimento degli specifici obblighi sorti in capo allo Stato nazionale a seguito della sottoscrizione di alcuni atti e convenzioni aventi rilevanza internazionale, quale la Convenzione c.d. penale sulla corruzione⁵⁴.

Tale organismo non ebbe, tuttavia, vita lunga, anche alla luce della mancata attribuzione di poteri di regolazione e sanzione delle condotte non conformi alle indicazioni dallo stesso fornite, nonché dello scarso interesse che le amministrazioni pubbliche mostrarono nei suoi confronti, avvalendosi in maniera assolutamente sporadica dei poteri di intervento a questo riconosciuti⁵⁵.

Un ulteriore tentativo fu effettuato mediante l'attribuzione di una funzione di analisi e mappatura del fenomeno corruttivo al Servizio anticorruzione e trasparenza del Dipartimento della funzione pubblica (S.A.E.T.).

Anche tale istituto, tuttavia, non si dimostrò in grado di esercitare una reale funzione di prevenzione e repressione del fenomeno corruttivo, in primo luogo sempre in virtù della mancata attribuzione di poteri, quali quello sanzionatorio, che rendessero effettiva ed efficace la sua azione nel settore, nonché altresì per l'assenza di autonomia ed indipendenza dello stesso dalle influenze degli organi politici, essendo il Servizio istituito presso il Dipartimento della Funzione pubblica.

Maggiormente rispondente alle reali esigenze di prevenzione del fenomeno corruttivo manifestate innanzitutto a livello internazionale fu senza dubbio l'attribuzione, ad opera della citata l. n. 190/2012, di funzioni di tipo preventivo e repressivo alla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (C.I.V.I.T.), la quale con l'entrata in vigore della legge 30 ottobre 2013, n. 125⁵⁶ muterà la sua denominazione in Autorità Nazionale Anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche (A.N.AC.).

⁵⁴ Siglata a Strasburgo dall'Italia con il Consiglio d'Europa, il 27 gennaio 1999 e ratificata dalla legge 28 settembre 2012, n. 110. A questa si aggiungono altresì la Convenzione delle Nazioni unite contro la Corruzione, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003, ratificata con la legge 3 agosto 2009, n. 116, e la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione del 1997, entrata in vigore con la legge 29 settembre 2000, n. 300.

⁵⁵ G. SCIULLO, in L. VANDELLI, *Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli?*, Milano, 2009, 71 ss.

⁵⁶ Mediante l'emanazione di tale testo normativo è stato convertito in legge il d.l. 31 agosto 2013, n. 101 (*"Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione della spesa nelle pubbliche amministrazioni e nelle società partecipate"*).

Con l'istituzione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (già C.I.V.I.T.) fu creata per la prima volta una struttura indipendente dall'apparato amministrativo e dai vertici politici, sebbene, quantomeno al momento iniziale della sua attività, ancora priva di poteri efficaci di intervento.

Vennero a questa, infatti, affidati due principali tipologie di strumenti: da un lato, compiti di tipo ispettivo e di indagine, da svolgersi mediante richiesta di notizie, informazioni, documenti e atti alle pubbliche amministrazioni; dall'altro, poteri volti alla misurazione e alla valutazione delle performance e di controllo della trasparenza.

Alcuni dubbi sono sorti, sin dall'origine, in ordine alla riconoscibilità alla C.I.V.I.T./A.N.AC. della qualifica di autorità amministrativa indipendente. Ciò, in primo luogo, alla luce della modalità di nomina dei componenti del Consiglio: l'investitura formale di tutti i componenti avviene con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri e parere favorevole delle Commissioni parlamentari competenti. In realtà, a ben vedere, è stato evidenziato come in realtà, se da un lato è vero che il potere di nomina è attribuito al potere esecutivo, dall'altro tale circostanza è controbilanciata sia dalla previsione del parere vincolante delle Commissioni parlamentari sia dell'investitura formale cui procede il Presidente della Repubblica e a cui è espressamente riconosciuto il potere di non dare corso alla delibera del Consiglio dei Ministri in caso di manifesta illegittimità ⁵⁷.

Occorre, inoltre, sottolineare come, all'interno della categoria delle Autorità indipendenti, dalle autorità "tendenzialmente parlamentari", nelle quali la designazione dei componenti avviene previa intesa dei Presidenti di Camera e Senato ⁵⁸, si distinguono tradizionalmente quelle "tendenzialmente governative" ⁵⁹, rispetto alle quali il Governo tramite i propri ministri esercita un potere di iniziativa in relazione alle nomine.

Tornando, dunque, all'analisi delle maggiori novità introdotte ad opera del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114, si evidenzia come, con specifico riferimento alle funzioni svolte dall'Autorità ed attinenti alla prevenzione della corruzione, il legislatore abbia dotato tale organismo di poteri più efficaci e concreti, in primo luogo

⁵⁷ L. COSSU, *Autorità indipendenti: questioni aperte e soluzioni nuove?*, in *Studi in memoria di Vincenzo Caianiello*, Napoli, 2008, 197 ss.

⁵⁸ È certamente possibile ricondurre a tale prima categoria la precedente Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

⁵⁹ Rientra in tale sottocategoria l'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni, il cui presidente è nominato su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri d'intesa con il Ministro dello Sviluppo economico.

colmando quella grave lacuna che accumulava la normativa antecedente in materia di organismi preposti alla prevenzione della corruzione e alla vigilanza sui contratti pubblici, attribuendo a tale Autorità specifici poteri di tipo sanzionatorio.

Per quanto riguarda nello specifico le funzioni e i poteri attribuiti alla nuova Autorità, l'art. 19, d.l. n. 90/2014, prevede, come detto, il trasferimento a questa di tutti i poteri di vigilanza propri della precedente Autorità così come definiti dall'art. 6, comma 7, del Codice dei Contratti.

Tra questi si citano, in maniera del tutto esemplificativa, la vigilanza sull'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare vigente e sui contratti di lavori, servizi e forniture; l'obbligo di segnalazione al Governo e al Parlamento di fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa sugli appalti; la formulazione di proposte al Governo in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla legislazione che disciplina i contratti pubblici; la predisposizione della relazione annuale alle Camere sull'operato dell'Autorità; lo svolgimento di accertamenti ispettivi, di irrogazione delle sanzioni interdittive e pecuniarie; la vigilanza sull'attività dell'Osservatorio dei contratti pubblici; il precontenzioso.

Per quanto riguarda, invece, l'attribuzione all'Autorità di nuovi poteri specificamente volti al contrasto della corruzione in materia di appalti, questa rappresenta una significativa novità, che potrebbe fornire una risposta positiva a coloro che ritenevano necessaria l'attribuzione alla precedente Autorità di poteri effettivi di tipo inibitorio che le consentissero di incidere direttamente sugli appalti pubblici in caso di scoperta di condotte illecite da parte degli operatori economici di settore.

Ed infatti, le critiche mosse alla precedente Autorità, ritenuta più volte responsabile o quantomeno co-responsabile del verificarsi di una serie di fenomeni corruttivi nel settore degli appalti pubblici ⁶⁰, in quanto non tempestivamente e correttamente intervenuta a prevenire o almeno arginare la diffusione di tali situazioni patologiche, non tenevano conto dell'assenza di sufficienti poteri in capo alla stessa, la quale, come si è già avuto modo di precisare, operava quasi esclusivamente attraverso l'utilizzo di strumenti di indirizzo.

In caso di condotte illecite tenute dagli operatori del settore, l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici poteva, infatti, unicamente denunciare le eventuali irregolarità riscontrate

⁶⁰ È il caso, ad esempio, degli scandali mediatici legati all'affidamento degli appalti di EXPO 2015 e del MOSE di Venezia, a seguito dei quali il legislatore ha ritenuto di dover intervenire sopprimendo, o meglio, trasferendo le funzioni attribuite all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione.

agli organi amministrativi e giurisdizionali competenti. Questa circostanza rappresentava un fallimento del sistema di vigilanza creato nel settore degli appalti pubblici: un sistema che per poter raggiungere il suo obiettivo, ossia il rispetto della normativa sull'evidenza pubblica nelle procedure di affidamento degli appalti, doveva rivolgersi ad altro sistema, amministrativo o giurisdizionale, affinché questo subentrasse e rendesse possibile l'ottenimento del risultato in via repressiva, era un sistema incompleto e non dotato di poteri cogenti che ne assicurassero l'utilità e l'effettività.

Proprio con riferimento all'ampliamento dei poteri riconosciuti all'Autorità in questione, tra le novità più significative vi è sicuramente l'introduzione da parte del legislatore, ad opera dell'art. 32, d.l. n. 90/2014, dello strumento del commissariamento delle imprese, disposto di comune intesa dal Presidente dell'Autorità e dal Prefetto del luogo in cui ha sede la stazione appaltante ⁶¹, mediante il quale è consentito a tali soggetti di incidere direttamente, attraverso la scelta di tre differenti modalità di intervento modulate a seconda della gravità della situazione in cui versa l'impresa, sulla *governance* e sull'attività della società sospettata di essere coinvolta in episodi di corruzione o in altre fattispecie di reato espressamente individuate dalla disposizione citata.

Un'ulteriore novità degna di nota è la previsione contenuta all'art. 37 del d.l. n. 90/2014, in base alla quale viene posto un obbligo in capo alle stazioni appaltanti di segnalare all'Autorità le varianti in corso d'opera per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria. Occorre sin da ora evidenziare come in realtà tale previsione non rappresenti una radicale innovazione, dal momento che già la precedente Autorità aveva più volte affermato, seppur autonomamente, senza che vi fosse una specifica disposizione in tal senso, l'obbligo di comunicazione alla stessa delle suddette varianti ⁶².

Il vero problema riguarda l'effettiva possibilità per l'Autorità di svolgere un'attività di efficiente vigilanza sulla legittimità e regolarità della totalità delle varianti a questa comunicate da tutte le stazioni appaltanti operanti sul territorio nazionale. Il rischio è, infatti, che tale obbligo rimanga di tipo solo formale: in assenza di un'organizzazione di uffici preposti al controllo e alla verifica di tutte le varianti (si può immaginare quanto elevato sia il numero delle stesse, considerando tutti gli appalti affidati sul territorio dello stato), non potrà esservi un controllo effettivo e completo in ordine alla legittimità delle stesse.

⁶¹ Per l'approfondimento delle questioni inerenti all'attribuzione di tale potere si veda *infra*, Cap. I, par. 6.

⁶² Comunicati del Presidente dell'AVCP del 4 aprile 2008, del 14 dicembre 2010 e del 22 ottobre 2013.

Prescindendo dall'analisi, per il momento, delle ulteriori funzioni attribuite all'Autorità Nazionale Anticorruzione e su come queste si siano modificate a seguito del trasferimento delle stesse da una all'altra Autorità succedutesi, si evidenzia come al Presidente dell'Autorità siano stati altresì attribuiti compiti di *“alta sorveglianza e garanzia della correttezza e trasparenza delle procedure connesse alla realizzazione delle opere del grande evento Expo Milano 2015”*⁶³.

Allo scopo di consentire il migliore svolgimento di tale funzione di sorveglianza e controllo, il legislatore nazionale attribuisce espressamente al Presidente il potere di verificare, in via preventiva, la legittimità degli atti relativi all'affidamento ed all'esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture. A tale potere si aggiungono, poi, poteri ispettivi e di accesso alle banche dati, nonché il potere di formulare proposte al Commissario unico delegato del Governo per l'Expo 2015 ed alla società Expo 2015 p.a. per la corretta gestione delle procedure di appalto.

Al fine di svolgere alcune ultime considerazioni di carattere generale sul sistema che si sta delineando nel settore della vigilanza sul contratto pubblico, si evidenzia ancor una volta come ormai siano confluite in capo all'Autorità anticorruzione tutte le attività fino al giugno 2014 esercitate dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e su cui ci si soffermerà più ampiamente nel prosieguo del presente capitolo.

A tali funzioni si aggiunge il trasferimento all'Autorità anticorruzione altresì della gestione della Banca dati nazionale sui contratti pubblici, istituita nel 2012 in seno all'Autorità di vigilanza sui Contratti pubblici, ossia l'unica Banca dati centralizzata contenente tutte le informazioni concernenti le amministrazioni aggiudicatrici, le gare di appalto indette da ciascuna amministrazione, le imprese concorrenti, i contratti stipulati.

L'accentramento in capo all'A.N.AC. delle funzioni di vigilanza sui contratti e di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione sta comportando e comporterà significativi cambiamenti in quello che è l'attuale sistema di vigilanza sui contratti pubblici, sia per quanto riguarda nello specifico le modalità di intervento dell'Autorità amministrativa preposta a tale attività, sia per quanto attiene all'interazione della stessa con l'attività delle altre autorità indipendenti e con il potere giurisdizionale.

Alla luce di quanto appena detto, nell'attesa di poter verificare in concreto l'attività della nuova Autorità di vigilanza, occorre evidenziare ancora una volta come i recenti scandali che hanno colpito il settore degli appalti sembrano aver dimostrato come il precedente

⁶³ Ad opera dell'art. 30, d.l. n. 90/2014.

sistema di vigilanza sui contratti pubblici presentasse delle carenze tali da non consentire lo svolgimento di un'attività preventiva e repressiva del tutto efficace ed efficiente, da cui la necessità, fatta propria dal legislatore, di intervenire rivoluzionando l'intero sistema di controllo, partendo dal soggetto preposto alla vigilanza di tipo amministrativo.

Occorre a tal riguardo evidenziare, infatti, come, per quanto riguarda in particolare le opere dell'Expo, queste ultime siano state affidate secondo un regime di ben ottantadue deroghe rispetto alla disciplina ordinaria del Codice dei contratti, con conseguente impossibilità per la precedente autorità preposta alla vigilanza di settore di intervenire per arginare in concreto il propagarsi del fenomeno corruttivo.

Sulla base di tali dati risulta chiaramente come vi fosse e vi sia un'assoluta necessità di procedere a riforme radicali dell'intero sistema di vigilanza in materia di appalti, attraverso l'attribuzione di ulteriori poteri concreti d'intervento all'Autorità indipendente di settore, quali ad esempio il riconoscimento del carattere vincolante degli atti di regolazione da questa elaborati, della legittimazione ad agire in giudizio in capo alla stessa avverso i provvedimenti emanati dalle stazioni appaltanti in violazione della normativa sugli appalti pubblici, di un'efficacia maggiore agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, nonché di nuovi poteri di denuncia, sanzione ed interdizione verso gli operatori economici che pongono in essere violazioni gravi delle regole della concorrenza e dell'evidenza pubblica.

Con riferimento alla successione nel tempo delle due Autorità di settore occorre evidenziare ulteriori aspetti di problematicità.

Si potrebbe pensare che lo stesso strumento utilizzato dal legislatore per procedere alla soppressione per incorporazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, avvenuta mediante decreto legge, non fosse il più opportuno stante l'assenza, riguardo all'operazione di creazione di una nuova autorità, di quei caratteri di eccezionalità e straordinarietà che caratterizzano la decretazione d'urgenza. Se da un lato tali critiche sembrano quantomeno in astratto condivisibili, dall'altro occorre sottolineare come l'utilizzo di uno strumento seppur irrituale come il decreto legge non abbia, ad ogni modo, compromesso la validità ed efficienza almeno potenziale del sistema, dal momento che l'Autorità istituita appare a ben vedere rispettare quei caratteri di autonomia e indipendenza dal potere politico tali da assicurare l'imparzialità del suo operato.

D'altronde, si evidenzia ancora una volta come in realtà il decreto legge in questione non abbia comportato l'eliminazione dal mondo giuridico dell'Autorità, ma ne abbia

determinato unicamente una riorganizzazione, con contestuale attribuzione di quei poteri dotati di maggiore incisività che si ritenevano necessari per poter fronteggiare alcuni fenomeni corruttivi connotati da gravi elementi di illegittimità ed illiceità.

Da ultimo, appare necessario svolgere alcune considerazioni critiche sulla stessa scelta del legislatore di affidare la funzione di vigilanza preventiva e repressiva nel settore dei contratti pubblici proprio ad un'Autorità che fino ad oggi si è sempre solo occupata di misure preventive del fenomeno corruttivo. Se da un lato la mancanza di apposite e specifiche competenze tecniche di tale Autorità in un settore così peculiare e complesso come quello degli appalti pubblici può essere bilanciata dal fatto che in realtà insieme alle funzioni sono state trasferite all'Autorità Anticorruzione altresì le risorse umane e finanziarie proprie del precedente organismo vigilante, dall'altro, tuttavia, la volontà di far coincidere gli obiettivi di prevenzione del fenomeno corruttivo con quelli propri della vigilanza nel settore degli appalti sembra in qualche modo riduttivo.

L'esigenza manifestata dal legislatore europeo di creare un sistema di controllo preventivo, mediante l'istituzione all'interno dell'ordinamento nazionale di un organismo (non necessariamente un'autorità indipendente) di regolazione, che fornisca le indicazioni necessarie agli operatori del settore in modo da indirizzarne l'attività sin dal suo inizio in un'ottica di prevenzione delle irregolarità, e repressivo, volto alla corretta applicazione della normativa sulle procedure di evidenza pubblica, non potrebbe esaurirsi, infatti, nella sola prevenzione del fenomeno corruttivo, che dovrebbe rappresentare al contrario un aspetto eccezionale ed eventuale, nonché trasversale rispetto al settore degli appalti.

Pertanto, sembra di potersi condividere, senza con questo entrare in una valutazione di merito dell'operato di tale organismo, l'opinione di coloro che hanno ritenuto una forzatura eccessiva la concentrazione in un'unica Autorità di entrambe le funzioni di prevenzione della corruzione e di tutela della concorrenza e dell'applicazione della normativa nazionale e comunitaria sugli appalti ⁶⁴. Ciò in quanto, la corruzione altro non sarebbe che un aspetto patologico, per quanto diffuso, e non fisiologico dell'appalto pubblico, con conseguente impossibilità di ridurre l'interesse pubblico perseguito dal sistema di controllo sui contratti pubblici alla mera prevenzione del fenomeno corruttivo. Ed infatti, seppur lo stesso legislatore europeo ha manifestato la consapevolezza circa la vulnerabilità alla corruzione del settore degli appalti, inserendo nelle direttive di ultima approvazione specifiche

⁶⁴ A. BOTTO, Relazione al Convegno IGI, *"I contratti della Pubblica Amministrazione nella giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria"*, tenutosi a Roma il 28 gennaio 2015.

disposizioni volte alla prevenzione del fenomeno corruttivo nelle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni ⁶⁵, la prevenzione della corruzione non può che rappresentare solo una delle finalità da perseguire, quale effetto come detto patologico da prevenire e reprimere.

A seguito della descritta trasformazione delle due precedenti Autorità in una unica, sorgono alcune difficoltà anche in ordine alla classificazione di tale organismo nel suo insieme sia quale autorità settoriale ovvero trasversale, nonché quale autorità di controllo ovvero di regolazione.

Le indicate dicotomie rappresentano tutt'altro che categorie nominative prive di conseguenze applicative; ciò sia con riferimento all'attività dalla stessa esercitata sia in relazione alle possibili interazioni di questa con le altre Autorità indipendenti di settore.

A tal proposito, occorre innanzitutto evidenziare come la dottrina ⁶⁶ sia solita distinguere da un punto di vista oggettivo-funzionale le autorità indipendenti in autorità di settore e trasversali.

Le prime sono organismi che operano entro un ambito circoscritto, al fine di vigilare e regolare un dato settore dell'attività economica, affinché i relativi operatori si conformino alle regole che per quell'ambito la legge e/o le stesse autorità abbiano elaborato.

Le seconde, invece, sono istituite al fine di curare l'attuazione della legge nonché per perseguire il bene giuridico alla cui tutela sono preposte, svolgendo la loro attività non con riguardo ad un singolo settore, bensì in ciascun ambito economico.

Ebbene, se alcun dubbio poteva porsi in merito alla riconducibilità della precedente Autorità di vigilanza sui contratti pubblici nell'ambito della prima categoria di *authorities*, ossia quelle di settore, essendo i destinatari della sua attività esclusivamente gli operatori economici e le stazioni appaltanti tenuti all'applicazione della normativa sull'evidenza, maggiori difficoltà sorgono con riferimento alla Autorità Nazionale Anticorruzione, quale Autorità altresì incaricata della vigilanza in materia di appalti.

L'attività di prevenzione del fenomeno corruttivo, infatti, come si è già avuto modo di precisare, lungi dall'esaurirsi nella vigilanza sulla correttezza degli appalti, si estende in altri e del tutto diversi settori quali la trasparenza, i conflitti di interessi, le incompatibilità. Né potrebbe ritenersi che vi sia stata una semplice estensione sul piano oggettivo dell'attività svolta da tale Autorità, quale mera sommatoria di due settori seppur diversi

⁶⁵ Ciò emerge chiaramente già dalla lettura, tra gli altri, dei *considerando* 100 e 126 della direttiva appalti settori ordinari 2014/24/UE.

⁶⁶ Tra gli altri, R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2015, 357 ss.

interferenti tra di loro (quali gli appalti e la corruzione). Alla luce di ciò, sembrerebbe più corretto ricondurre l'A.N.AC. nell'ambito della categoria delle c.d. autorità trasversali.

Ed ancora, l'Autorità Nazionale Anticorruzione (così come in precedenza la C.I.V.I.T.) svolge fin dalla sua istituzione un'attività che in concreto potrebbe presentare delle ipotesi di conflitto apparente di competenza con altre Autorità operanti in ambito nazionale.

Per quanto riguarda, ad esempio, il conflitto di interessi, si evidenzia come un'analoga funzione sia esercitata altresì dall'Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato. Ebbene, a tal proposito, se da un lato le stesse autorità hanno ritenuto attribuita loro tale funzione in relazione a fattispecie concrete diverse (nel caso dell'Autorità Anticorruzione, per le incompatibilità tra incarichi amministrativi, l'Autorità *antitrust* con riferimento ad ipotesi di incompatibilità tra incarichi politici), dall'altro la mancata concentrazione di una funzione unitaria nell'oggetto (verifica di una situazione di incompatibilità) in capo ad un unico soggetto potrebbe generare confusione e incertezza laddove i due organismi indipendenti dovessero fornire, sul piano ermeneutico, soluzioni differenti ad ipotesi concrete assimilabili.

Si ritiene, ad ogni modo, di precisare come anche con riferimento alla precedente Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, alla quale, come evidenziato, si riconosceva pacificamente qualifica di autorità di settore, non fossero improbabili ipotesi di conflitto di competenze con altre Autorità.

Ciò avveniva, ad esempio, con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 38, comma 1, lett. *m-quater*, del Codice dei contratti, in base al quale rappresenta ipotesi di esclusione da una gara di appalto, con contestuale segnalazione all'Autorità per la comminazione delle relative sanzioni, il caso in cui la società partecipante ad una gara di appalto risulti esercitare, anche di fatto, il controllo su altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, se da ciò deriva che le offerte risultino imputabili ad un unico centro decisionale.

Ed infatti, una siffatta fattispecie ben potrebbe integrare contemporaneamente la diversa ipotesi di concentrazione, sanzionata dall'Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato, in quanto riconducibile ad una fattispecie di illecito *antitrust*.

Per quanto riguarda, poi, il diverso binomio autorità di regolazione – autorità di vigilanza, diversamente dalla classificazione sopra descritta questa attiene al profilo funzionale della tipologia di attività esercitata dall'Autorità. Come avremo modo di verificare con riferimento ad entrambe le Autorità preposte nel tempo alla vigilanza sul settore degli

appalti pubblici, le funzioni svolte da un'autorità possono essere le più diversificate, oltre che estremamente differenti da autorità ad autorità.

Alcune autorità svolgono, infatti, in aggiunta ad un'attività di controllo, una funzione para-normativa, dettando le regole da seguirsi nel settore di riferimento. In tal caso, queste compiono un'opera di integrazione e specificazione della normativa di settore posta dal legislatore. Non potendosi esigere da parte del legislatore che costui disciplini nella sua interezza ogni singolo aspetto di ogni settore dell'attività economica, il completamento della disciplina e la definizione delle regole applicative e comportamentali destinate agli operatori economici vengono affidate alle autorità preposte a quello specifico settore.

Diversamente da questa prima categoria, le autorità di vigilanza propriamente dette sono dotate di poteri, oltre che di verifica del rispetto della normativa, tendenzialmente decisori di controversie insorte tra gli operatori, disponendo altresì normalmente di poteri sanzionatori.

Ebbene, a tal proposito, la dottrina riconduceva generalmente l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici tra le autorità di regolazione ⁶⁷, essendo a questa attribuiti il potere di risoluzione delle controversie sorte tra stazione appaltante e impresa attraverso l'elaborazione di una proposta di soluzione, alla quale non veniva tuttavia riconosciuto carattere vincolante tra le parti, e un potere sanzionatorio relegato ad eccezionali ipotesi applicative (era precluso, ad esempio, per l'Autorità disporre l'esclusione di un'impresa concorrente in caso di mancato rispetto della normativa sull'evidenza, essendo tale possibilità rimessa esclusivamente alla stazione appaltante).

Diversamente, invece, per quanto riguarda l'Autorità Nazionale Anticorruzione occorre verificare se l'attribuzione di nuovi e più penetranti poteri di intervento, quali il commissariamento da parte del Presidente dell'Autorità degli appalti ritenuti ad elevato rischio di corruzione, possa nei fatti corrispondere all'attribuzione alla stessa dei poteri di vigilanza in senso proprio tanto da renderla un'autorità indipendente di vigilanza *tout court*.

Si evidenzia fin da ora come con l'approvazione del d.l. n. 90/2014 il legislatore abbia ancora una volta perso l'occasione di potenziare in modo effettivo la capacità di intervento dell'Autorità preposta alla vigilanza sugli appalti, dal momento che nemmeno in tale ultima sede è stata riconosciuta all'Autorità una legittimazione ad agire in giudizio contro

⁶⁷ Con riferimento alla copertura legislativa del potere di regolazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, infra Cap. I, par. 3. e 3.1.

l'attività posta in essere dagli operatori di settore in difformità dalle indicazioni fornite dalla stessa Autorità, né è stato attribuito carattere vincolante al parere dalla medesima emesso in sede di precontenzioso, con conseguente vanificazione della reale portata di un siffatto potere ⁶⁸.

2. La funzione di vigilanza.

Il d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 disciplina, all'art. 6, i compiti ed i poteri dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ⁶⁹.

In particolare predetto articolo, nell'individuare compiti e poteri dell'Autorità, dispone che la stessa *“vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali, nonché, nei limiti stabiliti dal presente Codice, sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture esclusi dall'ambito di applicazione del presente Codice, al fine di garantire l'osservanza dei principi di cui all'art. 2 e, segnatamente, il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente, e di economica ed efficiente esecuzione dei contratti, nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara”*.

L'A.N.A.C. è, pertanto, chiamata a sua volta, quale nuovo organo preposto alla vigilanza di settore, a verificare il rispetto delle finalità e dei principi indicati dall'art. 2 citato. Oggetto della vigilanza risulta, dunque, l'attività procedimentale delle amministrazioni nell'applicazione della disciplina contrattuale pubblica, la qualità delle prestazioni e l'economicità dell'esecuzione dei contratti, quest'ultima verificando in particolare che da tale esecuzione non sia derivato pregiudizio per il pubblico erario.

Passando quindi ad alcune considerazioni di carattere dogmatico, appare innanzitutto opportuno segnalare come il fatto che il legislatore non abbia mai provveduto a fornire una definizione espressa del potere di vigilanza, ha posto notevoli difficoltà in merito ad un preciso inquadramento giuridico di tale istituto, fino a far dubitare della possibilità di riconoscere autonomia dogmatica alla stessa.

Inizialmente ritenuta sinonimo di sorveglianza e associata al concetto giuridico di tutela, la funzione di vigilanza è stata poi ritenuta da alcuni coincidente con quella di controllo,

⁶⁸ Sul punto più approfonditamente infra, Cap. I, par. 4.

⁶⁹ Tali compiti e poteri, per effetto della soppressione della predetta Autorità disposta dall'art. 19, comma 1, del decreto legge 24 giugno 2014 n. 90, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114, sono stati assunti come già ampiamente precisato dall'Autorità nazionale anticorruzione.

quale categoria di potere cui ricondurre tutte le tipologie di controllo, preventivo o successivo, di legittimità o di merito, svolto da un soggetto (controllante) nei confronti di ogni atto e attività posta in essere da un altro soggetto (controllato) ⁷⁰. Quanto al soggetto legittimato all'esercizio di tale funzione, per quanto concerne l'attività posta in essere dall'amministrazione, questo è stato inizialmente individuato nello Stato: l'apparato statale, in quanto titolare di una posizione di supremazia, era l'unico autorizzato a svolgere un'attività di controllo sull'azione degli altri enti pubblici.

Tale impostazione, tuttavia, né teneva conto delle reali connotazioni della funzione di vigilanza, considerata nella sua completezza e complessità, né forniva spiegazione su come fosse possibile che poteri riconducibili alla nozione generale di vigilanza fossero stati attribuiti in concreto a soggetti pubblici diversi da quelli statali nonché a soggetti privati ⁷¹. Alla luce di ciò, è apparso preferibile ricostruire il potere di vigilanza quale funzione amministrativa composita ⁷², esercitata da soggetti alquanto diversificati, che incide su situazioni giuridiche differenti ed avente un carattere spiccatamente finalistico: attraverso l'esercizio di poteri diversificati viene perseguito l'interesse pubblico alla cui tutela è preposto il soggetto vigilante, il quale interesse risulta intrinsecamente collegato agli interessi propri del soggetto vigilato (ovvero dei soggetti vigilati).

Quanto alla diversificazione delle modalità attraverso cui espletare la funzione di vigilanza, è stato evidenziato come, parallelamente al potere di controllo, essa possa essere esercitata mediante il ricorso a molteplici poteri di amministrazione attiva (autorizzazione, annullamento, revoca, decadenza, sospensione) nonché di direzione ed ispezione. Identificare la funzione di vigilanza con quella di controllo appare, pertanto, del tutto riduttivo: il controllo diventa, dunque, funzione complementare anche se distinta rispetto alla vigilanza, in quanto potere di tipo istruttorio che esaurisce i propri effetti all'interno della funzione di vigilanza.

D'altra parte sorgono, a ben vedere, alcune perplessità in ordine alla possibilità di riconoscere autonomia dogmatica, nel senso di separazione ed alterità, alla funzione di vigilanza rispetto ad alcune diverse funzioni, quali in particolare quella di regolazione e, per l'appunto, quella di controllo, alla luce delle sempre più variegate modalità di esercizio

⁷⁰ M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 49 ss.

⁷¹ All'inizio del Novecento si verificarono diversi casi in cui si decise di attribuire poteri di vigilanza a determinate categorie di soggetti privati, quali ad esempio istituti di credito o assicurazioni, in ragione della rilevanza pubblica dell'attività da questi esercitata (sul punto, U. FORTI, *Vigilanza e tutela amministrativa*, in *Enc. It.*, vol. XXXV, Roma, 1937, 340 ss).

⁷² V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2011, 116 ss.

della vigilanza intesa in senso lato (poteri di amministrazione attiva, di indirizzo, di ispezione, ecc).

Proprio per tali ragioni appare preferibile ricostruire l'istituto giuridico della vigilanza quale categoria eterogenea, comprensiva di poteri alquanto variegati, avente quale denominatore comune il fine al perseguimento del quale tali poteri sono stati normativamente disciplinati e riconosciuti ai singoli soggetti titolari degli stessi.

Al fine di garantire il soddisfacimento dell'interesse ultimo, a protezione del quale il legislatore ha dettato una specifica disciplina di settore, occorre procedere, pertanto, alla creazione di un sistema in cui i soggetti "vigilanti" siano in grado di orientare l'azione dell'amministrazione nella sua interezza, a partire dalla fase di predisposizione delle norme di condotta fino a quella di intervento finalizzato alla repressione *ex post* di quei comportamenti confliggenti con i principi generali dell'attività della pubblica amministrazione.

Partendo da tali premesse, con funzione di vigilanza appare preferibile individuare esclusivamente l'attribuzione dell'insieme dei poteri, i quali ultimi, singolarmente intesi (regolazione, controllo, sanzione) non sarebbero che modalità di esercizio di tale funzione primaria e omnicomprensiva. Quello che è stato considerato ripetutamente come l'aspetto di criticità di una siffatta funzione, ossia la difficoltà definitoria, in virtù della problematica individuazione di caratteri propri e peculiari della stessa, nonché l'impossibilità di riconoscerle autonomia sostanziale, costituirebbe invece l'essenza caratterizzante della funzione stessa, quale macro-funzione attribuita dal legislatore al fine di vedere tutelato l'interesse perseguito, di volta in volta mediante l'esercizio dei poteri necessari al raggiungimento dello scopo prefissato.

A conferma di ciò, di assoluta rilevanza risulta la scelta stessa del legislatore di denominare la precedente autorità preposta all'esercizio del controllo sui contratti pubblici "Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture", a cui sono stati attribuiti poi, nello svolgimento di tale somma funzione di vigilanza, poteri di tipo regolatorio, sanzionatorio, di controllo, di referto, oggi transitati sotto la titolarità dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e che verranno esaminati singolarmente nel seguito del presente studio.

Occorre, tuttavia, procedere ad una considerazione. Quanto fin ora esposto non deve essere interpretato nel senso di ritenere legittimato il soggetto preposto all'esercizio della funzione di vigilanza a svolgere la predetta funzione mediante auto-attribuzione a se stesso

di qualsivoglia modalità operativa, in quanto astrattamente riconducibile alla più ampia nozione di vigilanza.

I poteri dei soggetti “vigilanti”, in generale, e delle autorità indipendenti, in particolare, devono trovare infatti la propria base giuridica in una norma primaria alla luce del principio di legalità, che disciplina l’intera materia dell’attività amministrativa ⁷³.

La funzione di vigilanza, ad ogni modo, continua a non essere sostenuta da poteri coercitivi nel caso di gran parte delle autorità amministrative indipendenti. All’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, ad esempio, non è stato mai attribuito alcun potere di tipo inibitorio capace di incidere direttamente sulle condotte illecite poste in essere dagli operatori economici, né poteva tale Autorità adottare provvedimenti di secondo grado, al fine di annullare o revocare atti di gara o affidamenti illegittimi posti in essere dalle stazioni appaltanti. Da ciò derivava che l’unica possibilità formalmente riconosciuta a tale organismo era rappresentata dal potere-dovere di denunciare i rilievi formulati, qualora fosse accertata l’esistenza di irregolarità o violazioni, agli organi amministrativi e giurisdizionali competenti.

Il panorama descritto sembra essere, almeno in parte, mutato con la sostituzione dell’Autorità in questione. Come è già stato detto e come si ribadirà più ampiamente nei paragrafi dedicati all’analisi dei singoli poteri ⁷⁴, numerose novità sono state introdotte dal d.l. n. 90/2014 e dalla successiva legislazione, con riferimento specifico alle modalità di intervento di tale organismo “vigilante”.

Riconducibili alla funzione di vigilanza *lato sensu* sono altresì il potere di controllo sul sistema di qualificazione (di cui all’art. 6, comma 7, lett. *m*) del Codice) nonché l’attività di monitoraggio e l’elaborazione dei dati a mezzo dell’Osservatorio sui contratti pubblici, finalizzato all’ottenimento della conoscenza dell’andamento del mercato vigilato e dei fenomeni significativi rimessi all’attenzione di tale organismo (disciplinata dall’art. 7 del Codice e dall’art. 7 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207).

Per quanto riguarda il primo, ci si limita per il momento ad evidenziare come spetti all’Autorità il rilascio dell’autorizzazione all’esercizio dell’attività di attestazione alle società di diritto privato (SOA) che ne facciano richiesta, previa verifica del possesso dei prescritti requisiti, nonché il controllo sul corretto svolgimento dell’attività di attestazione

⁷³ Di qui, ad esempio, le notevoli difficoltà incontrate dalla dottrina per riconoscere la legittimità dell’esercizio del potere di regolazione da parte delle autorità indipendenti, ove il legislatore non abbia provveduto espressamente all’attribuzione dello stesso mediante legge (v. *infra*, par. 2).

⁷⁴ Si vedano, in particolare, *infra*, Cap. I, par. 2, 3, 4, 5 e 6.

da parte delle stesse, con pregnanti poteri di verifica, controllo e di revoca della predetta autorizzazione⁷⁵.

Con riferimento alla seconda, invece, assume particolare rilievo l'istituzione del Casellario Informatico delle imprese, quale fonte ufficiale cui le stazioni appaltanti attingono le notizie necessarie per verificare se un'impresa sia legittimata o meno a contrarre con la pubblica amministrazione.

3. Il potere regolatorio.

Come già accaduto per la precedente Autorità di vigilanza, l'A.N.AC. assume oggi un ruolo centrale per l'intero settore dei contratti pubblici non solo in quanto organo preposto all'esercizio di una funzione di vigilanza intesa come verifica e controllo del rispetto della disciplina di riferimento, ma anche perché soggetto regolatore del mercato in questione, mediante la definizione di regole di condotta per gli operatori del settore. L'esercizio del potere regolatorio si esplica, in particolare, attraverso l'emanazione di atti di regolazione e di determinazioni, ai quali è attribuito valore di *moral suasion*, ossia di atti persuasivi e non creativi di obblighi giuridici.

Al fine di comprendere al meglio in cosa consista in concreto tale potere di regolazione, risulta preliminarmente opportuno svolgere alcune considerazioni in merito al rapporto tra funzione di vigilanza e potestà regolatoria, a completamento di quanto già detto in proposito nel paragrafo precedente.

L'attività di regolazione, descritta dalla dottrina⁷⁶ ora come una esplicazione del potere di vigilanza, in quanto esaurirebbe i propri effetti all'interno della più ampia categoria della vigilanza, così come tradizionalmente intesa, ora in termini di coincidenza, quale mera alternativa etimologica della prima, presenta in realtà caratteri del tutto peculiari e, per certi aspetti, alquanto problematici. Essa può essere descritta come una funzione oggettivamente complessa, contraddistinta dalla confluenza in capo al soggetto regolatore di una pluralità di poteri (normativi, amministrativi, di risoluzione di conflitti).

Suggerendo un'interpretazione di tipo sistematico e operativo del potere regolatorio, può affermarsi che quest'ultimo rappresenta una manifestazione del potere di vigilanza, concretamente realizzato mediante la posizione in via preventiva di regole di condotta, di

⁷⁵ Per quanto attiene agli effetti dell'esercizio di un siffatto potere si rinvia al Cap. II, par. 2, 2.1. e 2.2..

⁷⁶ F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, VI, 2002, 82 ss.

norme non vincolanti, contenute in atti normativi o para-normativi ⁷⁷ al fine di garantire *ex ante* il buon funzionamento del mercato nonché di fornire un contenuto interpretativo di tipo conformativo e correttivo alla normativa superiore.

A seguito della privatizzazione delle imprese pubbliche e della liberalizzazione dei mercati, durante gli anni Novanta furono attribuite, su indicazione dell'Unione europea, a diverse Autorità indipendenti funzioni di regolazione, allo scopo di porre limiti alle attività poste in essere dai soggetti pubblici e privati operanti nel libero mercato, mediante introduzione di regole volte a contemperare il perseguimento di finalità sociali con il soddisfacimento delle esigenze del mercato stesso.

Alcune questioni sorgono, tuttavia, in merito alla legittimità stessa dell'attribuzione di un siffatto potere in capo alle autorità indipendenti, nell'ipotesi in cui non vi sia stata un'espressa previsione in tal senso da parte della legge (è ciò che avveniva, ad esempio, nel caso dell'Autorità di vigilanza sui Contratti pubblici). A seguito di un acceso dibattito in dottrina e giurisprudenza (alcuni ⁷⁸, fornendo già in passato un'interpretazione della regolazione quale potere ricompreso nella nozione evolutiva di vigilanza, ritenevano di poter far conseguire automaticamente la legittimità dell'esercizio di quest'ultima dalle garanzie procedurali assicurate ai soggetti coinvolti), oggi l'orientamento prevalente dei T.A.R. e del Consiglio di Stato ⁷⁹ sembra essere quello di ammettere, anche in assenza di un'espressa norma attributiva, un potere di regolazione di tipo non vincolante.

Per quanto attiene, nello specifico, al potere regolatorio esercitato dall'Autorità di vigilanza sui Contratti pubblici, prima, e dall'Autorità anticorruzione, dopo, sembrerebbe assumere portata legittimante la previsione contenuta all'art. 8, d.lgs. n. 163/2006. In quest'ultima è, infatti, espressamente stabilito che l'Autorità debba dotarsi di metodi di analisi di impatto della normazione, con ciò recependo le relative indicazioni ricevute dal diritto comunitario. Il fatto che sia stata inserita nel Codice dei contratti una norma

⁷⁷ A tal proposito, M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 168 ss; F. MERUSI, *Democrazia e Autorità indipendenti. Un romanzo "quasi" giallo*, Bologna, 2000, 31 ss.

⁷⁸ Tra gli altri, S. CASSESE, *Negoiazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999, 42 ss.; M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, op. cit., 19 ss; R. CHIEPPA, *Tipologie procedurali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in www.giustiziaamministrativa.it.

⁷⁹ Ciò è quanto affermato, ad esempio, nel parere del Consiglio di Stato, n. 14 febbraio 2005, n. 11603. In tale occasione, in particolare, ha riconosciuto in capo alle autorità indipendenti il potere di emanare sia regolamenti meramente esecutivi ed organizzativi sia regolamenti attuativi di principi generali disciplinati dalla legge sempre che, in tale ultimo caso, la materia oggetto di regolazione non sia sottoposta a riserva di legge.

espressamente rivolta all'Autorità affinché provveda in tal senso, presuppone e, pertanto, legittima implicitamente l'attribuzione alla stessa della potestà regolatoria.

Il riconoscimento alle autorità indipendenti di una tale funzione comporta, ad ogni modo, problemi di non univoca soluzione.

In primo luogo, occorre individuare in concreto quale tipologia di atti possano essere emanati nell'esercizio della predetta potestà, al fine di porre dei limiti necessari ad evitare un abuso di tale potere nonché assicurare che l'Autorità, nell'esercizio della regolazione, mantenga una posizione di assoluta terzietà e indipendenza. Sulla base di quanto affermato dalla dottrina prevalente ⁸⁰, sembrerebbe preferibile, accogliendo l'orientamento c.d. sostanzialistico, ritenere ammissibile l'emanazione da parte delle autorità unicamente di quei regolamenti, che presentano carattere realmente normativo, ossia dotati di generalità, astrattezza ed innovatività.

Un secondo aspetto di problematicità riguarda, invece, la possibilità per questi organismi di adottare regolamenti indipendenti e delegati.

Quanto ai regolamenti indipendenti non si ritiene sussistano ostacoli alla loro emanazione, a condizione che non si tratti di materie sottoposte a riserva di legge e purché nei limiti di precisi criteri indicati dalla legge stessa.

Relativamente ai regolamenti in delegificazione, invece, la dottrina ⁸¹ suggerisce quale soluzione alle difficoltà riscontrate circa l'ammissibilità degli stessi, l'assimilabilità di tale fenomeno a quello dei decreti legislativi: attraverso l'emanazione di una legge delega verrebbe conferito al regolamento il potere di abrogare e sostituire la disciplina previgente, ancorché con effetti posticipati ad un momento successivo rispetto a quello dell'emanazione della legge, coincidente con l'entrata in vigore del regolamento delegificato. Nulla osta a tal punto a che la legge preveda quale soggetto preposto all'emanazione di siffatti regolamenti un'autorità amministrativa indipendente.

Occorre, a tal proposito, evidenziare come, sebbene tale teoria potrebbe essere avvalorata dall'autorevolezza e preparazione tecnica del soggetto investito del relativo potere, alcune perplessità sorgono allo stesso modo in ordine alle conseguenze che potrebbero derivare da un maggiore coinvolgimento delle autorità in questioni tradizionalmente affidate al potere

⁸⁰ *Ex multis*, M. CORRADINO, *Il diritto amministrativo alla luce della recente giurisprudenza*, Padova, 2007, 148 ss.

⁸¹ M. CLARICH, L. ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, *giur. comm.*, 2013, 358 ss.

esecutivo, contribuendo a mettere a rischio il mantenimento da parte di queste di un'assoluta neutralità nei confronti del potere politico.

Quanto al valore giuridico degli atti posti in essere nell'esercizio del descritto potere di regolazione, si sottolinea come, sebbene tali atti siano dotati di un'indiscussa autorevolezza, non sia stata sino ad ora ⁸² riconosciuta la produttività da parte degli stessi di effetti vincolanti nei confronti delle amministrazioni vigilate, in quanto non dotati di natura imperativa. Ne deriva, pertanto, in primo luogo l'assenza di un obbligo per l'amministrazione di adeguarsi a quanto stabilito nell'atto regolatorio, nonché l'impossibilità per tali atti di produrre effetti lesivi nei confronti dei destinatari, con rilevanti conseguenze in ordine alla loro impugnabilità in sede giurisdizionale.

Non sono mancate, tuttavia, proposte ed interpretazioni finalizzate al riconoscimento di una qualche vincolatività ⁸³ degli atti di regolazione (si proponeva di riconoscere natura obbligatoria agli stessi, con possibilità per le amministrazioni di disapplicarli unicamente qualora ritenuti posti in essere in contrasto con una previsione normativa).

Ad ogni modo, opinione prevalente in ordine alla natura ed agli effetti degli atti regolatori, siano essi generali o individuali, è stata sinora quella di una loro riconduzione nella categoria degli atti di *moral suasion* (ossia non vincolanti). Con ciò non significa che tali atti siano totalmente improduttivi di effetti: da essi, infatti, dovrebbe derivare quantomeno in capo alle p.a. un obbligo di *facere*, consistente nel fornire una risposta motivata circa l'eventuale decisione di non adeguarsi.

Nonostante la natura non vincolante di tali atti, il Codice dei Contratti ha introdotto, come già precisato, all'art. 8, tenendo conto delle indicazioni fornite in proposito dal Consiglio di Stato, l'obbligo per l'Autorità di vigilanza sui Contratti pubblici di dotarsi di metodi di analisi di impatto della regolazione (AIR) nonché di consultazione preventiva dei soggetti destinatari, al fine di assicurare un'elevata qualità alla regolazione e, allo stesso tempo, il rispetto del principio del contraddittorio, per garantire la corretta ponderazione degli interessi in gioco, dal momento che gli atti dell'Autorità sono in grado di incidere, seppur in maniera non vincolante, sulle posizioni dei privati coinvolti.

⁸² A tal proposito, occorre evidenziare come alcune novità potrebbero intervenire riguardo la vincolatività degli atti di regolazione adottati dall'Autorità di vigilanza di settore, alla luce di quanto espressamente stabilito dall'art. 1, comma 1, lett. t), della legge delega approvata in data 14 gennaio 2016.

⁸³ M. COCCONI, *La motivazione degli atti generali delle Autorità indipendenti e la qualità della regolazione*, Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione, www.osservatorioair.it, aprile 2011.

Profili di particolare interesse presenta altresì una teoria proposta da parte della dottrina⁸⁴ circa l'effetto di liceità che produrrebbero gli atti di regolazione in relazione all'attività delle amministrazioni, posta in essere in conformità alle indicazioni fornite con la regolazione stessa. Vi sarebbe, in tal modo, una presunzione di conformità al sistema normativo tale da far dubitare dell'ascrivibilità alla p.a., in sede giurisdizionale, di una responsabilità a titolo di colpa⁸⁵.

Fatto salvo quanto finora precisato, occorre evidenziare come una novità dirompente in materia di potere regolatorio potrebbe aversi con l'adozione del nuovo Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, di cui è stata delegata l'adozione al Governo ad opera della già citata legge delega approvata dal Parlamento in data 14 gennaio 2016.

L'art. 1, comma 1, della legge in questione, riconosce all'A.N.AC., allo scopo di ampliarne le funzioni e promuoverne l'efficienza, il potere di adottare *“linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante”*.

Ebbene, emerge chiaramente come l'attribuzione di un siffatto potere in capo all'Autorità se da un lato, produrrebbe un effettivo potenziamento del ruolo della stessa nella posizione della disciplina di settore e della sua attività di vigilanza pe così dire *ex ante*, dall'altra maggiori difficoltà potrebbero sorgere con riferimento alla legittimazione costituzionale della stessa allo svolgimento di tale funzione. La legittimazione c.d. democratica o dal basso⁸⁶, legata al coinvolgimento nel procedimento di adozione di tali atti dei destinatari degli stessi, è stata ritenuta finora sufficiente a legittimare l'esercizio di una siffatta attività anche alla luce della non vincolatività degli atti emanati dall'Autorità. Maggiori problemi potrebbero porsi, invece, con riferimento a tali ulteriori poteri di tipo vincolante. Ciò che va senz'altro sottolineato è il fatto che in tal ultimo caso il riconoscimento di un siffatto potere avverrebbe su base legale e non per effetto di un'interpretazione estensiva operata dalla medesima Autorità.

Resta, ad ogni modo, da verificare quanto l'attribuzione di poteri normativi generici di tipo vincolante ad un'Autorità indipendente sia compatibile con il nostro sistema costituzionale, in generale, ed il principio della separazione dei poteri, in particolare.

⁸⁴ Sull'effetto di liceità prodotto dagli atti delle organizzazioni internazionali si veda, tra gli altri, C. FOCARELLI, *Schemi delle lezioni di diritto internazionale*, Perugia, 2003, 81 ss.

⁸⁵ Sul punto si veda altresì, E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Verona, 2008, 62 ss.

⁸⁶ Sul tema si veda, A. MOSCARINI, *Fonti dei privati e globalizzazione*, Roma, 2015, 97 ss.

3.1. Segue. Peculiarità e limiti della potestà di regolazione dell'Autorità preposta alla vigilanza sui contratti pubblici.

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, istituita nel 1994 con la legge Merloni, è stata sin dall'inizio dotata di compiti e funzioni essenzialmente di vigilanza e controllo sul mercato degli appalti pubblici.

Ciò al fine di rispondere ad esigenze particolarmente avvertite in un momento storico di profonda crisi del sistema italiano, in cui le indagini giudiziarie sulle tangenti negli appalti colpivano, su larga scala, politici, imprenditori e finanzieri. Scandali, avvisi di garanzia, arresti e suicidi erano all'ordine del giorno: il legislatore nazionale, nella percezione di uno stato emergenziale che richiedeva il suo intervento in diversi settori dell'attività economica e politica del paese, ha ritenuto opportuno e necessario introdurre nell'ordinamento italiano un nuovo controllore, munito di ampi poteri di vigilanza sulle procedure di affidamento dei lavori pubblici.

Ma il ruolo di una siffatta Autorità non poteva evidentemente essere circoscritto a quello di controllore *ex post* delle singole gare d'appalto.

Si percepì, infatti, sin da subito, la necessità di offrire alle stazioni appaltanti e agli operatori del mercato delle linee guida su questioni di interesse generale, al fine di prevenire, piuttosto che punire, le eventuali illegittime interpretazioni di una normativa di settore non sempre chiara e passibile, pertanto, di applicazioni alquanto diversificate.

La funzione di regolazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, inscindibilmente connessa a quella di vigilanza e di controllo, si è consolidata negli anni come risposta alle questioni sempre più complesse poste dal mercato, per offrire utili strumenti interpretativi all'articolata disciplina degli appalti pubblici ⁸⁷.

L'Autorità, nell'esercizio delle funzioni ad essa assegnate, quale regolatore del mercato di riferimento, ha dato avvio all'attività di emanazione di atti di regolazione a carattere generale, quali determinazioni, pareri sulla normativa, le linee guida e, da ultimo, i bandi tipo: si tratta di punti di riferimento imprescindibili sia per le amministrazioni aggiudicatrici sia per gli operatori economici che, sin dall'origine, mediante l'invio di quesiti, hanno essi stessi investito l'Autorità di tale potere regolatorio, avvertendo l'esigenza di un'interpretazione comune della normativa di settore.

⁸⁷ In tal senso, M.A. SANDULLI, *Natura ed effetti dei pareri dell'AVCP*, su www.federalismi.it n. 25/2013.

Tale tendenza non poteva lasciare impassibile il legislatore, il quale ha, pertanto, ritenuto di riconoscere, seppur in modo non esplicito e sistematico, la potestà regolamentare all'Autorità.

Ed invero, a fronte dei numerosi interventi regolatori adottati in risposta alle più disparate esigenze del mercato, la legge ha riconosciuto formalmente, in capo a predetto organismo quella funzione di regolazione in realtà già esercitata da anni, stabilendo all'art. 8, comma 5 del Codice dei Contratti che *“le delibere dell'Autorità, ove riguardino questioni di interesse generale o la soluzione di questioni di massima, sono pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e sul sito informatico dell'Autorità”*, ed ancora al comma 1, *“l'Autorità si dota [...] di forme e metodi di organizzazione e di analisi dell'impatto della normazione per l'emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione”*.

Tale funzione di regolazione è poi stata via via incrementata negli anni.

Basti ricordare l'art. 4, comma 2, lett. h), d.l. 13 maggio 2011, n. 70⁸⁸ che, in attuazione delle direttive comunitarie sugli appalti pubblici 2004/17/CE e 2004/18/CE, ha aggiunto un comma 4 *bis* all'art. 64 del Codice, assegnando all'Autorità il compito di predisporre i bandi-tipo e, da ultimo, il d.l. 24 aprile 2014, n. 66, che le riconosce la funzione (chiaramente regolatoria) di fissare i prezzi di riferimento per la programmazione delle attività contrattuali della pubblica amministrazione⁸⁹.

A tali indici è attribuita, nello specifico, la funzione di individuare il prezzo massimo di aggiudicazione: dal mancato rispetto di tali soglie deriverà la nullità delle pattuizioni che ne dovessero prevedere il superamento.

Alla luce di quanto fin qui esposto, non può sorgere alcun dubbio sul fatto che l'Autorità, sin dalla sua istituzione, abbia svolto, oltre ai compiti di vigilanza e controllo sulle singole gare, una funzione di regolazione del mercato pubblico di carattere generale⁹⁰, su espressa richiesta delle amministrazioni aggiudicatrici e degli operatori, che ne hanno riconosciuto l'autorevolezza, non solo alla luce della terzietà che la contraddistingue, ma soprattutto in considerazione del suo *modus operandi* improntato, nel processo regolamentare e decisionale, al massimo coinvolgimento dei soggetti interessati.

⁸⁸ Convertito nella l. 12 luglio 2011, n. 106.

⁸⁹ Si veda, a tal proposito, l'art. 9, del decreto legge citato, rubricato *“Acquisizione di beni e servizi attraverso i soggetti aggregatori e prezzi di riferimento”*.

⁹⁰ C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012, 39 ss.

3.2. Segue. Analisi e verifica di impatto della regolazione.

Una volta chiarito in cosa consista il potere di regolazione attribuito all'Autorità, risulta di particolare interesse svolgere alcune considerazioni sull'attività di analisi e verifica di impatto della regolamentazione, quale attività complementare e necessaria ad un migliore svolgimento della potestà in questione.

A tal riguardo, occorre innanzitutto evidenziare come l'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) sia uno strumento di c.d. *better regulation* ed economia normativa, finalizzato a stabilire *ex ante* se un intervento di natura regolamentare risulti effettivamente necessario e, soprattutto, se rappresenti la soluzione più indicata per il raggiungimento dell'obiettivo prefissato.

Nata negli Stati Uniti intorno agli anni Settanta e trapiantata nel Regno Unito negli anni Ottanta, l'AIR è stata introdotta in ambito europeo intorno agli anni Novanta, allorché l'OCSE⁹¹ ha invitato gli Stati membri ad adottare sistemi di valutazione della regolazione, al fine di migliorarne la qualità⁹².

Sulla scia di tale prima raccomandazione, si sono poi susseguiti diversi interventi europei, sia legislativi sia di c.d. *soft law*, finalizzati a diffondere l'utilizzo degli strumenti di analisi di impatto della regolazione.

In questa sede si ricordano, in particolare, la comunicazione del 2005 "*Better Regulation for Growth and Jobs in the European Union*" con cui la Commissione Europea, nell'ambito della strategia di Lisbona sulla competitività e sulla crescita, ha individuato nell'AIR uno dei tre elementi per migliorare la qualità della regolamentazione (insieme alla riduzione degli oneri amministrativi ed alla semplificazione) e la comunicazione 2010 "*Smart*⁹³ *Regulation in the European Union*", con cui, sempre la Commissione, nell'ambito della nuova strategia per la crescita UE 2020, ha implementato il concetto della precedente strategia.

⁹¹ A tal proposito si veda la raccomandazione OCSE adottata il 9 marzo 1995 sul miglioramento della qualità della regolazione «*Recommendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation*».

⁹² A. CALLEA, *L'analisi di impatto della regolamentazione: osservazioni a margine del d.P.C.M. n. 170/2008*, in *Amministrare*, 2009, fasc. 3, 429 ss.

⁹³ Come chiarito dall'Osservatorio AIR, il concetto di smart include nelle politiche di miglioramento della regolazione l'idea che legiferare "*non vuol dire ridurre o aumentare il numero di regole, quanto piuttosto ottenere risultati nel modo meno oneroso possibile*". Superata la visione del "*less is more*", la Commissione si è concentrata sul miglioramento della regolazione attraverso il miglioramento delle ricerche e del *drafting* alla base delle norme, in modo tale da minimizzare il rischio di creare regole mal concepite.

Inoltre, con la *smart regulation* è stata introdotta anche una seconda novità: il cosiddetto *life-cycle approach*, ossia un approccio che guardi all'intero ciclo di definizione delle politiche e ponga maggiore attenzione alla valutazione delle regole già esistenti ⁹⁴.

Per quanto riguarda il nostro paese, l'AIR è stata introdotta in via sperimentale con la l. 8 marzo 1999, n. 50 ⁹⁵, in attuazione della quale sono state emanate varie direttive e circolari ⁹⁶. In seguito, con la l. 29 luglio 2003, n. 229, l'ambito dell'AIR è stato esteso anche alle Autorità indipendenti e, ad opera della l. 28 novembre 2005, n. 246 ⁹⁷, il legislatore ha fornito una precisa definizione ed emanato specifiche disposizioni al riguardo.

Sebbene tale ultima fonte, per sua espressa previsione, non sia vincolante per le autorità indipendenti ⁹⁸, essa rappresenta comunque un utile riferimento, in quanto fissa i criteri generali e le procedure da seguire per la realizzazione dell'AIR.

In particolare, l'art. 5 del d.p.c.m. n. 170/2008 stabilisce che la redazione della relazione AIR debba essere preceduta da un'istruttoria che preveda la consultazione "*delle principali categorie di soggetti pubblici e privati destinatari diretti e indiretti della proposta di regolamentazione*" (i c.d. *stakeholders*); l'art. 6 individua poi i contenuti di una siffatta relazione.

La scheda AIR deve essere articolata in sette sezioni dedicate, rispettivamente: a) all'analisi del contesto (normativo, sociale ed economico, con indicazione degli obiettivi e dei destinatari); b) alle procedure di consultazione, c) alla valutazione dell'opzione di non intervento (c.d. opzione zero); d) all'analisi delle opzioni alternative di intervento diverse da quella adottata, e) alla giustificazione dell'opzione regolatoria proposta (con indicazione dei vantaggi e degli svantaggi, la comparazione con le altre e la misurazione dei costi); f) all'analisi dell'incidenza dell'intervento prescelto sul corretto funzionamento del mercato e sulla competitività del Paese; g) alle modalità attuative dell'intervento, con indicazione dei responsabili.

⁹⁴ Osservatorio AIR, *Da better a smart, il futuro della regulation nella Commissione*, su www.osservatorioair.it.

⁹⁵ In particolare, l'art. 5 della legge in questione dispone che "*Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri sono definiti, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge e a titolo sperimentale, tempi e modalità di effettuazione dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) sull'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e sull'attività dei cittadini e delle imprese in relazione agli schemi di atti normativi adottati dal Governo e di regolamenti ministeriali o interministeriali*".

⁹⁶ Si vedano, tra gli altri, il dpcm del 27 marzo 2000, la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 21 settembre 2001 e la circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 16 gennaio 2001 (c.d. Guida alla sperimentazione dell'Air).

⁹⁷ Attuata in parte con il dpcm 11 settembre 2008, n. 170.

⁹⁸ Art. 2, l. 246/2005, stabilisce espressamente che la disciplina relativa all'AIR si applica agli atti normativi del Governo, ai provvedimenti interministeriali e ai disegni di legge di iniziativa governativa, non ricomprendendo, pertanto, gli atti delle autorità amministrative indipendenti.

Per quanto riguarda, infine, la normativa in tema di AIR direttamente afferente all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, la l. 18 aprile 2005, n. 62, all'art. 25, comma 1, ha espressamente previsto che, per l'emanazione di atti di competenza di tale organismo e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione, l'Autorità si doti di forme e metodi di organizzazione e di analisi di impatto della normazione. Con l'inserimento dell'art. 8, comma 1, nel Codice dei contratti è stata poi, come già precisato, ribadita la necessità che l'Autorità proceda all'analisi di impatto della regolazione e, in particolare, alla consultazione preventiva dei c.d. *stakeholders*.

Fase centrale dell'AIR è, dunque, rappresentata dalla consultazione preventiva degli *stakeholders*, ovvero di tutti quei soggetti, pubblici e privati, che saranno coinvolti dall'atto di regolazione in via di definizione.

Si tratta di una fase cruciale, in cui i diretti interessati hanno l'opportunità di partecipare alla "costruzione" della norma che li riguarderà: da tale circostanza deriva che maggiore sarà il loro coinvolgimento, minore sarà il rischio di un atto normativo inadeguato.

Il principio sopra enucleato, pur se introdotto nel nostro ordinamento da poco più di un decennio, in realtà è stato fatto proprio dall'Autorità sin dagli inizi della sua attività, allorché è stata investita direttamente dal mercato di quella funzione di regolazione di cui si è detto sopra.

Quotidianamente chiamata a risolvere i problemi interpretativi posti dalle amministrazioni e dagli operatori del mercato, l'Autorità si era, infatti, da subito resa conto della necessità di coinvolgere nel processo di regolazione tutti i soggetti interessati dagli atti emanandi; a tal fine, ha dato il via ad una prassi di consultazione preventiva del mercato, molto prima che il legislatore la imponesse come strumento di *better regulation*.

In particolare, sin dal principio di questo secolo, è stato avviato un sistema di audizioni preventive e periodiche degli operatori del mercato, al fine di individuare le problematiche più comuni e raccogliere osservazioni e proposte per l'individuazione di possibili soluzioni, con la convinzione che una regolamentazione "concordata" abbia maggiori probabilità di essere accettata ed applicata.

Con il passare del tempo, accanto alle audizioni hanno poi trovato spazio anche altre forme di coinvolgimento degli *stakeholders*, quali i tavoli tecnici e le consultazioni *on-line*. Nell'ottobre 2011, è stato, quindi, adottato un regolamento per la partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità, volto a disciplinare le diverse modalità di

consultazione pubblica, al fine di migliorare la qualità degli atti regolatori e valutarne, in via preventiva, l'impatto sul mercato.

Da ultimo, proprio al fine di meglio organizzare la sua complessa attività di regolamentazione, la precedente Autorità aveva costituito al suo interno la Direzione Generale Regolazione del mercato, Legislazione e Studi, che si componeva di tre uffici strategici, uno dei quali preposto proprio all'elaborazione e allo studio dei fenomeni dell'AIR e della VIR ⁹⁹.

Tra le iniziative di maggior rilievo si segnalano in questa sede l'emanazione del Regolamento per la disciplina dell'AIR e della VIR e la pubblicazione del calendario delle consultazioni pubbliche e dei tavoli tecnici avviati dall'Autorità.

Il regolamento dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici per la disciplina dell'AIR e della VIR è stato approvato dal Consiglio dell'Autorità il 24 ottobre 2013 e pubblicato nella G.U. n. 278 del 27 novembre 2013 ¹⁰⁰.

Il regolamento in questione è stato esso stesso oggetto di consultazione preventiva. Trattandosi di un atto di regolazione, infatti, l'Autorità ha ritenuto doveroso pubblicare sul proprio sito istituzionale un documento di consultazione contenente gli aspetti più rilevanti dell'emanando regolamento ed ha assegnato agli *stakeholders* un termine per la formulazione di osservazioni. Tali osservazioni sono state analizzate e condivise dall'Autorità stessa che, successivamente, ha approvato un testo finale, agevolmente reperibile sul sito istituzionale.

Il regolamento si compone di tredici articoli che spiegano in maniera chiara e facilmente comprensibile le attività di analisi e verifica della regolazione svolta sugli atti di contenuto generale dell'Autorità che hanno impatto sul mercato degli appalti pubblici (i.e. determinazioni, atti di segnalazione, bandi-tipo, istruzioni alle SOA).

Innanzitutto il regolamento spiega come la selezione dei casi da sottoporre ad AIR e, di conseguenza, il progetto di atto regolatorio, nascano a seguito del recepimento da parte dell'Autorità dei vari segnali del mercato, dal raffronto dei dati presenti sulla banca dati nazionale dei contratti pubblici, dalle segnalazioni ricevute, dalle notizie apprese dagli

⁹⁹ Ora confluiti all'interno della macro area dell'A.N.AC. destinata alla regolazione, composta attualmente da ben sette uffici.

¹⁰⁰ Esso si affianca al già citato regolamento per la partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità adottato ad ottobre 2011, superandone i limiti in considerazione dei nuovi compiti assegnati all'Avcp ed in ottemperanza agli obblighi di legge.

organi di informazione nonché dai tavoli tecnici e dalle audizioni preventive organizzate all'apposito fine di raccogliere proposte, suggerimenti ed informazioni.

Sul sito istituzionale è poi predisposto un calendario (non vincolante) delle consultazioni, dove sono indicati gli atti che l'Autorità intende sottoporre ad AIR o a consultazione, al fine di consentire l'invio di osservazioni per la futura redazione del c.d. documento di consultazione che, approvato dal Consiglio e pubblicato sul sito, contiene gli elementi sui quali si ritiene di dover conoscere la posizione degli *stakeholders*.

Nei casi particolarmente complessi è consentito all'Autorità procedere ad audizioni pubbliche con determinati soggetti selezionati, assegnando, in ogni caso, un termine per le osservazioni, in tempi utili al fine dell'adozione dell'atto finale.

Scaduto tale termine, tutte le osservazioni sono pubblicate sul sito e, qualora non sia ritenuta necessaria una seconda consultazione, l'Autorità adotta l'atto finale, al quale viene allegata in atto separato, la relazione AIR, in cui sono specificate le ragioni della scelta dell'intervento, gli esiti attesi dal provvedimento, le motivazioni per l'adozione di determinate soluzioni e una risposta a tutte le osservazioni ricevute, con particolare riferimento a quelle contenenti elementi di difformità rispetto all'atto adottato.

Infine, il regolamento prevede che nella relazione AIR o nel provvedimento finale sia indicata la eventuale previsione di VIR che, nel caso del regolamento stesso, è prevista dopo circa un anno dalla sua pubblicazione.

Al procedimento ed alla calendarizzazione della VIR si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni sull'AIR; la VIR si può concludere con la conferma dell'atto valutato, con la sua modifica per aspetti di dettaglio o con l'avvio di una nuova AIR, al fine di adottare un atto di regolazione sostitutivo del precedente.

Con riguardo ai metodi in concreto prescelti per l'attuazione dell'AIR, sono stati elaborati e adottati nella pratica modelli di valutazione alquanto differenti. Inizialmente si ritenne preferibile la scelta di approcci c.d. monetari ¹⁰¹, consistenti nella quantificazione e conversione in valori monetari degli effetti potenzialmente associati all'intervento pubblico. Tale sistema offriva il grande vantaggio di consentire una diretta confrontabilità tra le varie tipologie di intervento elaborate, in quanto prendendo come riferimento un'unica unità di misura rappresentata da un parametro di tipo quantitativo, risultava

¹⁰¹ L. CAVALLO, *L'impatto economico della regolamentazione e l'analisi economica dell'impatto della regolamentazione*, in N. GRECO (a cura di), *Introduzione all'Analisi di impatto della regolamentazione*, Collana Studi e Ricerche SSPA, n. 3, 2003.

agevole la misurazione in termini di maggiore o minore efficacia (o di costi/benefici) dei diversi interventi suggeriti.

Siffatti modelli, tuttavia, sono risultati per alcuni inadeguati in relazione al bene da monetizzare. Non risulta agevole, ed è secondo taluni¹⁰² poco opportuno, attribuire un valore monetario a valori fondamentali quali la protezione dell'ambiente o la salute o la vita umana, nonché estremamente difficile la quantificazione in termini comparativi di tali valori. Di qui la necessità di elaborare metodi caratterizzati da una commistione di valutazioni di tipo quantitativo, non necessariamente monetario, e qualitativo (c.d. analisi multicriteri), mediante i quali rendere più completa la valutazione degli interventi¹⁰³.

Passando, dunque, ad analizzare la disciplina della verifica di impatto della regolamentazione (VIR) occorre evidenziare in primo luogo che quest'ultima, al pari dell'AIR e in relazione di complementarietà con la stessa, rappresenta uno strumento di *better regulation* e di controllo dell'azione amministrativa.

Si tratta della valutazione *ex post* dell'intervento regolatorio, volta ad accertare, trascorso un congruo periodo di osservazione, che quest'ultimo risponda effettivamente agli obiettivi prefissati e, soprattutto, abbia sortito gli effetti auspicati.

Le principali norme di riferimento in materia di VIR sono la già citata l. n. 246/05, che ne ha fornito una definizione¹⁰⁴ e il regolamento sulla VIR approvato con dpcm 19 novembre 2009, n. 212, che, pur non producendo effetti vincolanti nei confronti delle autorità indipendenti, costituisce comunque un riferimento utile all'inquadramento della disciplina di riferimento.

Secondo il regolamento, la VIR deve essere effettuata principalmente sugli atti normativi già oggetto di AIR, dopo un biennio dalla loro entrata in vigore; ciò non ne esclude, ad ogni modo, l'applicabilità anche ad atti non preventivamente assoggettati ad AIR. L'amministrazione competente a svolgere la VIR è, di norma, quella che ha eseguito l'AIR o, in mancanza, quella competente ad emanare la norma oggetto di verifica.

Oggetto di verifica sono diversi elementi, quali, a titolo esemplificativo, il raggiungimento delle finalità che l'atto normativo si prefiggeva, i costi e gli effetti della disciplina posta in

¹⁰² E. ANDERSON, *Value in Ethics and Economics*, Harvard University Press, Cambridge, 1995, 1990 ss.

¹⁰³ Uno dei metodi elaborati, ad esempio, prevede il confronto di ogni proposta di intervento con una c.d. opzione zero, ossia di non intervento, in termini di costi e benefici, sulla base di parametri di tipo sia qualitativo che quantitativo.

¹⁰⁴ All'art. 14, comma 4, è stabilito che “*La verifica di impatto della regolamentazione (VIR) consiste nella valutazione, anche periodica, del raggiungimento delle finalità e nella stima dei costi e degli effetti prodotti da atti normativi sulle attività dei cittadini e delle imprese e sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni*”.

essere, la sua osservanza da parte dei destinatari, i risultati in termini di semplificazione, l'eventuale insorgenza di costi o effetti non previsti e, in generale, di criticità che comportino misure integrative o correttive.

Alla luce di quanto fin qui precisato, si propongono di seguito alcune considerazioni conclusive sull'utilità e gli effetti prodotti dall'introduzione nel nostro sistema di metodi di analisi e verifica della regolazione.

I principi e gli strumenti di *better* e *smart regulation* si inseriscono, come detto, nell'ambito di una strategia europea più ampia, “*per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*”¹⁰⁵, in cui la materia dei contratti pubblici assume un ruolo decisivo, come dimostrato dalla recente adozione delle tre nuove direttive in materia di appalti e concessioni. Il legislatore europeo considera i contratti pubblici come un mezzo per conseguire obiettivi sociali, ambientali ed economici; ne discende che la regolazione in questo settore è di primaria importanza, perché senza un corretto recepimento dei principi indicati dall'Unione Europea non sarà possibile ottenere i risultati prefissati.

L'Italia non può e non deve perdere quest'occasione per promuovere un'iniziativa di profonda e strutturata riforma del sistema degli appalti pubblici. Per raggiungere risultati considerevoli sarà, tuttavia, necessario affiancare a tale compito di revisione e ricostruzione di sistema, una regolamentazione della materia affidata a soggetti istituzionalmente preposti al monitoraggio di un settore come quello degli appalti, che risulta strategico per l'economia nazionale. Una funzione di regolazione capillare e strutturata, nonché esercitata da organismi dotati di assoluta neutralità e di alto tecnicismo, mediante consultazioni preventive degli *stakeholders* e una *best practice* in materia di AIR e di VIR, acquisterà il ruolo di parametro primario per gli operatori del mercato e per le amministrazioni aggiudicatrici, i quali verranno messi nella condizione di poter uniformare la loro azione ai modelli offerti, in un'ottica di promozione della legalità e dell'efficienza.

4. La funzione di risoluzione stragiudiziale di controversie (il c.d. precontenzioso).

Per quanto riguarda in particolare gli ulteriori poteri specificamente riconosciuti alla Autorità di vigilanza sui Contratti pubblici e transitati sotto la titolarità dell'A.N.AC.,

¹⁰⁵ Comunicazione della Commissione Europea 3 marzo 2010 “*Europa 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*”.

suscita profili di notevole interesse, anche alla luce delle criticità evidenziate dalla dottrina, l'istituto del cd. "precontenzioso".

Con tale espressione si vuole identificare quel particolare procedimento previsto dall'art. 6, comma 7, lettera n), del Codice dei contratti pubblici, avente quale fine la soluzione di controversie insorte tra le parti durante le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici.

La materia trova un importante riferimento nel diritto comunitario che ha affermato ripetutamente che principale obiettivo di un sistema di vigilanza sul mercato degli appalti pubblici deve essere individuato nell'assicurare una rapida soluzione a tutte le questioni che possano insorgere a causa di una non corretta applicazione da parte delle stazioni appaltanti della normativa sull'evidenza pubblica. Un idoneo funzionamento del mercato di riferimento è di primario interesse per tutti gli operatori del sistema, siano essi pubblici o privati; pertanto un sistema rapido, efficace, trasparente e non discriminatorio per la soluzione delle eventuali controversie che dovessero insorgere nell'affidamento degli appalti pubblici o anche per la mera correzione di errori, posti in essere dalle amministrazioni aggiudicatrici nella predisposizione dei documenti di gara, è connotato di particolare rilievo nella politica posta in essere dall'Unione europea. Nelle direttive ricorsi 89/665/CEE, 92/13/CEE e 2007/66/UE, come anche nelle di direttive appalti e concessioni di recente approvazione ¹⁰⁶, le istituzioni europee hanno più volte sottolineato, infatti, l'importanza dell'istituzione di autorità nazionali di vigilanza e controllo sul sistema degli appalti pubblici, cui attribuire tali poteri di soluzione di controversie.

Un'attenta considerazione del contenuto della direttiva ricorsi 2007/66/UE, degli atti preparatori e, soprattutto, la lettura della direttiva stessa nel più ampio contesto normativo comunitario di riferimento, consente di rilevare come l'attenzione del legislatore europeo sia ormai da lungo tempo rivolta anche agli strumenti di composizione delle controversie alternativi al giudizio. Pertanto, interpretare o applicare la direttiva del 2007 in senso contrario, riducendo l'ambito applicativo degli strumenti di risoluzione delle controversie alternativi al ricorso giurisdizionale, anche già esistenti negli Stati membri, potrebbe rivelarsi una scelta in contrasto con lo spirito ed il dettato del diritto europeo.

Con riferimento agli elementi che possono trarsi dalla direttiva stessa a riscontro della tesi sopra esposta, si consideri, in primo luogo, proprio l'introduzione del termine di *standstill*.

¹⁰⁶ Si ricorda, in maniera del tutto esemplificativa, il considerando 24 della direttiva 2014/24/UE, il quale a tal proposito dispone che *"È opportuno ricordare che i servizi d'arbitrato e di conciliazione e altre forme analoghe di risoluzione alternativa delle controversie sono di norma prestati da organismi o persone approvati, o selezionati, secondo modalità che non possono essere disciplinate da norme di aggiudicazione degli appalti"*.

Nell'ordinamento italiano, già prima del recepimento della direttiva ricorsi, un meccanismo del tutto analogo allo *standstill* era stato introdotto dall'art. 14 del d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190 e, successivamente, declinato in termini generali dall'art. 11, comma 10, del Codice dei contratti pubblici.

Ciò, tuttavia, non legittima a dimenticare, né a sottovalutare, che per il legislatore europeo della direttiva esso si configura, invece, come elemento di novità assoluta. In quest'ottica, la scelta di introdurre un termine prima del quale non è ammessa la stipulazione del contratto può certamente essere letta come un proclamato sostegno non solo per i rimedi giudiziari (nello specifico, il ricorso), ma anche per quelli alternativi alla giurisdizione e, tra questi, segnatamente quelli che si collocano nella fase del procedimento di aggiudicazione.

È tra questi tempi ed in questi spazi, riconosciuti ed anzi garantiti dalla direttiva ricorsi che trovano legittima cittadinanza anche i rimedi stragiudiziali eventualmente già esistenti negli Stati membri. Va ricordato, infatti, che finalità proclamata della direttiva è quella di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie e, segnatamente, dei principi di trasparenza e di non discriminazione in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette¹⁰⁷. Si tratta, a ben vedere, di una finalità rispetto alla quale l'obiettivo di assicurare l'efficacia delle procedure di ricorso giurisdizionale costituisce solo un mezzo, anzi uno dei possibili mezzi.

In ultimo, è il caso di ricordare che la direttiva 2007/66/CE indica come organo di ricorso non necessariamente il giudice nazionale, ma semplicemente un "organo indipendente" terzo rispetto all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore. Una previsione tanto generica ben si presta ad essere interpretata anche a sostegno di strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie sui contratti pubblici. Si pensi, al riguardo, a procedimenti che possono svolgersi davanti ad Autorità indipendenti di vigilanza del settore, come quello già presente nel nostro ordinamento di fronte all'Autorità di vigilanza dei Contratti pubblici.

Se dalla direttiva l'attenzione si sposta sui documenti preparatori e, segnatamente, allo Studio della Commissione del 2006, le indicazioni a sostegno di quanto sopra considerato appaiono ancor più evidenti. Si scopre, infatti, che le soluzioni adottate dalla direttiva 2007/66/CE (termine di *standstill*; privazione degli effetti del contratto; accelerazione dei termini di ricorso) per fronteggiare le criticità rilevate dallo Studio (affidamenti illegittimi

¹⁰⁷ In tal senso, si veda espressamente il *considerando* 3.

e *race to signature*) rappresentano solo alcune delle possibili opzioni di intervento suggerite dalla Commissione. Lo Studio, invero, prendeva in considerazione, come possibile alternativa, l'attribuzione di maggiori poteri alle autorità indipendenti degli Stati membri. Più nel dettaglio, veniva ipotizzata la designazione in tutti gli Stati membri di autorità indipendenti alle quali qualunque soggetto interessato potesse rivolgersi, anche in forma anonima. Ricevuta la segnalazione, le autorità interpellate, in un primo momento, avrebbero dovuto tempestivamente notificare la violazione alle amministrazioni, nell'intento di stimolare, ove possibile, una immediata correzione o, quantomeno, la sensibile riduzione degli effetti negativi. Successivamente, ed in caso di infruttuoso esito della comunicazione alle amministrazioni (*"if this notification process did not cause the required changes"*) le autorità avrebbero dovuto contestare la violazione presso le competenti sedi nazionali.

Ciò posto, appare fondamentale rilevare, quantomeno ai fini dell'analisi che qui si conduce, che le ragioni per cui il legislatore comunitario ha messo da parte questa seconda alternativa (ruolo delle *Authorities*) non attengono ad una sua minore efficacia, in astratto, nel contrastare le illegittimità emerse, ma a motivi diversi, legati essenzialmente alla rilevata mancanza di adeguate strutture in alcuni Paesi membri ed ai considerevoli costi e tempi che avrebbe comportato la loro istituzione.

Dall'altra parte, tuttavia, è lo stesso Studio della Commissione del 2006, sopra citato, a mettere in evidenza i numerosi aspetti positivi di una simile opzione, quali la maggiore efficienza legata all'alta specializzazione delle autorità indipendenti, l'effetto deterrente costituito dai poteri sanzionatori alle stesse riconosciuti nei confronti delle amministrazioni inadempienti, oltre ai potenziali notevoli risparmi di tempi e costi processuali.

Da tempo parte della dottrina ¹⁰⁸ rileva nell'ordinamento comunitario una crescente tendenza alla valorizzazione delle forme di tutela non giurisdizionale, sia come strumento elettivo di armonizzazione dei rimedi e delle garanzie per la tutela di situazioni giuridiche soggettive a rilevanza comunitaria, a fronte delle differenze dei sistemi processuali nazionali, sia sulla spinta dell'esempio di positive esperienze maturate nei singoli ordinamenti giuridici di alcuni Stati membri o extraeuropei, come ad esempio gli Stati Uniti.

Più ancora, viene messo in rilievo come negli stessi Trattati istitutivi si rinvenivano istituti giuridici che esprimono principi per la soluzione delle controversie che anticipano le

¹⁰⁸ M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 481 ss.

procedure poi definite come *Alternative Disputes Resolution*, quali la procedura di infrazione¹⁰⁹, in cui la Commissione è chiamata ad assicurare un articolato contraddittorio, prima di attivare eventuali procedure giurisdizionali o, ancora, le previsioni in materia di aiuti di Stato o, infine, la figura del mediatore introdotta dal Trattato di Maastricht per ricevere le denunce su casi di cattiva amministrazione sollecitando le amministrazioni interessate a rimediare.

Per quanto riguarda le controversie nascenti in materia di contratti pubblici, in alcuni Stati membri è competente a conoscere delle questioni in esame esclusivamente il giudice ordinario; talvolta, invece, la giurisdizione è distinta fra giudice civile e giudice amministrativo in ragione della natura del contratto su cui nasce la controversia. In relazione a ciò occorre evidenziare che nel rapporto SIGMA del 2013¹¹⁰ si sottolinea come il ricorso al sistema giurisdizionale spesso presenta dei limiti in termini di costi elevati e tempi non sempre celeri per la definizione della questione.

Al contrario, l'istituzione di autorità amministrative specialistiche nella materia dei contratti pubblici è il metodo utilizzato in circa la metà degli Stati membri per la risoluzione delle controversie in materia di appalti. Normalmente queste autorità rivestono il carattere di giudice di prima istanza che emette decisioni vincolanti, contro le quali è possibile ricorrere in sede civile o amministrativa in seconda istanza.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea¹¹¹ ha stabilito i requisiti principali che un organismo di tal genere deve possedere per poter addivenire alla soluzione delle controversie. Fra di essi viene indicato il carattere giurisdizionale o quasi giurisdizionale dell'organo decidente.

La Corte fornisce poi ulteriori indicazioni al fine della creazione di tali organismi, tra cui, in particolare, la necessità che la relativa istituzione avvenga con legge, il carattere permanente dell'organismo, la vincolatività delle sue decisioni, il rispetto del principio del contraddittorio tra le parti, l'applicazione nel suo operato di regole stabilite con legge e il carattere dell'indipendenza dell'organo stesso e dei suoi componenti.

La prima di queste caratteristiche è rappresentata, come detto, dalla necessità di un'istituzione legittimata dalla presenza di una disposizione legislativa, risultando indifferente che detta previsione sia inserita specificamente nella legge sugli appalti di cui

¹⁰⁹ Per la disciplina della procedura in questione si vedano gli artt. 258 e 259 TFUE.

¹¹⁰ Rapporto predisposto durante l'incontro organizzato dall'OECD (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico) e dall'UE n. 27 del luglio 2013 ed intitolato "*Monitoring of Public Procurement*".

¹¹¹ Nella sentenza Corte di Giustizia C-54/96, *Dorsch Consult GmbH v. Bundesbaugesellschaft Berlin*.

ogni Stato membro è dotato ovvero in altra fonte normativa. È necessario, ad ogni modo, che la norma provveda ad assicurare regole per il funzionamento dell'organo, ivi comprese quelle relative alle sue competenze, alla nomina dei suoi membri, alla caratteristiche che devono possedere i membri stessi e alla disciplina dell'eventuale conflitto di interessi.

L'organismo, poi, deve avere carattere permanente e non essere istituito *ad hoc* per rispondere alle singole esigenze. Inoltre, le decisioni, a cui occorrerebbe riconoscere carattere vincolante, dovrebbero potersi estrinsecare nella sospensione delle procedure di gara oggetto di ricorso, ovvero di singoli atti delle stazioni appaltanti, ovvero nell'annullamento delle previsioni contenute nel bando che abbiano carattere discriminatorio a livello tecnico, economico e finanziario. Non sarebbe necessario che l'organismo in questione fosse dotato altresì della competenza sulla quantificazione dei danni eventualmente subiti da una delle parti, ben potendo la legislazione di ogni Stato membro devolvere tale competenza agli ordinari organi giurisdizionali.

L'organismo dovrebbe, inoltre, garantire il rispetto del principio del contraddittorio orale o scritto, consentendo ad ogni parte che ne abbia un interesse qualificato di partecipare alla procedura e alla discussione. Quanto alle decisioni, queste ultime devono trovare il proprio fondamento nelle regole stabilite normativamente sia a livello comunitario che a livello nazionale. Infine, in risposta alla necessità di assicurare una assoluta indipendenza, l'autorità non deve avere alcun vincolo di subordinazione rispetto al potere legislativo né a quello esecutivo, dovendo la sua azione essere soggetta solo alla legge.

Anche qualora tale Autorità non abbia carattere giurisdizionale, questa deve ad ogni modo prendere le sue decisioni sempre motivandole; queste ultime devono poi poter essere impugnate dinanzi ad un organo giurisdizionale.

Le caratteristiche sopra illustrate rispondono sostanzialmente a quanto stabilito nel 1994 dal WTO nel *Government Procurement Agreement* (GPA).

Una volta delineato il quadro normativo di riferimento nell'ambito del diritto europeo, occorre svolgere alcune considerazioni in ordine all'attuale sistema di precontenzioso vigente in Italia, sottolineandone i tratti di differenziazione rispetto al diritto dell'Unione.

Nel nostro ordinamento, con il termine precontenzioso in materia di appalti pubblici, si fa riferimento a tutti quegli strumenti approntati dal Codice dei contratti pubblici per agevolare la soluzione delle controversie che potrebbero insorgere tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico in una fase antecedente a quella giudiziale.

Sono strumenti di soluzione precontenziosa delle controversie l'accordo bonario, la transazione ed il precontenzioso davanti all'Autorità di vigilanza sui Contratti pubblici (oggi all'A.N.AC.). I primi due si collocano in un momento successivo alla stipula del contratto e segnatamente riguardano la composizione delle controversie relative a diritti soggettivi nella fase di esecuzione. Il precontenzioso, invece, è l'unico strumento che attiene propriamente alla fase della procedura di gara.

Ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006, l'Autorità, su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, esprime un parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica. Secondo questa disposizione, quindi, l'Autorità svolge, su istanza di una o di entrambe le parti, un'attività finalizzata alla soluzione di controversie nella fase di scelta del contraente, esprimendo un parere non vincolante ed eventualmente formulando un'ipotesi di soluzione. Si tratta di una previsione che è stata introdotta per la prima volta dal Codice dei contratti pubblici seguendo l'invito rivolto dalla Commissione ai Paesi membri di creare organismi per l'appunto di precontenzioso.

Secondo parte dottrina ¹¹² lo strumento in questione avrebbe natura di ADR, configurandosi lo stesso come un meccanismo finalizzato a risolvere una controversia, prima del suo insorgere (come chiaramente si evince dallo stesso termine "precontenzioso" scelto per la sua denominazione), ed in modo alternativo alla lite giudiziaria (in maniera, dunque, stragiudiziale). In questi termini, come già sopra rilevato, esso non solo si colloca in quel processo che, all'interno del diritto comunitario, vede l'attribuzione di sempre maggiore rilevanza alle forme alternative di risoluzione del contenzioso, ma appare altresì in grado di ben interpretare tutte le esigenze di concentrazione, celerità e maggiore tutela che sottendono alla riforma delle procedure di ricorso in materia di appalti proposta dalla direttiva 2007/66/UE. Ciò, peraltro, con delle potenzialità ulteriori rispetto agli altri strumenti deflattivi quali transazione ed accordo bonario.

Invero, a parte l'indubbio vantaggio costituito dalle potenzialità deflattive del carico della giustizia amministrativa, si tratta di uno strumento capace di contenere tempi e costi, in termini di strutture e risorse umane, in considerazione del fatto che il procedimento si svolge unicamente davanti all'Ufficio competente dell'Autorità a ciò preposto e che al finanziamento delle spese di funzionamento dell'Autorità provvede in massima parte il mercato. Ed ancora, non va sottovalutato come tale strumento consenta di ottenere un

¹¹² *Ex multis*, C. CELONE, op. cit., 255 ss.

parere autorevole e neutrale reso da un soggetto terzo, attraverso un sistema caratterizzato da un accesso agile e da un procedimento snello, finalizzato a rimuovere e a correggere le riscontrate violazioni lamentate dalle parti in una fase in cui le stesse possono ancora essere emendate.

In ultimo, ma non ultimo in ordine di importanza, il procedimento si svolge davanti ad un soggetto dotato di un livello di *expertise* che connota di piena affidabilità e rilevante autorevolezza il parere reso. In quest'ottica, tuttavia, la caratteristica della non vincolatività del parere emanato dimostra come l'istituto del precontenzioso rappresenti un'occasione mancata per poterlo inserire di diritto nelle cosiddette ADR.

E' stata rilevata, come ulteriore criticità, la mancanza di coordinamento tra le disposizioni relative al precontenzioso davanti all'Autorità di Vigilanza (art. 6, comma 7, lett. n), d.lgs. n. 163/2006 e connesso Regolamento dell'Autorità) e l'istituto dell'informativa di cui all'art. 243 *bis* del Codice introdotto dal legislatore nazionale in recepimento della direttiva ricorsi, attraverso il quale l'operatore economico inoltra alla stazione appaltante una comunicazione contenente una sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio per consentirle, entro un termine di quindici giorni, di adottare, se lo ritiene opportuno, atti in autotutela ovvero disporre il non luogo a provvedere.

Nonostante possa essere oltremodo proficua una connessione tra i due istituti, soprattutto nell'ottica dell'amministrazione "informata" che potrebbe certo trarre giovamento dall'investire parallelamente l'Autorità, quale massimo soggetto esperto del settore e in posizione di terzietà rispetto agli interessi coinvolti, della questione medesima prima di prendere una decisione, il legislatore nulla ha previsto in merito. Peraltro, la notevole riduzione dei termini per il ricorso giudiziale incide negativamente anche sulla possibilità di combinazione tra i due diversi istituti dell'informativa e del ricorso al precontenzioso davanti all'Autorità, così come non è elemento a favore l'esiguo termine di quindici giorni specificato dal legislatore nazionale come tempo entro il quale l'amministrazione deve pronunciarsi. Un coordinamento tra i due istituti avrebbe potuto comportare la previsione di un prolungamento del termine in questione, in caso di coinvolgimento dell'Autorità nella valutazione dell'atto contestato, per la soluzione della questione controversa.

Alla luce di tutto quanto sopra, potrebbe rendersi opportuna una rimediazione, nel senso di una maggiore armonizzazione del rapporto tra contenzioso e precontenzioso davanti

all'Autorità nel nuovo rito in materia di appalti pubblici, come peraltro in diverse occasioni è stato auspicato.

Appare tuttavia evidente che uno strumento di risoluzione stragiudiziale delle controversie, considerato da taluni "moderno", come il precontenzioso davanti all'Autorità, il quale risulta come evidenziato, del tutto rispondente alle finalità proclamate dal legislatore comunitario in particolare nella direttiva ricorsi del 2007, non può essere confinato, nei pochi "spazi vuoti" lasciati dalla riforma delle procedure giudiziarie, ma meriterebbe espressa ed autonoma valorizzazione anche in occasione di interventi di riforma delle procedure di ricorso come quello, a tal fine, realizzato dal nostro legislatore.

In primo luogo, nell'ottica di una effettiva apertura e libera circolazione nel mercato, il ricorso allo strumento stragiudiziale in esame si presenta come più agevole anche per gli operatori economici stranieri che dovessero trovarsi ad agire nel nostro Paese, in quanto consente l'accesso ad una soluzione qualificata del problema che non passa per le complessità legate al coordinamento delle disposizioni processuali dei vari Paesi.

In secondo luogo ed anche a seguito di quanto appena rilevato, la natura dell'Autorità, quale organismo terzo ed indipendente di vigilanza del settore, che opera in stretta collaborazione con le istituzioni europee e con altri analoghi organismi nei Paesi membri, rende la sua attività precontenziosa un prezioso fattore di supporto, in chiave interpretativa ed applicativa del diritto sostanziale, nel processo di lenta costruzione di un diritto amministrativo europeo. Tale processo, peraltro, trova proprio nel diritto degli appalti una delle materie di massima espressione.

L'esercizio di una funzione consultiva da parte dell'Autorità sulle questioni insorte in sede di gara assume evidente rilevanza e attualità soprattutto in relazione alla tradizionale incertezza normativa e giurisprudenziale sulle regole di disciplina degli appalti e alle costantemente richiamate esigenze di deflazione del contenzioso alle quali si aggiunge oggi l'esigenza degli operatori e delle stesse stazioni appaltanti di sottrarsi alle ingenti e forse eccessive spese di giudizio, aggravata dall'impossibilità di avvalersi dello strumento alternativo, e ad oggi assai più economico, del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica che, come noto, è precluso in materia di appalti stante la specialità del rito di cui all'art. 120 c.p.a..

Tale soluzione è stata abbandonata con l'emanazione dell'art. 8 del d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, in ragione delle esigenze di celerità delle procedure di affidamento delle commesse pubbliche, che, anche nella Direttiva 2007/66/UE, hanno indotto a prevedere un termine

molto breve di impugnazione degli atti di gara e della necessità di coordinare i tempi dell'impugnazione ¹¹³ con quelli del periodo minimo di sospensione per la stipula del contratto ¹¹⁴.

Proprio questa nuova tempistica del contenzioso ha peraltro sostanzialmente frustrato sino ad oggi la funzione dei pareri di c.d. pre-contenzioso, limitando spesso il loro ruolo a quello di mero supporto del giudice.

Da ciò l'esigenza di una riflessione sulla perdurante utilità di tale attività consultiva e sulle possibilità di una sua eventuale rivisitazione. Il potere consultivo dell'Autorità è stato, dunque, ricondotto nell'ambito della funzione di regolazione c.d. interpretativa, svolta attraverso provvedimenti configurabili come atti persuasivi, di alta consulenza, finalizzati a prevenire l'insorgere di controversie e ad offrire alle stazioni appaltanti e agli altri soggetti interessati risposte tecniche in ordine alle questioni interpretative poste dal complesso quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento. Il carattere non vincolante dei pareri, salva modifica di tale aspetto, esclude peraltro che essi possano essere ricondotti alle *Alternative Dispute Resolution* (ADR).

Si sottolinea in proposito che il Governo aveva ripetutamente cercato di attribuire all'Autorità un potere giustiziale. L'art. 4 del Regolamento attuativo della Legge Merloni ¹¹⁵ aveva invero introdotto una disposizione che, in relazione a particolari situazioni, su richiesta degli interessati, attribuiva all'allora Autorità dei lavori pubblici il potere di risolvere, con determinazione vincolante, le questioni controverse sottoposte al suo esame, affidando all'autonomia regolamentare dell'organo la disciplina del relativo procedimento, nel rispetto del principio del contraddittorio. La Corte dei conti, in sede di visto per la registrazione, premessa l'inidoneità della corrispondente disposizione della legge quadro ad essere integrata con atto regolamentare, rilevò tuttavia l'incompatibilità della disposizione con gli altri istituti dell'accordo bonario e dell'arbitrato che la stessa legge e lo stesso regolamento avevano espressamente previsto per dirimere le controversie insorte tra le parti nell'esecuzione degli appalti (delibera Corte dei Conti 8 maggio 2000 n. 40).

Di nuovo, lo schema originario del Codice dei contratti pubblici aveva previsto che l'Autorità svolgesse, su iniziativa delle parti, "*attività di composizione delle controversie*" tra le stazioni appaltanti e i partecipanti alla gara, secondo le modalità stabilite da un proprio apposito regolamento.

¹¹³ Trenta giorni dalla comunicazione di cui all'art. 79 del Codice o dalla piena conoscenza dell'atto lesivo.

¹¹⁴ Trentacinque giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione

¹¹⁵ Contenuto nel d.P.R. del 21 dicembre 1999, n. 554.

Sta di fatto che, alla luce del parere negativo espresso dal Consiglio di Stato ¹¹⁶, il Codice dei contratti accolse la soluzione, più sfumata, di limitare l'intervento dell'Autorità all'espressione di pareri non vincolanti, il cui effetto deflattivo era ed è, dunque, soltanto indiretto ed è esclusivamente da ricondurre all'autorevolezza e alle caratteristiche di indipendenza e di alta professionalità dell'organo consultato.

Occorre, dunque, domandarsi se e quale spazio vi sia per un ripensamento in merito all'efficacia dei suddetti pareri ¹¹⁷.

Una prima ipotesi potrebbe essere quella di riconoscere la vincolatività delle decisioni prese dall'Autorità pur nel chiaro riconoscimento del diritto delle parti di proporre ricorso contro le stesse dinanzi al giudice amministrativo.

Una parte della dottrina ¹¹⁸ avanza poi un'ipotesi meno drastica tesa a confermarne la natura facoltativa, riconoscendone però *ex lege* un effetto soprassessorio della procedura, se il contrasto sorge in relazione ad alcuni passaggi salienti della gara stessa e, dunque, quanto meno in riferimento alla fase di apertura delle offerte, ossia in caso di richiesta di parere sulla legittimità della relativa ammissione: anche in questo caso l'effetto soprassessorio dovrebbe evidentemente cessare se il parere non viene reso entro i termini di legge (da contenere sempre entro un massimo di 15 giorni) o se esso conferma il corretto operato della stazione appaltante.

In quest'ultimo caso la funzione deflattiva del contenzioso sarebbe comunque soltanto indiretta, attesa la natura non vincolante del parere tanto per la stazione appaltante quanto per l'organo giudicante.

5. Il potere di indagine e di comminazione di sanzioni.

Con riferimento ai poteri dell'Autorità, consistenti essenzialmente in attività di indagine e comminazione di sanzioni, si osserva innanzitutto come i primi siano strumentali alla funzione di vigilanza.

L'art. 6, comma 9, del Codice prevede, infatti, che l'Autorità può “*disporre ispezioni,*

¹¹⁶ Si tratta del parere rilasciato in sede consultiva in data 6 febbraio 2006, n. 355.

¹¹⁷ Per un maggiore approfondimento sulle novità in materia di precontenzioso ed in merito ad una valutazione sull'effettiva rispondenza di tale istituto così come delineato nel sistema nazionale alle esigenze di deflazione del contenzioso e potenziamento del ruolo dell'Autorità di settore, *infra* Cap. II, par. 6.

¹¹⁸ S. GALLO, *Il precontenzioso e l'attività paragiurisdizionale dell'AVCP*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 93 ss.

anche su richiesta motivata di chiunque ne abbia interesse, avvalendosi anche della collaborazione di altri organi dello Stato” e, strumentale all’esercizio di questo potere, è la possibilità di “richiedere alle stazioni appaltanti, agli operatori economici esecutori dei contratti, alle SOA, nonché a ogni altra pubblica amministrazione e a ogni ente, anche regionale, operatore economico o persona fisica che ne sia in possesso, documenti, informazioni e chiarimenti relativamente ai lavori, servizi e forniture pubblici, in corso o da iniziare, al conferimento di incarichi di progettazione, agli affidamenti”.

Tale disposizione assegna all’Autorità un esteso potere conoscitivo e di informazione, sia con riferimento ai soggetti obbligati (stazioni appaltanti, operatori economici esecutori dei contratti, ogni altra Pubblica Amministrazione, Ente, anche regionale, operatore economico o persona fisica) sia con riferimento all’oggetto (documenti, informazioni e chiarimenti).

In particolare, nell’esercizio di tale potere l’Autorità può richiedere documenti, informazioni, chiarimenti agli operatori del settore, disporre ispezioni anche con eventuale ausilio della Guardia di Finanza e degli altri organi dello Stato, disporre perizie, analisi economiche e statistiche, consultare esperti in ordine a qualsiasi aspetto rilevante ai fini degli accertamenti da condurre, trasmettere atti e rilievi agli organi di controllo e giurisdizionali competenti, in caso di riscontrate irregolarità (art. 6, comma 9, citato) ¹¹⁹.

Il potere sanzionatorio, a sua volta complementare rispetto al potere di indagine, è invece finalizzato a garantire la veridicità e la completezza delle informazioni fornite all’Autorità.

L’art. 6, comma 7, del Codice, dispone infatti che tale organismo *“esercita i poteri sanzionatori a essa attribuiti”* mentre in base all’art. 8, comma 4, l’Autorità disciplina con proprio regolamento l’esercizio di tale potere, nel rispetto dei principi della tempestiva comunicazione dell’apertura dell’istruttoria, della contestazione degli addebiti, del termine a difesa, del contraddittorio, della motivazione, della proporzionalità e dell’adeguatezza della sanzione, della comunicazione tempestiva con forme idonee ad assicurare la data certa della piena conoscenza del provvedimento, del rispetto degli obblighi di riservatezza previsti dalle norme vigenti ¹²⁰.

¹¹⁹ In relazione all’esercizio in concreto del potere ispettivo, l’Autorità ha adottato, ai sensi dell’art. 8, comma 3, del Codice il *“Regolamento in materia di attività di vigilanza e accertamenti ispettivi di competenza dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui all’articolo 8, comma 3, del D.Lgs. 163/2006”*, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 189 del 16/08/2011).

¹²⁰ *“Regolamento unico in materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui all’art 8, comma 4, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163”*, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 82 del 8/04/2014.

Per quanto riguarda, in particolare, gli obblighi informativi, l'art. 6, comma 11, del Codice, sancisce il dovere per i soggetti pubblici e privati di fornire ogni informazione e documento richiesti dall'Autorità nello svolgimento delle attività di competenza, ponendo a carico dei soggetti inadempienti sanzioni pecuniarie, graduate in funzione dell'avere reso o meno false dichiarazioni ¹²¹.

La casistica degli obblighi di informativa si ricava, in particolare, dal comma 9, dello stesso art. 6, a norma del quale l'Autorità, nell'ambito della propria attività, può in particolare richiedere alle stazioni appaltanti, agli operatori economici esecutori dei contratti, alle SOA, nonché ad ogni altra pubblica amministrazione e ad ogni ente, anche regionale, operatore economico o persona fisica che ne sia in possesso, documenti, informazioni e chiarimenti relativamente ai lavori, servizi e forniture pubblici, in corso o da iniziare, al conferimento di incarichi di progettazione, agli affidamenti. Il successivo comma 12 stabilisce inoltre che qualora i soggetti ai quali è richiesto di fornire gli elementi di cui al comma 9 appartengano alle pubbliche amministrazioni, si applicano le sanzioni disciplinari previste dai rispettivi ordinamenti e che il procedimento disciplinare è instaurato dall'amministrazione competente su segnalazione dell'Autorità e il relativo esito va comunicato all'Autorità medesima.

Dalle disposizioni sopra richiamate deriva, quindi, che il potere in esame si estrinseca, in primo luogo, nei confronti dei soggetti che non adempiono alla richiesta di informazioni e documenti formulata dall'Autorità nonché nei confronti degli operatori che non ottemperano alle istanze della stazione appaltante di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento o forniscono dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione, alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione (SOA). Si tratta, quindi, di un potere relativo ai casi di inosservanza del dovere d'informazione che grava su tutti gli operatori del settore vigilato ed ai casi di dichiarazioni o documenti non veritieri resi da questi ultimi e che, a norma dell'art. 7, comma 8, del Codice, è esteso altresì ai casi di mancato invio

¹²¹ Viene espressamente stabilito che *“i soggetti ai quali è richiesto di fornire gli elementi di cui al comma 9 sono sottoposti alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 25.822 se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti, ovvero alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 51.545 se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri. Le stesse sanzioni si applicano agli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, nonché agli operatori economici che forniscono dati o documenti non veritieri, circa il possesso dei requisiti di qualificazione, alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione”*

all'Osservatorio dei dati indicati in tale disposizione.

È, dunque, sanzionata la condotta delle stazioni appaltanti, enti aggiudicatori, operatori economici o SOA che, con la loro azione, rendano impossibile o ritardino l'esercizio della funzione di vigilanza da parte dell'Autorità. La fattispecie omissiva, infatti, si manifesta sia con la mancata trasmissione dei documenti richiesti, sia con il mero ritardo, salvo che lo stesso non venga adeguatamente giustificato dal soggetto tenuto all'informativa ¹²².

Come evidenziato, ai sensi di quanto disposto dall'art. 7, comma 8, del Codice gli obblighi di informativa riguardano anche la trasmissione dei dati all'Osservatorio ¹²³. Tale articolo è funzionale all'esercizio, da parte dell'Autorità, del monitoraggio dei dati (raccolta ed elaborazione dati) ai fini del controllo sull'andamento generale del mercato.

Anche in tal caso, in assenza di cause oggettive di giustificazione, è prevista l'irrogazione di una sanzione pecuniaria (graduata a seconda se vi sia stata dichiarazione mendace o meno) ove i destinatari della disposizione in esame (stazioni appaltanti e enti aggiudicatori) abbiano omesso l'invio dei dati informativi ivi previsti; è sanzionabile sia l'omissione sia il ritardo nella trasmissione degli stessi.

In relazione al potere sanzionatorio assumono, inoltre, centrale importanza l'art. 38, comma 1, lett. h) e l'art. 48 del Codice, i quali riconoscono in capo all'Autorità specifiche modalità di intervento al fine di sanzionare ora le false dichiarazioni in merito al possesso dei requisiti di ordine generale ora l'omessa comprova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa da parte delle imprese partecipanti alla gara

¹²⁴.

¹²² Cons. St., sez. VI, 8 maggio 2002, n. 2498.

¹²³ La disposizione citata stabilisce infatti che *“Le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori sono tenuti a comunicare all'Osservatorio, per contratti di importo superiore a 50.000 euro: a) entro trenta giorni dalla data dell'aggiudicazione definitiva o di definizione della procedura negoziata, i dati concernenti il contenuto dei bandi, con specificazione dell'eventuale suddivisione in lotti ai sensi dell'articolo 2, comma 1-bis, dei verbali di gara, i soggetti invitati, l'importo di aggiudicazione, il nominativo dell'affidatario e del progettista; b) limitatamente ai settori ordinari, entro sessanta giorni dalla data del loro compimento ed effettuazione, l'inizio, gli stati di avanzamento e l'ultimazione dei lavori, servizi, forniture, l'effettuazione del collaudo, l'importo finale. Per gli appalti di importo inferiore a 500.000 euro non è necessaria la comunicazione dell'emissione degli stati di avanzamento. Le norme del presente comma non si applicano ai contratti di cui agli articoli 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, per i quali le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori trasmettono all'Autorità, entro il 31 gennaio di ciascun anno, una relazione contenente il numero e i dati essenziali relativi a detti contratti affidati nell'anno precedente. Il soggetto che ometta, senza giustificato motivo, di fornire i dati richiesti è sottoposto, con provvedimento dell'Autorità, alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma fino a euro 25.822. La sanzione è elevata fino a euro 51.545 se sono forniti dati non veritieri”*.

¹²⁴ Sul punto si veda Capitolo II, par. 4, 4.1. e 4.2..

6. I nuovi poteri del Presidente dell'A.N.AC.: il commissariamento e le misure di sostegno e gestione delle imprese.

Proprio con riferimento all'ampliamento dei poteri riconosciuti all'Autorità in questione, tra le novità più significative vi è sicuramente l'introduzione da parte del legislatore, ad opera dell'art. 32, d.l. n. 90/2014, dello strumento del commissariamento delle imprese, disposto di comune intesa dal Presidente dell'Autorità e dal Prefetto del luogo in cui ha sede la stazione appaltante nei casi in cui l'autorità giudiziaria apra un procedimento di indagine avente ad oggetto taluni delitti contro la pubblica amministrazione¹²⁵ ovvero qualora si abbia contezza di *“rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto, per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture”*¹²⁶. Sulla base del dettato dell'art. 32 citato, pertanto, è consentito all'Autorità procedere al commissariamento dell'impresa qualora ricorra una delle due situazioni descritte dalla disposizione in commento.

Ebbene, con riferimento alla prima ipotesi, occorre rilevare come la norma non faccia alcun riferimento all'apertura nei confronti dei soggetti coinvolti dalla vicenda illecita del processo penale in senso stretto, ritenendo del tutto sufficiente l'avvio della fase del procedimento che precede l'inizio del processo (del quale ultimo, come noto, il primo atto è rappresentato dal decreto di rinvio a giudizio).

A tal proposito, tuttavia, si evidenzia come in assenza di un rinvio a giudizio sia difficilmente conoscibile da parte dell'Autorità l'avvio di indagini penali nei confronti di soggetti appartenenti ad una certa impresa o amministrazione. Sul punto è intervenuto il Presidente dell'Autorità Anticorruzione affermando la necessità di *“introdurre una disposizione che sancisca il diritto del Presidente di ricevere notizie ed informazioni e di chiedere atti e documenti sui procedimenti penali non coperti dal segreto”*¹²⁷.

¹²⁵ Le ipotesi di reato che possono determinare l'intervento del presidente dell'Autorità ai fini del commissariamento possono essere: concussione, corruzione per l'esercizio della funzione, corruzione semplice e aggravata per atto contrario ai doveri d'ufficio, corruzione in atti giudiziari, corruzione di persona incaricata di pubblico servizio, istigazione alla corruzione, peculato, induzione indebita, corruzione ed istigazione alla corruzione di membri della Corte penale internazionale o degli organi o dei funzionari delle Comunità europee, traffico di influenze illecite, turbata libertà degli incanti, turbata libertà del procedimento di scelta del contraente.

¹²⁶ Art. 32, comma 1, d.l. n. 90/2014.

¹²⁷ In tal modo si è espresso il Presidente Cantone nelle *“Osservazioni sul decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, “Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari”*”, giugno 2014, www.anticorruzione.it.

Quanto ai soggetti nei confronti dei quali può essere disposto il commissariamento, questi sono espressamente individuati dall'art. 32, comma 1, d.l. n. 90/2014, così come modificato ad opera della legge di conversione n. 114/2014. Prima dell'entrata in vigore della legge di conversione la gestione straordinaria e temporanea dell'impresa poteva essere disposta unicamente nei confronti dell'impresa aggiudicataria di appalti per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture; a tali soggetti si aggiungono poi altresì i concessionari di lavori pubblici e il contraente generale.

La legge di conversione è, inoltre, intervenuta risolvendo quel problema di coordinamento che era sorto tra la rubrica del Capo II, recante in precedenza *“Misure relative all'esecuzione di opere pubbliche”* e quanto previsto dalla disposizione, nella quale si fa riferimento agli appalti per la realizzazione *“di opere pubbliche, servizi e forniture”*, modificando la rubrica del Capo II in modo da chiarire che l'ambito oggettivo di applicazione della disposizione non è limitato ai soli lavori, ma riguarda altresì servizi e forniture.

Per quanto riguarda, invece, il procedimento per l'adozione della misura del commissariamento, l'art. 32 individua due fasi attraverso cui si articola lo stesso: una prima fase di iniziativa spetta al Presidente, mentre il potere decisorio è affidato al Prefetto del luogo in cui ha sede la stazione appaltante, al quale compete altresì un autonomo potere di commissariamento nei casi in cui sia stata emessa un'informativa antimafia interdittiva e sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto.

A seguito della proposta di commissariamento formulata dal Presidente dell'Autorità, dunque, il Prefetto verifica la sussistenza dei presupposti necessari affinché possa disporsi il commissariamento, valutando la gravità dei fatti oggetto dell'indagine. Tale funzione attribuita al Prefetto può essere descritta come un sindacato di secondo grado sulla legittimità dell'iniziativa assunta dal Presidente, con conseguente possibilità per il primo di rifiutarsi di procedere al commissariamento.

Nell'ipotesi, invece, in cui il Prefetto decida di procedere, confermando la valutazione effettuata dal Presidente dell'Autorità, questi potrà alternativamente ordinare all'impresa misure di rinnovazione degli organi sociali, finalizzate a dissociarsi dai soggetti coinvolti nelle situazioni di illegalità, ovvero provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice, nei limiti del completamento dell'esecuzione del contratto di appalto o di concessione.

Nel caso in cui, poi, il Prefetto abbia optato per la prima soluzione, ordinando la rinnovazione degli organi sociali, ma l'impresa non vi abbia provveduto nei termini stabiliti, oppure nel caso in cui non sia possibile rimuovere mediante ricorso alla dissociazione la situazione di illegalità mediante semplice rinnovazione degli organi sociali, il Presidente dell'Autorità potrà sempre proporre al Prefetto, alla luce dell'inadempimento dell'amministrazione destinataria della misura, di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa.

Ebbene, con riferimento al descritto sistema di commissariamento introdotto dall'art. 32 d.l. n. 90/2014, si evidenzia come la giurisprudenza di merito abbia mostrato un atteggiamento estremamente critico, sottolineando alcune perplessità in merito alla reale utilità ed innovatività dello strumento *de qua*.

In tal senso, si è espresso il T.A.R. Lombardia Milano, nella sentenza 9 luglio 2014, n. 1802, proprio con riferimento alla vicenda processuale che ha riguardato l'affidamento dell'appalto Expo 2015. In particolare il giudice di merito ha ritenuto di evidenziare come il procedimento di commissariamento, così come disciplinato dal d.l. n. 90/2014, nulla garantisce in ordine alla più rapida soluzione della vicenda, anche in vista dell'esigenza di giungere in tempi rapidi al completamento delle opere, dal momento che l'eventuale provvedimento emanato dal Prefetto ben potrebbe essere oggetto dello stesso ricorso giurisdizionale ¹²⁸.

Ebbene, quanto affermato dal giudice di prime cure non sembra potersi condividere. Ed infatti, se è vero da un lato che il provvedimento prefettizio potrebbe essere oggetto di impugnazione (né potrebbe introdursi un'eccezione al diritto alla difesa delle parti in giudizio, riconosciuto dalla nostra Costituzione), dall'altra la creazione di un nuovo strumento di intervento, caratterizzato da una forte incisività, attribuito per la prima volta ad un'Autorità preposta al controllo sul settore degli appalti, rappresenta quantomeno una risposta a quell'esigenza di effettività, riguardo i poteri di intervento riconosciuti in capo a tali organi amministrativi, così da non vanificarne le prerogative e l'attività.

Alcune perplessità sono sorte anche con riferimento alla nozione di "*fatti gravi ed accertati*", che costituisce il presupposto per la disposizione del commissariamento di cui all'art. 32 d.l. n. 90/2014. Il riferimento a tali fatti risulta, a ben vedere, piuttosto vago ed

¹²⁸ A tal proposito, il T.A.R. precisa, in particolare, come "*nulla aggiungerebbe in termini di speditezza ed efficienza all'ipotesi di aggiudicazione del contratto con il RTI ricorrente in quanto non potrebbe comunque garantire la definizione degli insorti conflitti, dal momento che l'eventuale provvedimento emesso dal Prefetto in accoglimento della proposta del Presidente dell'A.N.AC. potrebbe essere oggetto di impugnazione ed incidere ancor di più sui tempi di consegna delle opere*".

indeterminato, creando notevoli dubbi interpretativi in ordine all'individuazione di quelle circostanze che possano legittimamente consentire il ricorso allo strumento del commissariamento. Ciò vale a maggior ragione se si tiene conto del fatto che incaricato del potere di iniziativa nel procedimento del commissariamento è il Presidente dell'Autorità, ossia un soggetto che non ha le competenze dell'autorità giudiziaria né i corrispondenti poteri istruttori. Il timore è, pertanto, che possa essere disposto un commissariamento anche in assenza di situazioni connotate da un'effettiva consistenza penale.

A tal proposito, si sottolinea come lo stesso Presidente dell'Autorità Anticorruzione sia intervenuto, tentando di fornire una chiave di lettura alla normativa in questione ¹²⁹, precisando come *“fatti gravi ed accertati”* debbano essere intesi quei fatti corroborati da riscontri oggettivi che abbiano raggiunto un livello di concretezza tale da rendere altamente probabile un giudizio di condanna nei confronti del responsabile del fatto corruttivo.

Al momento attuale non risulta semplice prevedere se la norma in questione possa produrre difficoltà applicative rilevanti, in quanto ancora disposta solo con riferimento a pochi casi di cui il più famoso è quello relativo alle procedure di affidamento di EXPO 2015, ipotesi nella quale vi era un'assoluta certezza sull'illegittimità dell'appalto nonché sullo svolgimento da parte della società aggiudicataria di un'attività illecita perseguibile penalmente ¹³⁰.

A fronte della diffidenza manifestata, come già detto, dalla giurisprudenza rispetto all'utilizzo da parte dell'Autorità di un potere di commissariamento diretto, riconducibile alle ipotesi di esercizio di un potere di tipo emergenziale che, in quanto tal, dovrebbe essere del tutto eccezionale, si sottolinea, ad ogni modo, come l'Autorità, negli ancora pochi casi in cui ha deciso di ricorrere all'esercizio del suddetto potere ¹³¹, l'abbia fatto nel rispetto delle garanzie procedurali dell'azione amministrativa, comunicando alle parti coinvolte nel procedimento l'avvio dello stesso nonostante il carattere per l'appunto

¹²⁹ L'intervento è stato recepito nelle *“Linee guida per l'avvio di un circuito di collaborativo tra ANAC-Prefetture-UTG ed enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa”*, pubblicate congiuntamente al Protocollo di intesa tra l'A.N.AC. e il Ministero dell'interno sottoscritto il 15 luglio 2014.

¹³⁰ Con riferimento alla vicenda in questione si veda Nota prot. A.N.AC. n. 0013739 del 10 luglio 2014, avente ad oggetto *“richiesta di straordinaria e temporanea gestione della società Maltauro s.p.a. con riferimento all'appalto relativo alle architetture di servizio afferenti al sito per l'esposizione universale del 2015”*.

¹³¹ Tra gli altri, si cita il caso relativo al Consorzio C.A.R.A. di Mineo, che ha avuto una grande ripercussione altresì mediatica.

emergenziale dello strumento in questione ¹³². Il comportamento dell'Autorità ha dimostrato la volontà della stessa di rispettare il più possibile i principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, il che le ha consentito di recuperare in parte quella legittimazione dal basso che le Autorità amministrative tentano a più riprese di costruirsi ¹³³.

7. L'AGCM sulla vessatorietà delle clausole contrattuali: note critiche.

Degno di nota risulta, inoltre, il potere da ultimo attribuito all'AGCM, dall'art. 5 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (c.d. "Decreto Cresci Italia"). Tale norma ha introdotto nel Codice del Consumo, l'art. 37 *bis* che prevede una innovativa forma di tutela di tipo amministrativo in materia di clausole vessatorie. In particolare il legislatore, mosso dall'intento di reprimere comportamenti che possano incidere sulla libertà e/o sulla consapevolezza del consumatore, introduce la possibilità per l'Antitrust di dichiarare la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesioni a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari.

Il provvedimento che riconosce la vessatorietà della clausola viene pubblicato sul sito istituzionale dell'Autorità e su quello dell'operatore che ha adottato la clausola al fine di fornire adeguata informazione in proposito ai consumatori. Viene, altresì, prevista in capo all'Antitrust la possibilità di irrogare una sanzione in caso di inottemperanza del soggetto destinatario del provvedimento.

Il riconoscimento di un siffatto potere in capo all'AGCM, seppur propriamente inerente a rapporti contrattuali di diritto privato, risulta di particolare interesse in questa sede per una pluralità di ragioni. In primo luogo, occorre evidenziare che la normativa in esame introduce una forma di tutela parallela, e non alternativa, a quella giurisdizionale nei confronti degli operatori economici che adottino pratiche commerciali scorrette o ricorrano a clausole abusive. Tale circostanza, ampliando l'ambito di intervento sanzionatorio amministrativo ad una materia tradizionalmente riservata alla cognizione del giudice

¹³² Per una più approfondita disamina dell'istituto in questione e della ratio e dei problemi applicativi legati allo stesso si veda *infra*, Cap. II, par. 5.

¹³³ M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità amministrative indipendenti*, intervento al Convegno "Le Autorità amministrative indipendenti", tenuto in memoria di Vincenzo Caianello in Roma presso il Consiglio di Stato in data 9 maggio 2003, in www.giustizia-amministrativa.it.

ordinario, pone una serie di questioni circa il coordinamento tra l'accertamento operato in sede amministrativa e quello eventualmente richiesto all'organo giurisdizionale.

Mediante la declaratoria di vessatorietà pronunciata dall'Autorità, infatti, il singolo consumatore viene tutelato solamente in via mediata (quale parte di una classe di individui) ma non ottiene quella forma di tutela cui aspira in qualità di singolo contraente leso dalla pratica abusiva, consistente nella dichiarazione della nullità della relativa clausola. Ne deriva, quindi, che il provvedimento amministrativo non si sostituisce al *dictum* giurisdizionale, che tuttavia potrebbe ben discostarsi dall'accertamento della vessatorietà precedentemente operato in sede amministrativa ed arrivare a valutare pienamente lecita quella stessa operazione negoziale, non avendo alcuna efficacia vincolante in sede processuale il provvedimento emanato dall'Autorità sulla medesima vicenda.

Ulteriore profilo di interesse della disciplina in esame è rappresentato dalla possibilità di attivare il procedimento sanzionatorio tanto d'ufficio quanto su "denuncia". Quest'ultima previsione, in particolare, consente, oltre che al singolo consumatore (controparte contrattuale direttamente vincolata alla clausola asseritamente abusiva), anche agli altri operatori estranei al singolo rapporto contrattuale di denunciare la pratica commerciale scorretta al fine di una tutela generalizzata della concorrenza.

La disciplina sin qui esaminata presenta notevole interesse nell'analisi delle modalità di intervento delle Autorità indipendenti e della loro capacità di incidere sui preesistenti rapporti contrattuali orientandone l'applicazione in senso conforme alle esigenze pubblicistiche individuate dal legislatore. Inoltre, tale disciplina, seppur riferita nello specifico ai rapporti contrattuali tra il consumatore e l'operatore professionale (nei sensi di cui all'art. 3 del Codice del consumo), suggerisce spunti di riflessione in ordine alla possibilità di una sua applicazione anche a quelle fattispecie contrattuali poste in essere dalla pubblica amministrazione nella sua autonomia negoziale. Con riferimento, ad esempio, ai contratti pubblici di appalto, non sono mancate pronunce giurisdizionali che hanno considerato i capitolati speciali (ovverosia quelli predisposti per l'esecuzione del singolo contratto di appalto) alla stregua delle condizioni generali di contratto proprie delle relazioni contrattuali private, così sottoponendo le relative clausole alla disciplina codicistica in materia di clausole vessatorie ¹³⁴. Aderendo ad una siffatta interpretazione si potrebbe giungere al riconoscimento in capo all'AGCM di un eguale potere di dichiarare la vessatorietà altresì delle clausole dei capitolati in questione, con notevoli conseguenze sia

¹³⁴ *Ex multis*, Cons. St., sez. V, 29 novembre 2005, n. 6774.

in ordine all'interferenza dell'attività di tale Autorità con il diverso organismo preposto alla vigilanza sul settore dei contratti pubblici, sia con riferimento alla valenza di tale decisione nel corso dell'eventuale processo instaurato davanti agli organi di giustizia amministrativa.

Capitolo II

Gli effetti dell'esercizio della vigilanza sull'attività delle amministrazioni pubbliche e sul contratto.

Sommario: 1. Il recepimento delle direttive come occasione di riforma della disciplina sui contratti pubblici: il ruolo propulsore svolto dall'Autorità. 2. L'attività regolatoria dell'Autorità anticorruzione nel processo di recepimento delle nuove direttive in materia di appalti e concessioni. 2.1. *Segue.* Analisi di impatto delle nuove direttive appalti e concessioni sulla normativa vigente dell'evidenza pubblica. 2.2. *Segue.* La disciplina dell'*in house providing* alla luce delle nuove direttive appalti. 2.3. *Segue.* Obblighi dichiarativi e documentali e soccorso istruttorio: ruolo dell'Autorità nell'elaborazione delle linee guida rivolte alle stazioni appaltanti. 3. Proposta di razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale. 4. Conseguenze dell'esercizio del potere sanzionatorio. Esclusione dalla gara in caso di falsa dichiarazione sul possesso dei requisiti di ordine generale. 4.1. *Segue.* Sanzioni pecuniarie in caso di false dichiarazioni in ordine ai requisiti di carattere generale. 4.2. *Segue.* Conseguenze sanzionatorie in caso di mancata dimostrazione dei requisiti speciali in sede di verifica dell'offerta. 5. I poteri del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione: le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese. *Ratio* e ripercussioni applicative. 5.1. *Segue.* L'attività interpretativa e consultiva dell'Autorità riguardo i nuovi poteri del d.l. n. 90/2014. 6. L'attività di vigilanza sulle varianti. 7. L'attività relativa al sistema di qualificazione delle imprese.

1. Il recepimento delle direttive come occasione di riforma della disciplina sui contratti pubblici: il ruolo propulsore svolto dall'Autorità.

La centralità della materia dell'evidenza pubblica e del ruolo che in essa è chiamata a svolgere l'Autorità indipendente di settore è stata, ancora una volta, evidenziata dalle nuove direttive in materia di appalti e concessioni approvate nel febbraio 2014 e ancora in corso di recepimento.

Ed infatti, sia in sede di proposta della direttiva 2014/24/UE sui settori ordinari, che della direttiva 2014/25/UE sui settori speciali¹³⁵, era stata paventata la possibilità di inserire nel testo definitivo delle stesse l'istituzione obbligatoria in ciascuno Stato membro di un organo *ad hoc* cui riconoscere poteri dotati di una certa incisività, finalizzati al monitoraggio, vigilanza e coordinamento delle attività di attuazione delle direttive, nonché

¹³⁵ Rispettivamente agli artt. 84, par. 3, e 93, par. 3, nella loro formulazione originaria.

di legittimazione attiva.

Nel testo definitivo delle citate direttive si è, tuttavia, preferito espungere tale obbligo a carico dei destinatari delle stesse, ciò alla luce, in particolare, della circostanza che ben pochi risultano essere gli Stati che si sono già autonomamente dotati di un'Autorità indipendente preposta alla vigilanza sui contratti pubblici, da cui l'eccessiva onerosità dell'adempimento in questione.

E del resto, l'atteggiamento dell'Unione europea riguardo al recepimento delle direttive è da sempre ispirato al principio della libertà delle modalità di adeguamento dell'ordinamento nazionale a quello comunitario.

Alla luce di ciò, il vigente art. 83 della direttiva settori ordinari, riprodotto perfettamente dall'art. 99 della direttiva settori speciali, si limita a stabilire che, al fine di garantire una corretta ed efficiente applicazione delle disposizioni contenute negli atti normativi europei, gli Stati membri debbano assicurare che i compiti relativi all'attuazione delle stesse siano svolti da uno o più organismi, Autorità o strutture ¹³⁶.

Se da un lato, dunque, le nuove direttive europee non forniscono indicazioni rilevanti in merito all'organizzazione e alla struttura del sistema di vigilanza di tipo amministrativo sul settore degli appalti, queste contengono, dall'altro, importanti suggerimenti con riferimento alla disciplina di singoli istituti e fattispecie che, ove adeguatamente colti dal legislatore nazionale in sede di recepimento, potrebbero condurre ad una compiuta riforma della materia.

In tale contesto un ruolo fondamentale è svolto proprio dall'Autorità Nazionale Anticorruzione la quale ha, sin dai primi mesi successivi all'approvazione delle direttive in questione, provveduto ad elaborare degli studi finalizzati ad agevolare il legislatore nella sua azione di recepimento, nei quali venivano evidenziati, mediante un'analisi sui testi normativi delle direttive svolta articolo per articolo, le principali novità segnalate dalle istituzioni europee e le differenze con la normativa nazionale, ed ha formulato una proposta di revisione di quest'ultima al fine di avvicinare la disciplina interna a quella sovranazionale.

A tal proposito, occorre innanzitutto evidenziare come diverse possibilità si presentano al legislatore nazionale già con riferimento alla modalità di recepimento delle direttive in

¹³⁶ Appare opportuno evidenziare come tale previsione risulti, in realtà, meno incisiva e rispondente all'interesse pubblico al rispetto dell'evidenza pubblica confrontata con quanto stabilito dall'art. 81 della precedente direttiva 2004/18/UE, a tenore del quale era richiesto agli Stati membri di dare applicazione alla normativa comunitaria tramite meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti, anche mediante costituzione, a tale scopo, di un'agenzia indipendente.

questione.

Come è noto, al tempo del recepimento del precedente pacchetto di direttive appalti del 2004, si è optato per l'adozione di un codice unico recante la disciplina complessiva del settore. Ciò molto probabilmente è dipeso dal fatto che le precedenti direttive erano molto puntuali nel descrivere i singoli istituti, recando una disciplina estremamente dettagliata delle diverse fasi del procedimento.

In seguito, tuttavia, come si è già avuto modo di evidenziare, si sono succeduti diversi e numerosi interventi correttivi del legislatore statale volti a modificare singole disposizioni del Codice dei contratti, sempre in modo frammentato e ben poco sistematico. Di qui incertezze e difficoltà applicative per le stazioni appaltanti, nonché, a causa del progressivo aumento esponenziale in modo disordinato della disciplina di settore, un incremento della confusione per le imprese nell'applicazione della disciplina dell'evidenza e nell'adempimento degli oneri da questa imposti.

Ebbene, appare chiaramente come un siffatto contesto normativo caratterizzato da incertezza e instabilità sia terreno fertile per il proliferare di fenomeni di tipo corruttivo.

Da ciò deriva l'importanza della scelta delle modalità di recepimento delle direttive europee; in tale contesto un ruolo di primo ordine potrebbe essere attribuito dal legislatore proprio all'Autorità Nazionale Anticorruzione, in virtù del *expertise* vantato dalla stessa in materia.

Un primo elemento da valutare è la scelta compiuta dal Parlamento nazionale in sede di approvazione della legge delega al Governo per l'attuazione delle direttive¹³⁷.

Ed infatti, all'art. 1, comma 1, lett. b), del disegno di legge citato si fa espressamente riferimento alla compilazione di un unico testo normativo denominato “*Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*”, nel quale dovrebbero confluire le disposizioni legislative in materia di procedure di affidamento, di gestione e di esecuzione degli appalti e delle concessioni pubbliche disciplinate dalle tre direttive europee del 2014.

Un primo dato di interesse da rilevare consiste nel fatto che per la prima volta, alla luce di quanto precisato nella legge delega citata, si avrà un testo normativo omnicomprensivo

¹³⁷ Si tratta della già citata legge 28 gennaio 2016, n. 11 (A.S. n. 1678 del 2015), contenente “*Delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici che abroga la direttiva 2004/18/CE e della direttiva 2014/25/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali che abroga la direttiva 2004/17/CE*”.

della disciplina di settore sia afferente agli appalti sia riguardante la diversa fattispecie delle concessioni, fino ad ora oggetto di sporadiche disposizioni del Codice dei contratti del 2006.

Quanto, invece, alle modalità concrete per addivenire all'aggiornamento di tale complessa materia, mediante adeguamento della stessa alle indicazioni fornite a livello comunitario, occorre evidenziare come sia rimessa al legislatore una triplice possibilità.

In primo luogo, si potrebbe optare per l'approvazione di puntuali emendamenti al d.lgs. n. 163/2006, recante il Codice dei contratti pubblici, al fine di adattarne il contenuto alle previsioni delle nuove direttive europee.

Una seconda modalità potrebbe consistere nella rielaborazione complessiva dell'intera disciplina mediante adozione di un nuovo Codice che sistematizzi una volta per tutte la materia dell'evidenza pubblica.

Il legislatore potrebbe, infine, optare per l'emanazione di una legge contenente le disposizioni essenziali, che si limiti a recepire le disposizioni fondamentali delle direttive, affidando a successivi atti di regolazione la definizione della disciplina di dettaglio.

Qualora si dovesse propendere per questa terza soluzione potrebbero derivarne significativi benefici in relazione alla possibilità di arginare il fenomeno del continuo *restyling* che ha caratterizzato, come detto, il Codice vigente. Ed infatti, da un siffatto intervento deriverebbe, da un lato, una maggiore certezza della disciplina di principio, la quale rimarrebbe invariata o tendenzialmente tale, dall'altro, una maggiore plasmabilità della disciplina di dettaglio, che risulterebbe più facilmente adattabile alle mutevoli esigenze del mercato attraverso la predisposizione di atti di *soft law* da parte di organismi dotati di un'elevata professionalità e tecnicismo¹³⁸.

In tal modo, sarebbe altresì più semplice rispettare il divieto di introduzione di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee¹³⁹, alla luce di quanto in proposito stabilito dalle stesse nonché dalla legge delega all'art. 1, comma 1, lett. a).

Ed ancora, una tale scelta comporterebbe altresì un maggiore coinvolgimento, sull'onda di quanto di recente già avvenuto, dell'Autorità di settore non solo e non tanto nella fase di vigilanza *ex post*, mediante comminazione di sanzioni, quanto piuttosto attraverso

¹³⁸ Per un approfondimento in materia di utilizzo della *soft law* e degli altri strumenti di regolazione flessibile si veda, A. MOSCARINI, *Le fonti dei privati*, in *Giur. cost.*, fasc. 2, 2010, 1895 ss.

¹³⁹ E altresì come definiti dall'art. 14, commi 24-ter e 24-quater, l. 28 novembre 2005, n. 246.

l'elaborazione di atti di *moral suasion* ¹⁴⁰, volti a guidare l'attività delle stazioni appaltanti e degli operatori di settore sin dall'avvio della procedura di gara, attraverso la predisposizione ad esempio, in linea con l'attività già in precedenza svolta, dei c.d. bandi tipo ed atti generali di regolazione e di analisi e verifica di impatto della stessa, nonché mediante l'adozione di determinazioni e pareri di precontenzioso.

Una volta esaminate le diverse modalità di recepimento rimesse alla scelta del legislatore, appare opportuno esaminare alcune delle principali patologie che hanno afflitto nel tempo il settore degli appalti, rispetto alle quali questa rinnovata esigenza di riforma del settore manifestata dal legislatore europeo e accolta da quello nazionale potrebbe rappresentare un'occasione di rimedio.

A tal proposito, si ritiene di evidenziare come il sondaggio Flash Eurobarometro 2013 sulla corruzione e le imprese abbia portato all'attenzione alcuni dati interessanti riguardo le debolezze proprie del settore degli appalti pubblici nel territorio dell'Unione.

Ebbene, sulla base dei dati raccolti in tale studio statistico è merso come il quaranta per cento delle imprese affermi che nelle procedure di evidenza pubblica sarebbe diffusa una serie di pratiche illegali, tra cui in particolare: a) capitolati d'oneri su misura per imprese specifiche; b) conflitti di interesse nella valutazione delle offerte; c) offerte collusive; d) criteri di selezione poco chiari; e) coinvolgimento di offerenti nella predisposizione dei bandi; f) abuso di procedure negoziate; g) abuso di motivi di emergenza utilizzati al fine di giustificare il ricorso alla procedura non concorrenziale; h) modifiche ai termini contrattuali dopo la stipula ¹⁴¹.

Al fine di arginare il diffondersi di tali fenomeni distorsivi del mercato, appare necessario in primo luogo intervenire mediante posizione di regole di principio chiare e certe, unitamente alla creazione di un sistema di controlli e sanzioni effettivo ed efficiente.

Un esempio di disciplina normativa di scarsa qualità è fornita dallo stesso Codice dei contratti e dalle successive deroghe introdotte dal legislatore attraverso l'emanazione di norme settoriali, mediante la quali si sottraevano specifici appalti all'applicazione del Codice, il quale stabilisce che in via ordinaria l'affidamento degli appalti pubblici deve

¹⁴⁰ Appare sin da ora di massima importanza segnalare come ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. t) della legge delega in questione l'Autorità sarà investita altresì del potere di adottare "atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante".

¹⁴¹ I dati riportati sono reperibili nella "*Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione*", presentata il 3 febbraio 2014 dalla Commissione europea al Consiglio e al Parlamento europeo e disponibile in www.ec.europa.eu, 26 ss.

avvenire mediante indizione di una procedura di evidenza pubblica ¹⁴².

Un'ulteriore aspetto della disciplina degli appalti sul quale si auspica un intervento di riforma del legislatore riguarda il sistema sanzionatorio e, nello specifico, i poteri in concreto attribuiti all'Autorità di settore.

Ed infatti, all'Autorità è consentito, sulla base di quanto espressamente previsto dall'art. 6, comma 11, del Codice irrogare sanzioni di tipo pecuniario nel caso di omessa documentazione o ostensione di documenti falsi, qualora la richiesta di esibizione provenga dall'Autorità stessa; sempre nell'intento di potenziare il ruolo svolto dall'organo amministrativo preposto alla vigilanza di settore, viene altresì prevista la possibilità di comminare la sanzione interdittiva di iscrizione nel casellario informatico, ai fini dell'esclusione dalla gara fino ad un massimo di un anno, ove la documentazione non venga trasmessa alla stazione appaltante, in violazione di un precipuo obbligo in tal senso, e questa provveda a segnalare l'omissione all'Autorità.

A tale riguardo, parrebbe opportuno, da un lato, aumentare il novero delle ipotesi al cui verificarsi sia consentita l'attivazione del potere sanzionatorio, attualmente ammessa solo in caso di condotte omissive riguardanti la consegna di documentazione di gara. Dall'altro occorre altresì evidenziare come l'irrogazione di sanzioni esclusivamente di tipo pecuniario produca una disparità di trattamento tra piccole e medie imprese, da un lato, e grandi imprese, dall'altro, dal momento che tali misure incidono in modo sensibilmente maggiore sulle prime rispetto alle seconde.

Ed ancora, appare necessario evidenziare come le lungaggini delle procedure di gara, dovute ad una disciplina complessa della fase di aggiudicazione, caratterizzata dagli eccessivi formalismi delle varie fasi, sono idonee a produrre un effetto tutt'altro che positivo sulla procedura medesima (formalismo non è sempre sinonimo di maggiore controllo), da cui il proliferare di episodi di ricorsi dinanzi all'autorità giudiziaria, nonché di fenomeni corruttivi volti ad esempio a sollecitare l'intervento in autotutela da parte dell'amministrazione nelle more della conclusione della procedura stessa.

Come avviene per la fase che precede la stipula del contratto, allo stesso modo alcune inefficienze sono rinvenibili altresì nella fase esecutiva del contratto, la quale risulta esposta in egual maniera se non in misura superiore al rischio corruzione.

In realtà la fase che segue la stipulazione del contratto ha ricevuto sempre minore

¹⁴² È il caso, ad esempio degli appalti di lavori del G8 del 2009, tenutosi nell'Isola Maddalena in Sardegna, ovvero del MOSE di Venezia e di EXPO 2015.

attenzione rispetto alla fase propria di evidenza pubblica, dal momento che, mentre in quest'ultima si frappongono interessi divergenti di diversi operatori del settore, nella fase esecutiva vi sono esclusivamente le due parti contraenti, pubblica amministrazione e aggiudicatario, nello svolgimento del rapporto contrattuale oggetto ed esito della procedura di gara.

A ben vedere, tuttavia, anche la fase esecutiva presenta caratteri di notevole interesse sia per la peculiarità degli istituti propri della stessa, sia dei poteri riconosciuti all'Autorità anche con riferimento allo svolgimento dell'attività oggetto del contratto.

Alla luce della delicatezza della fase in questione, il legislatore nazionale ha espressamente disposto, mediante l'emanazione della l. n. 190/2012, un'estensione degli obblighi di trasparenza altresì all'esecuzione del contratto, vincolando in primo luogo le amministrazioni a pubblicare su apposite sezioni del proprio sito l'ammontare delle somme liquidate all'impresa aggiudicataria¹⁴³.

D'altronde, la più volte citata legge delega per l'attuazione delle direttive ha individuato la trasparenza e la pubblicità quali principi generali della materia degli appalti sia con riferimento alla fase di gara che a quelle prodromiche e successive alla stessa, evidenziando come questi concorrano ad ostacolare l'insorgere di fenomeni corruttivi¹⁴⁴.

La fase che segue la stipula del contratto presenta profili di estrema criticità in particolare con riferimento a due strumenti tipici dell'esecuzione degli appalti, ossia le varianti e le riserve.

Nel rinviare ai prossimi paragrafi per un'attenta analisi delle problematiche in questione, si intende esclusivamente precisare come il legislatore del d.l. n. 90/2014 abbia espressamente previsto l'obbligo di comunicazione entro trenta giorni all'Autorità Nazionale Anticorruzione, per gli appalti di importo pari o superiori alla soglia comunitaria, delle varianti in corso d'opera dovute a cause impreviste o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali e componenti non esistenti al momento della progettazione, nonché le varianti per la presenza di eventi naturali verificatisi in corso d'opera e rinvenimenti inattesi di cui all'art. 132, comma 1, lett. da *b*) a *d*), del Codice dei contratti, qualora da queste derivi un aumento del valore originario del contratto superiore al dieci per cento dello stesso.

¹⁴³ In merito alla vigenza della trasparenza quale principio cardine dell'evidenza pubblica si veda G.M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici* (art. 1, commi da 14 a 25, 32 e da 52 a 58), in a cura di B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO, *La legge anticorruzione, Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 126 ss.

¹⁴⁴ Tra gli altri, si ricordano i considerando 100 e 126 della direttiva appalti settori ordinari 2014/24/UE.

A tal proposito, occorre evidenziare nuovamente come un siffatto obbligo di comunicazione fosse già stato ritenuto in precedenza esistente dalla soppressa Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

Ad ogni modo, l'esplicita disciplina dell'onere in questione da parte del legislatore sembra non tener conto, da un lato, della diffusione del fenomeno in questione, e, dall'altro, della concreta possibilità per l'Autorità di settore di verificare prontamente la correttezza di tutte le varianti in corso d'opera relative a tutti gli appalti del territorio nazionale. Probabilmente una efficace vigilanza sul fenomeno in questione richiede l'elaborazione di un sistema di verifica e controllo differente da quello sin ora ideato.

Ulteriori profili di interesse sono poi presentati dal fenomeno in via di sviluppo delle centrali di committenza. Appare opportuno evidenziare come l'accentramento delle procedure in capo ad un unico soggetto consenta di evitare innalzamenti discrezionali dei prezzi nonché l'esercizio di un controllo più penetrante da parte delle Autorità di settore.

Occorre, tuttavia, evidenziare come i ripetuti rapporti tra funzionari preposti alle gare ed imprese possano produrre l'effetto contrario di consolidamento delle relazioni e incremento degli scambi illeciti.

Prescindendo, per il momento, dall'esame delle questioni inerenti le c.d. SOA, ossia quegli organismi di diritto privato autorizzati dall'Autorità a svolgere funzioni di attestazioni di natura pubblicistica, e ai problemi legati alla possibile partecipazione nella composizione azionaria delle stesse di soci di un'impresa operante nel settore dei lavori pubblici, appare opportuno evidenziare come fortemente soggetti a rischio corruzione siano altresì quei fenomeni espressamente introdotti dal legislatore europeo e nazionale al fine di consentire la partecipazione alle gare di imprese non in possesso dei requisiti necessari.

Tali strumenti sono, ad esempio, il subappalto e l'avvalimento, mediante i quali, rispettivamente nella fase di esecuzione e di gara, è consentito partecipare all'appalto anche ad imprese piccole e medie sprovviste dei necessari requisiti dimensionali.

Ebbene, se da un lato, tali istituti hanno il pregio di incentivare la partecipazione alle gare di soggetti che non rivestono la posizione di protagonisti nel mercato, dall'altro, in tale maniera potrebbe venire attribuito all'aggiudicatario il potere di distribuire subcontratti in modo del tutto discrezionale, nonché ad un'impresa cui è preclusa la partecipazione a causa, ad esempio, del mancato possesso dei requisiti di ordine generale, di parteciparvi mediante ricorso a tale artificio.

È per tale ragione che alcuni correttivi sono stati introdotti in materia, in particolare, dalla

giurisprudenza amministrativa, la quale è concorde nel richiedere anche in capo all'impresa ausiliaria il possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del Codice dei contratti, per contrastare fenomeni elusivi della disciplina dell'evidenza pubblica.

In un contesto di riforma come quello fin qui delineato, volto ad incentivare l'utilizzo di strumenti atti a creare un'efficiente sistema di vigilanza sul settore dei contratti pubblici, mal si inserisce la facoltà riconosciuta dal legislatore europeo agli Stati membri di prevedere una deroga al divieto di aggiudicazione di appalti pubblici ad operatori economici che abbiano partecipato ad un'organizzazione criminale o si siano resi colpevoli di corruzione, di frode a danno degli interessi finanziari dell'Unione, di reati di terrorismo, di riciclaggio dei proventi di attività illecite o di finanziamento del terrorismo ¹⁴⁵.

Né sembra potersi giustificare una simile scelta in virtù del riferimento compiuto dal legislatore europeo a situazioni del tutto eccezionali in cui l'aggiudicazione dell'appalto sia resa necessaria da esigenze imperative di interesse generale.

La gravità delle condotte poste in essere dagli operatori e puntualmente richiamate dal legislatore europeo dovrebbero, invece, far propendere per l'allontanamento dei soggetti in questione dall'ambiente degli appalti, già caratterizzato di per sé, come ampiamente detto, da una forte tendenza alla proliferazione dei fenomeni corruttivi.

Le considerazioni svolte fino a tal momento rappresentano solo alcune delle numerose indicazioni formulate dall'Autorità negli studi effettuati sulle tesi delle direttive di recente approvazione. Quanto detto risulta sufficiente, tuttavia, per comprendere l'importanza di un'attività svolta da un organismo dotato delle necessarie conoscenze tecniche nell'ambito di un più ampio progetto di modifica dell'intera disciplina. Attraverso la comparazione dei testi delle direttive 2014 con le disposizioni del Codice dei contratti, nonché un'attenta analisi di impatto della disciplina in questione, l'Autorità ha formulato alcune indicazioni che potrebbero risultare utili al legislatore delegato per l'emanazione di un nuovo testo normativo di riferimento dell'intero settore ¹⁴⁶.

2. L'attività regolatoria dell'Autorità anticorruzione nel processo di recepimento delle nuove direttive in materia di appalti e concessioni.

Prima di poter esaminare in cosa consiste e quali possono essere i vantaggi di un intervento

¹⁴⁵ Sul punto si vedano il considerando 100 e l'art. 57, par. 3, della direttiva 2014/24/UE, il considerando 105 e l'art. 80 della direttiva 2014/25/UE e il considerando 69 e l'art. 38, par. 6, della direttiva 2014/23/UE.

¹⁴⁶ Sul punto più ampiamente *infra*, Cap. II, par. 2. e 2.1...

regolatorio dell'Autorità in vista del recepimento delle direttive appalti e concessioni ¹⁴⁷ pubblicate nel marzo del 2014, occorre procedere ad alcune premesse di carattere generale. La prima attiene alla presa d'atto del fallimento del Codice dei contratti pubblici, come riconosciuto da qualche tempo anche da parte della dottrina e della giurisprudenza; e ciò sotto molteplici profili.

In primo luogo il Codice è mancato rispetto alla funzione propria di un testo normativo il cui fine dovrebbe essere quello di mettere ordine con riferimento ad una specifica materia, individuandone i principi fondamentali e le regole applicative, nonché eliminare le antinomie, cercando di trovare un bilanciamento tra norme preposte alla tutela della concorrenza come mezzo per far conseguire all'amministrazione "il buon mercato" e norme volte a tutelare gli interessi economici all'eguaglianza delle opportunità nel mercato per i soggetti che vi operano.

In secondo luogo il Codice ha prodotto una situazione di *"iperregolamentazione"* dell'attività contrattuale pubblica. Tale eccesso di regolamentazione emerge chiaramente dalla somma del numero delle norme contenute nel Codice stesso e di quelle contenute nel Regolamento di attuazione e di esecuzione, pari a un totale di 616 articoli, oltre 36 Allegati.

Nonostante ciò, l'Autorità ha avuto modo di verificare come larga parte della spesa pubblica posta in essere mediante contratti è in buona sostanza solo marginalmente interessata dalla disciplina contenuta nel Codice dei contratti, dal momento che moltissimi sono i fenomeni negoziali e di gestione di beni e servizi che fuoriescono dall'ambito applicativo del Codice stesso (si pensi ai contratti parzialmente o totalmente esclusi dall'applicazione del Codice o alle molteplici deroghe in materia per i cosiddetti "grandi eventi").

D'altronde la stessa scelta del legislatore di intervenire a più riprese modificando per ben 223 volte alcune delle norme del Codice (il solo art. 38 è stato modificato 22 volte) dimostra come quest'ultimo non sia in grado di garantire la tenuta del sistema normativo, generando non poche perplessità e problemi ai soggetti tenuti alla sua applicazione.

In definitiva questa sorta di sovraesposizione normativa ha finito per produrre effetti negativi sull'efficienza dei mercati pubblici, provocando l'ingessamento della capacità dell'amministrazione come acquirente, disincentivando gli operatori economici a proporsi

¹⁴⁷ Nello specifico, la direttiva 2014/23/UE, che disciplina i contratti di concessione, la direttiva 2014/24/UE per i settori ordinari e 2014/25/UE per i settori speciali.

come portatori di innovazione, creando aggravii procedurali in capo ad ogni parte e stimolando piuttosto, con riferimento ad ogni fase della gara, una “caccia all’errore”, sia esso l’errore progettuale o l’errore di formulazione delle clausole contrattuali (che favorisce comportamenti opportunistici al momento della formulazione dell’offerta, e in particolare del suo prezzo, o al momento dell’esecuzione del contratto stipulato), sia esso l’errore procedurale che può consentire la riapertura in altra sede da parte dall’impresa pretermessa dalla partita persa davanti alla stazione appaltante per conseguire l’utilità attesa, ma che può anche fornire il pretesto alla amministrazione per escludere il concorrente “non gradito”¹⁴⁸, che in ogni caso produce effetti scatenanti un significativo incremento del contenzioso.

La seconda premessa di ordine generale attiene alla presa d’atto della complessità odierna della funzione di vigilanza sulle attività economiche, nel contesto attuale di una economia sociale di mercato e della sua evoluzione, alla quale parte della dottrina¹⁴⁹ ha riconosciuto una connotazione prevalentemente regolatoria, finalizzata a dettare, in via preventiva o successiva, attraverso atti normativi o amministrativi di portata generale o individuale, le regole di condotta per gli operatori economici ed a garantirne l’osservanza, con l’obiettivo di realizzare le condizioni per il soddisfacimento degli interessi pubblici individuati dalla legge e per il corretto e stabile funzionamento del mercato, quale mercato aperto ed effettivamente concorrenziale.

Come si è già avuto modo di precisare¹⁵⁰, per parte della dottrina vigilanza e regolazione assumono una valenza unitaria, in una sorta di endiadi caratterizzata dall’imputazione ad uno stesso soggetto di poteri di tipo direttivo, autorizzatorio, correttivo-integrativo, informativo, ispettivo, nonché di risoluzione preventiva delle controversie. Valenza estesa, da un lato, fino alla possibilità dell’esercizio di poteri sanzionatori nei confronti di comportamenti non conformi alle regole e poteri di risoluzione delle controversie, in modo tale che alla produzione di regole attraverso l’interpretazione e l’applicazione amministrativa delle norme venga affiancarsi la *regulation by litigation*; dall’altro lato, alla possibilità dell’assunzione, per specifiche tipologie di atto ovvero con riferimento a determinati episodi venuti in evidenza nel mercato rilevante, di delibere con effetti anche

¹⁴⁸ Sul punto si vedano, Cons. St., sez. V, 27 maggio 2005 n. 4941e Cons. St., sez. VI, 24 gennaio 2012, n. 2064.

¹⁴⁹ C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell’autorità sui contratti pubblici*, op. cit., 50 ss.

¹⁵⁰ Vedi *supra*, Cap. I, par. 1 e 2, nei quali si evidenzia come appare preferibile parlare di vigilanza con riferimento alla funzione oggetto dell’attribuzione, mentre la potestà regolazione così come il controllo, la direzione, ecc. non sarebbero che esternazione di tale funzione.

vincolanti (o quasi vincolanti) nei confronti dei soggetti protagonisti nel mercato stesso.

Ebbene, la funzione di vigilanza, intesa in senso omnicomprensivo nelle sue diverse esternazioni quale vigilanza *ex ante* e vigilanza *ex post*, assume un ruolo di primaria importanza in un settore come quello degli affidamenti di lavori, servizi e forniture, come del resto era reso manifesto dal quadro normativo disegnato dalle direttive europee degli anni novanta dello scorso secolo e da quelle del primo decennio di questo.

Conseguentemente, la circostanza che il Codice non sia riuscito a dare piena ed adeguata realizzazione all'assetto normativo delineato a livello europeo ben può essere giudicata anche da questo punto di vista come un fallimento del Codice stesso.

Appare evidente come il sistema nazionale abbia optato per l'adozione di una legge dei contratti pubblici che, forse allo scopo di evitare l'introduzione *ex abrupto* di istituti lontani dalla nostra tradizione giuridica (quali, ad esempio, la risoluzione alternativa delle controversie o l'*in house*), si è dimostrata del tutto inadeguata a regolare in modo efficiente e completo la materia degli appalti pubblici.

A contribuire a rendere l'emanazione del Codice ancor di più un'occasione mancata vi è stata anche la resistenza del Consiglio di Stato ¹⁵¹, il quale contrariamente a quanto previsto nella legge delega (art. 25, c. 1, lett. c), l. n. 62/2005), assumendo una posizione conservatrice in ordine al giudice quale unico deputato a conoscere delle controversie in materia, si è da subito opposto al conferimento all'Autorità di vigilanza competente di funzioni di risoluzione delle controversie.

Un'ulteriore criticità, più volte denunciata anche dalla stessa Autorità di vigilanza competente ¹⁵², è rappresentata da quel vizio genetico, di cui è stato portatore il Codice, che non ha consentito alla funzione di vigilanza-regolazione indipendente di compiere l'atteso salto di qualità rispetto al modello disegnato, in specie nella normativa degli anni novanta sui lavori pubblici.

Il nuovo intervento normativo europeo, dunque, se per un verso crea un pesante e stringente obbligo di adempimento per i poteri pubblici nazionali, per altro verso rappresenta una nuova occasione per rimediare ai premessi fallimenti, che deve però confrontarsi, per l'appunto, con il combinato disposto dei vincoli e delle opportunità derivanti dal necessario recepimento delle direttive UE 2014.

In tale attività di recepimento e adattamento della normativa europea alle esigenze del

¹⁵¹ Ci si riferisce al già citato parere reso in data 6 febbraio 2006, n. 355.

¹⁵² Si vedano in particolare, tra le più recenti, le segnalazioni n. 1/2012 e n. 3/2014.

sistema nazionale un ruolo di primaria importanza sembra essere stato attribuito, altresì dalla legge delega approvata in data 14 gennaio 2016, all'Autorità indipendente affidataria della vigilanza sui contratti pubblici.

Occorre, innanzitutto, evidenziare che il pacchetto legislativo europeo 2014 presenta maggiore complessità rispetto al passato. Infatti, come è noto, pur essendo stata mantenuta ferma la riunificazione in una unica direttiva, già operata nel 2004, della disciplina concernente lavori, servizi e forniture relativi ai settori ordinari, alla seconda direttiva (ossia la direttiva 2014/25/UE, relativa ai c.d. settori speciali) è stato ora affiancato un terzo testo normativo (la direttiva 2014/23/UE) relativo alle concessioni, e quindi alla più importante delle figure di partenariato pubblico-privato, finora disciplinate in modo del tutto residuale dalla direttiva per i settori ordinari (come nel caso delle concessioni di lavori) o addirittura sottoposte essenzialmente ai soli principi elaborati dalla giurisprudenza e alle regole di *soft law* adottate dalla Commissione.

Inoltre, le stesse dimensioni della disciplina sono notevolmente ampliate, sia sotto il profilo quantitativo (ove va registrato il passaggio dalla sommatoria di 84 e 75 articoli compresi rispettivamente nelle direttive 2004/18/CE e 2014/17/CE alla sommatoria di 94 e 110 articoli delle due direttive corrispondenti, cui vanno aggiunti i 55 articoli portati dalla direttiva concessioni), sia, e soprattutto, sotto il profilo qualitativo, considerato che la nuova disciplina europea, come si vedrà, si occupa in maniera alquanto più sostanziosa di essenziali vicende attinenti alla fase dell'esecuzione del contratto, quali il subappalto, le modifiche e la risoluzione del contratto, finora pressoché completamente trascurate dal legislatore europeo per concentrarsi sulla fase dell'aggiudicazione in quanto ritenuta la più rilevante per le finalità pro-concorrenziali della disciplina stessa¹⁵³.

In secondo luogo, pur prendendo ad esame la sola direttiva 2014/24/UE¹⁵⁴, risulta chiaro

¹⁵³ La maggiore complessità e ampiezza della materia ha indotto, ad esempio, anche un legislatore normalmente conciso come quello inglese, a più che raddoppiare le dimensioni delle sue *Public Contracts Regulations*, portandone il contenuto da 49 articoli a 110 e pur lasciando da parte la regolazione delle concessioni.

¹⁵⁴ Meritano qui di essere rapidamente evidenziati: a) la ridefinizione dei principi generali, implicante un più esteso riconoscimento della capacità dell'amministrazione di progettazione procedurale, tale da comprendere, per la fase dell'esecuzione, la garanzia del rispetto degli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro (art. 18); b) la disciplina dei contratti misti, ora comprendente anche quella relativa alle fattispecie complesse ove sono presenti contratti regolati e contratti esclusi dal raggio di azione della direttiva e non più solo quella ove sono simultaneamente presenti almeno due tra appalti di servizi, forniture e lavori (art. 3); c) l'introduzione di una specifica soglia per i contratti relativi ai servizi sociali e ad altri specifici servizi, sottoposti a un regime più snello e che comunque può comprendere anche la possibilità di appalti riservati (artt. 4, 74 e 77); d) la positivizzazione, con qualche alleggerimento, dei criteri definiti dalla giurisprudenza comunitaria, a partire dalla sentenza *Teckal*, quanto alle regole di ammissibilità per gli affidamenti *in house* (art. 12); e) il rafforzamento dell'utilizzo delle modalità telematiche di gestione delle

che numerosi e significativi sono i cambiamenti apportati dall'intervento normativo del 2014 rispetto a quello del 2004¹⁵⁵.

Questa corposa disciplina, al di là dei giudizi pur differenziati che potranno sorgere, presenta comunque l'indiscutibile merito di aver trattato quei temi, quali il bisogno di dialogo e flessibilità, l'introduzione di indicatori reputazionali, la presa in considerazione delle sopravvenienze contrattuali, le opportunità di partecipazione per le piccole e medie imprese, che in una combinata prospettiva di analisi economica del diritto risultano rivestire un ruolo centrale al fine di una rinnovata ed efficace regolazione dei contratti pubblici.

Occorre, ad ogni modo, svolgere alcune considerazioni in merito alle diverse questioni che sorgono riguardo al metodo di recepimento.

Una prima questione concerne l'individuazione di quali siano gli spazi lasciati, nell'operazione di traslazione nell'ordinamento giuridico interno, alle scelte nazionali e quali siano i soggetti destinatari del potere di scelta. Ciò in quanto nella direttiva 2014/24/UE si evidenziano cinque modelli regolatori, pur se tra loro non sempre nettamente distinguibili, di seguito descritti e illustrati.

In primo luogo, la direttiva contiene norme obbligatorie, norme cioè che hanno per gli Stati

procedure contrattuali, ivi compresi da un lato la semplificazione delle regole relative ai sistemi dinamici di acquisizione e dall'altro il pieno riconoscimento del c.d. mercato elettronico (rispettivamente, artt. 22 e 53; 34; 41); f) una maggiore libertà per le stazioni appaltanti di negoziazione con gli operatori di mercato, specie per gli acquisti "off-the-shelves", estesa fino alla formulazione di una nuova procedura competitiva orientata allo sviluppo di nuovi prodotti o servizi, quale il "partenariato per l'innovazione" (artt. 26, 31, 41 e 47, ma anche i *considerando* 42-43); g) misure di favore per la partecipazione alle procedure contrattuali delle piccole e medie imprese mediante la previsione della divisione in lotti e di un limite massimo all'importo del fatturato richiedibile come requisito (artt. 46 e 58); h) la presa in considerazione, pur con esiti opposti, di elementi reputazionali riferiti alla concreta capacità esecutiva degli operatori economici, che possono essere fatti rilevare, rispettivamente, ai fini dell'esclusione dalla gara in caso di significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto pubblico o, di converso, ai fini dell'aggiudicazione, in caso di possesso di specifiche qualifiche ed esperienze (artt. 57, par. 4, e 67, par. 2); i) la previsione di elementi nuovi o comunque più articolati per una disciplina volta a evitare le turbative alle attività contrattuali pubbliche derivanti da corruzione, collusione, conflitti di interesse, nonché, al contrario, per la valutazione delle misure di "self-cleaning" (art. 57); l) la semplificazione degli adempimenti a carico degli operatori economici per la partecipazione alle procedure contrattuali, nell'ambito della quale spiccano in particolare il DGUE e il registro *E-Certis* (artt. da 58 a 61); m) la ridefinizione e il diverso bilanciamento degli elementi dell'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'amministrazione come criterio di aggiudicazione, che consente la diretta presa in considerazione di aspetti sociali e ambientali connessi all'oggetto o i costi del ciclo di vita del prodotto (artt. 67 e 68); n) la disciplina di alcuni momenti o evenienze che direttamente o indirettamente possono incidere sulla fase dell'esecuzione del contratto, quali il subappalto, la modifica del contratto (ove viene sostanzialmente ripresa la regolazione risalente alla sentenza *Pressetext*) e la sua risoluzione (artt. 71, 72 e 73).

¹⁵⁵ Per i settori speciali l'analisi è sostanzialmente analoga, mentre per le concessioni i dati più rilevanti appaiono quello concernente l'assoggettamento dei lavori e dei servizi aggiudicati secondo questa modalità contrattuale allo stesso regime e quello concernente l'estensione anche alle concessioni del sistema dei rimedi appositamente disciplinato dal diritto sovranazionale.

effetti cogenti nel momento del loro recepimento quanto ad articolazione del tessuto dispositivo, in quanto pongono obblighi direttamente in capo alle amministrazioni aggiudicatrici o agli operatori economici e sono quindi esigibili dalla relativa controparte. Un caso di particolare complessità, nondimeno, è quello del regime delle esclusioni dalla gara: l'art. 57, par. 1, infatti, dispone che venga obbligatoriamente escluso dalla procedura d'appalto l'operatore economico che sia stato condannato con sentenza definitiva per uno degli indicati reati ¹⁵⁶.

Dato significativo, peraltro, è che si tratti di fattispecie che trovano tutte definizione in altri atti delle stesse Istituzioni europee. A quelle è poi aggiunta dal par. 2 la fattispecie della esclusione per mancata ottemperanza agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali secondo la legislazione dello Stato membro (sia esso quello dove è stabilito l'operatore economico ovvero quello cui appartiene l'amministrazione aggiudicatrice).

È prevista, inoltre, la possibilità per il singolo Stato membro di imporre a sua volta alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere per questo motivo l'operatore economico anche in assenza di una sentenza definitiva, ma tale ultima disposizione non è più applicabile quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando, o impegnandosi in modo vincolante a pagare, le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe. E poi ancora, in base al par. 3, dell'art. 57 citato *“gli Stati membri possono prevedere, in via eccezionale, una deroga alle esclusioni obbligatorie di cui ai paragrafi 1 e 2 per esigenze imperative connesse a un interesse generale quali la salute pubblica e la tutela dell'ambiente. Gli Stati membri possono inoltre prevedere una deroga alle esclusioni obbligatorie di cui al paragrafo 2 nei casi in cui un'esclusione sarebbe chiaramente sproporzionata”* ¹⁵⁷.

La direttiva contiene, poi, norme che impongono agli Stati membri di disciplinare una determinata materia, peraltro individuata con formula a largo raggio, anche se poi l'ampiezza delle scelte possibili in sede di recepimento è di volta in volta diversamente stabilita. Tale ampiezza, invero, appare disegnata tra un grado massimo, sostanzialmente corrispondente a un regime che assicuri non molto di più delle componenti essenziali dei

¹⁵⁶ Si tratta, in particolare delle fattispecie criminosi di partecipazione a organizzazione criminale, corruzione, frode nell'uso dei fondi europei, reati terroristici o a questi connessi, riciclaggio di proventi di attività criminosi o finanziamento del terrorismo, lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani.

¹⁵⁷ Tali casi sono esemplificati nel proseguo del comma.

principi fondamentali ¹⁵⁸, e un grado inferiore, corrispondente ad una più articolata predeterminazione in sede europea delle opzioni regolatorie, in forza della specificazione delle modalità ritenute principali per l'individuazione dell'oggetto della disciplina (come con riferimento alla disciplina dei conflitti d'interesse ex art. 24 e alla disciplina della risoluzione dei contratti ex art. 73).

In terzo luogo, la direttiva contiene norme che affidano agli Stati membri la decisione sui modi del recepimento di singoli e specifici punti della disciplina, aprendo lo spazio per l'esercizio da parte di questi della facoltà di introdurre a loro volta norme di specificazione, integrazione, attuazione del dettato europeo ¹⁵⁹.

In altri casi l'opzione per gli Stati membri è piuttosto quella di porre norme di divieto o di limitazione a determinate facoltà rimesse alle stazioni appaltanti, oppure di porre norme che prescrivono modi determinati per l'esercizio di quelle facoltà ¹⁶⁰.

Menzione a parte merita la disciplina dettata dall'art. 67 per quanto concerne l'offerta economicamente più vantaggiosa come criterio di aggiudicazione del contratto: se da un lato viene stabilito, infatti, che sono *“fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di taluni servizi”* (par. 1), dall'altro, si prevede che *“gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici non possano usare solo il prezzo o il costo come unico criterio di aggiudicazione o limitarne l'uso a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o a determinati tipi di appalto”* (par. 2). A complicare il sistema sembrerebbe poi la previsione di una responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici nell'individuazione volta per volta delle componenti del criterio in conformità alle prescrizioni disposte direttamente nei loro confronti, con differente intensità di effetto giuridicamente obbligatorio, dallo stesso art. 67, nonché dall'art 68 per quanto riguarda l'utilizzo del sistema dei costi del ciclo di vita.

Ed ancora, nella direttiva in commento sono contenute norme che intestano direttamente alle amministrazioni aggiudicatrici le opzioni circa le modalità di attuazione delle regole

¹⁵⁸ Come, ad esempio, nel caso della disciplina dell'affidamento dei contratti per servizi sociali ex art. 76.

¹⁵⁹ È questo il caso della disciplina degli appalti riservati ex art. 20, della disciplina delle centrali di committenza come grossisti o come intermediari e anche come prestatori di servizi di consulenza o altre attività ausiliarie ex art. 37, e della disciplina degli elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti ex art. 64.

¹⁶⁰ È ciò che avviene, rispettivamente, nella disciplina del ricorso da parte delle amministrazioni aggiudicatrici a centrali di committenza di altri Stati membri, che non può essere vietato dal singolo Stato membro ma può da questo essere limitato solo a una delle modalità operative dei suddetti organismi (art. 39, par. 2) e della disciplina della verifica delle cause di esclusione nel corso della procedura di gara ex art. 56, par. 2, oppure della disciplina delle modalità di aggiudicazione dell'appalto suddiviso in lotti (art. 46, par. 3).

europee. Particolarmente significativo in questo ambito è l'art. 19, par. 2, ove si prevede che *“le amministrazioni aggiudicatrici possono specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori economici devono ottemperare ai requisiti in materia di capacità economica e finanziaria o di capacità tecniche e professionali di cui all'articolo 58, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive”*, anche se poi è contestualmente previsto anche il limite per il quale tali raggruppamenti *“non possono essere obbligati dalle amministrazioni aggiudicatrici ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione”*. A questo stesso ambito può essere ricondotto anche l'art. 26, che rimette alle amministrazioni la scelta circa la procedura di aggiudicazione da utilizzare tra quelle disegnate dalla direttiva, in quanto se è vero che compete agli Stati *“adattare le procedure nazionali in modo da essere conformi alla direttiva”*, incombe agli Stati stessi anche il vincolo di rendere praticabili dalle stazioni appaltanti, diversamente dal passato, le varie procedure disciplinate a livello sovranazionale appunto con la disposizione di cui all'art. 26 e ss, e quindi anche la procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo, oltre alle forme telematiche di negoziazione.

In questo senso la norma da ultimo richiamata converge con quella ex art. 19, che pure consente agli Stati di stabilire condizioni generali relative all'ottemperanza dei raggruppamenti di operatori economici circa i requisiti legalmente previsti, nell'orientamento a evitare i ben noti fenomeni di *gold-plating*, conformemente del resto a quello che è ormai un principio della legislazione nazionale in materia di attuazione comunitaria ¹⁶¹.

Infine, la direttiva contiene norme che prevedono un potere di scelta nell'attuazione intestato alternativamente agli Stati membri o alle amministrazioni aggiudicatrici. Ritornano qui in evidenza, innanzitutto, le disposizioni a recepimento facoltativo circa molteplici cause di esclusione (art. 57, par. 4), come avviene nel caso in cui il soggetto da escludere sia tra quelli sulle cui capacità l'operatore economico abbia fatto riferimento per

¹⁶¹ Ai sensi dell'art. 14, commi 24-bis, 24-ter e 24-quater, l. n. 8 novembre 2005, n. 246, cui fa rinvio altresì l'art. 32, comma 1, lett. c), l. 24 dicembre 2012, n. 234, nonché l'art. 1, comma 1, lett. d), legge delega *“Gli atti di recepimento di direttive comunitarie non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse [fatte salve circostanze eccezionali]. Costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie: a) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive; b) l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari; c) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive”*.

soddisfare i corrispondenti requisiti (art. 63, par. 1, c. 2) ¹⁶².

La formula linguistica utilizzata è principalmente quella per la quale le amministrazioni aggiudicatrici possono scegliere di operare o meno secondo determinate regole o modalità di condotta, oppure può essere loro imposto dallo Stato di appartenenza di operare secondo le regole o modalità indicate, ma è altresì possibile che il vincolo posto dallo Stato sia solo previsto come diretto a produrre un effetto negativo, cioè un divieto o un limite nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici, e allora questi casi si avvicinano a quelli indicati sopra, come variante del terzo modello di regolazione. Sorta di varianti linguistiche delle fattispecie finora descritte possono infine essere considerate quelle presenti nell'art. 22, par. 6 (in tema di regole applicabili alle comunicazioni), e nell'art. 56, par. 3 (in tema di verifica dei requisiti e delle cause di esclusione), in base alle quali, rispettivamente, la possibilità di opzione in capo all'amministrazione aggiudicatrice deve svolgersi "*in un quadro globale stabilito dallo Stato membro*" o addirittura tale possibilità viene semplicemente meno in vigenza di una disposizione contraria dell'ordinamento nazionale. In presenza delle descritte variabili regolatorie contenute nella direttiva, punto cruciale è quello concernente la individuazione della modalità migliore secondo la quale scegliere l'alternativa presente nel modello da ultimo illustrato

È agevolmente rilevabile come ciò si traduca in effetti in una fondamentale questione di *policy*: vale a dire, se favorire una costruzione tipicamente *top-down* della funzione regolatoria nazionale in materia, evidentemente privilegiando l'esigenza astratta dell'omogeneità dei comportamenti contrattuali delle amministrazioni aggiudicatrici secondo canoni predefiniti in quanto ritenuti in grado di vincolarle a corrispondere nella misura maggiore possibile ad un equilibrio parimenti predefinito tra i vari interessi pubblici in gioco (compreso quello a un assetto concorrenziale del mercato), oppure favorire un sistema decentrato di scelte, privilegiando l'esigenza concreta di una flessibilità che valga ad incentivare le amministrazioni aggiudicatrici a procedere alla consultazione e al dialogo con gli operatori presenti nel mercato seppur ferma rimanendo la funzionalità delle azioni contrattuali agli stessi interessi pubblici.

La seconda delle opzioni appena presentate sembra preferibile perché risulta la più conforme alla *ratio* generale sottesa al più recente *corpus* normativo europeo, e in particolare alla sommatoria delle più importanti innovazioni di regime in esso contenute,

¹⁶² Altri casi sono costituiti dalla disposizione in tema di suddivisione dell'appalto in lotti (art. 46, par. 1 e 4) e dalle disposizioni in materia di condizioni e modalità del subappalto rilevanti sia per la fase dell'aggiudicazione che per quella dell'esecuzione del contratto (art. 71, par. 2, 5 e 6).

ratio che può essere riassuntivamente espressa con il richiamo alla giurisprudenza formulata con la sentenza *Sintesi*. Vale a dire, quella sentenza, pronunciata dalla Corte di Giustizia all'incirca un decennio fa, dalla quale si può estrarre il principio per cui la fissazione da parte del legislatore nazionale di criteri unici in termini generali ed astratti priva le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari degli appalti, isolatamente considerati, consentendo invece di scegliere per ognuno di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta, nella flessibilità riconosciuta all'azione dell'amministrazione stessa.

Nondimeno, l'assunzione di questa opzione reca con sé, in modo anche più sensibile rispetto all'altra, una seconda questione di metodo: quali strumenti e quali modalità di regolazione utilizzare. Da questo punto di vista può giovare guardare all'esperienza del diritto comparato.

In questa prospettiva di analisi viene in evidenza che in particolare il recepimento delle direttive europee in materia è finora sostanzialmente avvenuto secondo tre modalità diverse: attraverso un recepimento di tipo in buona misura letterale, come nel Regno Unito e nei Paesi che al diritto di quell'ordinamento fanno in larga misura riferimento; attraverso un recepimento tutto orientato a dare corpo all'anima proconcorrenziale della disciplina su di un impianto di tipo essenzialmente civilistico, come in Germania (specie per i contratti sopra-soglia); attraverso un recepimento complesso che, su di un impianto di tipo essenzialmente pubblicistico, risolvesse al suo interno le tensioni tra i vari interessi pubblici, di vecchio e nuovo tipo, e privati in gioco, come in Italia (e, seppure con le tradizionalmente diverse connotazioni della materia, in Francia).

Maggiormente omogeneo è il dato concernente, invece, la disciplina dei moduli di partenariato pubblico-privato, che di regola ha trovato spazio in atti normativi separati da quelli adottati per il recepimento delle direttive sugli appalti (anche, ma non solo, in funzione della ben differente consistenza, di tipo sia quantitativo che qualitativo, delle regolazioni delle due diverse tipologie di fattispecie contrattuali).

Questo secondo dato tratto dall'esperienza del diritto comparato sembra meritare pieno accoglimento. Potrebbe ritenersi alla luce di ciò opportuno, pertanto, provvedere con atto legislativo separato al recepimento della disciplina obbligatoria relativa alle concessioni e contenuta nella direttiva 2014/23/UE, integrando semmai in esso la disciplina di altre forme di partenariato pubblico-privato (come il contratto di sponsorizzazione, il contratto

di disponibilità, il leasing pubblico) ¹⁶³.

Quanto alla disciplina dei contratti pubblici di appalto, l'assunzione del criterio-guida della flessibilità dovrebbe indurre a seguire un modello regolatorio più vicino a quello sperimentato nel regno Unito, seppure con i dovuti aggiustamenti, come già osservato, derivanti dalla maggiore complessità del livello europeo della disciplina stessa, anche per il recepimento del pacchetto legislativo 2014.

Ciò in quanto il solo recepimento della normativa di principio posta dalle nuove direttive, sebbene, come già precisato, più articolata rispetto alle direttive precedenti, consente agli operatori di agire in un contesto di maggiore flessibilità e allo stesso modo all'ordinamento di influenzare in modo più incisivo il comportamento degli stessi.

Difatti da una iperregolamentazione deriva spesso l'effetto contrario a quello voluto: porre regole stringenti e molto dettagliate consente all'operatore di eludere più facilmente la loro applicazione, sottraendosi alla peculiare fattispecie disciplinata dalla norma.

Al contrario, in un sistema normativo fondato sui soli principi assume un ruolo di primo ordine l'attività di interpretazione, posizione di regole e soluzione di controversie da parte delle Autorità preposte alla vigilanza e del potere giurisdizionale.

Nel nostro ordinamento tale modello potrebbe trovare adeguata attuazione, per un verso certamente calibrandolo sulle caratteristiche e sulle problematiche presenti nel sistema italiano e quindi, ad esempio, con la integrale determinazione a livello della legislazione primaria, utilizzando tutti gli spazi al riguardo aperti dalla presenza di una area di recepimento facoltativo, della disciplina volta a prevenire i rischi malavitosi purtroppo così diffusi nel mercato rilevante, ma per altro verso orientandolo anche nella direzione di una piena valorizzazione della funzione di vigilanza-regolazione indipendente, assegnata all'A.N.AC. collocata in posizione esterna al tradizionale circuito politico-amministrativo e operante con autonomia di giudizio.

Una funzione dalla quale potrebbero magari essere separate le competenze di sostegno e di ausilio tecnico-operativo al *public procurement* (si pensi ad esempio, almeno per alcune fattispecie contrattuali, al giudizio di anomalia dell'offerta), per essere utilmente spostate almeno per alcuni casi verso le centrali di committenza, come del resto autorizza, in generale, la direttiva europea senza per questo intestare in capo ai suddetti organismi un non auspicabile, e certamente non auspicato dal legislatore europeo, (quasi) monopolio

¹⁶³ In realtà una diversa soluzione sembrerebbe essere stata prescelta dal legislatore della legge delega, alla luce di quanto specificamente previsto dall'art. 1, comma 1, lett. b), circa l'emanazione di un unico Codice dedicato alla materia degli appalti pubblici e dei contratti di concessione.

della domanda nel mercato dei contratti pubblici, ma che per converso potrebbe essere attrezzata con una più incisiva strumentazione (magari con applicazione estesa anche ad alcune vicende almeno della fase di esecuzione contrattuale), fornita della capacità per il soggetto titolare di emettere atti non solo di *soft law* (come è pacificamente ammesso oggi), ma anche atti con effetti variamente vincolanti e come tali sanzionabili.

In tale direzione sembra muoversi l'ordinamento nell'attribuire, ad esempio, all'Autorità, nell'esercizio del suo potere regolatorio, l'emanazione dei c.d. bandi-tipo, corredati, come è noto, da effetti, anche se solo relativamente, obbligatori per le stazioni appaltanti. Ed ancora di più in tale direzione sembrerebbe muovere la previsione di cui all'art. 1, comma 1, lett. t) della legge delega nella parte in cui prevede di attribuire all'Autorità *“altri strumenti di regolazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante”*.

In definitiva, ciò che appare necessario è che si dia il via ad un percorso di regolazione per così dire consapevole, che sia ben conscia di quali debbano essere le finalità della regolazione stessa.

Ritornando quindi da ultimo ai contenuti di tale regolazione, la finalità in questo campo deve essere quella di costruire le condizioni per un mercato, quello generato dalla domanda pubblica di beni e servizi, efficiente. Ciò implica di operare contestualmente su entrambi i lati del mercato, creando i giusti incentivi perché le amministrazioni aggiudicatrici siano buoni acquirenti e gli operatori economici siano soggetti portatori di innovazione.

Un'idea, in tal senso, potrebbe essere quella di puntare non solo alla formazione di *black lists* di imprese e anche di stazioni appaltanti per le quali i fatti abbiano concretamente dato dimostrazione del loro essere sprovviste delle capacità richieste per ben operare sul mercato, ma anche di vere e proprie *white lists* di soggetti specialisti nel *public procurement*.

Ciò con l'obiettivo di incentivare la realizzazione di un mercato nel quale, senza creare barriere di accesso ma utilizzando soprattutto gli strumenti e le modalità di centralizzazione delle informazioni, possano giocare la loro partita soggetti aperti e facilitati al dialogo nel rispetto dei principi di imparzialità e di concorrenza.

2.1. Analisi di impatto delle nuove direttive appalti e concessioni sulla normativa vigente dell'evidenza pubblica.

Come si è già avuto modo di precisare, il 28 marzo 2014 sono state pubblicate nella

Gazzetta ufficiale dell'Unione europea ¹⁶⁴ la direttiva 2014/25/UE sugli appalti nei cosiddetti “settori speciali” (acqua, energia, trasporti e servizi postali), la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori ordinari e la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

Tali direttive sono entrate in vigore il 18 aprile 2014. Agli Stati membri spetterà, pertanto, recepire le disposizioni delle nuove norme all'interno dell'ordinamento nazionale entro il termine del 18 aprile 2016.

Prima di entrare nel merito delle principali novità introdotte dalle direttive appalti, giova rilevare che le stesse riflettono la consapevolezza del legislatore europeo circa la vulnerabilità alla corruzione del settore degli appalti e si inseriscono in un contesto di riforme avviato sin dalla firma della “*Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea*” del 26 maggio 1997 e della Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, nelle quali venivano introdotte specifiche disposizioni per la prevenzione della corruzione nelle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni.

Ebbene, in relazione a tale aspetto, assume centrale rilevanza il ruolo che potrebbe svolgere l'Autorità Nazionale Anti-corruzione, nell'attività di recepimento delle direttive in questione.

Occorre, infatti, ricordare come il legislatore nazionale abbia ampliato il novero dei poteri riconosciuti all'Autorità Nazionale Anticorruzione necessari a contrastare in via preventiva il fenomeno della corruzione negli appalti pubblici, conferendo alla stessa un potere d'intervento più esteso ed incisivo per quanto concerne le funzioni finalizzate ad assicurare un'azione coordinata dell'attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione, attribuendo a un unico soggetto altresì tutti i compiti di vigilanza sulla correttezza delle procedure di affidamento delle opere pubbliche e di accertamento che dall'esecuzione dei contratti di appalto non derivi alcun pregiudizio per il pubblico erario.

Pertanto, in virtù della propria missione istituzionale, di prevenzione della corruzione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche in ogni settore che potenzialmente possa sviluppare fenomeni corruttivi, l'A.N.AC. è chiamata a svolgere un ruolo di rilievo nel processo di recepimento delle direttive e nella loro successiva attuazione, quale interlocutore stabile e qualificato per il settore dei contratti pubblici.

¹⁶⁴ Si tratta, in particolare della Gazzetta Ufficiale L 94/65 del 28 marzo 2014.

Ciò in quanto tale Autorità, alla luce della sua propria finalità istitutiva, risulta essere uno dei soggetti maggiormente idonei ad incidere sensibilmente nel processo di adattamento del nostro sistema normativo alle indicazioni ricevute al riguardo dal legislatore sovranazionale.

In tale direzione si è orientata la già citata attività di studio ed approfondimento avviata dall'Autorità nell'aprile 2014 sui testi delle direttive appalti e concessioni di ultima emanazione.

Nell'esercizio del proprio potere di regolazione di cui all'art. 8, comma 1, d.lgs. n. 163/2006, l'Autorità ha, infatti, proceduto all'analisi di impatto delle direttive in questione, evidenziando con riferimento ad ogni singola disposizione di tali provvedimenti le novità rispetto alla precedente disciplina europea in materia di appalti (direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), le ripercussioni applicative che potrebbero derivare al riguardo sul Codice dei contratti pubblici, nonché formulando una propria proposta di recepimento della disposizione in esame ¹⁶⁵.

Emerge chiaramente l'importanza di un siffatto studio sia avendo riguardo alla necessità di una collaborazione tra potere legislativo e organismi tecnici massimi esperti in una determinata materia nell'individuazione del contenuto delle norme, sia nell'ottica di favorire lo sviluppo di una *better regulation* in una materia così delicata e rilevante come quella degli appalti pubblici.

Di seguito si esaminano, a titolo assolutamente esemplificativo, alcune delle principali ed ulteriori ¹⁶⁶ innovazioni introdotte in materia di procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture dalla direttiva 2014/24/UE relativa ai settori ordinari.

L'art. 1 di tale direttiva disciplina l'oggetto e l'ambito di applicazione della stessa. Ciò che assume carattere di assoluta novità è la definizione che viene fornita al paragrafo 2, dell'articolo in esame, di appalto: si sceglie una nozione più estesa di appalto rispetto a quella delineata dal Codice dei contratti, fino a farvi ricomprendere qualsiasi acquisizione di lavori, forniture o servizi, che avvenga mediante stipulazione di un contratto pubblico (anche diverso dall'appalto), effettuato da un'amministrazione aggiudicatrice indipendentemente dalla finalità pubblica degli stessi.

Come è stato correttamente evidenziato dall'Autorità nel citato Studio, *“il recepimento*

¹⁶⁵ Il suddetto studio è stato istituito con decr. Pres. AVCP n. 111187/2013 e si intitola *“Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE. Analisi di impatto della direttiva europea pubblicata il 28.03.2014”*.

¹⁶⁶ Rispetto a quanto già ampiamente detto *supra*, Cap. II, par. 2.

della nuova definizione di “appalto” all’interno del Codice presenta l’aspetto positivo di eliminare ogni eventuale incertezza circa l’applicabilità del Codice medesimo anche ai lavori, servizi e forniture acquisiti dall’organismo di diritto pubblico per finalità non riconducibili alle “esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale” per cui lo stesso è stato istituito”¹⁶⁷.

Ciò in quanto, ai fini dell’applicazione della direttiva la finalità dei lavori, servizi o forniture può essere pubblica ma anche non pubblica (ad esempio commerciale).

Per quanto riguarda, poi, gli artt. 2 e 3 della direttiva, questi introducono importanti novità con riferimento rispettivamente alla definizione di “*autorità governative centrali*” e “*amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali*” e alle specifiche modalità di affidamento dei contratti misti all’interno del mercato dell’Unione, che richiederebbero al legislatore nazionale la trasposizione nel nostro ordinamento di siffatte nozioni ed istituti.

Con riferimento, invece, al delicato e diffuso fenomeno del partenariato pubblico-pubblico, l’art. 12 della direttiva disciplinante i settori speciali (rubricato “*Appalti pubblici tra enti nell’ambito del settore pubblico*”) prevede espressamente la possibilità per la stazione appaltante, ove ne ricorrano le condizioni, di avvalersi di strumenti quali l’affidamento diretto a società c.d. *in house*, ovvero la cooperazione pubblico-pubblico non istituzionalizzata di tipo orizzontale.

Tali fattispecie, che rappresentano ipotesi derogatorie rispetto alla disciplina ordinaria in materia di affidamento dei contratti pubblici, non trovano attualmente alcuna collocazione all’interno del Codice dei contratti. Quest’ultimo, infatti, non identifica espressamente tali fattispecie tra quelle escluse dal suo ambito applicativo né ne fornisce disciplina alcuna.

Appare innanzitutto necessario svolgere alcune considerazioni sulla nuova disciplina fornita dalla direttiva 2014/24/UE in relazione all’istituto dell’*in house providing*.

I requisiti che tradizionalmente venivano individuati, altresì a livello europeo, per ritenere configurabile un’ipotesi di affidamento *in house* disposto legittimante sono: la totale partecipazione pubblica dell’ente/società controllato; l’esercizio di un controllo sull’attività dell’ente analogo a quello svolto dalla amministrazione controllante sulla propria attività; lo svolgimento esclusivo o quasi esclusivo da parte della controllata della sua attività nei confronti della controllante.

Ebbene, l’art. 12 in commento individua tali requisiti in modo maggiormente dettagliato, mostrando un atteggiamento di favore per lo sviluppo di un siffatto fenomeno.

¹⁶⁷ Si veda pag. 2 dello Studio in commento.

Ed infatti, la ritrosia manifestata dal legislatore nazionale, il quale ha preferito incentivare il ricorso alla concorrenza, relegando a ipotesi del tutto residuale il ricorso allo strumento dell'affidamento *in house*, non risulta essere condiviso a livello europeo, il quale ultimo ha sempre manifestato un atteggiamento di neutralità rispetto alle scelte delle amministrazioni purché rispettose dei presupposti elaborati dal legislatore e dalla giurisprudenza.

Tali condizioni sono: l'esercizio del controllo analogo; che non vi sia partecipazione diretta di capitale privato nella persona giuridica controllata ¹⁶⁸; più dell'ottanta per cento dell'attività della persona giuridica deve essere svolta nei confronti dell'amministrazione.

Se da un lato, dunque, potrebbe pensarsi che l'individuazione del limite quantitativo di attività che può essere svolta anche nei confronti di soggetti diversi dalla controllante possa essere utile esclusivamente ad individuare il carattere di prevalenza, in realtà il fatto che la direttiva utilizzi un criterio quantitativo (venti per cento) piuttosto che qualitativo (marginalità) assume un grandissimo rilievo, dal momento che in tal modo si finisce per ampliare l'ambito di azione del soggetto *in house* al di fuori della cooperazione con il pubblico.

Ed infatti, non è detto che tale venti per cento di attività, seppur marginale sotto il profilo quantitativo, lo sia anche dal punto di vista strategico.

Al paragrafo 4 dell'art. 12 vengono poi disciplinate quelle ipotesi di cooperazione pubblico-pubblico orizzontale escluse dall'applicazione della direttiva in commento, mediante le quali le amministrazioni aggiudicatrici concludono contratti tra di loro senza previo esperimento di una procedura ad evidenza pubblica.

Anche in tal caso vengono, ad ogni modo, individuate le condizioni perché possa ricorrersi a tale forma di cooperazione (scopo di perseguire obiettivi pubblici comuni; esclusivo perseguimento di un pubblico interesse, svolgimento di attività commerciale in misura inferiore al venti per cento delle attività oggetto di cooperazione).

Con riferimento a tale disciplina in materia di partenariato pubblico-pubblico, l'Autorità si è dunque interrogata sull'impatto che una siffatta normativa può avere sull'attuale sistema codicistico.

Dal punto di vista di attuazione e recepimento delle disposizioni in questione nel Codice, non sembrano sorgere notevoli difficoltà: potrebbe, infatti, pensarsi all'introduzione di una norma che disciplini dettagliatamente tutte le fattispecie escluse dall'applicazione del

¹⁶⁸ Vengono poi indicate le ipotesi in cui tale partecipazione pur sussistendo non impedisce il ricorso all'affidamento in deroga alle procedure ordinarie.

Codice stesso.

Maggiori problemi sorgono, invece, con riferimento ai riflessi sostanziali che da una tale disciplina si riverseranno sulle scelte operate dal legislatore nazionale per quel che riguarda la gestione dei servizi pubblici locali.

Come si è già avuto modo di precisare, il legislatore nazionale ha visto sempre con un certo sfavore gli affidamenti *in house* rispetto al ricorso all'evidenza pubblica. Questo forse anche in relazione alle preoccupanti vicende di cronaca che hanno interessato alcune delle società affidatarie diretti di servizi, lavori o forniture da parte di alcune amministrazioni statali centrali e locali ¹⁶⁹.

In tale direzione milita l'introduzione ad opera dell'art. 20 d.l. 6 luglio 2011, n. 98, della divisione in due classi degli enti regionali, provinciali e comunali a seconda della loro virtuosità, da cui discende la possibilità di sottostare a vincoli finanziari meno pesanti. Tra gli indici di tale virtuosità è stato inserito anche l'adozione di procedure ad evidenza pubblica.

Come opportunamente sottolineato dall'Autorità ¹⁷⁰ pertanto, se da un lato sarà consentito al legislatore nazionale introdurre misure più restrittive nell'individuazione dei criteri di definizione dell'*in house*, dall'altra tale scelta *“dovrà avvenire con un adeguato contemperamento degli interessi in gioco, tra i quali non solo la concorrenza ma anche esigenze di uniformità e trasparenza della normativa, sia a livello nazionale che comunitario, evitando, altresì, di comprimere ingiustificatamente l'autonomia organizzativa e la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici”*.

Passando, dunque ad analizzare altro e diverso profilo, si ritiene di evidenziare come le direttive sviluppino alcune leve fondamentali, elaborate nell'ambito della strategia Europa 2020, della quale gli appalti pubblici costituiscono perno e strumento strategico trasversale per conseguire una migliore efficienza nella spesa pubblica, realizzando una maggiore semplificazione e flessibilità delle procedure, e attuando procedimenti corretti. Al contempo, l'uso strategico e trasversale degli appalti pubblici mira a promuovere l'innovazione, l'accesso al mercato delle piccole e medie imprese, la tutela ambientale e la responsabilità sociale. Ciò è reso dal legislatore europeo con la locuzione *“crescita sostenibile, intelligente e inclusiva”*: sostenibile, nel senso di sviluppo di un'economia più efficiente sotto il profilo delle risorse, più rispettosa dell'ambiente e più competitiva,

¹⁶⁹ Si fa riferimento, tra gli altri, agli scandali che hanno interessato le società partecipate del Comune di Roma nell'anno 2014.

¹⁷⁰ Si veda pag. 14 dello Studio sulla direttiva 2014/24/UE citato.

intelligente, in quanto fondata sull'incremento di un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione, inclusiva, quale promozione di un'economia ad alto tasso di occupazione che favorisca la coesione sociale e territoriale.

Dal punto di vista della semplificazione e dello snellimento delle procedure di aggiudicazione si introducono alcuni importanti nuovi istituti e la revisione di altri già esistenti.

Innanzitutto, è dato un nuovo impulso alle comunicazioni elettroniche (art. 22 direttiva appalti settori ordinari e art. 40 direttiva settori speciali) di modo che l'utilizzo di mezzi elettronici costituisca la regola, e s'incentivi il ricorso a cataloghi elettronici, consentendo un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica, soprattutto in termini di risparmi di tempo e denaro.

Il processo d'informatizzazione del sistema degli appalti è fortemente accelerato con la previsione del documento di gara unico europeo (DGUE) ¹⁷¹ (art. 59 direttiva appalti), consistente in un'autodichiarazione avente la natura di prova documentale preliminare ai fini della partecipazione alla gara, attraverso la quale gli operatori economici possono partecipare alle gare nel mercato unico dichiarando il possesso dei requisiti di partecipazione.

Alla luce di tale previsione normativa, acquista rilevanza strategica il ruolo della Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP) di cui all'art. 6-bis del Codice. Il DGUE comporta una notevole semplificazione a vantaggio sia delle amministrazioni aggiudicatrici sia degli operatori, anche in termini di minori oneri economici. In tale contesto normativo la BDNCP rappresenta il fulcro di una leva particolarmente vantaggiosa per la rimozione del peso burocratico degli adempimenti posti a carico degli operatori economici e delle stazioni appaltanti e si pone in perfetta sintonia con gli obiettivi di semplificazione della direttiva appalti, costituendo, di fatto, un'anticipata realizzazione di quanto enucleato dal considerando 85, della medesima direttiva, che pone in capo alla Commissione l'obiettivo di rafforzare gli strumenti che offrono accesso ai fascicoli d'impresa virtuali, o mezzi per facilitare l'interoperabilità tra banche dati.

Le direttive danno, inoltre, impulso all'aggregazione della domanda: accanto alla tradizionale figura della centrale di committenza, peraltro arricchita nella definizione e nelle attribuzioni, s'introduce la possibilità per due o più amministrazioni aggiudicatrici di

¹⁷¹ Tale documento è stato inserito altresì all'art. 1, comma, 1 lett. aa), della legge delega fornente principi e criteri per l'emanazione del nuovo Codice in materia di appalti e concessioni.

“eseguire” congiuntamente alcuni appalti specifici nonché nuove e peculiari norme in materia di appalti transfrontalieri congiunti.

Si prevede che l'appalto congiunto possa assumere numerose forme diverse, quali l'appalto coordinato (ove le amministrazioni coordinano l'esercizio di funzioni proprie in vista del conseguimento di un risultato comune in modo complementare e sinergico, ossia in forma di reciproca collaborazione), o l'elaborazione di specifiche tecniche comuni per lavori, forniture o servizi che saranno appaltati da varie amministrazioni aggiudicatrici, ciascuna delle quali attua una procedura d'appalto distinta. Infine, si prevede la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici interessate di attuare congiuntamente un'unica procedura d'appalto o agendo in comune o affidando a un'amministrazione aggiudicatrice la gestione della procedura d'appalto in nome di tutte le amministrazioni aggiudicatrici.

L'introduzione del nuovo istituto delle “*consultazioni preliminari di mercato*” (art. 40 direttiva appalti settori ordinari, art. 58 direttiva settori speciali) pone in essere una forma nuova di flessibilizzazione procedurale e sostanziale, attraverso la quale è espressamente prevista la possibilità di richiedere consulenze oltre che a esperti anche ad autorità indipendenti.

Potrebbe pertanto essere opportuno valorizzare, in sede di recepimento, detto istituto, prevedendo un coinvolgimento preventivo dell'Autorità rispetto all'indizione di specifiche procedure di gara, sulla falsariga di quello attualmente previsto dall'art. 69 del Codice (limitato alle condizioni particolari di esecuzione del contratto prescritte nel bando o nell'invito). Ciò potrebbe rivelarsi di grande utilità ai fini di una trasparente e corretta impostazione del disegno di gara con conseguente riduzione del contenzioso.

Estremamente rilevante è l'ampliamento dell'istituto del soccorso istruttorio: si aumenta l'ambito di ammissibilità della regolarizzazione, volta anche a sanare la mancata produzione di documenti specifici e non solo a chiarire e integrare i documenti presentati dagli operatori economici, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza (in tale direzione già si è mossa la riforma normativa che ha previsto la modifica dell'art. 38 e 46 del Codice dei contratti, su cui meglio *infra*).

Le direttive pongono, inoltre, l'accento sulla ridefinizione dei criteri di aggiudicazione: si supera il c.d. principio dell'equivalenza dei criteri di aggiudicazione, privilegiando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il criterio dell'offerta più bassa risulta residuale e comunque il criterio di determinazione del prezzo deve essere effettuato

tenendo conto del costo di tutto il ciclo di vita del bene, manutenzioni e smaltimento finale compresi. In tal modo le c.d. esternalità negative (i costi futuri di un bene, non predeterminati né predeterminabili) non ricadranno sulla collettività. Ciò in particolare per quanto riguarda i costi ambientali, che devono essere inclusi nell'offerta, di modo che s'incoraggiano i concorrenti a cercare soluzioni tecnologiche che ottimizzino questi costi e si accresce l'efficienza della spesa pubblica a lungo termine.

Per evitare confusione con il criterio di aggiudicazione, finora applicato in base alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, noto come *“offerta economicamente più vantaggiosa”*, il legislatore europeo ha coniato un termine diverso, e cioè il *“miglior rapporto qualità/prezzo”*. L'offerta più vantaggiosa è individuata sulla base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia valutato in conformità a criteri quali gli aspetti qualitativi, ambientali e sociali connessi all'oggetto dell'appalto. Il fine perseguito con l'indicazione di tali criteri è di promuovere la qualità e l'innovazione negli appalti pubblici, di includere gli aspetti ambientali e sociali, con particolare riferimento alla tutela dell'occupazione e delle condizioni di lavoro nonché a favore dei disabili e di altri gruppi svantaggiati.

Si segnala la previsione, del tutto innovativa, secondo cui l'elemento riguardante il costo può assumere la forma di un prezzo o costo fisso e gli operatori economici competono solo in base a criteri qualitativi.

Per agevolare la partecipazione delle piccole e medie imprese e favorire la concorrenza, il legislatore europeo ha inteso poi fare leva sulla suddivisione dell'appalto in lotti, ponendo l'obbligo, nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici, di fornire una motivazione della decisione di non suddividere l'appalto in lotti.

Un'ulteriore misura per agevolare la partecipazione delle piccole e medie imprese alle gare, attiene al requisito del fatturato: il legislatore comunitario riconosce l'illegittimità di criteri che fissano, senza adeguata motivazione, limiti di accesso alla gara connessi al fatturato aziendale, che non può essere richiesto in misura superiore al doppio dell'importo dell'appalto.

Infine, tenuto conto che le piccole e medie imprese intervengono nella filiera dell'appalto in qualità di subappaltatori, è previsto che gli Stati membri abbiano la facoltà di creare meccanismi per il pagamento diretto ai subappaltatori, per proteggere le piccole e medie imprese dal rischio di mancato pagamento.

Ed ancora, per promuovere l'innovazione s'introduce il partenariato per l'innovazione: è

una procedura speciale per la ricerca, lo sviluppo e il successivo acquisto o fornitura di prodotti, lavori e servizi innovativi, non disponibili sul mercato, nel rispetto di prestazioni e costi concordati con procedura articolata in più fasi, con negoziazione volta a individuare la migliore soluzione e aggiudicazione con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo.

Il partenariato per l'innovazione, che attribuisce alle amministrazioni una maggiore capacità di negoziazione, è strutturato in fasi successive secondo la sequenza delle fasi del processo di ricerca e di innovazione, che può comprendere la fabbricazione dei prodotti o la prestazione dei servizi o la realizzazione dei lavori.

Un elemento di novità, introdotto nella disciplina sugli appalti pubblici, è costituito dal calcolo dei costi del ciclo di vita e del processo di produzione, ritenuto dal legislatore europeo uno strumento strategico per la realizzazione degli obiettivi di Europa 2020: il concetto di costo comprende tutti i costi che potrebbero emergere durante l'intero ciclo di vita di un appalto di lavori, servizi o forniture.

Sono individuate due tipologie di costi: a) quelli sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice (quali i costi di acquisizione, costi correlati all'utilizzo, costi di manutenzione e costi di fine vita); b) quelli che si riferiscono alle esternalità ambientali, quali i costi di emissione e di attenuazione dei cambiamenti climatici.

L'approccio basato sul ciclo di vita del prodotto/servizio ha una visione globale del "mercato ecologico", sinergico con tutti i settori che interagiscono nella produzione del bene. In tal modo si evita che le iniziative incentrate su singole fasi del ciclo di vita si limitino a trasferire il carico ambientale su altre fasi.

Le specifiche tecniche devono consentire la presentazione di offerte definite sulla base dei criteri in materia di prestazione legati al ciclo di vita e alla sostenibilità del processo di produzione di lavori, forniture e servizi.

Quando l'amministrazione aggiudicatrice valuta i costi attraverso un "sistema di costi del ciclo di vita", deve evidenziare negli atti di gara il metodo valutativo che seguirà nel determinare il costo del ciclo di vita: in caso di costi ambientali esterni, sono prefissati limiti e condizioni (come oggettività, verificabilità, ragionevolezza, proporzionalità, accessibilità) ovvero dovrà essere fatto riferimento a metodi approvati ufficialmente nell'Unione europea.

Una delle principali novità della nuova normativa europea consiste nell'introduzione, tra i principi generali, dell'obbligo per gli Stati membri di adottare le misure appropriate per garantire l'integrazione dei requisiti in materia ambientale, sociale e del lavoro nelle

procedure di gara nonché nell'esecuzione dei contratti, e far sì che gli operatori economici rispettino detti obblighi stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, dai contratti collettivi o dal diritto internazionale.

Il rispetto di tali obblighi è valutato dalle stazioni appaltanti in fase di selezione, di aggiudicazione, di verifica dell'offerta anomala, ed anche nei riguardi del subappaltatore.

Per quanto riguarda, poi, i principi per l'aggiudicazione degli appalti si segnala come l'art. 18 della direttiva sui settori ordinari introduca la nozione di "*arbitraria restrizione della concorrenza*", la quale ricorre ogniqualvolta il bando sia stato predisposto in modo da sfavorire o favorire intenzionalmente ed illegittimamente determinati operatori economici.

Anche sotto tale profilo potrebbe rivestire un ruolo di primo ordine l'Autorità Nazionale Anticorruzione, attualmente preposta, come detto, allo svolgimento della funzione di vigilanza sul settore dei contratti pubblici.

Ed infatti, potrebbe pensarsi al riconoscimento di specifici poteri sanzionatori in capo a suddetta Autorità (ovvero in capo all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato), da esercitare nel caso di inserimento nel bando o nella normativa speciale di gara di clausole comportanti un'arbitraria restrizione della concorrenza, in quanto manifestamente e ingiustamente discriminatorie di taluni degli operatori del mercato.

Nello stesso modo, potrebbe pensarsi all'attribuzione all'Autorità di ulteriori poteri di tipo sanzionatorio esercitabili nel caso di verificati conflitti di interessi tra le stazioni appaltanti e le imprese in gara o prescelte quali aggiudicatarie. Ciò alla luce di quanto espressamente previsto in materia di prevenzione, individuazione e rimedi ai conflitti di interesse di cui all'art. 24 della direttiva 2014/24/UE.

2.2. La disciplina dell'in house providing alla luce delle nuove direttive appalti.

Una menzione particolare merita la tematica dell'*in house providing*, in virtù del carattere derogatorio che tale fattispecie presenta rispetto all'ordinaria applicazione della normativa dell'evidenza pubblica, circostanza che la rende oggetto di un rilevante rischio corruttivo.

Con riferimento a tale ipotesi di partenariato pubblico-pubblico, occorre innanzitutto evidenziare come le caratteristiche proprie di tale fenomeno siano state individuate per la prima volta dalla Corte di Giustizia, nella sentenza *Teckal* del 1999.

A tal riguardo, in particolare, la Corte ha precisato come per potersi procedere ad affidamenti in deroga alla disciplina sull'evidenza pubblica, con conseguente scelta diretta

del soggetto affidatario del contratto in questione, è necessario che ricorrano due presupposti: vi sia un controllo analogo esercitato dalla pubblica amministrazione affidante sugli organi della società affidataria (si riteneva, inizialmente, anche mediante il possesso da parte della p.a. dell'interessa del capitale ovvero delle quote societarie); la società svolga la parte prevalente della propria attività nei confronti dell'amministrazione.

Appare opportuno segnalare, sin d'ora, come i requisiti appena indicati siano stati per la prima volta disciplinati espressamente dalle nuove direttive europee in materia di contratti pubblici, approvate nel 2014 e in corso di recepimento. Tali provvedimenti normativi apportano alcune variazioni a quella che è stata finora la disciplina, solo giurisprudenziale dell'istituto, facendo acquisire autonomia dogmatica ad un istituto sino ad oggi caratterizzato da forti incertezze e interpretazioni applicative differenziate di Stato in Stato. In particolare, con riferimento al requisito dell'attività prevalentemente svolta nei confronti della pubblica amministrazione viene puntualmente individuato, in termini percentuali, il rapporto che deve sussistere tra questa e l'attività complessiva svolta dalla società *in house* (come già precisato nel paragrafo precedente, al quale si rinvia in merito alle valutazioni delle ripercussioni che ne derivano, l'ottanta per cento).

Quanto, invece, al controllo analogo, a differenza di quanto accadeva fino ad ora la sussistenza di un siffatto requisito non viene messa in dubbio per il solo fatto della partecipazione dei privati in forma minima al capitale sociale, purché vi siano sufficienti garanzie dell'esercizio da parte dell'amministrazione di un controllo sugli organi della società analogo a quello esercitato sui propri uffici, mediante previsione di strumenti quali patti parasociali o potere di veto per le decisioni più importanti. Al contempo, vengono confermate quelle teorie già elaborate dalla giurisprudenza che ammettevano forme di *in house* a cascata (sempre che sia garantito l'esercizio di forme di controllo più penetranti dell'amministrazione anche sull'ultima società della catena), nonché l'esercizio del controllo analogo in maniera frazionata (purché non vi sia un'eccessiva sproporzione tra la partecipazione pubblica, preponderante, e privata, minima, circostanza da cui deriverebbe l'impossibilità per i soci privati di procedere, con chiaro intento elusivo, ad affidamento diretto nei confronti dell'*in house*).

Ebbene, come si è avuto modo di precisare, la normativa nazionale consente, sebbene il legislatore conservi una certa diffidenza riguardo alla diffusione del fenomeno dell'*in house*, l'affidamento diretto di un contratto di appalto ad una società, nel caso di sussistenza dei requisiti necessari individuati *in primis* a livello comunitario, con

conseguente deroga alla disciplina sull'evidenza pubblica.

Alla luce di ciò, ci si è posti, pertanto, la questione in merito alla disciplina applicabile alla società *in house* con riferimento, ad esempio, alla responsabilità degli amministratori rispetto ai danni commessi contro la società.

A differenza dell'organismo di diritto pubblico per il quale deve ritenersi preferibile l'applicazione della normativa privatistica e la conseguente giurisdizione del giudice ordinario, nel caso della società *in house*, quest'ultima non rappresenta un'entità separata e diversa, avente autonoma personalità giuridica rispetto all'amministrazione controllante, bensì un apparato, un organo stesso di tale amministrazione, quale *longa manus* della medesima¹⁷². Alla luce di ciò, non si ritiene possibile operare una netta scissione né di tipo organizzativo né patrimoniale tra i due soggetti giuridici; il patrimonio della società *in house* altro non rappresenta che un patrimonio separato facente capo alla stessa pubblica amministrazione, in virtù proprio dell'assenza di alterità tra p.a. controllante e società affidataria. Da quanto affermato deriva la sottoposizione degli amministratori della società, in ipotesi di danno al patrimonio della stessa, alla giurisdizione contabile della Corte dei Conti.

2.3. Obblighi dichiarativi e documentali e soccorso istruttorio: ruolo dell'Autorità nell'elaborazione delle linee guida rivolte alle stazioni appaltanti.

Ai sensi di quanto disposto dalla normativa sugli appalti pubblici contenuta nel Codice dei contratti e nel Regolamento, affinché un'impresa possa partecipare ad una procedura ad evidenza pubblica ed eventualmente risultare aggiudicataria della stessa, è necessario che questa sia titolare di alcuni requisiti di ordine morale, economico-finanziario e tecnico, così come individuati dalla disciplina di settore e dalla *lex specialis* di gara.

Al fine di agevolare la stazione appaltante nell'attività di verifica del possesso dei predetti requisiti in capo ai soggetti partecipanti alla procedura, il Codice dei contratti, recependo le indicazioni sul punto fornite dalle direttive europee in materia di appalti, ha puntualmente delineato un sistema di obblighi dichiarativi e documentali in capo all'impresa concorrente volti ad attestare il possesso da parte della stessa dei requisiti di ordine generale e speciali richiesti dalla legge e dal bando.

¹⁷² Per una definizione della nozione di *in house* e l'individuazione dei confini della stessa si veda, R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., 213 ss.

A tal proposito, appare opportuno innanzitutto evidenziare come l'art. 38, comma 1, del Codice disponga espressamente che non possono partecipare alle procedure di affidamento delle concessione e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, né possono addivenire alla stipula dei relativi contratti, quei soggetti che si trovano in una delle situazioni indicate alle lettere da *a)* a *m-quater)* della stessa disposizione.

Le singole ipotesi specificamente individuate dalla norma in commento rappresentano requisiti, per così dire, di carattere negativo, che le imprese concorrenti devono possedere durante tutto lo svolgimento della procedura, sin dal momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte o della domanda di partecipazione fino alla stipula del contratto e durante la stessa esecuzione di questo.

I requisiti disciplinati dall'art. 38 del Codice rappresentano i c.d. requisiti di ordine generale o morale, che attengono all'affidabilità dell'impresa partecipante alla procedura, a differenza dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale di cui agli artt. 41 e 42 del medesimo Codice dei contratti.

Per ottenere l'aggiudicazione del contratto, nonché, come detto, per poter innanzitutto essere ammessi a partecipare alla gara, è necessario che l'impresa sia in possesso di entrambe le tipologie di requisiti.

Ebbene, spetterà al singolo concorrente dimostrare il possesso dei predetti requisiti, adempiendo in primo luogo a quelli che sono gli obblighi dichiarativi e documentali individuati nello specifico dal legislatore.

Per quanto riguarda, in particolare, i requisiti di ordine generale, si sottolinea come lo stesso art. 38 prescriva, al comma 2, l'onere per il candidato o il concorrente di attestare il possesso dei requisiti in questione mediante dichiarazione sostitutiva presentata in conformità alle previsioni del testo unico in materia di documentazione amministrativa, di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, nella quale dovranno essere altresì indicate tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali si sia beneficiato della non menzione.

Con riferimento, invece, ai requisiti speciali, gli artt. 41 e 42 del Codice individuano rispettivamente la documentazione attraverso cui è consentito alle imprese partecipanti fornire la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economica ovvero tecnica.

Con riferimento agli obblighi dichiarativi e documentali sopra richiamati, si sono susseguiti nel tempo diversi orientamenti elaborati sia dalla dottrina che dalla

giurisprudenza ¹⁷³ in merito alla necessità per la stazione appaltante di procedere all'esclusione dell'impresa che avesse omissso di adempiere a quanto previsto dalla disciplina normativa in proposito, ovvero alla possibilità per la stessa di richiedere, in virtù del principio di collaborazione tra amministrazione e privato, l'integrazione o la regolarizzazione della documentazione in questione.

In questo contesto di incertezza applicativa, un ruolo di fondamentale importanza è stato svolto dapprima dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ed ora dall'Autorità Nazionale Anticorruzione.

Per quanto riguarda la seconda delle suddette ipotesi, appare opportuno evidenziare come l'art. 6, della l. n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, preveda la facoltà in capo al responsabile del procedimento di procedere al c.d. soccorso istruttorio, richiedendo in particolare ai privati il rilascio di dichiarazioni o la rettifica di istanze o dichiarazioni incomplete od erronee, al fine di assicurare il regolare e sollecito svolgimento dell'istruttoria.

Alcune perplessità sono sorte, tuttavia, in principio in merito alla possibilità di ritenere valevole tale regola dell'azione amministrativa, manifestazione del principio di collaborazione tra amministrazione e privato, anche nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica. Ciò in particolare nell'ipotesi in cui sia espressamente il bando a prevedere l'obbligo dichiarativo a pena di esclusione.

Proprio in virtù della forza cogente che veniva riconosciuta al bando e dell'impossibilità per la stazione appaltante di derogarvi, un primo orientamento giurisprudenziale ¹⁷⁴ negava il riconoscimento all'amministrazione del potere di richiedere integrazioni o regolarizzazioni della documentazione presentata. Si riteneva, infatti, che una siffatta facoltà si ponesse in contrasto sia con il principio *della par condicio* vigente in materia di gare, sia con quello di autoresponsabilità del singolo partecipante alla procedura.

Alla luce di ciò, il soccorso istruttorio si ammetteva solo in via del tutto eccezionale, ossia nelle sole ipotesi di carenza di documentazione di tipo accessorio, a fronte della corretta presentazione delle dichiarazioni e dei documenti oggetto specifico dell'obbligo di legge, sulla base di quanto previsto dall'art. 46 del Codice.

Tale impostazione prettamente formalistica era avvalorata altresì dal riconoscimento da

¹⁷³ A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2015, 1127 ss.

¹⁷⁴ Ciò è quanto stabilito, ad esempio, dalla sentenza T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I 22 novembre 2007, n. 6410.

parte della giurisprudenza ¹⁷⁵ della possibilità per la stazione appaltante di inserire nel bando cause di esclusione connesse a carenze dichiarative e documentali diverse ed ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge. Con riferimento a tali ulteriori ipotesi di esclusione al giudice era, infatti, consentito unicamente sindacare la ragionevolezza delle stesse, ossia la proporzionalità dell'obbligo aggiuntivo inserito nella disciplina di gara ed il sacrificio richiesto al provato nell'adempire allo stesso.

L'eccessivo formalismo che andava via via consolidandosi ha comportato, tuttavia, un esponenziale aumento delle esclusioni dovute a dichiarazioni anche solo parzialmente incomplete o irregolari, da cui altresì l'incremento dei ricorsi giurisdizionali sul punto.

Un ruolo di fondamentale importanza è stato svolto, nella vicenda *de qua*, dal legislatore nazionale.

Questi è in un primo momento intervenuto mediante l'inserimento, ad opera del d.l. n. 70/2011, del comma 1 *bis* all'art. 46 del Codice dei contratti, di seguito al comma 1 che prevedeva la possibilità per la stazione appaltante di invitare, ove necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto di certificati, documenti o dichiarazioni già presentate.

Ebbene, con l'aggiunta del comma 1 *bis*, viene puntualmente positivizzato nell'art. 46 citato il principio della tassatività delle cause di esclusione, precisando come sia consentito alle stazioni appaltanti procedere all'esclusione di un concorrente solo in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice o dal regolamento o da altre disposizioni di legge, ovvero nell'ipotesi di assoluta incertezza sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta ovvero di irregolarità riguardanti l'integrità del plico.

Al secondo periodo del comma 1 *bis* si stabilisce espressamente altresì la nullità delle prescrizioni di bandi e lettere di invito che contengono, in violazione del richiamato principio di tassatività, cause di esclusione diverse ed ulteriori rispetto a quelle di legge. Tale invalidità rappresenta, dunque, un'ipotesi di nullità testuale, dalla quale deriva la possibilità per il giudice di rilevarla di ufficio e di procedere alla disapplicazione della previsione in questione, a differenza di quanto avviene per le prescrizioni del bando di gara, le quali sono al più annullabili dal giudice a seguito di proposizione di apposito ricorso ad opera della parte.

¹⁷⁵ *Ex multis*, T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 19 giugno 2006, n. 1019, nella quale si precisava che: "l'Ente appaltante può introdurre ulteriori cause di esclusione dalla gara con il limite della loro ragionevolezza e logicità".

Alcuni dubbi interpretativi sono sorti anche con riferimento alla portata applicativa del principio di tassatività.

Ed infatti, un primo orientamento più rigoroso sviluppatosi in dottrina e giurisprudenza affermava che, perché potesse configurarsi una causa di esclusione, era necessario non solo che la previsione normativa individuasse specificamente l'obbligo dichiarativo o documentale, ma altresì che la stessa sanzionasse espressamente la violazione del medesimo mediante l'esclusione.

Una diversa teoria, cui ha aderito altresì l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ¹⁷⁶, riteneva, invece, sufficiente che la prescrizione di legge o regolamento individuasse chiaramente l'obbligo, senza che fosse necessaria la puntuale previsione sanzionatoria dell'inadempimento allo stesso in termini di esclusione dalla gara.

Alcuna apertura veniva, tuttavia, manifestata con riferimento alla possibilità di procedere al soccorso istruttorio nelle ipotesi di carenze od omissioni dichiarative connesse ad obblighi di legge.

Il sistema descritto subisce un ulteriore momento di irrigidimento a seguito dell'intervento dell'Adunanza Plenaria ¹⁷⁷, la quale estende l'applicazione del principio dell'eterointegrazione del contratto altresì al bando, affermando come quest'ultimo vincoli il privato all'adempimento di tutti gli obblighi di tipo dichiarativo e documentale previsti dalla normativa di settore anche qualora non puntualmente richiamati dal bando stesso.

Nella diversa ipotesi in cui, invece, nel bando venga inserita una clausola contraria ad una statuizione di legge, escludendo l'obbligatorietà di adempimenti dichiarativi prescritti dalla disciplina dell'evidenza, in tal caso spetterà al terzo non aggiudicatario impugnare bando ed aggiudicazione, se disposta verso un soggetto che non ha adempiuto agli obblighi in questione, in quanto annullabili per violazione di legge.

Ebbene, fatto salvo quanto precisato finora, occorre evidenziare come la disciplina attualmente vigente in materia di obblighi dichiarativi sia sensibilmente mutata a seguito di un ulteriore intervento riformatore del legislatore, mediante emanazione del d.l. n. 90/2014, il quale ha introdotto un nuovo comma 2 *bis* all'art. 38 e un comma 1 *ter* all'art. 46 del Codice.

Per quanto riguarda, pertanto, la prima delle citate disposizioni, occorre evidenziare innanzitutto come in questa il legislatore operi una distinzione tra irregolarità c.d.

¹⁷⁶ Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9.

¹⁷⁷ Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, citata.

essenziali che possono inficiare la regolarità delle dichiarazioni rese ai sensi del comma 2 del medesimo art. 38 del Codice, ovvero quelle c.d. non essenziali, con conseguenze significative in ordine al regime applicabile alle stesse.

Con riferimento alle irregolarità essenziali, il legislatore stabilisce espressamente che queste obbligano il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, di una sanzione pecuniaria così come determinata nel bando di gara, in misura ad ogni modo non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore dell'appalto e comunque non superiore a cinquantamila euro. La stazione appaltante sarà tenuta, in tali ipotesi, ad assegnare al privato un termine non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie. Decorso inutilmente tale termine, il concorrente sarà dunque escluso.

Con riferimento alla sanzione pecuniaria, appare opportuno sottolineare come di recente la giurisprudenza contabile abbia ritenuto dovuta la stessa da parte dell'impresa risultata inadempiente agli obblighi dichiarativi anche qualora quest'ultima dovesse scegliere di non procedere alla regolarizzazione.

Diversamente da quanto avviene in caso di irregolarità essenziali, qualora le violazioni di obblighi dichiarativi siano tali da integrare un'ipotesi di irregolarità connotata da minore gravità, ossia in caso di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non deve né richiedere la regolarizzazione né comminare alcuna sanzione.

Un primo problema ermeneutico sorge con riferimento alla riconduzione delle singole violazioni degli obblighi dichiarativi tra quelli che producono irregolarità essenziali o non. A tal proposito, alcune indicazioni utili vengono fornite da una recente determina dell'Autorità Nazionale Anticorruzione¹⁷⁸ in base alla quale rientrano nella categoria delle irregolarità essenziali quegli inadempimenti che generano un'incertezza riguardo il contenuto delle dichiarazioni medesime ed i soggetti tenuti a rilasciarle, da cui derivi l'impossibilità di stabilire se il singolo requisito sia o meno posseduto dall'impresa.

Ebbene, proprio con riferimento alle irregolarità c.d. essenziali, l'Autorità ha ritenuto opportuno evidenziare come, all'interno di tale categoria, sia possibile distinguere tra quelle irregolarità che, seppur essenziali, possono essere sanate dal concorrente e quelle che, a causa della loro incidenza sul contenuto dell'offerta o sulla loro segretezza, comportano *tout court* l'esclusione dalla gara.

¹⁷⁸ Determina n. 1/2015, approvata dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza dell'8 gennaio 2015.

Una prima ipotesi di irregolarità esaminata dall'Autorità attiene alla mancata sottoscrizione della domanda e dell'offerta da parte del titolare o del legale rappresentante dell'impresa o di altro soggetto munito di poteri di rappresentanza. La sottoscrizione dell'offerta, come precisato dall'Autorità, assolve la funzione di *“ricondere al suo autore l'impegno di effettuare la prestazione oggetto del contratto verso il corrispettivo richiesto ed assicurare, contemporaneamente, la provenienza, la serietà e l'affidabilità dell'offerta”* ¹⁷⁹. La sottoscrizione della domanda, a sua volta, attiene propriamente alla manifestazione di volontà di partecipare alla gara.

Entrambe le sottoscrizioni, alla luce di ciò, vengono considerate elementi essenziali necessari all'utilizzazione della documentazione di gara.

Ciononostante, l'Autorità ha ritenuto, con riferimento ad entrambe le ipotesi, di consentire il soccorso istruttorio, secondo le modalità stabilite dalle nuove disposizioni sulla regolarizzazione delle dichiarazioni e della documentazione in generale.

Al riguardo, si ritiene tuttavia di svolgere alcune ulteriori osservazioni. Se da un lato, infatti, si condivide quanto affermato dall'Autorità in merito alla sanabilità della mancata sottoscrizione della domanda di partecipazione, maggiori perplessità sorgono in ordine all'applicazione dello stesso regime di favore in caso di mancata sottoscrizione dell'offerta. Ciò in quanto una tale irregolarità sarebbe evincibile esclusivamente in fase di apertura delle buste contenenti offerta tecnica ed economica, ossia in seduta pubblica: in tale sede ben potrebbe, dunque, un'impresa partecipante decidere ad esempio di non sottoscrivere l'offerta e di accordarsi con altro concorrente al fine di un'esecuzione congiunta dell'appalto oggetto di gara.

Una seconda fattispecie di vizio sanabile individuato dall'Autorità riguarda la presentazione della cauzione provvisoria a corredo dell'offerta di cui all'art. 75 del Codice. Con riferimento a tale garanzia, la precedente Autorità ¹⁸⁰ aveva qualificato come causa di esclusione dalla gara la mancata o irregolare presentazione, in assenza degli impedimenti previsti dall'art. 75 citato, della cauzione in questione.

Di diverso avviso era, invece, la giurisprudenza amministrativa ¹⁸¹, in base alla quale i vizi che attengono alla cauzione provvisoria non avrebbero determinato l'esclusione dalla gara dell'impresa, in virtù di quanto previsto dall'art. 46, comma 1 *bis*, del Codice in merito alla tassatività delle cause di esclusione, essendo consentito al privato procedere

¹⁷⁹ Determina n. 1/2015 citata, pagg. 13 e ss.

¹⁸⁰ A tal proposito si veda la determinazione AVCP n. 4/2012.

¹⁸¹ *Ex multis*, Cons. St., sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5781.

all'integrazione o regolarizzazione della stessa.

Ebbene, valorizzando la *ratio* del comma 1 *ter* dell'art. 46 di recente introdotto, l'Autorità ha precisato come tale carenza dichiarativa sia perfettamente sanabile qualora la cauzione sia stata già costituita alla data di presentazione dell'offerta e rispetti le previsioni di cui all'art. 75, comma 5, del Codice. Diversamente tale possibilità sarà preclusa, dal momento che una soluzione differente porterebbe ad un'ingiustificabile violazione del principio di *par condicio* dei concorrenti.

Per quanto riguarda, invece, la diversa ipotesi di mancata effettuazione del sopralluogo negli appalti di lavori di cui all'art. 106, comma 2, del regolamento, l'Autorità ha evidenziato come tale fattispecie rappresenti una violazione essenziale non sanabile. Quello in commento rappresenta, infatti, un adempimento che deve necessariamente essere effettuato antecedentemente alla presentazione dell'offerta, in quanto finalizzato ad assicurare che il concorrente abbia piena contezza delle condizioni di esecuzione dei lavori. Al contrario, la mera mancata o irregolare allegazione della dichiarazione di cui all'art. 106, comma 2, citato, ove il concorrente abbia effettuato effettivamente il sopralluogo, non integra un'ipotesi di vizio non sanabile.

Appare, ad ogni modo, opportuno ritenere che debbano essere altresì considerate essenziali tutte quelle ipotesi in cui la legge preveda obblighi dichiarativi a pena di esclusione.

La seconda delle disposizioni su cui è intervenuto di recente il legislatore è invece, come detto, l'art. 46, nel quale è stato inserito il nuovo comma 1 *ter*, diretto ad estendere la portata applicativa del sopra esaminato art. 38, comma 2 *bis* ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi o delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara, quali ad esempio la garanzia a corredo dell'offerta di cui all'art. 75 del Codice o, ancora, le dichiarazioni in tema di avvalimento ovvero quella di cui all'art. 37, comma 4.

Alla luce di quanto detto e in virtù delle disposizioni commentate, al soccorso istruttorio è stata riconosciuta dignità di principio altresì in materia di evidenza pubblica. Sulla base del dettato delle disposizioni citate, è preclusa, pertanto, attualmente alle stazioni appaltanti la possibilità di procedere all'esclusione diretta del concorrente senza riconoscimento di un termine finalizzato alla regolarizzazione della documentazione fornita, sia essa attinente ai requisiti di ordine generale di cui all'art. 38, ovvero speciali di cui agli artt. 41 e 42 del Codice.

Al fine di disincentivare comportamenti di approfittamento da parte delle imprese

concorrenti, è tuttavia, come precisato sopra, stabilita l'irrogazione di una sanzione da parte della stazione appaltante, che dovrà essere predeterminata nel bando, al fine di scongiurare il rischio di applicazione di sanzioni modulate sul destinatario delle stesse.

Occorre, inoltre, sottolineare come, affinché possa ritenersi consentito il ricorso al soccorso istruttorio, è necessario che si tratti di un'ipotesi di omissione di dichiarazioni e non di falsità delle stesse.

Parte della giurisprudenza ¹⁸², ritenendo applicabile la fattispecie penalistica del falso innocuo altresì al diritto amministrativo, aveva ritenuto ammissibile la regolarizzazione e l'integrazione della documentazione anche in caso di false dichiarazioni, qualora fosse poi in concreto verificato il possesso dei requisiti di partecipazione in capo all'impresa (come nel caso, ad esempio, di false dichiarazioni riguardo la sussistenza di sentenze penali di condanna che, tuttavia, in virtù della limitata gravità del reato, non avrebbero comportato l'esclusione dalla gara).

L'orientamento prevalso in dottrina e giurisprudenza milita, ad ogni modo, per l'impossibilità di procedere ad un'applicazione analogica nel diritto amministrativo del falso innocuo di elaborazione penalistica. Ciò in quanto, mentre in ambito penale i provvedimenti emanati incidono sulla libertà personale, da cui la necessità che la fattispecie di reato soddisfi il requisito dell'offensività in concreto, diversa è la *ratio* della sanzione amministrativa. In tal caso, ciò che determina l'applicazione della sanzione dell'esclusione è la stessa condotta di falso, a prescindere dalla reale capacità della stessa di produrre una lesione ad un interesse protetto dall'ordinamento.

Ed ancora, un'ulteriore ipotesi in cui non è consentito alla stazione appaltante richiedere la regolarizzazione documentale si ha qualora, alla luce di quanto ancora una volta precisato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione ¹⁸³, la regolarizzazione comporti una modifica sostanziale dell'offerta, la quale risulta del tutto carente o parzialmente incompleta. Ciò in quanto, consentire una siffatta integrazione attribuirebbe un vantaggio competitivo all'impresa inadempiente, mediante riconoscimento della possibilità di modificare il contenuto dell'offerta a seguito della scadenza del termine di presentazione della stessa.

Alla luce di quanto fin qui precisato, se da un lato vige ancora nel nostro ordinamento il principio dell'eterointegrazione del bando e permane un orientamento della giurisprudenza comunitaria che ritiene legittima una normativa nazionale che consenta di escludere dalla

¹⁸² Cons. St., sez. III, 16 marzo 2012, n. 1471.

¹⁸³ Nella citata determina n. 1/2015.

gara sulla sola base di ragioni attinenti ad adempimenti formali, la disciplina degli obblighi dichiarativi e documentali, così come di recente novellata dal legislatore, sembra condurre verso la creazione di un sistema attento a sanzionare in via definitiva esclusivamente irregolarità ed inadempimenti che comportano una sostanziale violazione della disciplina dell'evidenza pubblica.

Alla creazione di un siffatto sistema ha contribuito e potrà contribuire in futuro l'Autorità preposta alla vigilanza del settore.

Ed infatti, un atteggiamento prudente della giurisprudenza, da cui la propensione per soluzioni di rigida applicazione della normativa, è spesso dovuto alla sfiducia che lo stesso legislatore ha nell'operato delle stazioni appaltanti e degli operatori economici loro controparti. La libera determinazione degli stessi nel loro agire viene spesso arginata al fine di evitare la diffusione di fenomeni corruttivi e, più in generale, di alterazione del mercato.

A ben vedere, tuttavia, un eccessivo irrigidimento delle regole del settore potrebbe comportare appesantimenti delle procedure nonché potrebbe non corrispondere al reale soddisfacimento dell'interesse pubblico. È proprio per tali ragioni che un'attività dell'Autorità volta a uniformare il comportamento delle stazioni appaltanti, fornendo precipue indicazioni in merito all'applicazione e all'interpretazione della disciplina di settore consente di costruire un sistema efficiente di vigilanza *ex ante*, idoneo a privilegiare la sostanza piuttosto che la forma di una procedura di evidenza pubblica.

3. Proposta di razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale.

Come si è già avuto modo di precisare ¹⁸⁴, l'art. 6, comma 7, lett. n), del Codice dei contratti, nella sua versione vigente, attribuisce alla precedente Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, il potere di esperire, su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle parti, parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento di delle procedure di gara, eventualmente formulando ipotesi di soluzione.

A seguito dell'incorporazione della precedente Autorità nell'Autorità Nazionale Anticorruzione, quest'ultima ha ereditato tale potere senza che sia stata apportata dal legislatore alcuna modifica in ordine al contenuto e all'efficacia del parere emanato in sede

¹⁸⁴ Vedi *supra* Cap. I, par. 4.

di precontenzioso. Ciò rappresenta ancora una volta un'occasione persa dal legislatore nazionale di procedere ad un'effettiva razionalizzazione dello strumento in questione e ad un contestuale potenziamento del ruolo dell'Autorità di settore, mediante attribuzione di poteri capaci di incidere in modo efficace sull'operato delle stazioni appaltanti e degli operatori di settore.

Tra le questioni problematiche alle quali manca ancora una soluzione adeguata si ricordano ancora una volta la non vincolatività dei pareri di precontenzioso nonché il mancato coordinamento tra l'istituto in esame e gli altri strumenti di filtro preventivo al giudizio, quali l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale di cui all'art. 243-bis del Codice dei contratti ed il meccanismo dello *stand still*.

Come è stato più volte evidenziato dalla stessa giurisprudenza, infatti, *“il parere espresso dall'A.V.C.P. è un atto endoprocedimentale, in quanto parere tecnico liberamente richiesto dalla parte e non vincolante nel suo contenuto; ne consegue che la lesione lamentata dall'impresa è ascrivibile solo al provvedimento adottato dalla stazione appaltante che – senza alcun obbligo giuridico – ha condiviso e fatto proprie le indicazioni fornite dall'autorità”*¹⁸⁵. Ed ancora, è stato evidenziato come *“l'A.V.C.P., pur nella sua autorevolezza, pone in essere, nel caso di specie, un'attività consultiva che non ha alcun valore vincolante per l'Amministrazione e comunque, come già detto, non viene a sospendere e/o surrogare la funzione giurisdizionale, né la stessa funzione amministrativa attiva”*¹⁸⁶.

In realtà, parte prevalente della dottrina¹⁸⁷, nonostante i caratteri propri di tale istituto così come sopra descritti, riconosce natura di ADR al meccanismo di precontenzioso istaurato dinnanzi all'Autorità, ritenendolo un meccanismo finalizzato a risolvere una controversia, prima del suo insorgere (come chiaramente dovrebbe evincersi dallo stesso termine “precontenzioso” scelto per la sua denominazione) ed in modo alternativo alla lite giudiziaria (stragiudiziale).

Ed infatti, seppur come già ampiamente precisato, tale strumento non consente di ottenere una soluzione definitiva e vincolante per le parti richiedenti, non va sottovalutata l'autorevolezza del parere reso da un soggetto come l'Autorità che presenta quei caratteri di neutralità e terzietà tali da garantire l'indipendenza della decisione formulata dagli

¹⁸⁵ T.A.R. Sicilia, Catania, 19 dicembre 2013, n. 3032.

¹⁸⁶ T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 3 marzo 2014, n. 1012.

¹⁸⁷ R. DE NICTOLIS, *La definizione precontenziosa davanti all'Autorità di vigilanza*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008; A. BOTTO, *Relazione al Convegno IGI “Il precontenzioso in sede di gara”*, tenutosi a Roma il 14 febbraio 2006.

interessi delle singole parti. I pareri adottati risultano, pertanto, ugualmente dotati di elevata rilevanza e persuasività, trattandosi di atti di alta consulenza, finalizzati a prevenire l'insorgere di controversie e ad offrire soluzioni a problemi tecnici legati alla complessità della normativa in materia di evidenza e contratto pubblico.

Il mancato riconoscimento della vincolatività e/o della sospensione dei termini di decadenza per rivolgersi all'autorità giudiziaria competente rappresentano, dunque, degli ostacoli all'inserimento a tutti gli effetti del meccanismo in questione tra gli strumenti di ADR.

D'altronde la trasformazione del meccanismo di precontenzioso in uno strumento proprio di risoluzione alternativa delle controversie risulterebbe non solo pienamente compatibile, bensì anche rispondente a quelle che sono le indicazioni fornite dalle istituzioni comunitarie, in ordine ad una più rapida e maggiormente qualificata soluzione delle questioni che sorgono tra gli operatori pubblici e privato del settore degli appalti. Non vi è, infatti, alcuna preferenza del legislatore comunitario per una soluzione prettamente giurisdizionale, dal momento che ciò che rileva è unicamente la terzietà e indipendenza dell'organo decidente rispetto all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore nonché il livello di esperienza e tecnicismo dell'organismo in questione rispetto alle problematiche oggetto di soluzione.

Al contrario, invece, il diritto comunitario ha sempre incentivato il ricorso a soluzioni alternative a quelle giurisdizionali anche proprio con riferimento al settore degli appalti¹⁸⁸. Appare opportuno, inoltre, evidenziare come lo stesso procedimento istituito dinanzi all'Autorità sia garanzia di partecipazione dei soggetti coinvolti e di ponderazione dei diversi interessi in gioco.

A tal proposito, occorre sottolineare che sulla Gazzetta ufficiale del 12 settembre 2014 è stato pubblicato un regolamento A.N.AC. relativo all'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lett. n)¹⁸⁹.

Tale regolamento non presenta significative differenze rispetto al precedente; vengono nuovamente individuate le ipotesi di inammissibilità e improcedibilità delle richieste che ricorrono qualora manchi una potenziale controversia insorta tra le parti, siano incomplete le informazioni o la documentazione indicate come obbligatorie dall'Autorità ovvero qualora manchi la sottoscrizione della persona fisica legittimata ad esprimere all'esterno la

¹⁸⁸ Direttiva ricorsi 2007/66/CE.

¹⁸⁹ Tale regolamento sostituisce il precedente regolamento del 13 febbraio 2014, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 54 del 6 marzo 2014.

volontà del soggetto richiedente.

Innovativa risulta, invece, la scelta di inserire nel regolamento la previsione della prioritaria trattazione delle istanze presentate congiuntamente dalla stazione appaltante e da almeno un partecipante alla gara. Con tale statuizione si è inteso accelerare il più possibile la funzione precontenziosa, rendendola ancora più celere nell'ipotesi in cui la formulazione della proposta di risoluzione alternativa sia il risultato di una richiesta congiunta delle parti. In caso, invece, di istanze presentate singolarmente, il regolamento stabilisce che venga data priorità: alle istanze presentate dalla stazione appaltante; a quelle concernenti appalti di rilevante importo economico, consistenti per i lavori nell'importo superiore ad un milione di euro, mentre per i servizi e le forniture nell'importo superiore alla soglia comunitaria; alle istanze che sottopongono questioni originali di particolare impatto per il settore dei contratti pubblici.

In precedenza, invece, il regolamento approvato dall'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici prevedeva che le richieste venissero valutate ed esaminate sulla base di criteri ponderali, quali la significatività sociale della fattispecie, l'importanza economica della medesima, il carattere di novità della questione e l'eventuale urgenza puntualmente motivata e specificata. Non vi era, pertanto, un meccanismo di automatica priorità della questione in virtù della ricorrenza di condizioni specificamente individuate dal regolamento stesso, come avviene invece nella vigenza della normativa regolamentare attuale.

Nondimeno, comunque, già in precedenza nel caso di istanza congiunta l'Autorità emanava il parere relativo alle questioni alla stessa sottoposte; nell'ipotesi, invece, di istanza presentata singolarmente, questa valutava la rilevanza dell'istanza ai fini dell'emanazione della proposta di soluzione.

Un'ulteriore novità degna di essere menzionata introdotta dal nuovo regolamento è la possibilità per l'Autorità Nazionale Anticorruzione di adottare un parere in forma semplificata, quando la questione appaia di pacifica soluzione, in considerazione del quadro normativo di riferimento e degli orientamenti giurisprudenziali esistenti sulle problematiche sollevate.

Alcune perplessità sorgono, invece, con riferimento alla possibilità di richiedere l'intervento dell'Autorità in via precontenziosa altresì con riferimento ad ipotesi in cui sia già stato introdotto un giudizio dinanzi all'autorità giurisdizionale ovvero attinenti alla fase non di aggiudicazione dell'appalto, bensì di esecuzione del contratto.

Entrambe le descritte fattispecie sono ritenute, infatti, dal regolamento in commento suscettibili di valutazione mediante strumento del precontenzioso. In realtà, a ben vedere, con riferimento alla prima ipotesi, ossia qualora sia già stato adito il Tribunale amministrativo regionale competente, consentire alle parti in giudizio di poter altresì rivolgersi all'Autorità per richiedere una proposta di soluzione sembrerebbe collidere con le finalità proprie dello strumento del precontenzioso (ossia la deflazione del contenzioso e l'affidamento della soluzione di questioni connotate da forte tecnicismo all'Autorità di settore). D'altronde la rapidità e la gratuità dello strumento in questione potrebbero far optare le parti costituite in giudizio per formulare un'istanza di precontenzioso con la sola finalità di ottenere un provvedimento spendibile a loro favore durante lo svolgimento del processo.

Ciò vanificherebbe del tutto lo scopo della funzione ed il ruolo dell'Autorità nello svolgimento della stessa, comportando al contrario un inefficiente ed inutile aumento esponenziale dell'attività della medesima, con la conseguenza di un inevitabile rallentamento del meccanismo di precontenzioso.

Quanto, invece, alla soluzione di questioni riguardanti la fase esecutiva, si ricorda come con riferimento a tali fattispecie siano apprestati dall'ordinamento già diversi strumenti di composizione, per così dire, stragiudiziale della lite, pur non avendo questi carattere di ADR, come l'accordo bonario e la transazione.

Da ultimo si sottolinea come l'Adunanza Plenaria¹⁹⁰ abbia avuto occasione di sottolineare ancora una volta come la stipulazione del contratto (nel caso di specie si trattava in particolare delle possibilità per la stazione appaltante di intervenire in autotutela revocando l'aggiudicazione e dichiarando, per l'effetto, l'inefficacia del contratto) apra una diversa fase negoziale sottratta alla cognizione del giudice amministrativo ed affidata alla giurisdizione del giudice ordinario.

Né d'altronde sarebbe agevole individuare dei meccanismi di coordinamento dell'attività dell'Autorità in sede di precontenzioso, da un lato, e del giudice ordinario, dall'altro, stante i peculiari strumenti di intervento che caratterizzano il sindacato di quest'ultimo.

Potrebbe, invece, optarsi per la creazione di un diverso strumento da attribuire parimenti all'Autorità Nazionale Anticorruzione che dovrebbe tuttavia, al fine di non rendere del tutto inutile in ricorso allo stesso, necessariamente essere dotato di efficacia vincolante, anche in virtù della fase in cui si richiede l'intervento ossia durante l'esecuzione del

¹⁹⁰ Consiglio di Stato, Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14.

contratto.

Alla luce di quanto finora precisato, appare chiaramente come le innovazioni introdotte in materia di precontenzioso, pur rappresentando un incremento qualitativo ed un'evoluzione della funzione affidata all'Autorità di settore, non siano ancora sufficienti a rendere realmente effettiva la capacità di intervento della stessa, mediante creazione di uno strumento di risoluzione alternativa delle controversie.

Sulla base di ciò è auspicabile un intervento del legislatore volto a riconoscere la vincolatività del parere di precontenzioso. Ed infatti, mentre allo stato le parti possono decidere se conformarsi o meno al parere reso, con la conseguenza che ogni operatore economico è legittimato ad impugnare l'atto della stazione appaltante che si adegua alle indicazioni ricevute dall'Autorità, di cui il parere rappresenta mero presupposto, nell'ipotesi in cui il parere fosse vincolante, sarebbe altresì opportuno consentire alla stessa Autorità di agire in giudizio, sulla scorta della legittimazione processuale attiva recentemente riconosciuta all'Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato, al fine di censurare l'attività posta in essere dalle parti in violazione del parere emanato.

Ciò non significherebbe, ad ogni modo, privare del tutto le parti della possibilità di agire in giudizio, specialmente nel caso di istanza presentata singolarmente da una sola delle parti, al fine di impugnare il parere emanato dall'Autorità: si avrebbe altrimenti la compromissione del diritto al doppio grado di giudizio. Allo stesso tempo, tuttavia, in conformità con quell'esigenza di celerità e snellimento dell'attività giurisdizionale potrebbe pensarsi ad un'impugnazione in unico grado dinnanzi al Consiglio di Stato.

Ebbene, con riferimento alla necessità di riformare il meccanismo di precontenzioso, si evidenzia come, in data 31 ottobre 2014 è stata autorizzata la presentazione alle Camere da parte del Consiglio dei Ministri di un disegno di legge ¹⁹¹ volto ad ottenere una delega al Governo per il recepimento delle nuove direttive appalti e concessioni.

Tra i principi e i criteri direttivi specificamente individuati dalla delega vi è *“la razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale anche in materia di esecuzione del contratto”*. Il Governo ha, in tal modo, dimostrato la propria volontà di potenziare tale strumento di soluzione stragiudiziale delle

¹⁹¹ Tale disegno di legge ha ad oggetto: *“Delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE e della direttiva 2014/25/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE”*.

controversie sorte in materia di appalti, da un lato, al fine di deflazionare il ricorso al contenzioso, ormai sempre più diffuso ¹⁹², dall'altro, al fine di elaborare dei metodi di soluzione alternativa efficienti, che consentano una rapida composizione stragiudiziale della lite, attraverso l'emanazione di provvedimenti da parte degli organi maggiormente qualificati nel settore.

Sulla base di ciò, si ritiene che venga offerta, sulla scorta delle indicazioni fornite in tal senso dalla normativa comunitaria, al legislatore nazionale una nuova occasione di riforma del sistema precontenzioso, il quale, come si è già detto, presenta allo stato attuale profili di profonda incompletezza e inefficienza.

Potrebbe, pertanto, pensarsi all'attribuzione all'Autorità Nazionale Anticorruzione del potere di emanare, nelle ipotesi di controversie insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara e nel corso dell'esecuzione del contratto, su richiesta dell'operatore economico che vi abbia interesse e previo accordo della stazione appaltante, una decisione vincolante per le parti.

Ciò potrebbe essere effettuato mediante una modifica della previsione di cui all'art. 6, comma 7, lett. n), citato che, come detto, attribuisce allo stato attuale all'Autorità unicamente il potere di esprimere un parere di tipo non vincolante.

La *ratio* di una siffatta disposizione sarebbe certamente quella di introdurre un vero e proprio meccanismo "precontenzioso", del tutto facoltativo e finalizzato alla deflazione del contenzioso giurisdizionale nella materia degli appalti.

La pronuncia emessa dall'Autorità trarrebbe, in tal modo, il suo carattere vincolante dalla discrezionale decisione delle parti di rimettersi alla decisione di quest'ultima senza alcun condizionamento sul diritto costituzionale all'azione, e senza aspetti punitivi per nessuna delle parti interessate.

Una norma elaborata in tale maniera consentirebbe, infatti, a differenza della vigente, non la semplice attribuzione del potere di esprimere un parere, peraltro non vincolante, ma individuare un meccanismo di composizione delle controversie basato sulla spontanea adesione delle parti alla decisione dell'Autorità, cui le stesse si rimettono per un componimento bonario della controversia.

Potrebbe, inoltre, pensarsi di consentire di adire l'Autorità non per qualsiasi dubbio

¹⁹² Allo stesso scopo, l'art. 41, d.l. n. 90/2014 ha ulteriormente aggravato l'onere del ricorrente di dimostrare la non pretestuosità delle pretese fatte valere in giudizio, prevedendo severe condanne alle spese (la compensazione diventa criterio del tutto residuale) in caso di infondatezza manifesta del ricorso principale proposto.

interpretativo sorto anche solo in capo all'amministrazione aggiudicatrice, come avviene attualmente, ma unicamente qualora vi sia un interesse concreto ed attuale che si suppone essere leso dall'azione della stazione appaltante. Ciononostante, il meccanismo *de quo* non presenterebbe i caratteri di una vera e propria alternativa al ricorso giurisdizionale, in quanto la procedibilità dell'azione sarebbe subordinata all'adesione preventiva dell'amministrazione aggiudicatrice, quale manifestazione di volontà di assoggettarsi alla decisione, di fatto, conciliativa dell'Autorità che in tal modo risulterebbe vincolante per le parti.

Si tratterebbe di una sorta di arbitrato, affidato ad un'Autorità terza ed indipendente, connotata da elevata *expertise* nella materia, con autorevolezza di giudizio. Tutti elementi posti a garanzia dell'imparzialità della funzione assegnata.

L'indisponibilità degli interessi da bilanciare e da comporre, peraltro, renderebbe necessario, il ruolo attivo, tra le parti, di un organismo terzo, garante degli interessi pubblici coinvolti in un procedimento che, sostanzialmente, ha la natura di un componimento bonario, posto in essere per evitare il contenzioso vero e proprio.

Quanto agli aspetti procedurali, le maggiori implicazioni problematiche sorgono con riferimento all'impugnazione della aggiudicazione definitiva, in ordine alla quale si pone la questione della conseguente stipula del contratto nel rispetto dello *stand still period*, a cui è necessariamente collegata l'esigenza di assicurare l'inerzia della stazione appaltante nel suddetto periodo anche attraverso l'esercizio di poteri cautelari da parte dell'organo decidente.

Sotto tale aspetto, potrebbe trovarsi soluzione attraverso la previsione di una condizione al fine di poter adire l'Autorità, in via precontenziosa: la proposta di risoluzione stragiudiziale della controversia dovrebbe essere presentata necessariamente in maniera congiunta dalle parti, il che, evidentemente, presupporrebbe che la stazione appaltante non proceda con l'aggiudicazione definitiva nelle more della emanazione del parere dell'Autorità.

4. Conseguenze dell'esercizio del potere sanzionatorio. Esclusione dalla gara in caso di falsa dichiarazione sul possesso dei requisiti di ordine generale.

Passando, dunque, all'analisi degli effetti prodotti sull'attività delle amministrazioni e sul contratto dall'esercizio dei poteri di tipo sanzionatorio di cui è titolare l'Autorità, si

evidenza innanzitutto come l'art. 38, comma 1, lett. h,) del Codice disponga l'esclusione dalle procedure di affidamento e dai subappalti e l'impossibilità di stipulare i relativi contratti, per i soggetti *“nei cui confronti, ai sensi del comma 1-ter, risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti”*.

La norma deve essere letta unitamente al comma 1 *ter* della stessa disposizione¹⁹³, il quale prevede a sua volta che *“In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1, lettera h), fino ad un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia”*.

Dalle disposizioni sopra riportate deriva, dunque, che in caso di false dichiarazioni da parte delle imprese partecipanti alla gara, la stazione appaltante è tenuta a segnalare il fatto all'Autorità e quest'ultima dovrà compiere, a sua volta, in apposito procedimento, una valutazione dell'elemento soggettivo sotteso alla condotta censurata.

All'esito di tale procedimento, ove venga accertato che la falsa dichiarazione è stata resa con dolo o colpa grave, in relazione alla gravità ed alla rilevanza dei fatti oggetto di falsa dichiarazione o documentazione, l'Autorità dispone l'iscrizione della relativa annotazione nel Casellario informatico, ai fini dell'esclusione dalle successive procedure di aggiudicazione.

Con la citata novella legislativa è stato, dunque, chiarito che l'Autorità, prima di disporre tale iscrizione, deve effettuare un'indagine in ordine all'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave del dichiarante ed in ordine al profilo oggettivo della rilevanza e della gravità dei fatti oggetto di falsa dichiarazione.

Si supera in tal modo il sistema previgente, nel quale l'annotazione veniva disposta dall'Autorità a seguito di segnalazione della stazione appaltante e previa verifica dell'inconferenza della notizia o dell'inesistenza in punto di fatto dei presupposti per l'annotazione.

¹⁹³ Comma inserito dalla l. 12 luglio 2011, n. 106, e successivamente modificato dalla l. 4 aprile 2012, n. 35.

Con riferimento alla sanzione interdittiva che l'Autorità può disporre a carico dell'impresa in caso di false dichiarazioni, la previsione del termine "*fino ad un anno*", consente di graduare l'irrogazione della sanzione stessa in misura proporzionale ai parametri della rilevanza o della gravità del fatto indicati nella stesso comma 1-ter.

Va inoltre precisato che il predetto termine decorre dall'inserimento della relativa annotazione nel Casellario Informatico, ai sensi dell'art. 8, comma 2, lett. s), del Regolamento¹⁹⁴ e che decorso tale periodo interdittivo, l'annotazione a carico dell'impresa è cancellata e perde comunque efficacia.

La giurisprudenza è peraltro intervenuta sull'argomento, al fine di affermare che tale sanzione può essere applicata solo nei casi di falsa dichiarazione o di falsa documentazione e non anche in caso di omissione di una dichiarazione non tassativamente richiesta nel bando di gara¹⁹⁵.

Dunque, ai sensi delle disposizioni in commento, la stazione appaltante è tenuta ad escludere dalla gara senza margine di discrezionalità, le imprese iscritte nel Casellario informatico per aver presentato documentazione falsa o reso false dichiarazioni in relazione a requisiti o condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l'affidamento di subappalti. Infatti, secondo quanto osservato dall'Autorità nella determinazione n. 1/2012, in presenza di un'annotazione a carico di un operatore economico, per falsa dichiarazione, l'esclusione dalla gara è automatica (per la durata dell'annotazione), vale a dire che essa costituisce per la stazione appaltante un'attività vincolata senza alcun margine di discrezionalità.

Allo stesso modo, qualora la stazione appaltante ravvisi in gara falsità nelle dichiarazioni o nella documentazione rese da un concorrente, è tenuta ad escludere quest'ultimo dalla procedura selettiva, segnalando il fatto all'Autorità, per l'adozione dei provvedimenti sanzionatori di competenza (all'esito del descritto procedimento)¹⁹⁶.

Pertanto (come sottolineato dall'Autorità nella citata determinazione n. 1/2012) il sistema giuridico che risulta dal combinato disposto dell'art. 38, comma 1, lett. h), e dell'art. 38, comma 1-ter, è caratterizzato dalla presenza di un doppio binario: l'esclusione dalla singola gara è comminata dalla stazione appaltante sul presupposto oggettivamente rilevante di una qualsivoglia falsa dichiarazione resa dall'operatore economico nella stessa gara; l'esclusione da altre gare, per la durata di un anno, è comminata dall'Autorità al

¹⁹⁴ Sull'argomento si veda Determinazioni dell'Autorità n. 1/2005, n. 1/2008, n. 6/2006, n. 3/2010.

¹⁹⁵ T.A.R. Lombardia, Milano, 20 aprile 2012, n. 1179 e Cons. St., sez. VI, 27 marzo 2012 n. 1799.

¹⁹⁶ Sull'argomento si veda determinazione dell'Autorità n. 1/2012.

termine di un procedimento in cui si sia accertato che l'operatore economico abbia reso la dichiarazione falsa con dolo o colpa grave. Quindi, la valutazione dello stato soggettivo rilevante spetta all'Autorità e si giustifica con l'esigenza di non aggravare il singolo procedimento di gara con ulteriori accertamenti e di evitare che possa alimentarsi un contenzioso indotto dalle incertezze e dai dubbi interpretativi che potrebbero insorgere in ordine a tale questione. Si sottolinea, altresì, che l'esclusione dalla singola gara non comporta inevitabilmente l'iscrizione nel casellario informatico e la relativa esclusione dalle altre gare. La norma conferma, così, in modo chiaro, che la stazione appaltante è tenuta ad effettuare la segnalazione all'Autorità anche in relazione alla mancata comprova dei requisiti generali e non solo con riferimento a quelli speciali *ex* articolo 48 del Codice, come invece si era ritenuto in precedenza.

4.1. Segue. Sanzioni pecuniarie in caso di false dichiarazioni in ordine ai requisiti di carattere generale

L'art. 6, comma 11, del Codice, recante la disciplina sanzionatoria connessa agli obblighi informativi dei soggetti pubblici e privati nei confronti dell'Autorità, è espressamente richiamata dall'art. 48, comma 1, dello stesso Codice, a norma del quale quando gli offerenti, nell'ambito della procedura di verifica ivi contemplata, non forniscono o non confermano le dichiarazioni rese nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 6 comma 11. L'Autorità dispone altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento. Stesse sanzioni per l'aggiudicatario e per il concorrente che segue in graduatoria, qualora non forniscano la prova o non confermino le dichiarazioni rese in gara.

L'art. 38, comma 1, lett. h), dispone, invece, come si è già avuto modo di evidenziare, l'esclusione dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici per gli operatori che hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti.

Non sussistono in tale norma rinvii espressi alle sanzioni pecuniarie contemplate nell'art. 6, comma 11, del Codice. Da una tale circostanza sembrerebbe potersi desumere che l'applicazione delle predette sanzioni pecuniarie sia limitata alle sole ipotesi di false

dichiarazioni sui requisiti di carattere speciale e nell'ambito della procedura di cui all'art. 48.

Tuttavia, a ben vedere la formulazione dell'art. 6, comma 11, dispone l'applicazione di sanzioni amministrative nelle ipotesi in cui gli operatori economici non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, o forniscono alle stazioni appaltanti o alle SOA dati o documenti non veritieri, circa il possesso dei requisiti di qualificazione.

Il riferimento in tale sede ai *“requisiti di qualificazione”* (che come noto sono sia di ordine speciale sia di ordine generale) non sembra limitare l'operatività delle sanzioni ivi previste alle sole ipotesi di falsità in sede di comprova dei requisiti.

Appare preferibile, infatti, ritenere che con la disposizione di cui all'art. 6, comma 11, il legislatore abbia voluto sanzionare tutte le ipotesi di false dichiarazioni presentate in sede di qualificazione, di gara o di controllo da parte dell'Autorità, quale norma di chiusura del sistema sanzionatorio contemplato nel Codice, a prescindere da espressi richiami contenuti nelle singole disposizioni di quest'ultimo e con il chiaro intento di garantire il corretto svolgimento delle gare, al quale è connesso l'esercizio dei compiti assegnati all'Autorità, e di reprimere in ciascuna fase della procedura il fenomeno delle false dichiarazioni.

In tal senso la disposizione dell'art. 6, comma 11, del Codice (ferme le altre misure interdittive previste nelle singole disposizioni del Codice e la disciplina del Casellario) agisce come disciplina generale sanzionatoria per le omesse o false dichiarazioni rese dagli operatori economici (oltre che all'Autorità ed alle SOA nei procedimenti di competenza) alle stazioni appaltanti su tutti i requisiti di partecipazione alla gare.

A tale disposizione deve essere, quindi, attribuita, attraverso un'interpretazione sistematica, una valenza generale, quale norma di chiusura del sistema sanzionatorio contemplato nel Codice e con funzione moralizzatrice del settore, diretta a colpire, con le sanzioni amministrative pecuniarie ivi previste, gli operatori economici responsabili di aver reso false dichiarazioni in sede di partecipazione alle gare in ordine a tutti i requisiti richiesti, sia di ordine generale sia di ordine speciale.

4.2. Segue. Conseguenze sanzionatorie in caso di mancata dimostrazione dei requisiti speciali in sede di verifica dell'offerta.

L'art. 48 del Codice contempla provvedimenti sanzionatori dell'Autorità volti a reprimere

condotte patologiche o deviate degli operatori economici concorrenti nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

In particolare la disposizione in esame prevede sanzioni pecuniarie (ai sensi dell'art. 6, comma 11) ed interdittive (sospensione dalla partecipazione alle gare da 1 a 12 mesi) comminate dall'Autorità in caso di mancata dimostrazione dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara.

Infatti, il comma 1 prevede il c.d. controllo a campione a seguito di sorteggio, il comma 2 prevede a sua volta il controllo sul possesso dei requisiti dell'aggiudicatario e del concorrente che segue in graduatoria.

Con riferimento al primo subprocedimento di verifica, questo si inserisce nel procedimento di gara in una fase successiva al controllo dei requisiti di carattere generale e formale (integrità del plico, tempestività dell'offerta) e prima della fase di determinazione della soglia di anomalia. Ciò al fine di garantire l'affidabilità delle offerte che influiscono sull'andamento della gara.

È, infatti, previsto che le stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste contenenti le offerte sorteggiano in seduta pubblica un numero non inferiore al 10% delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore e richiedono ai sorteggiati di provare, entro dieci giorni dalla richiesta, l'effettivo possesso dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria autodichiarati ai sensi del d.P.R. n. 445/2000, mediante la presentazione della documentazione indicata nel bando o nella lettera di invito. Qualora il concorrente non fornisca la prova, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda o nell'offerta entro dieci giorni, le stazioni appaltanti devono escluderlo, escutere la cauzione provvisoria e segnalare il fatto all'Autorità per i provvedimenti sanzionatori di cui all'art. 6, comma 11, del Codice e per l'eventuale sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento, quale circostanza che viene poi annotata nel Casellario informatico delle imprese.

La segnalazione dell'inadempimento sopra citato all'Autorità, determina da parte di quest'ultima l'avvio di un procedimento in contraddittorio con l'impresa per l'applicazione delle sanzioni ¹⁹⁷.

Al riguardo, nel graduare le sanzioni in esame, l'Autorità tiene conto del valore del

¹⁹⁷ Anche tale procedimento è svolto nel rispetto del Regolamento adottato dall'Autorità ai sensi art. 8, comma 4, del Codice, *"Regolamento unico in materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui all'art 8, comma 4, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163"*, cit.

contratto pubblico cui la violazione si riferisce, della gravità del comportamento, della ricorrenza o meno di cause giustificative e dell'atteggiamento psicologico del concorrente escluso, ossia se in esso sia riconoscibile o meno la buona fede.

Oltre alla sanzione pecuniaria, come anticipato, è poi prevista una sanzione interdittiva, consistente nella sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento per tutti gli appalti (di lavori, servizi e forniture).

La verifica, inoltre, è limitata ai soli requisiti speciali, dunque alla capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria autodichiarati e non riguarda i requisiti di carattere generale previsti dall'art. 38 del Codice.

Con riferimento a quanto previsto dal comma 2 dell'art. 48, circa il controllo sul possesso dei requisiti dell'aggiudicatario e del concorrente che segue in graduatoria, tale controllo deve essere eseguito entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara.

A tali soggetti è rivolta la richiesta probatoria (ove non sorteggiati) e, nel caso in cui non forniscano la prova o non confermino le dichiarazioni rese, si applicano le medesime sanzioni (esclusione dalla gara, escussione della cauzione, segnalazione all'Autorità); la stazione appaltante procede quindi alla determinazione della nuova soglia di anomalia per la conseguente aggiudicazione. In tal caso, la norma non prevede che la comprova dei requisiti avvenga in un termine specifico, che pertanto deve essere fissato dalla stazione appaltante.

Il procedimento di verifica di cui all'art. 48 del Codice è obbligatorio, senza margini di discrezionalità da parte della stazione appaltante e la prescritta procedura trova applicazione ai contratti aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, nei settori ordinari, sia sopra che sotto soglia ed alle concessioni di lavori.

Come si evince dalle considerazioni che precedono, nell'ambito del procedimento di cui all'art. 48 del Codice, la segnalazione dell'inadempimento da parte della stazione appaltante all'Autorità non costituisce un'ulteriore sanzione a carico dell'operatore economico, ma rappresenta esclusivamente un obbligo informativo nei confronti dell'Autorità, in quanto quest'ultima è titolare di altro segmento sanzionatorio su cui la stazione appaltante non ha potere di intervenire.

Detta segnalazione può comportare, come evidenziato, l'adozione del provvedimento di cui all'art. 6, comma 11, del Codice, di tipo pecuniario, oltre che una sanzione di tipo interdittivo in ordine alla partecipazione alle gare d'appalto. È rimessa al prudente apprezzamento dell'Autorità, nel rispetto del principio di proporzionalità, la valutazione

dei casi di falsa dichiarazione o di omessa, tardiva, non conforme presentazione della documentazione, nei termini prescritti. In particolare, ai fini di tale valutazione, assume rilevanza la gravità dell'infrazione commessa e la presenza di giustificati motivi e della buona fede o dell'errore scusabile nella condotta tenuta dall'operatore economico.

Pertanto, dal combinato disposto dell'art. 48 e dell'art. 6, comma 11, secondo periodo, si desume che la sanzione pecuniaria deve essere distinta in base al comportamento dell'operatore economico che ha determinato l'inadempimento ed alla gravità dello stesso.

I casi contemplati al riguardo dall'art. 6, comma 11, sono quindi: il mancato riscontro alla richiesta della stazione appaltante entro i termini prescritti; la produzione di falsa dichiarazione o di documenti contraffatti. Entrambi i casi possono essere sanzionati dall'Autorità, anche se in misura diversa. Inoltre, anche in relazione allo stesso tipo di inadempimento ex art. 6, comma 11, relativo alla non ottemperanza alla richiesta della stazione appaltante, la sanzione pecuniaria sarà graduata, in coerenza con il principio di proporzionalità, in ragione della gravità dell'inadempimento, della presenza di attenuanti, in proporzione all'importo dell'appalto.

Inoltre, la formulazione dell'art. 48 consente all'Autorità di operare anche una ulteriore graduazione, consistente nell'irrogare la sola sanzione pecuniaria e non quella interdittiva, in presenza di casi di non particolare gravità.

Si evidenzia, infine, che la decorrenza della sospensione dalla partecipazione alle gare d'appalto, da uno a dodici mesi, viene indicata dal Consiglio dell'Autorità nel provvedimento sanzionatorio e coincide, di norma, con la data di inserimento della relativa annotazione nel Casellario Informatico.

5. I poteri del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione: le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese. Ratio e ripercussioni applicative.

Con il d.l. n.90/2014 il legislatore, nell'ambito della manovra di rinnovazione dell'organizzazione e delle funzioni dell'Autorità di vigilanza preposta al settore degli appalti, ha altresì provveduto ad attribuire significativi poteri direttamente al Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, determinando un consolidamento del ruolo e dell'indipendenza di tale soggetto.

Come si è già avuto modo di precisare¹⁹⁸, agli artt. 19, 30 e 32 del citato decreto, infatti, è prevista espressamente l'attribuzione al Presidente, quale organo monocratico, di funzioni di assoluta rilevanza e del tutto innovative rispetto agli stessi poteri riconosciuti in capo all'organo apicale della precedente Autorità.

Occorre sin da subito evidenziare come alcune perplessità siano sorte in relazione alla scelta stessa di individuare quale destinatario di tali attribuzioni il Presidente e non invece il Consiglio nel suo complesso. Probabilmente non è possibile rinvenire una *ratio* comune riferibile a tutti i poteri riconosciuti a tale organo, viste le peculiarità proprie delle diverse modalità di azione. Ciò che risulta, ad ogni modo, evidente è l'esigenza avvertita dal legislatore di consentire un intervento celere ed immediato con riferimento a talune situazioni connotate da caratteri di gravità ed urgenza che non consentono di procedere secondo le modalità ordinarie.

A tal proposito, appare opportuno innanzitutto segnalare come un primo potere specificamente attribuito al Presidente sia quello relativo alla predisposizione di un piano di riordino dell'Autorità di cui all'art. 19, comma 3, del decreto in questione. In particolare, tale disposizione demanda al Presidente la riorganizzazione della nuova Autorità, risultante dalla soppressione della precedente Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e dal subentro nell'esercizio delle sue funzioni dell'Autorità Anticorruzione, mediante elaborazione di un piano da presentare al Presidente del Consiglio dei ministri entro il 31 dicembre 2014¹⁹⁹.

Con riferimento al contenuto di tale Piano, il legislatore, in un chiaro intento di delegificazione, si limita a fornire indicazioni di massima sul nuovo assetto organizzativo. Queste consistono: a) nel trasferimento definitivo alla nuova Autorità (che come detto conserva il nome di un'istituzione già esistente, l'Autorità Nazionale Anticorruzione, ma risulta del tutto diversa sia quanto a struttura che a funzioni) delle risorse umane, finanziarie e strumentali; b) nella confluenza del personale delle due precedenti Autorità in un unico ruolo; c) nella riduzione in misura non superiore al venti per cento delle spese relative al trattamento economico accessorio del personale e al funzionamento dell'ente.

Con riferimento all'*iter* di approvazione del Piano, tale procedura ha visto la partecipazione sia del potere legislativo che di quello esecutivo, dal momento che è stato approvato dal Consiglio dei Ministri in un termine di sessanta giorni dalla sua

¹⁹⁸ Si veda, a tal proposito, *supra*, Cap. I, par. 6.

¹⁹⁹ Il suddetto piano è stato presentato il 30 dicembre 2014 ed è consultabile sul sito istituzionale dell'Autorità all'indirizzo www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitàAutorità/PianoRiordino.

presentazione, avvenuta ad opera del Presidente del Consiglio, e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari.

Ebbene, per quanto attiene la scelta del legislatore di attribuire il potere di elaborazione del Piano di riordino in capo al solo Presidente e non all'intero Consiglio, si ritiene, sulla base di quanto già precisato, che si siano volute privilegiare le esigenze di celerità e speditezza, individuando nel contempo un unico soggetto cui ricondurre l'intera responsabilità della complessa operazione²⁰⁰.

Un ulteriore potere di indubbia rilevanza, che costituisce una novità assoluta nell'ambito dell'attività di vigilanza sui contratti pubblici, è rappresentato dai compiti affidati specificamente al Presidente dell'Autorità con riferimento alla realizzazione di EXPO Milano 2015. I poteri di intervento attribuiti a tale soggetto rispondono all'esigenza di arginare, nel modo più sollecito ed efficace possibile, il diffondersi di episodi di corruzione nell'ambito degli affidamenti disposti per la realizzazione di tale grande evento. Le gravi vicende giudiziarie che hanno interessato alcuni importanti appalti connessi all'organizzazione dell'evento, hanno spinto il legislatore a costituire un presidio di alta sorveglianza volto a prevenire il verificarsi di ulteriori episodi di corruzione, che, seppur elaborato per contrastare in via del tutto emergenziale la grave situazione di illegalità creatasi con riferimento a tale specifica manifestazione, potrebbe divenire un modello generale di intervento operativo di prevenzione della corruzione nella realizzazione dei grandi eventi²⁰¹.

Passando, dunque, ad analizzare in cosa consiste in concreto il potere in questione, si evidenzia innanzitutto come, ai sensi dell'art. 19 del decreto n. 90/2014 più volte citato, al Presidente dell'Autorità è stata riconosciuta la possibilità di formulare proposte nei confronti del Commissario unico delegato del governo e della società EXPO 2015 S.p.A.. A ben vedere, quello in commento rappresenta un potere meramente propositivo preordinato al solo fine di creare un rapporto di collaborazione stabile con i predetti

²⁰⁰ Si ritiene, tuttavia, di evidenziare come dalla consultazione dei provvedimenti emanati dal Consiglio nelle more dell'adozione del Piano di riordino, fin da subito l'attività dell'intero organo apicale sia stata rivolta a favorire l'integrazione tra le strutture delle due Autorità, superare le difficoltà connesse alla coesistenza di due separati ed autonomi assetti organizzativi, revisionare i modelli procedurali attraverso l'adozione di regolamenti, delibere, ecc.. A tal proposito, si citano, in particolare, la delibera n. 143/2014, "Revisione dell'organizzazione e individuazione dei centri di responsabilità in base alla missione istituzionale dell'A.N.AC.", ridefinita con l'entrata in vigore del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito nella legge 11 agosto 2014, n. 114, nelle more della presentazione ed approvazione del piano di riordino" adottata dal Consiglio dell'Autorità in data 30 settembre 2014 e l'Atto di organizzazione delle aree e degli uffici dell'ANAC, in attuazione della delibera 30 settembre 2014, n. 143, adottato dal Segretario generale.

²⁰¹ Sul punto si veda F. DI CRISTINA, *La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giornale dir. amm.*, n. 11/2014, 1025 ss.

soggetti e a promuovere un costante flusso di documenti ed informazioni con gli stessi ²⁰².

Ai sensi dell'art. 30 del decreto citato, sono poi attribuiti al Presidente ulteriori poteri per facilitare l'esercizio dei quali è stata prevista un'unità operativa speciale di supporto, appositamente istituita all'interno dell'Autorità, per coadiuvare il Presidente nell'esercizio di compiti di alta sorveglianza e garanzia della correttezza e trasparenza delle procedure connesse alla realizzazione di EXPO. Per quanto riguarda nello specifico, dunque, i compiti all'uopo affidati a tale organo monocratico, questi consistevano nell'esercizio di poteri ispettivi, che si sostanziavano nella verifica preventiva di legittimità degli atti relativi all'affidamento e all'esecuzione degli appalti connessi allo svolgimento del grande evento in questione. Inoltre, spettava al Presidente verificare l'osservanza da parte della società EXPO 2015 e delle altre stazioni appaltanti delle disposizioni in materia di trasparenza di cui alla l. 190/2012 ²⁰³.

Con riferimento al controllo preventivo esercitato dall'Autorità sugli atti delle stazioni appaltanti, si evidenzia come questo rappresenti una novità di tutto rilievo e potrebbe essere un modello di vigilanza *ex ante* cui attribuire valore di procedimento ordinario da utilizzare in relazione a tutti i grandi eventi. Ciò in virtù della risonanza che gli stessi ricevono all'interno dell'opinione pubblica e dell'elevato numero di imprese in essi coinvolte, circostanze che li rendono spesso obiettivo di lucro per le organizzazioni della criminalità organizzata.

Appare opportuno, ad ogni modo, svolgere alcune considerazioni riguardo i vuoti normativi lasciati dal legislatore con riferimento alla disciplina di siffatti poteri.

Ebbene, si evidenzia in particolare come alcuna indicazione sia fornita all'Autorità in merito alle modalità da seguire nello svolgimento dell'attività di verifica preventiva, né soprattutto quali siano gli atti da sottoporre a tale controllo. Le uniche indicazioni fornite riguardano le fasi in cui tale controllo deve essere esercitato, ossia la fase ad evidenza pubblica di svolgimento della gara e quella di esecuzione del contratto.

Proprio al fine di colmare tale vuoto normativo, il 17 luglio 2014 sono state adottate

²⁰² Al fine di agevolare la consultazione di tutta la documentazione inerente alla vigilanza sul grande evento, in un'ottica di massima trasparenza e pubblicità, è stata istituita sul sito dell'Autorità un'apposita sezione denominata "*Unità operativa speciale EXPO 2015*". Tra le proposte più significative elaborate sinora si segnalano le "*Proposte per la corretta gestione delle procedure di appalto ex art. 19, d.l. 24 giugno 2014, n. 90*", adottate in data 7 luglio 2014, nonché le "*Proposte al Commissario unico delegato dal Governo per l'EXPO Milano 2015 e alla Società EXPO 2015 S.p.A. per la corretta gestione delle procedure di appalto*", del 1 ottobre 2014.

²⁰³ Come si ha già avuto modo di precisare, è la stessa Autorità Nazionale Anticorruzione a svolgere la vigilanza sugli obblighi di pubblicità e di trasparenza posti in capo alle amministrazioni statali centrali e locali, di cui alla legge 6 novembre 2012, n. 190.

dall'Autorità delle linee guida volte ad individuare nello specifico i singoli atti da sottoporre a tale controllo²⁰⁴.

Quanto alle modalità attraverso cui esercitare la vigilanza sugli atti, l'Autorità ha previsto l'onere per le stazioni appaltanti di inviare tutti i provvedimenti di cui sopra, prima della loro formale adozione; una volta ricevuto l'atto spetterà, dunque, all'Autorità formulare un parere, il quale, in caso di esito negativo, dovrà essere puntualmente motivato e reinvio alla stazione appaltante.

La criticità certamente più evidente, che rischia di minare l'intero sistema rendendolo del tutto inefficace, è l'assenza di specifiche misure sanzionatorie da applicare alle stazioni appaltanti e alle parti in caso di mancato adeguamento alle indicazioni fornite dall'Autorità.

Un elemento di assoluto pregio è, invece, rappresentato dall'introduzione di un meccanismo di verifica preventiva dell'adempimento da parte delle stazioni appaltanti agli obblighi previsti dagli accordi in materia di legalità sottoscritti con la Prefettura di Milano. La finalità è quella di creare un collegamento, anche di tipo normativo, tra le attività antimafia e quelle di prevenzione della corruzione, mediante la predisposizione di meccanismi trasversali di prevenzione delle interferenze illecite negli appalti.

Nel novero dei nuovi poteri attribuiti al Presidente dell'Autorità, senza dubbio quello che ha rappresentato la maggiore innovazione, suscitando notevole curiosità in dottrina, è la possibilità di disporre nei confronti di singoli appalti, ai sensi di quanto stabilito dall'art. 32 del d.l. n. 90/2014 misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese. Tale potere, maggiormente conosciuto come ipotesi peculiare di commissariamento, rappresenta una misura avanzata di intervento al fine di prevenire e contrastare l'insorgenza e il propagarsi di fenomeni corruttivi, contemperando le contrapposte esigenze di predisporre uno strumento di intervento celere e la necessità di relegare ad ipotesi eccezionale l'attribuzione all'Autorità indipendente di poteri che incidono direttamente sul contenuto e le modalità esecutive del contratto, al fine di evitare un'eccessiva compressione della sfera di libertà della singola impresa²⁰⁵.

²⁰⁴ Tra questi: la proposta di determina a contrarre, bando e disciplinare di gara, capitolati, schemi di contratto, provvedimenti di aggiudicazione, perizie di variante, sospensioni del rapporto, riserve, gravi inadempimenti, ecc.

²⁰⁵ In merito alle questioni attinenti la coerenza di tale potere con i principi generali del diritto e, in primis, i principi della Costituzione si vedano F. SGUBBI, T. GUERINI, *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, un primo commento*, in www.penalecontemporaneo.it, R. MANGANI, *Corruzione negli appalti, revoca dei contratti, commissariamento: brevi note anche a seguito dell'entrata in vigore del decreto 24 giugno 2014, n. 90*, in www.giustamm.it, n. 7/2014.

Rispetto alla sua formulazione originaria, l'art. 32 del d.l. n. 90/2014, disciplinante il commissariamento, ha esteso il proprio ambito applicativo oltre che nei confronti delle imprese aggiudicatrici altresì ai concessionari di lavori pubblici e ai contraenti generali.

Lo scopo per il quale si è pensato di introdurre un siffatto strumento è quello di assicurare la conclusione e la regolare esecuzione di appalti e concessioni, evitando che l'avvio di indagini penali e il successivo svolgimento del relativo processo nei confronti dei soggetti coinvolti nell'attività oggetto di gara possano ritardare eccessivamente il completamento di opere pubbliche, soprattutto qualora queste rivestano un'importanza strategica, nonché pregiudicare la prestazione di servizi indifferibili, ai quali deve essere garantita necessariamente continuità.

D'altra parte, con l'introduzione del commissariamento il legislatore ha voluto evitare che, a seguito della valutazione sulla necessità di concludere l'esecuzione dell'appalto, si proceda, mediante gli strumenti ordinari, alla conservazione degli effetti del contratto così come aggiudicato, con indebito ed illegittimo vantaggio per l'autore dell'attività criminosa. Al fine di garantire la massima efficienza e celerità allo strumento di intervento in commento e allo stesso tempo l'imparzialità della scelta volta all'adozione di tale misura, il legislatore ha optato per l'attribuzione di siffatto potere in via congiunta al presidente dell'Autorità e al Prefetto competente. Il fatto che la scelta sia ricaduta sul Presidente, quale organo monocratico, e non sull'intero Consiglio risponde ancora una volta, come già evidenziato con riferimento ai poteri di cui agli artt. 19 e 30 del d.l. n. 90/2014 sopra esaminati, era motivata da un lato dall'esigenza di creare un meccanismo *extra ordinem* di intervento immediato, caratterizzato da una procedura rapida e semplificata, dall'altro dalla circostanza che inizialmente tale potere doveva essere attribuito al Presidente solo ed esclusivamente con riferimento al grande evento EXPO 2015 ²⁰⁶.

Nella versione ultima del decreto, come detto, è invece prevista l'attribuzione al Presidente dell'Autorità di un generale potere di adottare misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese ai sensi e secondo le modalità di cui all'art. 32 citato. A ben vedere, la necessità di speditezza e celerità che ha condotto all'individuazione del soggetto cui affidare l'emanazione di tali misure nell'organo monocratico di vertice dell'Autorità non compromette l'imparzialità e terzietà della scelta, dal momento che a questo è affiancato, con le diverse competenze di cui si dirà, altro organo monocratico, il Prefetto

²⁰⁶ Ed infatti, una prima versione dell'art. 32 prevedeva espressamente che le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio fossero finalizzate alla repressione dei fenomeni corruttivi verificatisi nell'ambito dell'esposizione universale di Milano EXPO 2015.

del luogo in cui ha sede la stazione appaltante, in un'ottica di massima garanzia della correttezza della scelta.

Ed infatti, entrambi i soggetti di cui sopra sono chiamati, nella diversa sequenza procedimentale, ad elaborare un'autonoma valutazione dei fatti: il Presidente dell'Autorità, organo in posizione di indipendenza dall'amministrazione, deve presentare una proposta finalizzata all'adozione del commissariamento al Prefetto, indicando le motivazioni che lo hanno condotto a tale soluzione; quest'ultimo deve invece valutare la fondatezza dell'istanza e, qualora lo ritenga necessario, adottare la misura più confacente al caso concreto.

Quanto all'analisi, nello specifico, delle diverse misure adottabili ai sensi dell'art. 32 citato, occorre innanzitutto evidenziare come solo una di queste assume i caratteri in senso proprio di commissariamento. La disposizione citata, infatti, prevede tre tipologie di intervento, due delle quali possono essere adottate una dopo l'altra in progressione temporale tra di loro, ed una terza alternativa alle prime due.

La prima misura, disciplinata al comma 1, lett. a), dell'art. 32 in commento, consiste nella possibilità riconosciuta all'impresa di estromettere dalla *governance* societaria entro un termine di trenta giorni il soggetto coinvolto nella commissione di reati. Tale misura è finalizzata a concedere all'impresa aggiudicatrice la possibilità, *in extremis*, di rimuovere l'elemento di illiceità che mina per la stessa l'opportunità di portare a conclusione l'appalto.

Come è facile intuire un siffatto rimedio presta il fianco a possibili manovre elusive poste in essere dalle imprese, le quali potrebbero allontanare solo fittiziamente il soggetto coinvolto negli illeciti, all'esclusivo fine di non perdere l'utile conseguibile con l'ultimazione del contratto. Per tali ragioni, sarà necessario verificare l'effettiva dissociazione dell'impresa dalla condotta illecita posta in essere da tale soggetto nonché il reale allontanamento dello stesso dall'attività societaria.

Qualora, invece, entro il termine di trenta giorni non vi sia da parte dell'impresa destinataria della misura l'ottemperanza all'ordine di sostituzione del soggetto indagato dall'autorità penale, il Prefetto è tenuto a disporre, nei successivi dieci giorni, salvo proroga motivata da oggettive e sopraggiunte difficoltà, la misura del commissariamento vero e proprio di cui al comma 1, lett. b), del medesimo art. 32.

Tale seconda misura, adottabile anche direttamente su iniziativa del Presidente dell'Autorità o dal Prefetto con riferimento ai casi più gravi e che necessitano un intervento

non procrastinabile, rappresenta a tutti gli effetti un commissariamento a fini di anticorruzione.

Alcune difficoltà ermeneutiche sono sorte in relazione al dettato testuale dell'art. 32, comma 1, lett. b). Ed infatti, tale disposizione stabilisce espressamente che il commissariamento è disposto *“limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione”*.

Un primo orientamento ha interpretato l'espressione *“limitatamente”* in senso funzionale, ossia riferita al singolo appalto incriminato²⁰⁷. In altre parole, a seguito dell'adozione della misura del commissariamento si produrrebbe come una frattura sia strutturale che gestionale all'interno dell'impresa: ad uno o più amministratori straordinari è affidato il compito di assicurare la prosecuzione e la conclusione dello specifico appalto causa del commissariamento, mediante accantonamento in un apposito fondo dell'eventuale utile di impresa, finalizzato all'esecuzione di confische o risarcimenti disposti in sede penale; gli organi sociali ordinari rimangono, invece, in carica per lo svolgimento di tutta la restante attività.

Una diversa impostazione attribuisce, al contrario, all'avverbio *“limitatamente”* una finalità di delimitazione temporale. In caso di adozione della misura di cui all'art. 32, comma 1, lett. b), vi sarebbe, pertanto, un commissariamento globale dell'intera attività di impresa, previo azzeramento degli organi sociali sino alla conclusione dell'appalto o della concessione²⁰⁸.

Tale seconda interpretazione²⁰⁹ sembrerebbe avere il pregio di coordinarsi meglio con quanto ulteriormente previsto dalla norma in commento, la quale fa espresso riferimento a *“tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell'impresa”*, precisando altresì che *“in caso di impresa costituita in forma societaria, i poteri dell'assemblea sono sospesi per l'intera durata della misura”*. D'altronde, aderire a tale impostazione avrebbe il pregio di superare le difficoltà e le incertezze legate alla configurabilità in uno stesso

²⁰⁷ Tale impostazione è condivisa dall'Autorità e dalle prefetture sino ad oggi coinvolte nell'adozione di misure di commissariamento. Ciò emerge, ad esempio, da quanto precisato in proposito nelle “linee guida per l'avvio di un circuito collaborativo tra A.N.AC. – Prefetture – UTG e enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa sezione appalti pubblici, pubblicate sulla Gazzetta ufficiale del 18 luglio 2014, n. 165, ed allegate al Protocollo d'Intesa sottoscritto tra l'Autorità Nazionale Anticorruzione e il Ministero dell'Interno in data 15 luglio 2014.

²⁰⁸ In tal senso, L. GIAMPAOLINO, *Le misure anticorruzione negli appalti: rimedio adeguato al male?*, Relazione al Convegno IGI tenutosi a Roma il 16 luglio 2014; M. GIUSTINIANI, Autorità nazionale anticorruzione, nuove forme di controlli pubblici e altre novità in materia di gare pubbliche, in F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, O. TORIELLO, *La riforma Renzi della Pubblica amministrazione*, Roma 2014.

²⁰⁹ R. MANGANI, *L'Anac cambia pelle: trasparenza per la pubblica amministrazione e prevenzione contro la corruzione*, in *Edilizia e territorio*, settembre 2014, 26 ss.

momento di due *governance* all'interno di una medesima impresa, l'una commissariale e l'altra ordinaria, le quali inevitabilmente si troverebbero a condividere risorse umane e strumentali.

Appare opportuno evidenziare, tuttavia, come l'interpretazione della disposizione in questione fornita dal primo orientamento appaia maggiormente aderente all'intenzione stessa del legislatore, il quale, anche in virtù dell'assoluta straordinarietà della misura in questione e dell'esigenza di tutelare il più possibile la libertà di iniziativa e azione dell'impresa, ha inteso introdurre un rimedio volto specificamente ad arginare e contrastare l'insorgenza dei fenomeni corruttivi. Di qui la necessità di sottoporre a commissariamento le imprese destinatarie di provvedimenti penali unicamente con riferimento ai singoli appalti incriminati.

L'ultima misura disciplinata dall'art. 32, comma 8, d.l. n. 90/2014, rappresenta una soluzione volta ad arginare il diffondersi della corruzione nei casi meno gravi, attraverso forme di sostegno e monitoraggio per le imprese che non comportano la sostituzione degli organi di gestione delle stesse. Essa consiste nella nomina da parte del Prefetto di un numero di esperti, non più di tre, cui è affidato il compito di affiancare la *governance* dell'impresa, mediante elaborazione di suggerimenti e prescrizioni operative finalizzate a guidare la società verso il rinnovamento organizzativo e gestionale ²¹⁰ e il ripristino della legalità violata.

Alcune perplessità sono sorte con riferimento alle ipotesi in cui poter ricorrere all'esercizio di tale terza forma di sostegno e monitoraggio. In particolare, si evidenzia come dalla lettura del comma 8 citato si evinca che tale misura trova applicazione *“nel caso in cui le indagini di cui al comma 1 riguardino componenti di organi societari diversi da quelli di cui al medesimo comma”*. A ben vedere, tuttavia, in tale disposizione alcuna specifica indicazione viene fornita circa gli organi cui devono appartenere i soggetti indagati per reati di tipo corruttivo. Parte della dottrina ²¹¹ ritiene applicabile la misura di cui al comma 8, all'ipotesi di procedimenti penali avviati nei confronti di soggetti diversi da quelli che compongono gli organi di amministrazione in senso stretto, tra cui ad esempio i direttori generali, affermando come nella diversa e più grave ipotesi di coinvolgimento degli organi apicali della società sarebbe necessario ricorrere ad una delle misure previste dall'art. 32, comma 1, lett. a) e b), sopra esaminate.

²¹⁰ Tali *input* saranno forniti sulla base di prestabiliti indicatori e modelli di trasparenza.

²¹¹ R. MANGANI, *L'Anac cambia pelle*, op. cit., nonché F. SGUBBI – T. GUERINI, *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, un primo commento*, op. cit., 9 ss.

Per quanto riguarda, inoltre, i presupposti necessari all'adozione delle misure in questione, l'art. 32 richiama l'esigenza che vi siano: da un lato, elementi concreti in ordine alla connessione dell'appalto o della concessione ad attività di tipo illecito; dall'altro, che le circostanze del caso facciano propendere per la gravità della vicenda.

Il primo requisito richiama il *fumus boni iuris* presupposto per l'emanazione di misure cautelari penali. Al fine di individuare in concreto in cosa consista tale presupposto, occorre evidenziare come esso acquisti una portata differente a seconda della fase del procedimento che precede l'adozione della misura. Ed infatti, al Presidente dell'Autorità, in primo momento, al fine di dare avvio al procedimento finalizzato all'emanazione di misure di cui all'art. 32, sarà sufficiente anche la sola *notitia criminis*, alla luce di quanto confermato dallo stesso tenore letterale dell'articolo in commento, nel quale si fa riferimento alla "*ipotesi in cui l'autorità giudiziaria proceda*", o a seguito di iscrizione nel registro delle notizie di reato di cui all'art. 335 c.p.p. di uno dei soggetti apicali dell'impresa per uno dei reati puntualmente individuati dalla norma²¹² ovvero a seguito delle informazioni acquisite dall'Autorità durante lo svolgimento delle attività ispettive o di vigilanza di sua competenza²¹³.

Al fine di poter poi formulare una proposta diretta al Prefetto, sarà tuttavia necessario, ai sensi di quanto precisato dall'art. 32, che sussistano "*fatti gravi ed accertati anche ai sensi dell'art. 19, comma 5, lett. a)*". Appare pertanto evidente il richiamo compiuto dal legislatore ai presupposti per il rilascio delle misure cautelari in ambito penale²¹⁴, ossia i gravi indizi di colpevolezza di cui agli artt. 273 ss c.p.p., la sussistenza dei quali può essere accertata o durante lo svolgimento dell'attività di vigilanza di cui è titolare l'Autorità o

²¹² Tali fattispecie criminose sono: concussione di cui all'art. 317 c.p.; corruzione per l'esercizio della funzione di cui all'art. 318 c.p.; corruzione semplice e aggravata per patto contrario ai doveri di ufficio di cui agli artt. 319 e 319-bis c.p.; corruzione in atti giudiziari di cui all'art. 319-ter c.p.; induzione indebita a dare o promettere utilità di cui all'art. 319 quater c.p.; corruzione di persona incaricata di pubblico servizio di cui all'art. 320 c.p.; istigazione alla corruzione di cui all'art. 322 c.p.; peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee, di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri di cui all'art. 322-bis c.p.; traffico di influenze illecite di cui all'art. 346-bis c.p.; turbata libertà degli incanti di cui all'art. 353 c.p.; turbata libertà del procedimento di scelta del contraente di cui all'art. 353-bis c.p..

²¹³ Rispetto a tale seconda ipotesi, il legislatore riconosce rilievo a "rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali, tra le quali sembra possibile ricondurre anche ulteriori notizie di reato inerenti comunque condotte assimilabili a quelle puntualmente individuate dall'articolo in commento con riferimento all'interesse giuridico tutelato, quale ad esempio il riciclaggio di cui all'art. 628-bis c.p..

²¹⁴ Ciò è reso maggiormente evidente dalla previsione di cui al comma 5 dell'art. 32 in commento, in base al quale tali misure sono destinate a cessare i loro effetti qualora intervengano provvedimenti giudiziari di sequestro, confisca o amministrazione giudiziaria, o a seguito di applicazione di misure di prevenzione ovvero di archiviazione del procedimento penale, ossia misure per le quali non occorre un accertamento avente carattere di definitività.

sulla base del materiale probatorio raccolto dall'autorità giudiziaria penale.

Quanto al secondo presupposto, questo consiste in un requisito in qualche maniera equiparabile al *periculum in mora*, ossia il rischio di aggravamento della situazione in caso di mancata applicazione della misura. Tale secondo presupposto appare, tuttavia, non un elemento determinante ai fini dell'applicazione o meno della misura stessa, quanto piuttosto un indice della gravità della vicenda sulla base del quale decidere quale tra le diverse misure di cui all'art. 32 adottare. Tale valutazione dovrà essere compiuta in un primo momento dal Presidente nell'elaborare la proposta e, successivamente, dal Prefetto nel disporla.

Dopotutto la stessa scelta del legislatore di disciplinare diverse modalità di intervento risponde di per sé all'esigenza di graduare l'incisività del rimedio sulla base delle peculiarità proprie della vicenda concreta, nel rispetto del principio di proporzionalità che regola sia la comminazione delle sanzioni che l'applicazione delle misure cautelari in materia penale.

Con riferimento all'*iter* procedimentale di adozione delle misure straordinarie, nel rinviare a quanto già in precedenza²¹⁵ precisato nonché alle argomentazioni già svolte nel presente paragrafo, appare opportuno sottolineare ulteriormente come la valutazione del Prefetto circa la necessità di dare seguito alla proposta del Presidente dell'Autorità debba essere frutto di un'autonoma valutazione, durante la quale dovrà essere verificata nuovamente la sussistenza dei presupposti necessari all'emanazione del provvedimento conclusivo, anche previo esercizio di poteri istruttori autonomi.

Per quanto riguarda, invece, la necessità di procedere secondo le regole e garanzie tipiche della l. n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, l'Autorità ha evidenziato come, in virtù del carattere cogente e dell'incisività delle misure in questione, appaia preferibile ritenere applicare la richiamata disciplina anche nell'esercizio dei poteri di cui all'art. 32 del d.l. n. 90/2014²¹⁶. Da ciò deriva innanzitutto la necessità di comunicare l'avvio del procedimento all'impresa ai sensi dell'art. 7, l. n. 241/1990, nel quale provvedimento deve essere indicato alla parte un termine entro cui questa potrà prendere visione agli atti del procedimento e presentare memorie in sua difesa, salva la possibilità per l'Autorità di porre un termine estremamente breve, qualora lo richieda la gravità della situazione. Nel

²¹⁵ Si veda sul punto Cap II, par. 5.

²¹⁶ Si veda sul punto la proposta formulata dal presidente dell'Autorità, in data 10 luglio 2014, con riferimento al commissariamento dell'Impresa Costruzioni Giuseppe Maltauro S.p.A. per l'appalto c.d. "*Architetture di servizio*", poi disposta in data 16 luglio dal Prefetto di Milano.

provvedimento del Prefetto dovrà poi essere specificata la durata del regime di amministrazione straordinaria, la quale ad ogni modo, in virtù di quanto stabilito dall'art. 32, non potrà protrarsi oltre il collaudo.

Appare opportuno evidenziare altresì come una peculiare modalità di intervento, questa volta su iniziativa del Prefetto, previo coinvolgimento del Presidente dell'Autorità, che può anche assumere un ruolo di promotore dell'intervento, sia disciplinata dall'art. 32, comma 10, d.l. n. 90/2014. In particolare, in tal caso, si prevede la possibilità per il Prefetto di disporre una delle misure straordinarie esaminate qualora un'impresa aggiudicataria di un appalto sia raggiunta da un'informazione interdittiva antimafia. Il coinvolgimento del Presidente è volto a creare quel rapporto di costante collaborazione tra i due organi monocratici che assicuri imparzialità ed efficienza al sistema. Rispetto alle precedenti fattispecie esaminate, occorre sottolineare come l'applicazione della misura dipenda dalla sopravvivenza dell'interdittiva antimafia: una volta annullata quest'ultima con sentenza passata in giudicato verranno meno anche le condizioni per il proseguimento del regime di amministrazione straordinaria.

Un'ultima questione si è posta con riferimento al Prefetto competente ad emanare le singole misure. Appare prevalere al momento l'impostazione che ritiene di attribuire la competenza in oggetto al Prefetto del luogo in cui ha sede la stazione appaltante ²¹⁷.

5.1. Segue. L'attività interpretativa e consultiva dell'Autorità riguardo i nuovi poteri del d.l. n. 90/2014.

L'assoluta novità, nel nostro panorama normativo, degli istituti introdotti con il citato decreto e la formulazione, non di agevole lettura, del disposto di cui all'art. 32, ha reso necessaria anche al fine di assicurare un'applicazione uniforme dell'istituto da parte delle prefetture, una prima attività interpretativa della norma, cui si è accompagnata una costante attività consultiva.

Tale attività si è resa imprescindibile, già all'indomani dell'entrata in vigore del decreto, soprattutto in risposta alle rappresentate preoccupazioni di coerenza con i principi costituzionali e di contrasto con i generali presidi di garanzia e ai paventati rischi di

²¹⁷ Un'eccezione è rappresentata dall'ipotesi di emanazione di informazione interdittiva antimafia in cui sarà competente lo stesso prefetto che ha adottato tale interdittiva.

possibili abusi, tenuto conto dell'eccessiva discrezionalità che la formulazione vaga ed equivoca della norma avrebbe posto in capo all'interprete.

In quest'ottica, il Presidente dell'Autorità si è fatto promotore di una prima interpretazione dell'art. 32 con la prima proposta in data 10 luglio 2014, in epoca antecedente alla conversione parlamentare del decreto, con la richiesta avanzata al Prefetto di Milano per la *“Straordinaria e temporanea gestione della società Maltauro S.p.A., con riferimento all'appalto relativo alle architetture di servizio afferenti al sito per l'esposizione universale del 2015”*.

La “prima sperimentazione” dell'istituto è stata anche l'occasione per anticipare alcune soluzioni interpretative che sono state successivamente recepite dalla legge di conversione. Ci si riferisce, in particolare, all'individuazione del Prefetto competente *ratione loci*, oggi specificamente individuato nel Prefetto del luogo in cui ha sede la stazione appaltante, laddove la norma originaria si riferiva genericamente al prefetto competente, lasciando all'interprete il compito di risolvere le incertezze sulla competenza territoriale e di scegliere se privilegiare la sede dell'impresa o della stazione appaltante.

La proposta sopra citata si è preoccupata di sciogliere il suddetto nodo interpretativo in favore del Prefetto del luogo in cui ha sede l'amministrazione aggiudicatrice in ragione del fatto che, coincidendo, di regola, la sede della pubblica amministrazione con il luogo di esecuzione del contratto, tale criterio avrebbe consentito all'autorità chiamata a disporre la misura non solo di apprezzare la gravità del fatto, ma anche di svolgere quella di funzione di controllo e supervisione sull'operato degli amministratori incaricati della gestione dell'appalto.

Fin dalla prima richiesta, peraltro, ci si è premurati anche di dare alla norma una chiave di lettura costituzionalmente orientata che assicurasse, da una parte, il ripristino della legalità violata con il minor sacrificio possibile per l'operatore economico e, dall'altra, l'avvio del procedimento solo all'esito di una valutazione oggettiva, sulla base di criteri severi, in presenza di fatti connotati da un notevole spessore probatorio.

E proprio nell'ottica di operare un ragionevole bilanciamento degli interessi pubblici e privati in gioco, si è dato impulso al consolidamento di una linea interpretativa volta a garantire l'adozione delle misure secondo criteri rigorosi, nel pieno rispetto del principio di proporzionalità, in modo da garantire il soddisfacimento dell'interesse pubblico, circoscrivendo al minimo l'intervento dell'autorità amministrativa e, conseguentemente, la compressione della libertà di impresa. In tale prospettiva, si è sempre operata una rigorosa

graduazione delle misure applicabili in ragione della gravità della situazione riscontrata a carico dell'operatore economico e quindi degli interventi da attuare per proseguire l'appalto al riparo da ulteriori condizionamenti illeciti e in una situazione di ripristinata legalità.

In secondo luogo, in forza di tale lettura, ci si è adoperati affinché il procedimento di formulazione della proposta, benché l'articolato normativo manchi di una previsione in tal senso, si conformasse fin da subito ai principi generali che governano l'azione amministrativa, garantendo la partecipazione al procedimento da parte degli interessati, attraverso gli istituti previsti dagli artt. 7, 8 e 10 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*).

Invero, la formulazione della proposta, da parte del Presidente dell'A.N.AC., è stata sempre preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento agli interessati e dalla concessione ai medesimi di un termine per la presa visione degli atti, l'estrazione di copia e la presentazione di memorie scritte. Non solo, dunque, l'esercizio del potere è sempre avvenuto garantendo agli interessati la partecipazione al procedimento, ma l'articolazione di quest'ultimo in due fasi anche temporalmente distinte, facenti capo a due diverse autorità, ha consentito ai medesimi interessati di intervenire anche nella successiva fase procedimentale, incardinata dinanzi al Prefetto competente.

Sempre nella medesima ottica, si è promossa un'interpretazione restrittiva dell'istituto del commissariamento di cui all'art. 32, co. 1, lett. b), in modo da determinare l'attrazione nell'alveo pubblicistico esclusivamente del segmento di impresa connesso all'esecuzione di quello specifico contratto "inquinato".

In altri termini, la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa è stata intesa, fin dalla prima applicazione, come una misura volta a disporre una sorta di commissariamento del singolo appalto, senza incidere sulla *governance* complessiva dell'impresa, ma sospendendo i poteri dell'imprenditore o degli organi sociali, limitatamente a quello specifico contratto o concessione. In base a tale chiave di lettura, la misura determina una netta separazione tra gli assetti gestionali e proprietari dell'impresa, mediante la nomina di amministratori prefettizi che non si occuperanno dell'attività sociale, ma saranno tenuti esclusivamente a portare a termine l'appalto o la concessione "inquinati" e ad accantonare l'eventuale utile di impresa in un fondo speciale, in funzione degli eventuali interventi (quali confische o risarcimenti) che potrebbero essere disposti a seguito dall'accertamento

penale. Gli amministratori, pertanto, sono tenuti a realizzare una forma di gestione separata e di carattere temporaneo di un segmento dell'impresa (legato all'esecuzione di quello specifico contratto), mentre gli organi sociali restano in carica per lo svolgimento della attività di gestione.

Tale sforzo interpretativo, inoltre, è stato profuso dall'Autorità anche con il dichiarato intento di riconoscere all'innovativo istituto del commissariamento una sua dignità e una sua autonomia, nel panorama delle misure introdotte nel nostro ordinamento.

Infatti, l'art. 32 non è stato inteso come un duplicato dei poteri propri dell'autorità giudiziaria (e degli istituti previsti dagli artt. 9 e 45 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 (*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*)) che consentono, in presenza di determinati presupposti, l'azzeramento degli organi di amministrazione dell'impresa e la loro sostituzione con la gestione commissariale), ma l'Autorità lo ha costantemente inteso (e difeso) come un efficace ma meno invasivo strumento che permette, allorché non ricorrono gli estremi per un radicale "spossessamento" dei poteri gestori, di intervenire "chirurgicamente" con riferimento al singolo contratto e limitatamente alla sua esecuzione.

Degna di menzione in questa sede è anche l'attività posta in essere dall'ANAC per quanto concerne le problematiche connesse alla quantificazione dei compensi dovuti agli amministratori e agli esperti prefettizi. In base alle previsioni di cui all'art. 32, co. 6, infatti, agli amministratori spetta un compenso quantificato con il decreto di nomina sulla base delle tabelle allegate al decreto di cui all'art. 8 del decreto legislativo 4 febbraio 2010, n. 14 (*Istituzione dell'Albo degli amministratori giudiziari, a norma dell'articolo 2, comma 13, della legge 15 luglio 2009, n. 94*). Il medesimo criterio di quantificazione del compenso viene stabilito, in misura non superiore al cinquanta per cento di quello liquidabile in forza delle richiamate tabelle, per gli esperti incaricati del sostegno e monitoraggio dell'impresa.

Il richiamato art. 8 prevede che, con decreto del Presidente della Repubblica, da emanare su proposta del Ministro della Giustizia, di concerto con i Ministri dell'Economia e delle finanze e dello Sviluppo economico, ai sensi dell'art. 17, co. 1, lett. b), della legge 23 agosto 1988, n. 400 (*Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*), sono stabilite le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi degli amministratori giudiziari.

Poiché il citato decreto attuativo, ad oggi, non è stato adottato, nelle more sono stati stipulati protocolli di intesa e convenzioni. In particolare, nelle prime esperienze applicative, alcune prefetture, tra cui quella di Roma, hanno desunto alcuni parametri di riferimento per il calcolo da un protocollo di intesa stipulato, il 23 maggio 2014, tra il Tribunale ordinario di Roma e l'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Roma il quale introduce, con valore orientativo e non vincolante, i criteri di calcolo degli amministratori di beni sequestrati e confiscati, utilizzando, con i dovuti adattamenti e le necessarie integrazioni, i parametri individuati nel decreto del Ministro della Giustizia del 20 luglio 2012, n. 140 (*Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione, da parte di un organo giurisdizionale dei compensi per le professioni regolarmente vigilate dal Ministero della giustizia, ai sensi dell'articolo 9, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27*).

Le prime esperienze di commissariamento degli appalti hanno, peraltro, evidenziato l'assoluta particolarità delle misure introdotte dall'art. 32, del decreto legge 90 e la conseguente necessità di prevedere una disciplina *ad hoc* per la parametrizzazione dei compensi.

A fronte delle difficoltà evidenziate dalle prefetture e dei rischi connessi all'assenza di parametri univoci, tra i quali quello di procedere a quantificazioni sensibilmente differenti anche per appalti simili, facenti capo ad imprese operanti nel medesimo settore, l'Autorità si è attivata nei confronti dei Ministri della Giustizia, dell'Economia e finanze, dello Sviluppo economico e per le Riforme costituzionali e i rapporti con il Parlamento, auspicando un intervento normativo che, in attuazione dell'art. 8 del d.lgs. 14/2010, stabilisca le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi degli amministratori giudiziari, introducendo specifiche disposizioni per gli istituti di cui all'art. 32 ²¹⁸.

In particolare, si è evidenziato che nel caso dei commissariamenti *ex art. 32*, essendo i compensi degli amministratori a carico delle imprese (alle quali sono sottratti anche gli utili del contratto e della concessione, essendo previsto il loro accantonamento in un fondo che viene all'uopo istituito), si appalesa la necessità, da un lato di prevedere criteri certi, uniformi e funzionali alla *ratio* dell'istituto e, dall'altro di introdurre correttivi specifici, idonei ad ancorare il compenso alla durata e al valore dell'appalto e a limitarne

²¹⁸ Si veda, in proposito, la nota prot. n. 23801/2015 pubblicata nella sezione *Comunicazioni*, area *News* del sito istituzionale dell'Autorità.

l'ammontare. Ciò tenuto conto soprattutto del fatto che il commissariamento, salvo casi eccezionali, non ha ad oggetto l'impresa ma solo un segmento della sua attività.

A tal proposito, è attualmente in fase di costituzione un tavolo tecnico per l'individuazione di criteri e parametri univoci di liquidazione dei compensi, cui parteciperanno oltre ai ministeri di riferimento anche l'A.N.AC. e il Ministero dell'Interno.

6. L'attività di vigilanza sulle varianti.

L'art. 37 del d.l. 90/2014 ha introdotto l'obbligo di trasmissione all'ANAC delle varianti in corso d'opera dei contratti pubblici di lavori. La norma si ripropone la finalità di consentire un controllo sulle varianti apportate in fase esecutiva, spesso causa di aumenti considerevoli dei costi e di allungamento dei tempi di realizzazione delle opere.

Occorre, altresì, evidenziare come la capacità delle varianti in questione di incidere sulla durata dell'esecuzione e sul valore del contratto le renda lo strumento ideale per l'attuazione di propositi corruttivi e criminosi in generale.

Ed infatti, se da un lato la fase di gara volta all'affidamento del contratto ha da tempo interessato il legislatore nazionale ed europeo riguardo la necessità di introdurre opportune misure di tipo preventivo e repressivo, dall'altro è apparso sin dal principio evidente come l'attività di vigilanza sui contratti pubblici non potesse limitarsi alla fase che precede la stipula del contratto, alla luce delle peculiarità proprie del momento esecutivo nonché degli interessi nello stesso coinvolti.

Ebbene, con precipuo riferimento alla materia delle varianti appare opportuno evidenziare come nel 2014 l'A.N.AC. abbia proceduto alla pubblicazione di diversi comunicati al fine di fornire indicazioni su come adempiere alla nuova norma. Tra gli altri, si segnala il comunicato pubblicato in data 17 marzo 2015, nel quale si evidenziava la necessità di rivisitare e aggiornare le indicazioni fornite in precedenza al fine di garantire la completezza della documentazione allegata alla trasmissione, l'estensione della trasmissione stessa ad alcuni tipi di varianti nell'appalto integrato, nonché l'acquisizione delle informazioni sul contenzioso che interferisce con le varianti medesime.

Alcuni primi risultati sulle varianti trasmesse sono contenuti nel comunicato del Presidente del 24 novembre 2014 (*"Prime valutazioni sulle varianti in corso d'opera trasmesse dalle Stazioni Appaltanti"*). Trattasi di varianti per le quali non erano previsti i limiti di importo successivamente introdotti in sede di conversione del d.l. 90/2014 (varianti disposte

nell'ambito di appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria e di importo eccedente il dieci per cento del contratto).

Le valutazioni si basano sull'analisi di un campione di 90 varianti su un totale di 277 pervenute nelle more della conversione in legge. Nonostante l'insieme dei dati sia parziale e disomogeneo, anche a causa di alcune difficoltà interpretative delle stazioni appaltanti nei primi mesi di applicazione della norma, è tuttavia funzionale a rilevare alcune linee di tendenza relative all'utilizzo dello strumento da parte delle amministrazioni aggiudicatrici in questione.

I dati esaminati hanno evidenziato che la gran parte delle varianti disposte riguardano stazioni appaltanti classificate come enti locali e presenta un importo aggiuntivo inferiore a 50.000 euro.

Il dato testimonia la forte frammentazione del fenomeno in esame, caratterizzato da numerose varianti di piccolo importo, correlata anche alla generale polverizzazione del mercato dei lavori pubblici.

Tra le principali criticità rilevate si segnalano: il frequente difetto di coerenza delle motivazioni addotte dal RUP; la ricorrenza di varianti approvate dopo l'esecuzione dei relativi lavori, al fine di regolarizzare le opere eseguite in sede di chiusura della relativa contabilità; la presenza di varianti qualificate come migliorative per le quali non vi è stato, in realtà, un sufficiente riscontro in ordine alle effettive migliorie apportate; la diffusa apposizione di varianti di valore molto prossimo al risparmio conseguito con il ribasso d'asta (riscontrata nel novanta per cento dei casi).

Per quanto riguarda nello specifico l'attività svolta dall'entrata in vigore della norma, l'Autorità ha in particolare avuto modo di verificare come delle varianti sottoposte all'obbligo di trasmissione, solo circa il quarantasette per cento risulti completo e solo il ventidue per cento venga trasmesso entro i trenta giorni stabiliti dalla norma. In generale, il tempo medio di trasmissione è risultato essere di circa sessanta giorni. A tale proposito occorre evidenziare come la norma in questione non si preoccupi di sanzionare in alcun modo la mancata comunicazione dei dati in questione, favorendo in tal modo la diffusione di un ritardo nell'adempimento da parte delle stazioni appaltanti e posticipando ulteriormente l'intervento in sede di verifica dell'Autorità.

In questa prima fase di esercizio del potere in questione è stato evidenziato, dunque, un livello di adempimento molto carente, da ricondurre da un lato alla non corretta

interpretazione della norma da parte degli operatori del settore, ma dall'altro altresì alla debole capacità di coercizione attribuita all'Autorità in questione.

Passando dunque ad esaminare nello specifico il contenuto delle comunicazioni delle stazioni appaltanti, assume rilievo la circostanza che tra le fattispecie individuate dall'art. 132, co. 1, del Codice (e nel citato comunicato del 17 marzo 2015), quelle comunicate con maggiore frequenza sono le fattispecie “b)” cause impreviste ed imprevedibili e “c)” presenza di eventi/rinvenimenti imprevisti, le quali risultano in realtà essere di gran lunga le meno verificabili, e solo in via residua la “d)” cause geologiche/idriche che rendono onerosa la prestazione. Quest'ultimo dato, tra l'altro, si può leggere in termini positivi laddove, la sua esiguità, sembra escludere il ricorso a varianti per carenza di conoscenza della rappresentazione del sottosuolo.

Con riferimento invece alla qualità della progettazione, una lettura opposta si ricava dal significativo ricorso al cumulo di più fattispecie (nella metà dei casi) e in particolare alla ripetizione delle medesime (quasi in nove casi su dieci) nell'ambito dello stesso contratto. Un dato che sembra significativo per le varianti sottoposte all'obbligo di trasmissione è che, in media, ciascuna variante contiene 4,2 fattispecie modificative del contratto originario. Tendenza che conferma decisamente l'attenzione che vi deve essere sulla qualità della progettazione.

Alla luce dell'analisi compiuta dall'Autorità nei comunicati citati, un primo dato che emerge è che le varianti esaminate presentano in media circa 3,5 criticità tra le 13 principali prese in considerazione. Sebbene il campione non sia rappresentativo, in quanto, in alcuni casi, riferito ad un numero di varianti limitato e per le quali si devono svolgere ulteriori accertamenti istruttori, i dati rivelano delle disfunzioni legate al basso grado di coerenza tra le fattispecie utilizzate per giustificare le varianti e il resto della documentazione e l'adeguatezza degli accertamenti del RUP sulle cause delle varianti. Inoltre, solo nel ventisette per cento delle varianti vi è un chiaro nesso fisico-funzionale tra i lavori del contratto e quelli introdotti con la variante.

Appare, invece, positivo il dato che rivela l'assenza di casi di varianti con modifiche sostanziali. Infine, il dato che rivelerebbe l'assenza di lavori eseguiti prima della variante in realtà non è convincente: questo è contraddetto, infatti, dal tempo che residua mediamente per l'ultimazione dei lavori, nel senso che solo nel trentasei per cento dei casi è risultato coerente con i contenuti della variante. A significare che, verosimilmente, i lavori erano stati già eseguiti.

7. L'attività relativa al sistema di qualificazione delle imprese.

Con riferimento all'attività di vigilanza sulla qualificazione, appare opportuno evidenziare come anche a seguito della soppressione per incorporazione della precedente Autorità di vigilanza nell'attuale Autorità Nazionale Anticorruzione sia proseguita l'attività di vigilanza sul sistema di qualificazione²¹⁹ delle imprese che operano nel settore dei lavori pubblici. Tale attività prevede, da un lato, l'accertamento del possesso, da parte delle SOA, dei requisiti richiesti dalle vigenti disposizioni normative, attraverso i controlli sulle modifiche dell'organico minimo, sulle cessioni delle quote e di ramo d'azienda, sulle modifiche dei membri dei consigli di amministrazione e sul possesso dei requisiti di indipendenza; dall'altro il controllo sulle attestazioni di qualificazione, su iniziativa d'ufficio o su segnalazione, mediante la verifica delle dichiarazioni rese ai fini del rilascio delle attestazioni.

Nell'ambito delle attività riferite alla qualificazione degli esecutori di lavori pubblici particolare rilevanza ha assunto, nel corso del 2014, la predisposizione del "*Manuale di Qualificazione delle imprese esecutrici di lavori di importo superiore a 150.000 euro*", che fornisce agli operatori del settore indicazioni in materia di qualificazione per l'esecuzione di lavori di importo superiore a 150.000 euro, aggiornate sulla base di determinazioni, comunicati e deliberazioni emanati negli ultimi 15 anni (per un totale di circa 300 atti dal 1999 al 2014).

Per un corretto inquadramento della problematica ed una completa analisi del potere in questione e delle ripercussioni dell'esercizio dello stesso, appare opportuno esaminare di seguito alcune delle principali questioni affrontate nel documento, che è comunque in continua evoluzione anche nell'ambito di un tavolo tecnico permanente con le SOA.

In primo luogo, il Manuale reca indicazioni circa le modalità di verifica del requisito di indipendenza delle SOA (art. 64, co. 4, del Regolamento) con riferimento all'individuazione dei soggetti, persone fisiche o giuridiche, sui quali compiere gli accertamenti e la documentazione idonea a tal fine. Le indicazioni sulle verifiche, pur rispecchiando la prassi già seguita dai competenti uffici dell'Autorità, contengono maggiori precisazioni in relazione a vari aspetti di rilievo quali il grado di parentela rilevante ai fini degli accertamenti (secondo grado, in analogia al disposto della l.

²¹⁹ Per un approfondimento della tematica si veda, tra gli altri, R. GIOVAGNOLI, *Il nuovo regolamento sui contratti pubblici*, Milano, 2011, 168 ss.

190/2012), l'ambito di estensione delle verifiche (che include i sindaci), le verifiche da effettuare nei confronti di soci persone giuridiche e la definizione di collegamento societario rilevante.

Occorre in secondo luogo sottolineare come il Manuale abbia costituito occasione per disciplinare, per la prima volta con criteri rigorosi, l'utilizzo delle cessioni di rami di azienda ai fini della comprova dei requisiti tecnico-economici e il conseguente rilascio dell'attestato di qualificazione. Alla luce dei gravi elementi distorsivi riscontrati nel mercato nel corso degli ultimi anni, dove si è fatto ricorso alle cessioni da un'impresa all'altra ai fini del trasferimento meramente nominale di categorie e classifiche, senza il sostanziale passaggio dei requisiti necessari, si è reso necessario fornire un'interpretazione che vincoli operativamente le SOA all'utilizzo di criteri oggettivi di valutazione degli atti di trasferimento, riducendone i margini di discrezionalità e omogeneizzando i criteri valutativi in ordine all'apprezzamento della consistenza del complesso aziendale trasferito. I chiarimenti forniti dal Manuale muovono dall'assunto che l'esistenza di un contratto di cessione non ha un effetto automatico sull'efficacia o validità delle attestazioni già emesse e in corso di validità (ad esempio in possesso dell'impresa cedente), né ne produce *ex abrupto* di nuove (a favore dell'impresa cessionaria), in quanto a tal fine risulta indispensabile una valutazione, da parte delle SOA, circa l'effettivo trasferimento dei requisiti.

Il Manuale individua degli indicatori alla luce dei quali le SOA, che sono i soggetti deputati al rilascio della nuova attestazione alla cessionaria e al ridimensionamento o revoca di attestazione della cedente, devono verificare che il contratto prodotto dall'impresa cessionaria ai fini del rilascio di un attestato di qualificazione o dell'integrazione con nuove categorie e/o classifiche dell'attestato già in suo possesso, sia un contratto idoneo allo scopo e cioè sottenda effettivamente il trasferimento dell'azienda (o del ramo) e non si risolva, invece, in una mera cessione di beni produttivi o esternalizzazione di servizi, fattispecie irrilevanti ai fini dell'art. 76 del Regolamento.

In particolare, tra questi indicatori figurano: il volume d'affari dell'impresa dante causa riferito all'anno antecedente l'atto di trasferimento aziendale; le risorse umane atte a dimostrare l'operatività del ramo al momento del trasferimento nel settore individuato come afferente al complesso ceduto.

Nella valutazione di tale indicatore le SOA dovranno verificare, in primo luogo, che nel trasferimento sia ricompreso uno staff minimo di personale connesso alla specificità e alle

dimensioni dell'attività ceduta, atto a evidenziare la sussistenza di una struttura organizzativa che ricomprenda personale con funzioni amministrative e tecniche idonee a garantire lo svolgimento e la funzionalità dell'attività aziendale oggetto di cessione. Nella valutazione di tale parametro le SOA dovranno ulteriormente verificare che il personale trasferito ricomprenda professionalità tecniche con specifica competenza nel settore di attività ceduto, quale elemento in grado di assicurare, sotto il profilo tecnico, la prosecuzione dell'attività aziendale e per la configurabilità dell'effettivo trasferimento del *know how*.

Ulteriore elemento oggetto di verifica dovrà essere inoltre la sussistenza di rapporti giuridici in corso, volta ad accertare che il ramo o l'azienda ceduti siano "vivi" e che l'operazione qualificata come cessione non sia solo uno stratagemma per il trasferimento meramente documentale di categorie e classifiche. Una volta appurata l'effettività della cessione, l'esperienza del ramo o dell'azienda ceduta verrà valutata nel rispetto dei criteri temporali (cinque anni) previsti dal Regolamento, ai fini della qualificazione della cessionaria.

È stato inoltre ribadito il divieto per l'impresa cessionaria di avvalersi dei requisiti provenienti dall'impresa colpita da sanzione interdittiva prima del decorrere di un anno dalla data del provvedimento sanzionatorio dell'Autorità, onde porre rimedio al fenomeno distorsivo della cessione aziendale finalizzata all'elusione della sanzione. Nel Manuale è, altresì, precisato che in caso di affitto di ramo d'azienda (rientrante nella fattispecie dei contratti di durata), l'operatività della causa interdittiva a carico dell'impresa dante causa non consentirà all'impresa affittuaria di proseguire nell'utilizzo dei requisiti speciali oggetto di affitto durante il periodo di interdizione.

Capitolo III

Controllo giurisdizionale sul contratto pubblico e sugli atti dell'Autorità indipendente preposta alla vigilanza di settore.

Sommario: 1. Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto medio tempore stipulato: i poteri riconosciuti al giudice amministrativo dal codice del processo amministrativo. 2. Peculiarità e limiti del sindacato del giudice sugli atti delle autorità amministrative indipendenti. 2.1. Questioni relative al problematico coordinamento del potere del giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto e con il potere del Presidente dell'A.N.AC. di disporre il commissariamento di un singolo appalto. 3. Il problema della mancata attribuzione all'Autorità della legittimazione processuale attiva.

1. Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto medio tempore stipulato: i poteri riconosciuti al giudice amministrativo dal codice del processo amministrativo.

La problematica relativa all'annullamento dell'aggiudicazione e alla sorte del contratto a valle stipulato dall'amministrazione con l'impresa aggiudicataria interessa da molto tempo dottrina e giurisprudenza, le quali si sono a lungo interrogate in merito al giudice avente giurisdizione in materia e al contenuto e ai limiti dell'esercizio di un tale sindacato.

Ciò, in particolare maniera, in virtù del fatto che in passato l'attività contrattuale della pubblica amministrazione era considerata come posta in essere nell'esclusivo interesse della parte pubblica, con tutte le conseguenze che ne derivavano con riferimento *in primis* all'impossibilità per il privato di agire in giudizio al fine di ottenere la caducazione del contratto.

Alla luce di ciò, parte della dottrina e della giurisprudenza²²⁰, sostenevano che, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, dovrebbe ritenersi integrata un'ipotesi di annullabilità relativa di cui all'art. 1441 c.c., deducibile in via di azione o eccezione esclusivamente dalla parte pubblica. Alla base della tesi esposta vi era la convinzione che gli atti amministrativi adottati nella procedura di evidenza pubblica che precede la stipula del contratto, altro non fossero che strumenti attraverso i quali si forma la volontà dell'ente pubblico: in virtù di tale impostazione, la procedura di gara avrebbe avuto pertanto la

²²⁰ M. PISANO, *Annullamento dell'aggiudicazione e regime di invalidità del contratto di appalto*, in www.filodiritto.it, nonché *ex multis*, Cass., 17 novembre 2000, n. 14901; id. 8 maggio 1996, n. 4269; Cons. St., sez. VI, 1 febbraio 2002, n. 570; T.A.R. Puglia, Lecce, 28 febbraio 2001, n. 746.

funzione di garantire la corretta formazione del consenso.

Un vizio che inficia la correttezza di tale fase di formazione non avrebbe potuto, dunque, che determinare l'annullabilità del contratto, dal momento che, qualora si fosse optato per la soluzione della nullità, avrebbe dovuto essere riconosciuta a tutti, anche ai terzi estromessi dalla stipulazione e innanzitutto alla parte privata, la possibilità di agire in giudizio al fine di ottenere la dichiarazione di nullità del contratto.

Quanto alla base giuridica su cui fondare tale rimedio dell'annullabilità, questa veniva a volte individuata negli artt. 1428 e 1429 c.c., disciplinanti l'errore quale vizio del consenso, altre nell'art. 1425, primo comma, c.c., affermando che in caso di procedura illegittima sarebbe venuta meno in capo alla pubblica amministrazione la stessa capacità a contrarre.

Dall'adesione ad una siffatta impostazione derivava, altresì, sul piano processuale la giurisdizione del giudice ordinario a decidere dell'annullabilità del contratto²²¹.

Per un diverso orientamento, anch'esso attualmente superato a seguito dell'introduzione del codice del processo amministrativo²²², propendeva invece chi sosteneva la riconducibilità dell'ipotesi patologica in questione alla fattispecie della nullità del contratto di cui all'art. 1418 c.c..

Nullità qualificata ora come strutturale ai sensi del combinato disposto degli artt. 1418, secondo comma, e 1325, n. 1, c.c., a fronte del venir meno del consenso a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, ora come virtuale, ossia dovuta alla violazione di norme imperative rinvenute nelle regole dell'evidenza pubblica.

Ed ancora, parte della giurisprudenza, anticipando in qualche modo quella che poi è risultata essere la scelta dello stesso legislatore, propendeva per la tesi dell'inefficacia del contratto, connessa alla caducazione, in sede amministrativa o giurisdizionale, degli atti attraverso cui si è formata in concreto la volontà contrattuale dell'amministrazione: da tale caducazione sarebbe derivato il venir meno in capo alla parte pubblica, infatti, della stessa legittimazione a negoziare²²³.

²²¹ Il giudice amministrativo conservava, invece, la giurisdizione sul provvedimento di aggiudicazione, con conseguente appesantimento del rito, alla luce della necessità per la parte pubblica di agire prima dinnanzi al giudice amministrativo e, a seguito dell'accoglimento del ricorso e annullamento dell'aggiudicazione, dinnanzi al giudice ordinario per ottenere la caducazione del contratto.

²²² Ad opera del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

²²³ A tal proposito, la Corte di Cassazione, sez. I, nella sentenza 15 aprile 2008, n. 9906, ha evidenziato come *"l'organo amministrativo che ha stipulato il contratto, una volta che viene a cadere, con effetto ex tunc, uno degli atti del procedimento costitutivo della volontà dell'amministrazione, come la deliberazione di*

Alcune rilevanti novità furono determinate dall'intervento del legislatore in materia, innanzitutto, con l'inserimento nel Codice dei contratti pubblici dell'art. 246, in base al quale, nella sua previgente formulazione, *“la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente”*.

Dalla lettura *a contrario* di tale norma si sosteneva, pertanto, la regola della caducazione automatica del contratto, valorizzando quel rapporto di consequenzialità esistente tra aggiudicazione e contratto, i quali *simul stabunt simul cadent*.

Una vera svolta in materia si ebbe, a ben vedere, con l'approvazione del codice del processo amministrativo²²⁴, il quale prevede espressamente all'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a., l'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle controversie inerenti alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione. Il legislatore, nell'attribuire espressamente la giurisdizione esclusiva in materia al giudice amministrativo²²⁵, optò per la creazione di un sistema incentrato sull'inefficacia del contratto derivante dall'illegittimità dell'atto amministrativo allo stesso prodromico, nel quale venivano riconosciuti al giudice ampi poteri discrezionali in merito alla valutazione circa l'opportunità di una conservazione degli effetti del contratto ovvero caducazione dello stesso, in particolare con riferimento alle ipotesi di violazioni non gravi di cui all'art. 122 c.p.a..

Ed infatti, ai sensi di quanto previsto dagli artt. 121 e 122 c.p.a. nella loro attuale formulazione, è possibile distinguere tra violazioni c.d. gravi, legate essenzialmente al mancato esperimento della procedura di gara, ovvero alla violazione di regole che attengono alla pubblicità dello stesso, dalle quali discende quale regola la dichiarazione di inefficacia del contratto, salva la possibilità per il giudice di disporre la conservazione dello stesso, *“qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad*

contrarre, il bando o l'aggiudicazione, si trova nella condizione di aver stipulato in iure, privo della legittimazione che gli è stata conferita dai precedenti atti amministrativi”.

²²⁴ Alla luce delle diverse pronunce la cui emissione può essere richiesta al giudice amministrativo dalla parte, soprattutto a seguito dell'emanazione del Codice sul processo, il giudizio presso gli organi della giustizia amministrativa si è trasformato da giudizio sull'atto in giudizio sul rapporto, così come sottolineato a più riprese da dottrina e giurisprudenza (in tal senso si veda, ad esempio, A. POLICE, *Il cumulo di domande nei « riti speciali » e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc.4, 2014, 1197 ss).

²²⁵ Come ha avuto modo di chiarire la Corte Costituzionale nelle sentt. 6 luglio 2004, n. 204 e 11 maggio 2006, n. 191, affinché possa aversi in generale giurisdizione del giudice amministrativo, la quale potrà poi essere di legittimità, di merito o esclusiva, è ad ogni modo necessario (e spetta al giudice verificarlo) che vi sia stato l'esercizio da parte dell'amministrazione di un potere amministrativo e di una prerogativa pubblica, siano essi espliciti mediante l'emanazione di un provvedimento ovvero attraverso un comportamento che non può essere qualificato come meramente materiale.

un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti”²²⁶, e le altre violazioni di cui alla seconda disposizione citata.

A tale ultimo proposito, si evidenzia come l’art. 122 c.p.a. preveda espressamente che, fuori dei casi di violazioni gravi di cui all’art. 121 c.p.a. nonché dell’ipotesi di violazione dell’obbligo di *stand-still* cui all’art. 123, comma 3, c.p.a., spetta al giudice adito ai fini dell’annullamento dell’aggiudicazione decidere se dichiarare l’inefficacia del contratto, individuando altresì il momento di decorrenza di tale effetto, o diversamente non procedervi; ciò a seguito della valutazione comparativa degli interessi delle parti, dell’effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l’aggiudicazione del contratto, dello stato di esecuzione dello stesso e della possibilità di subentrarvi.

Sulla base dell’analisi della disciplina sin qui effettuata, occorre evidenziare come alcune questioni siano sorte, innanzitutto, in ordine alla stessa natura da riconoscere a tale tipologia di sindacato.

Ed infatti, se alcun dubbio potrebbe sorgere con riferimento alla riconducibilità della giurisdizione esercitata sul provvedimento di aggiudicazione nell’ambito della giurisdizione di legittimità, maggiori perplessità sono sorte in relazione al sindacato del giudice amministrativo volto a dichiarare l’inefficacia del contratto.

L’ampia discrezionalità riconosciuta al giudice, in particolare con riferimento alle ipotesi di violazioni non gravi di cui all’art. 122 c.p.a., hanno infatti portato taluni²²⁷ a ritenere che tale fattispecie rappresenti un caso di giurisdizione estesa al merito.

Se anche si volesse valorizzare la circostanza per cui il legislatore, all’art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, definisce tale giurisdizione “*esclusiva*” e non anche “*di merito*”, occorre ad ogni modo evidenziare come la fattispecie in questione rappresenti un’ipotesi del tutto peculiare, in virtù degli ampi poteri riconosciuti al giudice, il quale compie una scelta discrezionale, formulata in termini di opportunità e convenienza, caratteri propri di una giurisdizione che va oltre la valutazione circa la corrispondenza dell’operato dell’amministrazione alle previsioni di legge e ai principi generali dell’azione amministrativa²²⁸.

²²⁶ Art. 121, comma 2, c.p.a.

²²⁷ M. LIPARI, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l’inefficacia “flessibile” del contratto*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, fasc. 1.

²²⁸ In tal senso, R. CAPONIGRO, *Annullamento dell’aggiudicazione ed effetti sul contratto*, in *Foro amm. CdS*, 2009, 2450 ss.; G. GIOVANNINI, R. CAPONIGRO, Art. 7, in a cura di G. QUARANTA, V. LOPILATO, *Il processo amministrativo, Commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano, 2011, 106 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell’aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. Amm.*, 2011, 263 ss.

Un'ulteriore questione problematica cui si sono dedicate dottrina e giurisprudenza riguarda, invece, la natura da riconoscere alla pronuncia di inefficacia ²²⁹.

Ed infatti, il dettato letterale dell'art. 121 c.p.a. sembrerebbe far propendere per la natura dichiarativa di tale pronuncia, dal momento che il giudice che annulla l'aggiudicazione sarebbe poi chiamato a "dichiarare" l'inefficacia del contratto. In tale ottica, l'annullamento dell'aggiudicazione rappresenterebbe una condizione risolutiva da cui deriverebbe, di conseguenza, l'inefficacia del contratto.

Appare, tuttavia, preferibile attribuire alla decisione del giudice amministrativo natura costitutiva. Ciò in relazione all'ampiezza del sindacato allo stesso riconosciuto, il quale, come detto, può decidere se mantenere in essere il vincolo contrattuale ovvero procedere alla sua caducazione, nonché graduare gli stessi effetti di tale ultima scelta, individuando il momento da cui far decorrere l'inefficacia del contratto.

Ebbene, se si trattasse di una patologia esistente *ex se* al momento dell'annullamento dell'aggiudicazione, sarebbe contraddittorio riconoscere al giudice il potere di valutare se opportuno e/o necessario procedere alla caducazione del contratto ovvero alla prosecuzione del rapporto tra pubblica amministrazione e controparte privata.

All'organo giurisdizionale spetterebbe, infatti, solo il compito di accertare la sussistenza dei presupposti per addivenire alla pronuncia di inefficacia, senza alcuna scelta discrezionale in merito.

Alla luce di quanto precisato, nonché del contenuto del sindacato esercitabile dal giudice amministrativo che, come detto è connotato da una tipologia di indagine assimilabile alle ipotesi di giurisdizione di merito, appare maggiormente coerente con l'intenzione stessa del legislatore riconoscere alla sentenza in questione natura costitutiva.

Quanto, infine, alla possibilità per il giudice di dichiarare d'ufficio l'inefficacia del contratto, senza che sia stata formulata alcuna domanda di parte in tal senso, parte della dottrina ²³⁰ ha evidenziato come occorra distinguere tra le ipotesi di violazioni gravi di cui all'art. 121 c.p.a. e altre violazioni di cui all'art. 122 c.p.a.

Ed infatti, mentre con riferimento alle prime è previsto espressamente, ai sensi dell'art. 121, comma 1, c.p.a., un dovere per il giudice di addivenire alla pronuncia di inefficacia

²²⁹ Sul punto si veda, G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, Milano, 2009.

²³⁰ M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi"*, op. cit.

del contratto ²³¹, da cui sembra potersi affermare la dichiarabilità d'ufficio della stessa, nelle ipotesi di cui all'art. 122 c.p.a., la facoltatività della pronuncia *de qua* sembra far propendere per la necessità di una domanda specificamente formulata dal ricorrente al fine dell'ottenimento della caducazione del contratto.

Tale domanda appare, ad ogni modo, evincibile altresì dalle ulteriori richieste avanzate dalla parte, quale, ad esempio, il subentro nel contratto oggetto della controversia.

2. Peculiarità e limiti del sindacato del giudice sugli atti delle autorità amministrative indipendenti.

Una tematica che da tempo interessa dottrina e giurisprudenza, attiene alle caratteristiche proprie ed ai limiti del sindacato esercitabile da parte del giudice, amministrativo o ordinario, a seconda della relativa giurisdizione, sui provvedimenti emanati dalle autorità indipendenti.

Ciò assume una rilevanza del tutto particolare nella materia oggetto di analisi, ossia il controllo sugli appalti pubblici, stante la grandissima varietà di poteri e funzioni attribuiti all'Autorità preposta alla vigilanza di settore.

Occorre, infatti, innanzitutto evidenziare come da tempo la dottrina ²³² abbia sottolineato come il sindacato esercitato dal giudice, ed in particolare dal giudice amministrativo, assuma dei connotati diversi a seconda della tipologia di potere esercitato in concreto dall'amministrazione, in generale ²³³, e dall'Autorità, nello specifico.

Le maggiori differenze appaiono nello specifico a seconda che ci si trovi dinanzi all'esercizio del potere regolatorio ovvero di quello sanzionatorio. Ciò in quanto, le funzioni citate risultano profondamente diverse tra loro, con conseguente ripercussione di tale diversità sia sulla tipologia che sui limiti del sindacato giurisdizionale.

²³¹ A tal proposito, l'art. 121, comma 1, c.p.a. stabilisce espressamente che *“il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto”*, facendo intuire l'obbligatorietà di tale soluzione salvo quanto previsto dal successivo comma 2.

²³² Per un approfondimento della tematica si veda, R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, Relazione al Convegno *“Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati”*, tenutosi presso il Consiglio di Stato, il 28 febbraio 2013.

²³³ Per un approfondimento della tematica relativa al sindacato del giudice sui vizi c.d. formali e i vizi c.d. sostanziali si veda, A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, fasc.4, 2003,735 ss.

Al fine di poter meglio delineare l'articolato sistema di controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità, appare necessario brevemente ricordare i principali caratteri di tali differenti poteri.

Per quanto riguarda, in particolare, la regolazione quest'ultima risulta una funzione complessa che si pone a metà strada tra l'attività di tipo normativo e quella di tipo amministrativo. Attraverso la predeterminazione delle regole di comportamento destinate a vincolare i comportamenti dei soggetti che operano nel mercato, la regolazione appare come detto ²³⁴ esercizio *ex ante* dell'attività di vigilanza, mediante emanazione di atti che, almeno fino ad oggi, hanno assunto efficacia essenzialmente non vincolante ²³⁵.

Mentre, dunque, da un lato l'attività regolatoria è stata caratterizzata sino ad ora da una bassa incisività sull'attività dei soggetti destinatari della stessa, dall'altro a conclusioni del tutto diverse può giungersi con riferimento dall'attività sanzionatoria. Espressione di una vigilanza *ex post* avente carattere per così dire repressivo delle condotte violative degli obblighi di legge, essa rappresenta un'ipotesi di attività non facoltativa ma, al contrario, di carattere doveroso e vincolato: a fronte di una trasgressione da parte degli agenti del settore, l'Autorità è, in questo caso, chiamata ad intervenire, una volta accertata la sussistenza degli elementi costitutivi della fattispecie, al fine di sanzionare e reprimere la condotta posta in essere.

Passando, dunque, all'analisi delle peculiarità proprie del sindacato sugli atti di regolazione, occorre in primo luogo evidenziare come le principali questioni affrontate in dottrina e giurisprudenza, in ordine all'intensità di un tale intervento da parte del giudice, si ricollegano alla tematica centrale inerente la legittimazione stessa delle Autorità indipendenti ad emanare atti di tipo regolatorio.

A tal proposito si evidenzia come parte della dottrina ²³⁶ abbia tentato a più riprese di colmare il *deficit* di democrazia contestato ai soggetti regolatori, proprio privilegiando la necessità di riconoscere dignità nel nostro ordinamento a quegli organismi dotati di particolare esperienza e tecnicismo in relazione ad uno specifico settore, da essere ritenuti i più adatti ad individuare le regole di comportamento degli operatori pubblici e privati ²³⁷.

²³⁴ Si veda *supra*, Cap. I, par. 3 e 3.1..

²³⁵ Ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. t), l. 28 gennaio 2016, n. 11, si riconosce come già precisato per la prima volta la possibilità per l'A.N.AC. di emanare altresì atti regolatori dotati di efficacia vincolante.

²³⁶ R. CHIEPPA, *Le sanzioni delle Autorità indipendenti: la tutela giurisdizionale nazionale*, *Giur. comm.* 2013, 340 ss.

²³⁷ Nel percorso verso un siffatto risultato, sono state rintracciate diverse soluzioni argomentative, a volte trovando il fondamento giuridico dell'esercizio di un siffatto potere negli artt. 21, 41, 47 e 97 Cost, altre facendo riferimento ad una c.d. riserva tecnica.

Tuttavia, la soluzione che è apparsa maggiormente idonea a legittimare un siffatto potere è stata quella, promossa dalla stessa giurisprudenza amministrativa, di valorizzare gli aspetti per così dire di legalità procedimentale. Ciò facendo leva sul fatto che i provvedimenti aventi carattere regolatorio sono adottati all'esito di un procedimento articolato, nel quale si garantisce il contraddittorio e la massima partecipazione dei soggetti interessati.

È sorta così quella che tradizionalmente viene descritta come una correlazione inversa tra legalità sostanziale e procedurale ²³⁸: quanto minore sarà la garanzia di una legalità di tipo sostanziale, tanto maggiore dovrà essere il coinvolgimento dei soggetti interessati nel procedimento.

In virtù dell'assenza di una base giuridica effettiva, e di conseguenza di parametri normativi rigidi volti a delimitare la capacità di intervento dell'organismo in questione, il sindacato esercitabile dal giudice su tale tipologia di atti viene ad essere fortemente ridimensionato almeno per quanto riguarda il vizio della violazione di legge.

A bilanciare il descritto ridimensionamento della capacità di intervento, vi è a ben vedere una valorizzazione del sindacato del giudice amministrativo per eccesso di potere. Alla luce della natura più normativa che amministrativa della funzione in questione, all'organo giurisdizionale spetterà, infatti, valutare la rispondenza dell'operato dell'Autorità ai principi di coerenza, proporzionalità, ragionevolezza, logicità, ecc.

Del tutto differenti sono, invece, le peculiarità proprie del sindacato sugli atti di tipo sanzionatorio e i problemi che derivano dall'esercizio da parte del giudice di tale potere.

Una prima questione che si pone riguarda il fatto che la fattispecie sanzionatoria nell'individuare i presupposti per la sua integrazione fa normalmente riferimento ai c.d. concetti giuridici indeterminati, per la cui valutazione occorrono conoscenze tecnico-specialistiche adeguate. In altre parole, l'Autorità nel verificare la riconducibilità della fattispecie concreta alla fattispecie sanzionatoria astratta dovrà ricorrere all'esercizio della c.d. discrezionalità tecnica.

Quanto all'intensità del sindacato esercitabile sulle valutazioni tecnico-discrezionali compiute dall'amministrazione, sulla base di una giurisprudenza ormai consolidata ²³⁹, è stata superata l'assimilazione della discrezionalità tecnica a quella amministrativa, con conseguente ammissione nei confronti degli atti rientranti nella prima di un sindacato, non

²³⁸ R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, Relazione al Convegno "Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati", tenutosi presso il Consiglio di Stato, il 28 febbraio 2013

²³⁹ A partire dalla celebre sentenza Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601.

solo estrinseco, ossia volto a censurare limitatamente quei comportamenti così distanti dagli obblighi di legge da apparire manifesti anche ad un soggetto non esperto, ma al contrario di tipo intrinseco. Tale ultima tipologia di intervento consente, pertanto, al giudice, seppur senza sostituirsi all'amministrazione, di verificare la rispondenza dell'operato dell'Autorità al criterio tecnico utilizzato. Viene, dunque, consentito al giudice amministrativo un sindacato sulla stessa attendibilità tecnica della valutazione compiuta dall'amministrazione.

In realtà, il rinnovato interesse dimostrato, anche a livello internazionale sulla materia, rende le questioni inerenti i limiti del sindacato giurisdizionale sugli atti sanzionatori delle autorità indipendenti ancora oggetto di particolare interesse.

Ciò soprattutto alla luce della particolare indipendenza (o meglio neutralità) nonché al carattere di paragiurisdizionalità degli organismi in questione.

Alcuni ²⁴⁰ proprio sottolineando l'assoluta peculiarità della scelta stessa di istituire nell'ordinamento organismi quali le autorità amministrative indipendenti, al fine di sottrarre l'attività delle stesse al sindacato del giudice amministrativo, in quanto dotate di quella indipendenza e tecnicismo tali da non richiedere un vaglio, quanto meno di tipo intrinseco, vedevano come una contraddizione il riconoscimento *ex post* di un tale potere di incidere in scelte proprie di una siffatta amministrazione da parte del potere giurisdizionale. A ciò si aggiungeva il fatto del carattere paragiurisdizionale delle decisioni prese dalle autorità, vista altresì la massima partecipazione garantita alle parti coinvolte nel procedimento.

Dall'altro lato, tuttavia, occorre evidenziare l'assoluta peculiarità della sanzione, la quale non assume i caratteri propri del provvedimento amministrativo, dal momento che, seppur emessa nell'esercizio di un potere autoritativo, non è sempre e necessariamente diretta alla cura di un interesse pubblico, privilegiandosi in tal caso la funzione per l'appunto "sanzionatoria" della stessa.

Ebbene, proprio per tale ragione le sanzioni sono caratterizzate dal fatto di essere irrogate all'esito di un procedimento particolare, disciplinato dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, e le relative controversie sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario.

Dalle sanzioni in senso stretto, devono essere poi distinte quelle sanzioni c.d. ripristinatorie, a seguito dell'irrogazione delle quali, oltre al perseguimento quale fine

²⁴⁰ D. CORLETTI, *Vizi «formali» e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 33 ss.

principale dell'interesse pubblico, vi è anche la produzione di conseguenze afflittive per il privato destinatario delle stesse.

La giurisdizione ordinaria sulla prima tipologia di tali provvedimenti (sanzioni in senso stretto) si spiegherebbe, pertanto, non sulla base di un'eccezionale deroga alla giurisdizione amministrativa sugli interessi legittimi, quanto piuttosto sull'assenza del perseguimento di un interesse pubblico ²⁴¹.

Premesso quanto fin qui precisato, occorre dunque evidenziare come, sulla base anche di quanto di recente chiarito dalla giurisprudenza della Corte EDU, nella celebre sentenza *Menarini*, al giudice amministrativo italiano, in ipotesi di sanzioni che hanno quale fine principale il perseguimento di un interesse pubblico, deve essere riconosciuta una giurisdizione intrinseca di tipo pieno, ossia in grado di entrare nella valutazione operata dall'Autorità sindacandone l'effettiva adeguatezza.

Giurisdizione che, tuttavia, a ben vedere, rimane di legittimità e non di merito, non potendosi il giudice sostituire all'Autorità nella determinazione del contenuto del provvedimento in questione.

Né contrasta con quanto appena affermato, il dettato dell'art. 134, comma 1, lett. c), dal momento che la disposizione citata si riferisce esclusivamente alla possibilità riconosciuta al giudice di rideterminare la sanzione nel *quantum*, ossia l'importo della sanzione, e non anche la valutazione dell'esistenza dei presupposti.

2.1. Questioni relative al problematico coordinamento del potere del giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto e con il potere del Presidente dell'A.N.AC. di disporre il commissariamento di un singolo appalto.

Esaminata a suo tempo ²⁴² la disciplina in materia di misure straordinarie di gestione delle imprese ed evidenziate le principali problematiche interpretative ed applicative, appare necessario, svolgere alcune ulteriori considerazioni sulla esatta portata da riconoscere a siffatto potere e sulle ripercussioni che potrebbero derivare a seguito della sua introduzione sul sistema di controllo sui contratti pubblici nel suo complesso.

A tal proposito, occorre evidenziare come alcuni problemi di coordinamento sorgano tra la disciplina che attribuisce al Presidente dell'Autorità e al Prefetto l'adozione di atti di

²⁴¹ G. SEVERINI, *Sanzioni amministrative interdittive e giurisdizione (sugli eccessi di velocità dei taxi acquei nella Laguna di Venezia)*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 436 ss.

²⁴² Si veda *supra*, Cap. I, par. 6 e Cap. II, par. 5.

commissariamento e la disciplina processual-amministrativa sulla caducazione del contratto.

Ed infatti, come si ha già avuto modo di precisare ²⁴³, con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, ad opera del d.lgs. n. 104/2010, è stata riconosciuta al giudice amministrativo, ai sensi degli artt. 121 ss c.p.a., la facoltà di procedere alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione, salvo poi il subentro del secondo classificato nell'esecuzione dell'appalto ove non conclusa.

In particolare, come detto, agli artt. 121 e 122 c.p.a. si distingue tra fattispecie di violazioni gravi da cui discende quale regola la caducazione del contratto, salvo il caso in cui *“il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti”*, ed altre violazioni, rispetto alle quali è rimessa al giudice, previo bilanciamento dei diversi interessi in gioco, la decisione se procedere alla dichiarazione di inefficacia o disporre la conservazione del contratto stesso.

Ebbene, da una lettura combinata di entrambe le discipline sul commissariamento e sull'inefficacia del contratto emerge chiaramente come potrebbero sorgere alcune difficoltà applicative, anche in virtù degli interessi dei terzi coinvolti nella vicenda riguardante una procedura di gara cui hanno preso parte non risultandone aggiudicatari.

A ben vedere, infatti, con riferimento ad una medesima ipotesi concreta potrebbero sussistere sia le condizioni per l'adozione di misure di gestione straordinaria da parte dell'Autorità sia di intervento dell'organo giurisdizionale amministrativo ai fini dell'annullamento dell'aggiudicazione e dichiarazione di inefficacia del contratto.

Nell'ipotesi in cui, per la maggiore speditezza che contraddistingue il rimedio, per così dire, di natura amministrativa, l'Autorità dovesse intervenire mediante adozione delle misure di cui all'art. 32, d.l. n. 90/2014, al giudice amministrativo adito dal secondo classificato nella medesima gara spetterebbe ²⁴⁴, innanzitutto, valutare la correttezza dell'operato del Presidente dell'Autorità, mediante verifica della sussistenza dei presupposti per disporre il commissariamento.

Nel caso in cui tale verifica dia esito positivo, occorrerà dunque chiedersi se sia consentito al giudice amministrativo procedere ad una valutazione circa l'opportunità di procedere all'adozione di un siffatto provvedimento. Ed infatti, ciò risulta di primaria importanza non solo e non tanto in relazione alle preclusioni del sindacato esercitato dal giudice

²⁴³ Si veda *supra*. Cap. III, par. 1.

²⁴⁴ Si potrebbe pensare, in tale ipotesi, alla necessità per la parte ricorrente di proporre ricorso per motivi aggiunti avverso il provvedimento di commissariamento.

amministrativo sull'attività delle autorità amministrative indipendenti ²⁴⁵, quanto piuttosto perché dal riconoscimento dell'immodificabilità della scelta effettuata dal Presidente potrebbero derivare effetti pregiudizievoli nei confronti dei terzi interessati. Ciò in quanto, qualora a seguito del commissariamento dovesse cristallizzarsi una situazione di gestione straordinaria dell'impresa per tutta la durata dell'appalto, il terzo ricorrente che ha agito in giudizio al fine di ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione e il subentro nel contratto, previa dichiarazione di inefficacia dello stesso, non resterebbe alcuna tutela se non di tipo risarcitorio.

Tale risultato sarebbe inevitabile, nonostante i due poteri, amministrativo e giurisdizionale, non siano in linea di principio in antitesi tra loro, in quanto volti entrambi ad arginare il propagarsi dei fenomeni corruttivi, mediante adozione tuttavia di soluzioni completamente diverse.

Lo stesso potere di valutazione del giudice circa l'opportunità o meno di mantenere in essere il contratto verrebbe posto nel nulla dal previo intervento del Presidente dell'autorità mediante adozione delle misure di cui all'art. 32, d.l. n. 90/2014.

Il mancato coordinamento delle diverse modalità di intervento potrebbe addirittura condurre ad un ridimensionamento del potere attribuito al giudice amministrativo sul contratto pubblico nonché ad una forte compressione delle garanzie del terzo ricorrente.

Una soluzione potrebbe essere rinvenuta nella possibilità di disporre da parte del giudice, valuta la legittimità del provvedimento di commissariamento e la fondatezza del ricorso del concorrente non aggiudicatario, la conversione della misura del commissariamento nel subentro del secondo classificato, o del successivo in possesso dei requisiti necessari, nell'esecuzione del contratto. In tal modo, infatti, il ricorso al rimedio giurisdizionale che, per quanto rapido con riferimento al rito appalti, potrebbe non essere la soluzione più idonea ad assicurare la soddisfazione delle esigenze di celerità e speditezza al pari del commissariamento, verrebbe consentito ad ogni modo al soggetto interessato in maniera da evitare un'ingiustificata compressione della sfera dello stesso il quale, se ne ricorrono i presupposti, avrebbe tutto il diritto di ottenere una tutela in forma specifica, mediante subentro nel contratto al posto dell'impresa in precedenza commissariata.

²⁴⁵ Per un'analisi dei limiti del sindacato del giudice sugli atti delle Autorità indipendenti, si rinvia al Cap. III., par. 2.

3. Il problema della mancata attribuzione all'Autorità della legittimazione processuale attiva.

Un'altra questione di particolare interesse concerne il mancato riconoscimento in capo all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, prima, e all'Autorità Nazionale Anticorruzione, poi, della legittimazione processuale attiva con riferimento all'impugnazione di quegli atti posti in essere dalle stazioni appaltanti e dagli operatori di settore in aperta violazione delle indicazioni specificamente formulate dall'Autorità.

La dottrina ha avuto modo in più occasioni di sottolineare ²⁴⁶ come l'attribuzione all'Autorità di un potere di impugnare gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici a seguito di violazione constatata da questa durante la propria attività di monitoraggio e consulenza giuridica avrebbe reso, ad esempio, la funzione regolatoria propria dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici più efficace ed effettiva. Ed infatti, si è già avuto modo di evidenziare ²⁴⁷ come gli atti adottati dall'Autorità in sede di esercizio del potere di regolazione siano riconducibili alla categoria degli atti giuridici di *soft law*, ossia meramente di indirizzo per i destinatari cui sono rivolti, non essendo agli stessi riconosciuto carattere di vincolatività alcuna.

Ebbene, alla luce di ciò la mancata attribuzione di una siffatta legittimazione processuale alla neoistituita Autorità Nazionale Anticorruzione risulta ancora una volta un'occasione persa dal legislatore per potenziare e rendere effettivo il potere di intervento di tale organismo indipendente. Ciò in contrasto con quelle che erano le stesse intenzioni manifestate dal legislatore in sede di approvazione del d.l. n. 90/2014, mediante il quale si decideva di sostituire alla precedente Autorità di settore una nuova, seppur risultato di una fusione tra due autorità preesistenti, al fine di ottenere il potenziamento dei poteri e delle funzioni espressamente attribuite a quest'ultima.

D'altronde, la stessa scelta dello strumento normativo della decretazione d'urgenza sembrerebbe confermare l'esistenza di una situazione emergenziale cui fare fronte mediante l'attribuzione all'Autorità amministrativa di settore di rilevanti e incisivi strumenti di intervento, non potendosi ritenere limitato lo scopo dell'intervento ad una mera riorganizzazione strutturale del sistema amministrativo di controllo sui contratti pubblici.

²⁴⁶ *Ex multis*, C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'autorità sui contratti pubblici*, op. cit.

²⁴⁷ Vedi *supra*, Cap. I, par. 3 e 3.1.

Se da un lato, dunque, sono stati riconosciuti all'Autorità nuovi poteri di intervento quali il commissariamento affidato al Presidente dell'Anticorruzione ai sensi dell'art. 32, d.l. n. 90/2014, dall'altro con riferimento alla legittimazione processuale il decreto in questione non rappresenta altro che un'ulteriore occasione persa dal legislatore per rendere effettivo il potere *in primis* regolatorio dell'Autorità di settore.

Ciò a maggior ragione ove si consideri che una tale potestà è stata riconosciuta, ad esempio, all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato ai sensi dell'art. 21-*bis* della l. 10 ottobre 1990, n. 287 ²⁴⁸. Ed, infatti, tale disposizione conferisce espressamente all'Autorità *antitrust* il potere di agire in giudizio nei confronti di regolamenti, atti amministrativi generali e provvedimenti emanati dalla pubblica amministrazione che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

Appare, inoltre, opportuno evidenziare come la norma che ha conferito tale potere sia rubricata "*Potenziamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*". D'altronde di potenziamento si è più volte parlato anche con riferimento all'individuazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione quale organismo preposto alla vigilanza del settore dei contratti pubblici, nei confronti della quale si è tuttavia deciso di non procedere al riconoscimento di una corrispondente legittimazione processuale.

Con l'attribuzione all'Autorità *antitrust* della legittimazione processuale attiva, essa è stata dunque delineata quale ente affidatario della cura dell'interesse generale al corretto funzionamento del mercato, in quanto titolare di una posizione soggettiva di interesse legittimo, che ottiene soddisfacimento mediante il ripristino della legalità violata.

A tal proposito, sono state evidenziate da dottrina e giurisprudenza criticità in merito all'effettiva possibilità di riconoscere in capo all'*Antitrust* una posizione differenziata tale da consentire una legittimazione processuale della stessa. Al riguardo sono state elaborate due diverse teorie.

In base alla prima (c.d. teoria oggettivista), tale fattispecie rappresenterebbe un'ipotesi del tutto eccezionale di giurisdizione oggettiva: l'Autorità, infatti, non agirebbe in giudizio per far valere una propria pretesa sostanziale, ma al contrario sarebbe titolare del potere di agire in giudizio d'ufficio nell'interesse del mero rispetto della legge, ossia delle regole sulla concorrenza ²⁴⁹.

²⁴⁸ Così come modificato dall'art. 35, comma 1, d.l. 5 dicembre 2011, n. 201 (c.d. decreto Salva Italia), convertito nella l. 22 dicembre 2011, n. 214.

²⁴⁹ In tal senso, F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti*, in www.federalismi.it, 6 giugno

Tale peculiare tipologia di legittimazione è stata accostata alla figura del pubblico ministero nel processo penale, dal momento che l'Autorità agirebbe non in quanto titolare di un interesse legittimo in senso proprio, poiché la possibilità di attivarsi a tutela e per la realizzazione dell'interesse generale della concorrenza, che di fatto coincide con la sommatoria di interessi di mero fatto ascrivibili alla collettività, non sarebbe di certo conseguenza della titolarità di una situazione soggettiva imputabile ad un soggetto di diritto²⁵⁰.

A tal proposito, parte della dottrina²⁵¹ ha evidenziato come le norme introduttive di ipotesi di legittimazione processuale attiva di autorità o enti pubblici non rappresentano altro che *“un orientamento della nostra legislazione inteso ad aprire i confini della giurisdizione amministrativa al di là del suo tradizionale ambito della tutela di situazioni soggettive protette, come definito dall'art. 103 Cost., e dall'art. 7 c.p.a.”*.

Si sottolinea altresì come nei casi di legittimazione oggettiva ad agire nel processo amministrativo, l'azione non sarebbe esercitata nell'interesse proprio del ricorrente bensì a tutela di un interesse generale di cui il soggetto agente sarebbe portatore *ex lege*, ovvero per la sua posizione istituzionale. Ciò non va ad alterare la circostanza per cui, una volta esercitata l'azione, il processo si svolge secondo le modalità consuete dello schema soggettivo, ossia nel rispetto del principio della domanda, che nel processo amministrativo di impugnazione ancora rigidamente la pronuncia del giudice adito ai motivi formulati nel ricorso introduttivo. Ad oggettivarsi sarà, pertanto, esclusivamente la posizione del ricorrente il quale, nei soli casi in cui ciò risulta espressamente consentito dalla legge, potrà agire in giudizio in quanto portatore di interessi generali alla cui tutela è stato preposto dall'ordinamento, in virtù dei superiori interessi coinvolti nella fattispecie specifica.

Altra parte della dottrina²⁵², invece, ha riconosciuto in capo all'Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato la titolarità di una propria posizione sostanziale di interesse legittimo: l'interesse protetto sarebbe, pertanto, qualcosa di diverso ed ulteriore rispetto al semplice ripristino della legalità dell'azione amministrativa, rappresentando, invece, un bene della vita a tutela del quale l'Autorità, quale soggetto primario posto a salvaguardia

2012; R. CIFARELLI, *Verso un nuovo protagonismo delle Autorità Indipendenti? Spunti di riflessione intorno all'art. 21-bis della legge n. 287/1990*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, del 12 luglio 2012; G. URBANO, *I nuovi poteri processuali delle Autorità Indipendenti*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 10/2012, 1022 ss.

²⁵⁰ F. CINTIOLI, op. cit.

²⁵¹ V. CERULLI IRELLI, *“Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo”*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 2, 2014, 341 ss.

²⁵² M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in www.federalismi.it, 6 giugno 2012.

dell'interesse al corretto funzionamento del mercato, risulta di diritto legittimata ad agire alla luce della posizione differenziata dalla stessa ricoperta all'interno di un tale sistema di promozione e vigilanza.

Sulla base di ciò un medesimo bene, ossia la concorrenza, viene ad atteggiarsi ora come pubblico ora come privato, a seconda del soggetto che agisce in giudizio a tutela dello stesso. Accanto alla possibilità riconosciuta in capo ai singoli operatori economici di impugnare in via autonoma gli atti amministrativi idonei ad incidere negativamente sulla loro sfera giuridica personale, vi è, dunque, il potere dell'Autorità di adire gli organi di giustizia amministrativa per ottenere l'annullamento di un qualsiasi atto amministrativo anticoncorrenziale.

Riconoscendo all'Autorità una posizione giuridica differenziata tale da legittimarla a presentare ricorso giurisdizionale in proprio, così come fanno i sostenitori della teoria c.d. soggettivista, consente a ben vedere di superare l'eccezione di incostituzionalità ipotizzata da parte della dottrina in riferimento agli artt. 24, 95, 103 e 113 della Costituzione ²⁵³.

Degno di interesse è anche l'*iter* procedimentale disciplinato dall'art. 21-bis, l. n. 287/1990 con riferimento alla preventiva istaurazione dinnanzi all'Autorità di un procedimento assimilabile al precontenzioso dell'Anticorruzione, il quale assume un'evidente funzione deflattiva del contenzioso giurisdizionale. La norma citata prevede, infatti, che prima di proporre ricorso dinnanzi al Tribunale Amministrativo Regionale, l'Autorità emetta un parere motivato entro sessanta giorni dall'adozione (o meglio dalla conoscenza) dell'atto che la stessa ritiene emanato in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, nel quale vengono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate.

In tale maniera, si attribuisce all'amministrazione che riceve il parere la possibilità di conformarsi autonomamente alle prescrizioni dell'Autorità. In caso di mancata conformazione dell'amministrazione al parere reso, sarà consentito all'Autorità adire l'autorità giurisdizionale, la quale rappresenta in tal modo solo un'*extrema ratio*.

Allo stesso modo, è da tempo riconosciuta alla Banca d'Italia e alla Consob la legittimazione processuale attiva ad impugnare le deliberazioni o gli atti adottati dalle società vigilate in violazione delle disposizioni sul diritto di voto in materia di intermediazione finanziaria, così come spetta al Ministero dell'Istruzione, dell'Università e

²⁵³ Una pronuncia in tal senso è rappresentata dalla sentenza della Corte Costituzionale 11 febbraio 2013, n. 20, con la quale la Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso principale sotto il profilo dei vizi denunciati.

della Ricerca lo specifico potere di impugnazione degli Statuti dei singoli Atenei che non si adeguino ai propri rilievi di legittimità.

Alla luce di quanto fin ora precisato, alcune perplessità sono sorte in ordine al riconoscimento di una tale legittimazione ai suddetti organismi e non anche ad altre autorità indipendenti aventi comunque un ruolo di particolare rilevanza rispetto al settore sottoposto alla loro regolamentazione e vigilanza. Parte della dottrina ²⁵⁴ ha prospettato tale necessità con riferimento, ad esempio, all'Autorità di vigilanza sui Contratti pubblici. Ciò avendo riguardo, in particolare, all'esercizio da parte di tale Autorità del potere di regolazione, dal momento che, non essendole stato conferito alcun potere di emanare provvedimenti regolatori di carattere imperativo nei confronti delle stazioni appaltanti, sarebbe quantomeno opportuno riconoscere alla stessa una legittimazione ad impugnare gli atti posti in essere in violazione degli interessi pubblici perseguiti e tutelati nella sua azione, al fine di non svuotare in concreto di contenuto il potere implicitamente attribuitole, con la previsione dell'applicazione da parte dell'Autorità della disciplina relativa all'AIR.

Né, tuttavia, potrebbe ritenersi, in assenza di una specifica ed esplicita previsione normativa in tal senso, di poter attribuire implicitamente all'Autorità Nazionale Anticorruzione la legittimazione processuale attiva in virtù esclusivamente dell'estrema importanza dei beni dalla stessa tutelati, e protetti altresì a livello europeo, quale il rispetto della normativa sull'evidenza pubblica.

Già in passato si era discusso sulla possibilità di riconoscere all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici la legittimazione ad agire in giudizio, individuando la stessa quale ente esponenziale di interessi diffusi. Ed infatti, una siffatta attribuzione avrebbe posto inevitabilmente dei problemi di compatibilità con le regole e la struttura del processo amministrativo, il quale è un processo c.d. di parti, fondato su una giurisdizione di tipo marcatamente soggettivo, dovendo essere oggetto del giudizio la tutela di una situazione giuridica soggettiva.

Da ciò deriva che, seppur appaia possibile in astratto riconoscere la legittimazione processuale in capo ad un'autorità indipendente, come è accaduto per l'appunto nei confronti dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, occorre in via preliminare individuare in concreto la situazione giuridica soggettiva che costituisce l'oggetto della

²⁵⁴ C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'autorità sui contratti pubblici*, op. cit.

tutela ²⁵⁵. Tale situazione deve essere certamente qualificata e non può coincidere con un mero interesse di fatto, quale ad esempio il ripristino della legalità dell'azione amministrativa ²⁵⁶.

Di certo minori questioni sorgono in merito alla compatibilità con il sistema della giustizia amministrativa della legittimazione processuale riconosciuta all'Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato, stante in primo luogo la fonte normativa che legittima l'esercizio da parte della stessa di una siffatta potestà.

Occorre, ad ogni modo, evidenziare come non sfugga la problematicità sottesa ad un eventuale riconoscimento in capo all'Autorità Nazionale Anticorruzione di una potestà equivalente a quella di cui all'art. 21-bis, l. n. 287/1990, sia avendo riguardo a quanto finora precisato in merito alla interesse giuridico qualificato di cui dovrebbe esser riconosciuta portatrice, sia in ordine alla modalità mediante cui riconoscere tale forma di legittimazione processuale, nonché alle possibili interferenze che sorgerebbero tra questa e l'Autorità *antitrust*, specialmente nelle materie potenzialmente oggetto di conflitto di competenza.

Appare, tuttavia, auspicabile un intervento in tal senso del legislatore affinché la volontà dallo stesso manifestata in termini di potenziamento del ruolo e dell'attività dell'Autorità preposta alla prevenzione della corruzione e alla vigilanza sugli appalti non rimanga una mera intenzione espressa formalmente, a cui non corrisponde a ben vedere alcun sostanziale mutamento della situazione di impotenza che caratterizzava la precedente e soppressa Autorità di vigilanza.

Per mera esaustività rispetto alle problematiche connesse alla legittimazione processuale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, risulta di particolare interesse un'ordinanza emessa dal Consiglio di Stato in data 11 settembre 2014, n. 4630, nella quale si affronta la questione se la soppressione della precedente Autorità di vigilanza sui contratti pubblici costituisca evento interruttivo dei processi in corso, nei quale l'Autorità era parte. Ebbene, a tal proposito, osserva il Collegio come la soppressione di enti con la contemporanea successione di altro ente dia luogo normalmente ad un fenomeno equiparabile alla morte

²⁵⁵ R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, Relazione al Convegno tenutosi presso l'Università degli Studi di Milano il 27 settembre 2012.

²⁵⁶ In tal senso di è espressa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella pronuncia 7 aprile 2011, n. 4, nella quale il supremo Consesso della giustizia amministrativa chiarisce come "*nel nostro sistema di giurisdizione soggettiva, la verifica della legittimità dei provvedimenti impugnati non va compiuta nell'astratto interesse generale, ma è finalizzata all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere, ritualmente, dalla parte attrice*".

ovvero alla perdita della capacità di essere parte del giudizio e dunque ad una successione a titolo universale nei rapporti. Alla luce di ciò, a seguito della soppressione di un ente dovrebbe esservi interruzione del processo ai sensi dell'art. 79 c.p.a..

Nel caso di specie, sottolinea tuttavia il Consiglio di Stato, la fattispecie *de qua* come altre ipotesi del genere (successione tra INPDAP e INPS) non integrerebbe un caso di successione a titolo universale in senso proprio, consistendo piuttosto in un riassetto di apparati amministrativi necessari alla vita della pubblica amministrazione, con conseguente prosecuzione delle controversie pendenti.

La fattispecie oggetto della citata controversia è stata ricostruita dal Collegio piuttosto come un'ipotesi di trasferimento della titolarità sia delle strutture burocratiche che dei rapporti amministrativi pendenti, trattandosi di una "*successione nel munus*" contraddistinta da una stretta linea di continuità tra l'ente che si estingue e l'ente che subentra senza maturazione dei presupposti necessari per aversi evento interruttivo secondo i requisiti delineati dalla giurisprudenza e dal codice di rito.

Capitolo IV

Da un sistema di controllo amministrativo endogeno alla centralità del ruolo del *juge administratif* : l'esperienza francese.

Sommario: 1. Nascita ed evoluzione del sistema di vigilanza sui *marchés publics*; 2. L'attuale sistema di controllo sui contratti pubblici: i poteri del *juge administratif* sul rapporto contrattuale e l'estensione della legittimazione ad agire in giudizio anche ai terzi non partecipanti alla procedura di evidenza pubblica; 3. Il ruolo svolto dal potere esecutivo nel processo di adattamento normativo del diritto interno francese al diritto europeo; 4. L'analisi del sistema di controllo amministrativo sui contratti pubblici: vantaggi e aspetti problematici legati alla scelta di non istituire una autorità amministrativa indipendente preposta alla vigilanza di settore.

1. Nascita ed evoluzione del sistema di vigilanza sui *marchés publics*.

Al fine di valutare se è possibile affermare l'esistenza di un "sistema" ovvero di un "modello" di vigilanza in senso proprio appare necessario verificare, in primo luogo, come correttamente evidenziato da parte della dottrina ²⁵⁷, che vi sia, rispetto allo specifico settore oggetto di indagine, un insieme sufficientemente coerente e organizzato di organi e poteri, connessi tra loro in maniera logica ed ordinata.

Ebbene, alcune perplessità sorgono in merito alla possibilità di ritenere che sussistesse un siffatto sistema in Francia con riferimento al settore degli appalti pubblici, almeno fino alle riforme intervenute in materia durante gli anni '80 e '90 del secolo scorso.

Ed infatti, sino alla fine del XX secolo, i poteri di vigilanza sulle amministrazioni pubbliche in materia di affidamento di *marchés publics* erano essenzialmente concentrati nelle mani di un giudice cosiddetto di carriera, non estraneo all'apparato amministrativo statale, seppur dotato di alcune garanzie di indipendenza rispetto al potere politico ²⁵⁸.

Con ciò non si intende affermare che fino agli anni '80 la Francia desconosceva forme di controllo propriamente amministrativo, ossia esercitato da istituzioni pubbliche non aventi carattere giurisdizionale. A tal riguardo si evidenzia, infatti, come funzioni di vigilanza

²⁵⁷ R. VANDERMEEREN, *Les recours ouverts aux entreprises: les controles de l'administration acheteuse. L'évolution du modèle français*, in G. MARCOU, L. FOLLIOT-LALLIOT, D.I. GORDON, S. L. SHOONER, J. SCHWARTZ, C. YUKINS, *Le contrôle des marchés publics*, Paris, 2009, 45 ss.

²⁵⁸ L. DEPAMBOUR-TARRIDE, *Juge (Longue durée)*, in L. CADIET, *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, 867 ss.

sulle spese compiute dalle amministrazioni statali fossero in particolare attribuite ad un “*contrôleur financier*”²⁵⁹, nonché come fossero state istituite commissioni specializzate sugli appalti, riunite in seguito in un’unica commissione sui contratti pubblici dello Stato²⁶⁰. Queste ultime, tuttavia, non potevano essere adite dalle imprese coinvolte nella procedura di gara, rimanendo il meccanismo in questione puramente interno all’amministrazione.

Occorre, inoltre, sottolineare come già sussistessero metodi di risoluzione delle controversie alternativi a quello giurisdizionale. Il ricorso a questi strumenti, tuttavia, era consentito solo ed esclusivamente al fine di risolvere questioni attinenti alla fase esecutiva dell’appalto, essendo esclusa in via assoluta la ricorribilità agli stessi durante la fase prodromica alla stipulazione del contratto, ossia nel corso della procedura di gara. Ciò in quanto, veniva riconosciuta esclusivamente alla stazione appaltante la possibilità di escludere²⁶¹ o ammettere le imprese concorrenti all’evidenza pubblica, così come di “rifiutare” l’offerta formulata, senza alcuna libertà per nessuna delle due parti, pubblica o privata, di procedere ad una negoziazione o mediazione in pendenza della fase di individuazione del contraente.

Per quanto riguarda, invece, nello specifico i poteri attribuiti al giudice, il quale come detto assumeva un ruolo di centralità assoluta nel “sistema” di vigilanza in questione, questi non era chiamato ad applicare né le regole di diritto civile né di diritto commerciale che tipicamente regolano i rapporti tra le imprese, ma al contrario le regole c.d. *déroatoires* di diritto amministrativo normalmente applicabili esclusivamente alle amministrazioni pubbliche.

D’altronde, alla luce delle forti prerogative di *puissance publique* connesse all’indizione di una procedura di evidenza pubblica, nonché del ruolo di assoluta preminenza che gli appalti rivestono nell’ambito dell’affidamento dei servizi pubblici, a questi ultimi la giurisprudenza *in primis* della *Cour de Cassation* riconosceva, nella maggior parte dei casi,

²⁵⁹ Istituito in virtù della legge 10 agosto 1922, in materia di “*organisation du contrôle des dépenses engagées*”.

²⁶⁰ L’art. 129 del *Code des marchés publics* precisava, in particolare, che tale commissione “*fournit aux services de l’Etat une assistance pour l’élaboration et la passation des marchés*”. La composizione, l’organizzazione e il funzionamento della stessa erano poi stabilite da un decreto del 16 gennaio 2007.

²⁶¹ Riguardo la possibilità di escludere un organismo di diritto pubblico si veda, A. L. DURVIAUX, *L’impossibilité d’exclure un organisme de droit public en tant que tel des procédures des marchés publics s’il est un opérateur économique*, RTD Eur, 2015, 387 ss.

carattere di contratti di tipo “amministrativo”²⁶².

Ebbene, la natura del contratto in questione, lungi dal risultare una questione unicamente connessa a profili dogmatici di mera classificazione, assume al contrario un significato di notevole importanza dal momento che, sulla base di quelle che sono le regole che disciplinano la “*compétence*” in Francia, ossia il riparto di giurisdizione tra *juge judiciaire* e *juge administratif*, la qualificazione dei *marchés publics* come contratti amministrativi ha comportato l’attrazione dei medesimi nell’ambito della giurisdizione del giudice amministrativo.

Riconducendo quasi la totalità degli appalti pubblici nella categoria dei contratti amministrativi, si ottiene pertanto una giurisdizione tendenzialmente esclusiva del *juge administratif* in materia di *marchés publics*, rimanendo affidate alla cognizione del *juge judiciaire* le questioni riguardanti violazioni del diritto penale (come le ipotesi integranti reati di corruzione o *trafic d’influence*), rispetto alle quali è rimessa alla giurisdizione esclusiva del *juge judiciaire penal* la valutazione circa la rilevanza penale dei fatti e la successiva irrogazione di un’eventuale sanzione in via repressiva.

Già sulla base di quanto sinora esposto, appare chiaramente, dunque, come il sistema di vigilanza francese degli ultimi decenni del secolo scorso fosse incentrato principalmente sul ruolo rivestito dal giudice amministrativo, svolgendo gli organi preposti alla vigilanza di tipo amministrativo un ruolo assolutamente marginale. Dopotutto, come si è già avuto modo di precisare, tali organismi erano normalmente interni all’amministrazione stessa, alla quale in via esclusiva era concesso di rivolgersi loro per ottenere indicazioni in merito alle proprie scelte, senza che fosse riconosciuta alcuna facoltà in tal senso alle imprese e agli operatori economici di settore, controparte dell’amministrazione pubblica.

Dall’altra parte, tuttavia, un’ulteriore peculiarità del sistema in questione era l’assenza del riconoscimento di reali poteri di intervento in capo allo stesso *juge administratif*.

Ed infatti, alcun potere specifico fu, in principio, riconosciuto al giudice amministrativo, il quale doveva procedere mediante l’utilizzo degli strumenti tipici della sua cognizione anche con riferimento al sindacato svolto sui contratti pubblici. Ne derivava la sola possibilità, per i soggetti che dimostravano di vantare un interesse processuale in tal senso, di ottenere, nelle more della conclusione della procedura di evidenza, l’annullamento

²⁶² A tale regola, ci sono diverse eccezioni evidenziate dalla stessa Cour de Cassation, la quale in più occasioni ha evidenziato come “*la soumission d’un contrat aux dispositions du Code des marchés publics ne lui confère pas par elle-même le caractère d’un contrat administratif*” (Cass. Civ., sez 1ère, 17 dicembre 1996, *Société Locunivers*, Bull I, n. 464).

retroattivo dell'atto amministrativo espressione della volontà dell'amministrazione, a seguito di presentazione di un ricorso per *excès de pouvoir*.

D'altronde, lo stesso Conseil d'Etat ²⁶³ aveva avuto modo di ribadire, a più riprese, nel corso del XIX secolo come alcuna legittimazione potesse essere riconosciuta a parti terze, diverse dal soggetto prescelto dall'amministrazione quale sua controparte contrattuale, al fine di adire il giudice amministrativo per ottenere l'annullamento del contratto stesso, potendo il sindacato di tale organo giurisdizionale spingersi alla sola indagine sulla legittimità degli atti amministrativi emanati dalla parte pubblica durante la fase che precede la stipula del contratto. Ciò alla luce di due considerazioni essenziali: in primo luogo, oggetto del sindacato del giudice amministrativo non poteva che essere un atto unilaterale espressione dell'esercizio di una potestà di tipo pubblicistico; in secondo luogo, il carattere oggettivo della giurisdizione amministrativa non consentiva un'indagine da parte dell'organo giurisdizionale in merito al fondamento delle pretese delle parti, fondate sull'esistenza o meno di un diritto di tipo soggettivo delle stesse rispetto al vincolo contrattuale e alle relative controversie in materia.

Ebbene, tale impostazione era già stata superata in un primo momento dallo stesso *Conseil d'Etat* con una celebre sentenza dei primi anni del secolo scorso ²⁶⁴, nella quale il supremo organo della giustizia amministrativa francese proponeva la c.d. *théorie des actes détachables*, in base alla quale, seppur veniva confermata l'impossibilità per i terzi di adire il giudice amministrativo per ottenere la caducazione del contratto, occorreva tuttavia riconoscere la legittimazione degli stessi ad impugnare mediante ricorso per eccesso di potere alcune categorie di decisioni dell'amministrazione stessa che, pur non coincidendo con il contratto, concorrono alla formazione dello stesso, ciò a prescindere dalla fase (pre o post contrattuale) in cui veniva instaurato il giudizio di fronte all'organo giurisdizionale.

Si faceva riferimento, ad esempio, agli atti amministrativi espressivi della volontà dell'amministrazione che autorizza l'organo esecutivo a concludere il contratto, ovvero gli atti di gara mediante i quali l'organo all'uopo nominato seleziona le imprese candidate, ammettendone talune ed escludendone delle altre.

Sulla base della giurisprudenza citata, spettava dunque al giudice valutare unicamente la regolarità dell'atto amministrativo che prelude alla stipula del contratto avendo quale

²⁶³ Per un approfondimento del tema sul ruolo rivestito nel tempo in Francia dal Supremo Consesso della giustizia amministrativa si veda, P. GONOD, *Le Conseil d'État et la refondation de la justice administrative*, Paris, Dalloz, 2014, 131 ss.

²⁶⁴ Conseil d'Etat, 4 agosto 1905, c.d. *Arrêt Martin*, nota di G. JEZE, M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DEVOLVE, B. GENEVOIS, *Le grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 2007, 94.

parametro la normativa sull'evidenza pubblica nonché i principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa; un'indagine pertanto sulla regolarità formale dell'atto, senza alcuna possibilità di verificare l'equità del contratto né di sindacare o regolare i rapporti economici sorti tra le parti.

Come anticipato, le riforme degli anni '80 e '90 hanno modificato sensibilmente il modello di vigilanza sui contratti pubblici francese. Tuttavia, a ben vedere, una delle principali peculiarità proprie del sistema di controllo originario non venne modificata ma al contrario riconfermata, nonostante l'istituzione di specifici organismi incaricati di svolgere un controllo di tipo amministrativo.

Si fa riferimento, in particolare, alla centralità del ruolo esercitato dal giudice, primato che non viene in alcun modo messo in discussione.

All'attività di controllo svolto dall'organo giurisdizionale viene, tuttavia, affiancata quella di alcune istituzioni amministrative quali il Prefetto, investito del potere di verificare la regolarità degli atti amministrativi adottati dalle *collectivités territoriales décentralisées* (amministrazioni locali), nel quale alveo sono ricondotte altresì le procedure di evidenza pubblica indette dalle stesse ²⁶⁵, nonché le *Chambres régionales des comptes*, incaricate di controllare la gestione da parte delle amministrazioni locali della relativa contabilità.

Degna di nota è altresì la più recente iniziativa di riforma dell'arbitrato amministrativo ²⁶⁶, con la quale si è cercato di introdurre dei meccanismi di incentivazione del ricorso a metodi alternativi di risoluzione delle controversie. Ciò, tuttavia, sempre esclusivamente con riferimento alla fase di esecuzione del contratto pubblico, successiva alla stipula dello stesso. Resta preclusa, pertanto, alle parti la possibilità di rivolgersi ad organismi diversi dal giudice amministrativo per questioni attinenti alla fase di formazione del contratto, rispetto alla quale il potere giurisdizionale conservava una posizione di primato assoluto.

Con gli anni 2000 il legislatore ritiene necessario intervenire al fine di potenziare il sistema di controllo nel suo complesso. Mediante l'emanazione della *loi* 11 dicembre 2001 ²⁶⁷, è stato tuttavia ritenuto preferibile non istituire ulteriori organismi aventi carattere amministrativo da affiancare al *juge administratif*, ma piuttosto attribuire nuovi e più

²⁶⁵ Code général des collectivités territoriales, artt. L. 2131-1 e 2131-2, per gli appalti dei comuni, artt. L. 3131-1 e 3131-2, per gli appalti dei dipartimenti ed artt. L. 4141-1 e 4141-2, per gli appalti delle regioni.

²⁶⁶ Presieduta nel 2007 da M. Daniel Labetoulle, ex presidente della sezione contenziosa del Conseil d'Etat. Per un approfondimento del tema si veda, V. A. COURREGES, C. VEROT, *L'arbitrage de litiges intéressant les personnes publiques: quelques éclairages sur un rapport récemment remis au garde des Sceaux*, RFD adm. 2007, p. 489 ss.

²⁶⁷ "Mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier" (c.d. Murcef).

penetranti poteri al giudice stesso, in modo da rendere maggiormente efficace il sindacato dallo stesso esercitato.

Ai sensi dell'art. 2 della legge di riforma citata, vengono qualificati come “contratti amministrativi” tutti gli appalti conclusi ai sensi della normativa dettata dal *Code des marchés publics*. Tale disposizione funge, pertanto, da spartiacque tra le controversie rimesse alla giurisdizione del giudice amministrativo e quelle non attratte nella stessa: tutte le procedure di gara indette ed i contratti conclusi in applicazione della normativa dettata dal codice diventano oggetto dell'indagine del *juge administratif*; rimangono, diversamente, escluse da tale giurisdizione le controversie riguardanti contratti conclusi da amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori che conservano lo *status* di *personnes morales de droit privé* (come le società miste e gli organismi di sicurezza sociale,) i quali, seppur tenuti all'applicazione della normativa dettata dalle direttive comunitarie in tema di pubblicità e concorrenza, non sono assoggettate all'applicazione del *Code des marchés publics*.

Quanto a tale seconda categoria di contratti, il contenzioso sulle controversie ad essi relativi resta pertanto affidato ai tribunali civili o commerciali. Si crea dunque il paradosso di avere un sistema di giustizia nel quale il giudice amministrativo è chiamato ad applicare disposizioni aventi carattere più propriamente civilistico per risolvere controversie sorte nella fase esecutiva del contratto di appalto pubblico, mentre il giudice civile deve fare riferimento ad un codice dei contratti per così dire “parallelo” costituito dall'ordinanza del 6 giugno 2005 ²⁶⁸, disciplinante i contratti non sottoposti all'applicazione del *Code des marchés publics*.

Quanto nello specifico ai poteri attribuiti al *juge administratif*, questi vengono profondamente ampliati e rinnovati, sia attraverso un adattamento degli strumenti di intervento ad esso riconosciuti alle esigenze proprie di un contenzioso destinato ad avere per oggetto il vincolo contrattuale, sia estendendo la possibilità di adire il giudice *de quo* alle imprese partecipanti alla procedura di gara.

La riforma in questione parte da un'esigenza avvertita dal legislatore di intervenire su un duplice aspetto di criticità del sistema di vigilanza giurisdizionale: da un lato, l'assenza di un sistema di controllo rivolto specificamente alla fase anteriore alla conclusione del contratto; dall'altro la debolezza di un sistema che non consentiva un controllo efficace sul

²⁶⁸ L'ordinanza in questione trova applicazione infatti, alla luce della sua stessa rubrica, “*aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics*”.

contratto già concluso.

La prima novità che ha apportato un cambiamento sensibile nel sistema è stata l'istituzione (ad opera della legge del 4 gennaio 1992, mediante la quale è stata recepita in Francia la direttiva ricorsi settori ordinari 89/665/CEE, e della legge del 29 dicembre 1993, di recepimento della direttiva ricorsi settori speciali 92/13/CEE), del c.d. *référé précontractuel* ²⁶⁹.

Occorre, innanzitutto, evidenziare come le direttive in questione lasciassero liberi gli Stati membri circa l'individuazione dell'organo cui attribuire specifici poteri di vigilanza di settore, ritenendo altresì compatibile con l'ordinamento comunitario l'istituzione di organismi non giurisdizionali dotati di un grado elevato di indipendenza ²⁷⁰. La Francia, tuttavia, ribadendo ancora una volta l'assoluta centralità del ruolo svolto dal giudice nel sistema di vigilanza di settore, ha ritenuto preferibile non procedere alla creazione di un organo amministrativo cui attribuire specifici poteri, ma al contrario di potenziare il ruolo del potere giurisdizionale, mediante l'attribuzione al medesimo di nuovi e più penetranti poteri.

A tale scopo furono create quattro ipotesi di *référé précontractuel*: due fattispecie di *clivage communautaire*, rivolte rispettivamente agli appalti aggiudicati da operatori di ricerca e agli appalti riferibili ad altri settori; due fattispecie di *clivage national*, relative ad appalti pubblici di diritto amministrativo ovvero di diritto privato.

Tralasciando le specificità di ogni singola ipotesi di *référé précontractuel* ²⁷¹, appare necessario evidenziare come, se da un lato l'istituto del *référé précontractuel* non ha trovato grande fortuna dinanzi al *juge judiciaire*, differentemente il ricorso a tale strumento è stato notevolmente promosso e diffuso nei confronti delle controversie deferite al giudice amministrativo.

L'introduzione di un siffatto strumento ha rappresentato, pertanto, un momento di reale svolta nel sistema di controllo sui contratti pubblici francese. Ed infatti, il sistema di giustizia amministrativa era sino ad allora incentrato unicamente sul ricorso per eccesso di potere, il quale risultava testimonianza della posizione di "secondo livello" rivestita dal *juge administratif* rispetto a quello *judiciaire*. Il nome stesso del giudice ordinario francese

²⁶⁹ Per un'analisi del tema della competenza territoriale del giudice nelle ipotesi di ricorso precontrattuale si veda D. POUPEAU, *Compétence territoriale du juge du référé précontractuel*, AJDA, 2015, 1294 ss.

²⁷⁰ Sul punto si vedano l'art. 2, par. 8, della direttiva ricorsi settori ordinari, e l'art. 2, par. 9, di quella settori speciali.

²⁷¹ Le quattro tipologie descritte di ricorso sono affidate rispettivamente al giudice amministrativo, a quello ordinario, al tribunale di grande istanza e, da ultimo, al tribunale del commercio.

dimostra come, a differenza di quanto non avvenga nel nostro sistema, sia possibile per l'ordinamento transalpino ammettere l'esistenza di un giudice per così dire "non giudiziario". Ciò non in quanto espressione di un potere non di tipo giurisdizionale, quanto piuttosto ad evidenziare l'inevitabile vicinanza del giudice amministrativo alle posizioni dell'amministrazione e alla tutela dell'interesse pubblico, ossia alle finalità stesse perseguite dall'amministrazione pubblica nella sua azione.

Quanto alle caratteristiche e ai limiti del ricorso per eccesso di potere, si è già avuto modo di evidenziare come il giudice amministrativo adito mediante tale strumento non possa che verificare la legittimità per così dire estrinseca dell'atto rispetto al parametro normativo, rimanendo del tutto preclusa allo stesso la possibilità di sindacare gli assetti economici che le parti hanno ritenuto di regolare mediante la stipulazione di quello specifico contratto.

Ed infatti, la massima tutela ottenibile dalle parti mediante utilizzo dello strumento dell'eccesso di potere è l'annullamento dell'atto amministrativo prodromico alla conclusione del contratto, senza tuttavia che da tale annullamento, anche se posteriore al momento della stipula, possa derivare alcun effetto sul contratto a vantaggio della controparte privata, anche in caso di fondatezza del ricorso.

Attraverso il *référé précontractuel*, invece, viene creato un nuovo meccanismo di indagine sull'operato dell'amministrazione che consente al giudice di incidere in maniera più significativa sulla scelta dell'amministrazione ²⁷².

Tre sono le differenze principali rispetto al ricorso per eccesso di potere.

Una prima riguarda la composizione stessa dell'organo giudicante. Ed infatti, il giudice chiamato a pronunciarsi sul *référé précontractuel* non è un organo collegiale, ma un giudice monocratico. Tale peculiarità potrebbe sembrare una contraddizione per il nostro ordinamento nazionale, dal momento che ad un potere più penetrante sembrerebbero corrispondere minori garanzie. In realtà, la ragione potrebbe essere rintracciata nell'esigenza di garantire una maggiore celerità alla soluzione delle controversie sorte durante la fase di evidenza pubblica, in virtù dei tempi serrati che scandiscono l'*iter* che precede l'aggiudicazione e la stipula del contratto.

Occorre, inoltre, evidenziare come, a seguito della riforma realizzata ad opera della legge 30 giugno 2000, al giudice amministrativo siano stati riconosciuti ulteriori poteri di significativa rilevanza quali la possibilità di sospendere l'efficacia degli atti amministrativi

²⁷² In tema di *référé précontractuel* si segnala O. DIDRICHE, *Marché public: le retour du «chantier masqué»*, *Jugement rendu par Tribunal administratif de Toulon*, AJCT, 2015, 397 ss.

emanati dall'amministrazione pubblica, nonché di ordinare alla stessa di porre in essere tutte le misure necessarie alla salvaguardia degli interessi tutelati dall'ordinamento e messi in pericolo dal comportamento contrario alla normativa pubblicistica tenuto da un'amministrazione pubblica ²⁷³.

Un'ulteriore novità viene introdotta e trova la sua ragion d'essere nella stessa esigenza manifestata dal giudice amministrativo di velocizzare i tempi entro cui arrivare ad una pronuncia, a seguito di introduzione di un ricorso per *référé précontractuel*.

Ai sensi dell'art. R. 551-1 del *Code du justice administrative*, il giudice adito mediante una procedura di *référé précontractuel* ha un termine di venti giorni per emettere la propria sentenza. Nonostante la brevità del termine in questione, al quale tuttavia è riconosciuto pacificamente carattere ordinatorio, nei fatti le parti riuscivano spesso a vanificare l'esigenze di tutela dei controinteressati, accelerando i termini della stipula, scongiurando, in tal modo, qualsiasi rischio connesso ad un eventuale accoglimento del ricorso. Per tale ragione, ad opera della citata legge 30 giugno 2000, fu introdotta la possibilità per il giudice amministrativo di rinviare la stipula del contratto, fissando lui stesso un termine dilatorio, non superiore a venti giorni, che non consentisse alle parti di procedervi prima della decorrenza del medesimo ²⁷⁴.

In seguito, venne altresì introdotto, ad opera delle modifiche introdotte al *Code des marchés publics*, un ulteriore termine a carattere dilatorio pari a dieci giorni che doveva trascorrere tra la comunicazione agli altri candidati della mancata accettazione delle loro offerte e la stipula del contratto con l'impresa risultata aggiudicataria.

Un meccanismo simile sarà, poi, ripreso come noto dal legislatore comunitario nell'introduzione del termine di *stand-still* ²⁷⁵ che obbligatoriamente deve trascorrere tra l'aggiudicazione della procedura ad evidenza pubblica e la stipulazione del contratto.

Ed ancora, di significativa importanza risulta essere la possibilità riconosciuta al giudice amministrativo, adito in sede di *référé précontractuel*, di prescrivere ulteriori misure a carattere provvisorio, quali la sospensione della procedura di gara, ovvero la possibilità di

²⁷³ Con riferimento a tali specifici poteri, si sottolinea come il *Code de justice administrative* preveda all'art. L. 521-1 che il giudice possa procedere alla sospensione degli effetti di una decisione amministrativa "lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision" (procédure du *référé-suspension*), e all'art. L. 521-2 che "le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un des ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale" (procédure du *référé-liberté*).

²⁷⁴ Si vedano sul punto, gli artt. 551-1 e 551-2 del *Code de justice administrative*.

²⁷⁵ Tale termine è stato introdotto ad opera della direttiva ricorsi 2007/66/CE.

ordinare alla stazione appaltante di procedere alla regolarizzazione degli atti della procedura di evidenza pubblica dalla stessa emanati in violazione della normativa sulla pubblicità dei documenti di gara ovvero dei principi della concorrenza.

Notevole interesse suscita altresì una pronuncia del Conseil d'Etat attraverso la quale il sommo organo della giustizia amministrativa ha riconosciuto la possibilità per il giudice amministrativo di deliberare *ultra petita*, ossia di pronunciarsi liberamente ricorrendo a tutti gli strumenti riconosciutigli dall'ordinamento anche a prescindere da una specifica domanda di parte ricorrente in tal senso ²⁷⁶.

In seguito all'introduzione di così importanti novità legate all'istituto del *référé précontractuel*, si era creata tuttavia una certa bipolarità nel sistema di vigilanza francese sui contratti pubblici, dal momento che, anche nel rispetto delle indicazioni fornite al riguardo dalle istituzioni comunitarie, i maggiori poteri riconosciuti al giudice amministrativo furono ritenuti esercitabili esclusivamente con riferimento ai contratti c.d. soprasoglia. Proprio al fine di superare tale dualismo e di ridonare unicità al sistema nella sua interezza, il legislatore francese ha esteso l'applicazione del nuovo *référé précontractuel* altresì ai contratti di modesto ammontare, nonché ai contratti di partenariato e alle convenzioni di delegazione di servizi pubblici.

Sin dall'inizio della sua attività come giudice del *référé précontractuel*, il giudice amministrativo ha svolto altresì un ruolo significativo quale interprete della normativa nazionale; ciò alla luce di quelle che sono le indicazioni ricevute a livello comunitario dal legislatore nonché dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. A tal proposito, numerose sono le pronunce che dichiarano l'incompatibilità con il diritto europeo di disposizioni nazionali, con conseguente disapplicazione delle stesse rispetto al caso concreto, al fine di ottenerne la successiva espunzione dall'ordinamento nazionale ²⁷⁷.

Un'ulteriore significativa novità si è avuta a seguito dell'introduzione nell'ordinamento francese di un effettivo controllo giurisdizionale sul contratto già concluso.

Il riconoscimento di tale aggiuntivo potere al giudice amministrativo è avvenuto, in primo luogo, con l'emanazione da parte del Conseil d'Etat della celebre sentenza *Société Tropic Travaux Signalisation*, del 16 luglio 2007 ²⁷⁸. Fino ad allora, la giurisprudenza

²⁷⁶ Conseil d'Etat, 20 ottobre 2006, *Comune di Andeville*, nota di D. CASAS, ADJA, 2006, 2340 ss.

²⁷⁷ *Ex multis*, Conseil d'Etat, 20 maggio 1998, *Communauté de commune du Piémont de Barr et autres*, nota di F. RAYNAUD, P. FOMBEUR, *Incompatibilité de la réglementation française avec l'ancienne directive "services" n. 92/50/CEE du 18 juin 1992*, AJDA, 1998, 553 ss.

²⁷⁸ Per un maggiore approfondimento del tema si veda F. LENICA, J. BOUCHER, *CE Ass. 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation*, AJDA, 2007, 1577 ss.

amministrativa aveva a più riprese confermato l'assoluta contrarietà all'ordinamento di un possibile sindacato del *juge administratif* sul contratto pubblico, dal momento che, come si è già avuto modo di precisare, oggetto del contenzioso amministrativo potevano essere esclusivamente gli atti amministrativi unilaterali che preludono alla stipula del contratto. Qualche deroga al principio in questione era stata ammessa dal legislatore, il quale aveva riconosciuto, ad esempio, al Prefetto la possibilità di rivolgersi al tribunale amministrativo affinché verificasse l'“*illégalité*” del contratto concluso dal un'amministrazione locale, nonché dalla stessa giurisprudenza ma solamente con riferimento alla possibilità di chiedere al giudice l'annullamento delle clausole del contratto aventi carattere per così dire regolamentare²⁷⁹.

Con la pronuncia *Société Tropic* citata, invece, il massimo organo della giustizia amministrativa ammette, per la prima volta, la possibilità per le parti di adire il giudice amministrativo impugnando il contratto nel suo complesso, ovvero singole clausole scindibili dello stesso. Quanto alla tipologia di contratti sindacabili dal giudice, questi non sono esclusivamente i contratti di appalto come tradizionalmente intesi, ma altresì tutti quei contratti amministrativi alla cui conclusione è prodromica una “*procédure de mise en concurrence*”.

Del tutto dirompente risulta essere altresì la novità in merito al fatto che alle imprese non aggiudicatrici, non solo viene riconosciuta la possibilità di impugnare un contratto rispetto al quale rivestono un ruolo di parte terza, ma è altresì concesso l'utilizzo dello strumento del *recours de plein contentieux*.

Si supera, in tal modo, il limite della legittimazione a ricorrere dei soggetti terzi rispetto alla stipulazione negoziale per il solo vizio di eccesso di potere, da sempre strumento che, come precisato, consente una tutela meno pregnante delle posizioni dei singoli, dovendosi in tal caso il giudice limitare a valutare la legalità estrinseca del comportamento dell'amministrazione.

Quanto alla definizione di *recours de plein contentieux*, occorre evidenziare come mediante l'utilizzo di tale strumento sia consentito alle parti adire il giudice al fine che questi verifichi la contrarietà a legge del contratto stipulato per motivi attinenti all'incompetenza dell'amministrazione stipulante, ovvero ad irregolarità della procedura di affidamento, o ancora all'illiceità di alcune clausole contrattuali. Rimane, dunque, uno strumento che la dottrina e la giurisprudenza francesi definiscono “*de légalité objective*”,

²⁷⁹ Conseil d'Etat, 10 luglio 1996, *Cayzele*; nota di D. CHAUVAU, T. X. GIRARDIT, AJDA, 1996, 732 ss.

essendo precluso al giudice indagare in merito alla corretta applicazione da parte dei contraenti del contenuto del contratto stesso.

Nella sentenza in commento si precisa altresì come tale strumento sia utilizzabile solo ed esclusivamente dalle imprese non risultanti aggiudicatarie ma, ad ogni modo, partecipanti alla procedura di evidenza pubblica, essendo del tutto precluso il ricorso allo stesso da parte di imprese terze rispetto alla gara, alle quali rimane la sola possibilità di promuovere un giudizio contro l'atto amministrativo a monte della procedura richiedendo *l'annulation d'un acte détachable* ²⁸⁰.

Quanto, nello specifico, alle modalità concrete attraverso cui il giudice può intervenire per porre rimedio alle illegittimità proprie dell'operato dell'amministrazione, la giurisprudenza in esame ha elaborato una serie di misure per così dire flessibili, rimesse all'autonoma valutazione del giudice. In particolare, questi potrà risolvere il contratto, modificarne alcune delle clausole, ordinare all'amministrazione di apportare le correzioni necessarie al contratto in questione, valutare la necessità di riconoscere il diritto all'indennizzo ²⁸¹.

Ebbene, appare chiaramente come il *juge administratif* sia oggi dotato di poteri ben superiori e più penetranti rispetto a quanto previsto dalla normativa processuale italiana. Questo in quanto in Francia si è avvertita l'esigenza di attribuire al solo giudice, ritenuto competente a conoscere della materia ²⁸², tutte le modalità di intervento che gli consentano di incidere in maniera significativa sugli assetti altresì negoziali derivanti dalla conclusione del contratto.

Quanto all'annullamento del contratto, si è già sottolineato come sia ammessa una decisione del giudice che ne comporti la caducazione totale o parziale; una pronuncia di tale tenore, tuttavia, viene considerata dalla giurisprudenza un rimedio avente carattere eccezionale, in quanto subordinata alla verifica che dall'annullamento non derivi "*une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants*".

Un'ulteriore peculiarità del sistema descritto consiste nella sottoposizione dell'introduzione di qualsivoglia giudizio in materia di gare e contratto pubblico al termine decadenziale di due mesi, senza alcuna distinzione, a differenza di quanto avviene in Italia,

²⁸⁰ A tal proposito gli artt. L. 551-1 e 551-2 del Code de justice administrative specifica "*les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrats qui sont susceptibles d'être lésées par [...] un manquement (aux obligations de publicité et de mise en concurrence)*".

²⁸¹ Sull'indennizzo riconosciuto dal giudice in materia di pratiche anticoncorrenziali, si veda G. BERLIOZ, M. DURUPTY, *Les juridictions administratives, seuls juges de l'indemnisation de pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics*, AJDA, 2015, 352 ss.

²⁸² Riguardo alle peculiarità proprie del giudizio relativo alla fase esecutiva, M. DE MONSEMBERNARD, *Le contentieux de l'exécution des marchés publics, étape par étape*, AJCT, 2015, 441 ss.

ove i poteri di intervento sulla materia sono ripartiti tra giudice amministrativo e ordinario, con conseguente applicazione delle norme processuali proprie di ciascuno dei due sistemi di giustizia (la giurisdizione deve essere stabilita tenendo conto dell'oggetto della controversia, ossia se questa riguardi la fase prodromica alla conclusione del contratto o di esecuzione dello stesso) ²⁸³. Tale termine decadenziale si applica sia che si tratti di ricorso in via precontrattuale, sia di ricorso c.d. *de plein contentieux*, introdotto successivamente alla stipula del contratto.

Come appare evidente, la più significativa differenza rispetto all'ordinamento italiano è la mancanza di una distinzione delle posizioni giuridiche soggettive in diritti soggettivi ovvero interessi legittimi, da cui l'assenza dell'esigenza propria del nostro ordinamento di tutelare anche nel tempo le posizioni in maniera differenziata, prevedendo ora un termine di prescrizione, ora di decadenza.

La sottoposizione delle controversie in materia al solo termine di decadenza viene giustificata, invece, nel diritto francese alla luce della necessità di assicurare certezza alle posizioni giuridiche delle amministrazioni pubbliche, da una parte, e degli operatori economici, dall'altra.

Il processo di riforma iniziato con l'intervento a più riprese del legislatore negli anni '90 e '00 e proseguito con la sentenza *Société Tropic* risulta comunque ben lontano dal semplificare il sistema di controllo sui contratti pubblici, alla luce delle osservazioni fin qui riportate. Al contrario, alla sola forma di tutela in principio esistente, ossia il ricorso contro gli atti unilaterali prodromici alla stipula del contratto, viene affiancato, in primo luogo, il ricorso in sede precontrattuale e, poi, il ricorso c.d. *de plein contentieux*.

Se da un lato, dunque, il sistema così come articolato in seguito al percorso di riforma può sembrare ben più complesso e fonte di incertezza nella scelta del rito e delle domande da proporre in giudizio per gli operatori di settore che decidono di adire il giudice amministrativo ²⁸⁴, dall'altro la scelta di riformare tale sistema in maniera così incisiva appare come una confessione da parte del legislatore e della giurisprudenza francesi circa

²⁸³ Nella sentenza *Société Tropic* il giudice specifica come il periodo di due mesi comincerà a decorrere dal momento in cui l'amministrazione avrà adempiuto agli obblighi di pubblicità nella maniera appropriata. In tal modo, è stato evidenziato come sia lasciato all'amministrazione stessa apprezzamento dell'effettiva rispondenza delle forme di pubblicità prescelte a quelle richieste dalla legge. Viene, tuttavia, raccomandata la pubblicazione di un avviso in cui siano indicate sia l'avvenuta conclusione del contratto sia le modalità della sua consultazione, nel rispetto degli obblighi di segretezza previsti dalla legge.

²⁸⁴ La procedura del *référé précontractuel* potrà, ad esempio, essere utilizzata nella fase che precede la stipula sia autonomamente che al contempo dello strumento del *référé-suspension*, con il quale il giudice valuterà la necessità di procedere alla sospensione della procedura di gara.

la precedente inidoneità dello stesso nonché l'assoluta necessità di intervenire in materia per creare un sistema di controllo che consenta una reale tutela delle parti, adattando lo stesso a tutte le esigenze che possono sorgere nelle diverse fasi dell'affidamento o dell'esecuzione del contratto.

Dopotutto, alcuna preclusione vi è per le parti, le quali possono liberamente scegliere di adire gli organi di giustizia amministrativa mediante ricorso allo strumento del *référé précontractuel* per poi, in caso di rigetto di tale domanda, agire nuovamente in giudizio impugnando le clausole del contratto, chiedendo al giudice amministrativo di intervenire adottando le misure ritenute dallo stesso le più opportune nel caso di specie.

Un ulteriore merito del diritto francese è stato quello di anticipare le stesse indicazioni poi fornite agli Stati membri dalle istituzioni europee, in ordine alla necessità di dichiarare "*comme sans effet*" un contratto concluso in violazione delle regole che prescrivono un termine minimo (detto poi *stand-still*) che deve trascorrere tra l'aggiudicazione della gara e la stipula del contratto ²⁸⁵.

Alla luce di quanto fin qui detto, appare chiaramente come, se da un lato il sistema di vigilanza sui contratti pubblici è stato oggetto negli ultimi decenni di importanti innovazioni e cambiamenti dovuti al significativo percorso di riforma che lo ha investito, dall'altra alcuna modifica essenziale è stata apportata a quelle che erano, avendo riguardo ai soggetti preposti all'esercizio di tale vigilanza, le peculiarità proprie del modello originario. Ed infatti, i tratti caratteristici del modello di controllo, incentrato sin dalla sua origine sul ruolo attribuito al *juge administratif*, sono troppo radicati nella cultura giuridica francese per essere messi in discussione.

Ciò non ha impedito, d'altra parte, al legislatore nazionale di adattarsi alle indicazioni specificamente fornite dalle istituzioni europee. Si ricorda, tuttavia, come queste ultime abbiano lasciato sotto molti aspetti liberi gli stati membri di individuare le modalità concrete di attuazione del dettato comunitario. Nulla avrebbe impedito al legislatore francese, come avvenuto ad esempio in Italia, di affidare parte del controllo di settore ad un'autorità indipendente istituita *ad hoc*.

Il legislatore, invece, a seguito della soppressione di un tale organismo ²⁸⁶, ha ritenuto preferibile potenziare il ruolo ed i poteri del giudice amministrativo, confermando ancora una volta l'intenzione di strutturare l'intero sistema intorno alla figura di tale organo.

²⁸⁵ Si vedano, in proposito, art. 2-bis e 2-ter della direttiva c.d. ricorsi 2007/66/CE.

²⁸⁶ Si tratta della *Commission consultative sur les marchés publics* (CCMP), su cui più ampiamente *infra*, Cap. IV, par. 4.

A quest'ultimo spetterà, dunque, intervenire mediante gli strumenti allo stesso riconosciuti, al fine di ricercare il migliore equilibrio tra le due principali esigenze che si contrappongono in materia di evidenza pubblica: l'esigenza di tutelare gli interessi dei candidati alla legittima attribuzione della gara, da un lato, e preservare la certezza delle situazioni giuridiche sorte in capo agli operatori economici, dall'altro ²⁸⁷.

2. L'attuale sistema di controllo sui contratti pubblici: i poteri del *juge administratif* sul rapporto contrattuale e l'estensione della legittimazione ad agire in giudizio anche ai terzi non partecipanti alla procedura di evidenza pubblica.

Alla luce del percorso evolutivo sin qui delineato nonché della giurisprudenza più recente intervenuta in materia, appare opportuno procedere all'analisi nello specifico dei poteri attribuiti al giorno d'oggi al *juge administratif* considerato, come detto, il principale garante della rispondenza alla legge e all'interesse pubblico dei contratti amministrativi stipulati dalle stazioni appaltanti con gli operatori economici loro controparti ²⁸⁸.

Ebbene, occorre in primo luogo evidenziare come, alla luce di quanto precisato dallo stesso Conseil d'Etat ²⁸⁹, le parti di un *contrat administratif* possano adire il giudice sia attraverso l'esperimento di un ricorso *de plein contentieux*, avente ad oggetto il contratto, sia sottoponendogli una questione attinente la fase esecutiva dello stesso.

Ebbene, per quanto riguarda la prima ipotesi, la giurisprudenza amministrativa ha sottolineato a più riprese come, a seguito dell'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa avvenuta negli ultimi decenni e delle importanti attribuzioni di nuovi poteri agli organi giurisdizionali da parte dello stesso legislatore, il giudice non sia più tenuto a decidere in maniera rigida tra l'annullamento del contratto e la risoluzione della controversia su un piano esclusivamente "extracontrattuale", lasciando in piedi il vincolo negoziale inalterato.

Ed infatti, al *juge administratif* è attualmente riconosciuta una vasta gamma di poteri di intervento che gli consentono di modulare la propria decisione a seguito di un adeguato bilanciamento dei diversi interessi in gioco, a seconda del livello di irregolarità raggiunto dall'azione delle parti e tenendo conto dell'esigenza di promuovere relazioni contrattuali

²⁸⁷ R. VANDERMEEREN, *Les recours ouverts aux entreprises: les controles de l'administration acheteuse. L'évolution du modèle français*, op. cit., 58 ss.

²⁸⁸ Per un approfondimento del tema si veda altresì P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, Tome 2, DALLOZ, 2011.

²⁸⁹ Conseil d'Etat, 28 dicembre 2009, *Commune de Béziers*, n. 304802, c.d. *Béziers I*.

ispirate al rispetto della normativa di settore nonché al perseguimento dell'interesse pubblico.

Sulla base di ciò, spetterà al giudice amministrativo verificare in primo luogo che la parte che ha introdotto il giudizio sia “*recevable à le faire*”, ossia ne abbia la legittimazione. Una tale verifica non comporta solamente l'accertamento circa la corrispondenza del ricorrente con la parte contraente; è difatti necessario, altresì, che questi non sia l'autore dell'irregolarità che si fa valere in giudizio. L'esigenza di legalità delle relazioni contrattuali impone, secondo la giurisprudenza citata, che colui che agisce in giudizio per ottenere l'accoglimento di una propria pretesa processuale, a seguito del quale potrebbe discendere un mutamento della posizione giuridica in termini allo stesso favorevoli, non sia egli stesso causa dell'irregolarità rispetto alla quale si chiede il ripristino della legalità.

Quanto, nello specifico, ai diversi meccanismi di intervento di cui risulta titolare il potere giurisdizionale, questi può, una volta verificata la sussistenza delle condizioni dell'azione e a seconda della gravità dell'infrazione, ordinare la prosecuzione dell'esecuzione del contratto anche se viziato da irregolarità, indicando nel caso misure di regolarizzazione del vincolo negoziale, ovvero stabilire un termine a partire dal quale sarà differita la risoluzione del rapporto contrattuale, purché non ne derivi un pregiudizio eccessivo all'interesse pubblico. Nel caso in cui, invece, l'illegittimità del contratto sia dovuta al carattere illecito del contenuto dello stesso, ovvero ad un vizio di particolare gravità riguardante la formazione del consenso delle parti, è consentito al *juge administratif* pronunciare l'annullamento in via retroattiva del contratto.

Nella diversa ipotesi in cui il giudice sia adito da una delle parti per questioni attinenti all'esecuzione del rapporto contrattuale, come ad esempio qualora un contraente agisca in giudizio per ottenere un risarcimento legato al pregiudizio subito per l'inadempimento della controparte alle proprie obbligazioni contrattuali, spetta al giudice risolvere la controversia su un piano per così dire contrattuale, ossia mediante valutazione del comportamento delle parti in base alle statuizioni del contratto, lasciando tuttavia in essere il vincolo negoziale. Diversamente se l'irregolarità denunciata attiene ad una di quelle violazioni di particolare gravità di cui sopra (carattere illecito del contenuto del contratto ovvero vizio invalidante il consenso delle parti), al giudice non rimane altra alternativa che ordinare lo scioglimento del contratto stesso e risolvere la controversia su un piano definito dalla giurisprudenza francese “extracontrattuale”, perché riguardante l'assetto di interessi delle parti a seguito della caducazione del vincolo.

Un'ulteriore pronuncia degna di nota per le importanti innovazioni apportate al sistema in questione è la c.d. sentenza *Béziers II* del Conseil d'Etat ²⁹⁰, in base alla quale viene riconosciuta altresì la possibilità per la parte di agire in giudizio mediante un ricorso *de plein contentieux* al fine di ottenere una sorta di “annullamento” della già disposta misura di risoluzione del vincolo negoziale, con contestuale ripresa del normale svolgimento del rapporto sorto dal contratto. In sede di ricorso, per il quale è posto un termine di decadenza di due mesi, è, altresì, possibile per la parte presentare un'istanza di sospensione al fine di ottenere l'immediata ripresa delle relazioni contrattuali.

Nel valutare la legittimità della misura di risoluzione nonché la possibilità di concedere, in via cautelare, la ripresa dei rapporti negoziali, il giudice deve ad ogni modo verificare che una decisione in tal senso non sia contraria all'interesse pubblico né eccessivamente lesiva di eventuali diritti sorti in capo a terzi, quale ad esempio la parte contraente di un nuovo contratto concluso a seguito della risoluzione del contratto precedente. Inoltre, riconosciuta la fondatezza della pretesa, il giudice può altresì valutare l'opportunità di condannare la parte resistente a risarcire la propria controparte per i danni subiti a causa della mancata esecuzione del contratto nel periodo di tempo trascorso tra la risoluzione del vincolo e la ripresa dell'esecuzione ordinata in sede giurisdizionale.

Del tutto innovativo risulta altresì quanto di recente affermato dalla giurisprudenza amministrativa francese riguardo la possibilità per i terzi che non hanno preso parte alla procedura di evidenza pubblica di adire il giudice per ottenere una pronuncia sul contratto. In particolare, con una sentenza dell'aprile 2014 ²⁹¹, il Conseil d'Etat ha riconosciuto per la prima volta a tutti i terzi che dimostrino di essere titolari di un “*intérêt lésé par un contrat administratif*” la possibilità di adire il giudice amministrativo al fine di contestare la validità dello stesso vincolo negoziale.

Una tale decisione capovolge il precedente orientamento giurisprudenziale che riservava la possibilità di adire il giudice, al fine di ottenere una pronuncia che intervenisse direttamente sul contratto invalidandolo, esclusivamente alle parti stesse del rapporto contrattuale ovvero agli altri concorrenti non aggiudicatari della procedura ad evidenza pubblica.

Già tale ultima possibilità rappresenta, a ben vedere, un'importante peculiarità del sistema francese che lo differenzia profondamente da quello italiano. Ed infatti, alle imprese

²⁹⁰ Conseil d'Etat, 21 marzo 2011, n. 304806, *Commune de Béziers*.

²⁹¹ Conseil d'Etat, 4 aprile 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*.

partecipanti alla gara ma non scelte al termine della stessa dall'amministrazione quale sua controparte contrattuale è preclusa sulla base della normativa e della giurisprudenza italiana adire il giudice (in questo caso civile) per ottenere una pronuncia inerente alla validità del contratto stesso.

Ciò in quanto, mancherebbe in tal caso la stessa legittimazione ad agire in capo all'impresa in questione; il contenzioso in fase esecutiva, rimesso come detto alla giurisdizione del giudice ordinario, è questione che riguarda esclusivamente il rispetto, durante la fase che segue la stipula del contratto, delle clausole dello stesso da parte dei soggetti contraenti.

Unica possibilità riconosciuta all'impresa non aggiudicataria è, pertanto, di agire in giudizio al fine di ottenere l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione da cui può discendere una pronuncia del giudice in termini di inefficacia del contratto *ex art. 121 e ss c.p.a.*, alla luce di quanto in precedenza precisato ²⁹².

Alcuna possibilità è riconosciuta, invece, alle imprese terze che non hanno partecipato alla gara.

Per tali ragioni, la pronuncia del Conseil d'Etat appare del tutto innovativa. Occorre, tuttavia, precisare che una tale facoltà non è riconosciuta a tutte le imprese non partecipanti alla gara né essa è ammessa con riferimento a qualsiasi violazione che afferisca al contratto in questione.

Ed infatti, solamente alcuni soggetti terzi rispetto alla procedura potranno adire il giudice amministrativo per ottenere una pronuncia in grado di invalidare il contratto e solo con riferimento ad alcune violazioni caratterizzate dalla particolare gravità e dall'entità della lesione direttamente provocata dall'illegittimità in questione sulla posizione giuridica soggettiva degli stessi.

In seguito ad una prima apertura della giurisprudenza del Conseil d'Etat il quale, con le ricordate sentenze *Société Tropic Travaux Signalisation* del 2007 e *Béziers I* del 2009 ²⁹³, ha riconosciuto *in primis* la possibilità per le imprese non aggiudicatarie di adire il giudice amministrativo, quale giudice del contratto, per ottenere l'invalidazione di quest'ultimo nonché altresì di vedere soddisfatte le proprie pretese attraverso l'emanazione di sentenze capaci di intervenire nella maniera più adeguata sulla regolazione del rapporto negoziale, con la sentenza *Département de Tarn-et-Garonne*, il massimo organo di giustizia amministrativa francese ha di fatto creato una nuova ipotesi di ricorso aperto a tutte le

²⁹² Vedi *supra*, cap. III, par. I.

²⁹³ Vedi *supra*, cap. IV, par. I e nel presente paragrafo.

imprese, partecipanti o meno alla gara, che dimostrino di essere state lese nella loro posizione giuridica soggettiva dall'aggiudicazione del contratto ovvero dal contenuto dello stesso.

Un primo presupposto necessario, quindi, affinché sia riconosciuta la legittimazione ad agire dell'impresa terza riguarda la dimostrazione circa l'esistenza di una lesione diretta e certa dei suoi interessi.

Accertata la sussistenza di un tale pregiudizio, anche potenziale, connesso alla presente o futura esecuzione del contratto, il giudice può decidere, a seconda della gravità del vizio che inficia la regolarità del contratto, di adottare una pronuncia favorevole alla prosecuzione dell'esecuzione del contratto ovvero indicare alle parti le modalità per procedere alla regolarizzazione del negozio. Nelle ipotesi più gravi, nel caso in cui l'irregolarità non possa essere colmata attraverso un intervento finalizzato alla regolarizzazione del contratto e sempre che non vi sia un pregiudizio eccessivo per l'interesse generale, il giudice può optare per la risoluzione del vincolo negoziale od ancora per l'annullamento retroattivo totale o parziale dello stesso.

Quest'ultima ipotesi, secondo la giurisprudenza, deve essere valutata dal giudice come *extrema ratio*, cui ricorrere solo in caso di contenuto illecito del contratto o vizio di assoluta gravità.

Un'ulteriore precisazione della giurisprudenza amministrativa nella sentenza citata ci permette ancora una volta di comprendere l'eccezionale portata della pronuncia in commento. Ed infatti, una siffatta possibilità di ricorso è consentita alle imprese terze rispetto alla procedura di gara solo ed esclusivamente con riferimento ai contratti stipulati in seguito all'emanazione di tale decisione, ossia dal 4 aprile 2014. Per quanto riguarda i contratti stipulati anteriormente a tale data, tali soggetti potranno esclusivamente adire il giudice amministrativo mediante esperimento del ricorso contro "*les actes détachables*", attraverso il quale, come si è già detto ²⁹⁴, sarà loro possibile ottenere, in caso di accoglimento della domanda, una pronuncia che verifichi l'illegittimità dell'atto a monte della stipulazione contrattuale, senza che da ciò derivi alcuna conseguenza sul rapporto sorto a valle. È facile comprendere, pertanto, la portata dirompente della recente pronuncia del Conseil d'Etat, vista la sostanziale inidoneità dello strumento di tutela in precedenza riconosciuto a soddisfare le pretese fatte valere in giudizio dalla parte ricorrente.

²⁹⁴ Vedi *supra*, cap. IV, par. I.

3. Il ruolo svolto dal potere esecutivo nel processo di adattamento normativo del diritto interno francese al diritto europeo europeo.

Degno di nota per l'eccezionale rilevanza e in relazione alla del tutto peculiare funzione esercitata rispetto a quanto previsto dall'ordinamento italiano, è il ruolo svolto dal *Gouvernement français* nel processo di riforma della normativa interna sui contratti pubblici. A dimostrazione di ciò si evidenzia come da ultimo, lo scorso 23 luglio 2015²⁹⁵, l'esecutivo francese ha adottato un'ordinanza mediante la quale si è proceduto alla riorganizzazione dell'intera materia dei *marchés publics*, al fine, da un lato, di recepire le indicazioni fornite in tale senso dalle istituzioni comunitarie, dall'altro, di risolvere uno dei problemi che maggiormente affliggeva la legislazione di settore, ossia l'eccessiva frammentazione di tale normativa, contenuta in innumerevoli leggi, ordinanze e decreti dedicati alle diverse tipologie, per oggetto o materia, di contratti²⁹⁶.

Prima di passare, nello specifico, alla verifica della portata e dell'impatto di tale intervento sulla disciplina normativa previgente, appare opportuno delineare brevemente le principali caratteristiche dello strumento in questione, dando conto dei notevoli profili di problematicità che hanno portato dottrina e giurisprudenza a dividersi riguardo la natura ed il regime giuridico dello stesso.

Ai sensi di quanto stabilito dall'art. 38 della Costituzione francese, il Parlamento può autorizzare, sulla base di un'apposita richiesta formulata in tal senso dall'esecutivo e mediante l'emanazione di una "*loi d'habilitation*", il Governo ad adottare attraverso il ricorso allo strumento dell'ordinanza, delle misure che per materia ricadrebbero normalmente nell'ambito di intervento del potere legislativo ordinario. Oltre che dal Parlamento, l'autorizzazione ad un siffatto intervento da parte del Governo può essere espressamente previsto, con riferimento ad alcune materie, dalla stessa Costituzione²⁹⁷.

Il ricorso a tale strumento è stato nel tempo notevolmente intensificato da parte del Governo francese. Ed infatti, se fino agli anni '90 solamente venticinque leggi di autorizzazione erano state emanate, in virtù delle quali l'esecutivo ha adottato

²⁹⁵ Per un approfondimento del tema si veda anche S. HUL, *Publication de l'ordonnance n. 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics*, AJCT, 2015, 446 ss.

²⁹⁶ Sul tema di veda, S. BRACCONIER, *L'Ordonnance du 23 juillet 2015 sur le marchés publics – Simplification et ambitions contrariées*, la *Semaine Juridique Edition Générale* n. 40, 28 settembre 2015, doctr. 1043.

²⁹⁷ È ciò che avviene, ad esempio, con riferimento al progetto di legge finanziaria che, ai sensi dell'art. 47, comma 3, della Costituzione può essere adottato dal Governo, nel caso in cui il Parlamento non si pronunci sullo stesso nel termine di settanta giorni all'uopo stabilito.

centocinquantotto ordinanze, a partire dal nuovo millennio, tale tendenza ha trovato un incremento esponenziale, fino a raggiungere il numero di ottantatre ordinanze solo nell'anno 2005 ²⁹⁸.

Ebbene, ripercorrendo in maniera del tutto sommaria l'*iter* di adozione di siffatte ordinanze, si evidenzia innanzitutto come l'iniziativa sia normalmente governativa. L'esecutivo, infatti, deposita un *projet de loi* presso il Parlamento, chiedendo contestualmente a quest'ultimo di procedere all'emanazione di una legge di abilitazione.

Una volta ottenuta l'abilitazione, il Governo dovrà, entro il termine all'uopo indicato, adottare un'ordinanza e presentarla alla firma del Presidente della Repubblica.

Alcune prime questioni sorgono già con riferimento a questa fase, in merito alla possibilità per il Capo dello Stato di rifiutarsi di procedere alla firma del testo normativo. Alla luce di quanto stabilito dalla Costituzione, l'adempimento in questione sembrerebbe meramente formale. Nei fatti, tuttavia, è accaduto che alcuni Presidenti della Repubblica si siano rifiutati di firmare l'ordinanza in questione ²⁹⁹, da cui l'elaborazione di vari orientamenti dottrinali e giurisprudenziali circa la legittimità dell'esercizio di un tale potere.

Una volta pubblicata, l'ordinanza *de qua* entra in vigore. Entro il termine stabilito dalla legge di abilitazione il Governo deve, altresì, procedere al deposito di un progetto di legge di ratifica, pena la perdita dell'efficacia dell'ordinanza stessa.

Quanto appena detto, è apparso necessario al fine di procedere ad alcune considerazioni in ordine alla natura ed al regime giuridico di tali atti normativi. Ed infatti, dottrina e giurisprudenza si sono divise in merito alla riconduzione di tale fenomeno nell'ambito della categoria della delegazione di potere legislativo ovvero dell'estensione provvisoria del potere regolamentare.

Ebbene, a tal proposito, mentre un primo orientamento ³⁰⁰ ha ritenuto indiscutibile la natura legislativa delle ordinanze di cui all'art. 38 Cost., sia sulla base della circostanza per cui queste sono in grado di modificare una legge anteriore, sia per il fatto che non possono essere rimodulate nel loro contenuto dal Governo, essendo necessaria una legge all'uopo emanata, il Conseil d'Etat ha dimostrato nel tempo di essere di tutt'altro avviso.

²⁹⁸ L. FAVORE, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Dalloz, XVIII ed., 2016, p. 883 ss.

²⁹⁹ Il Presidente Mitterrand, ad esempio, si è rifiutato nel corso dell'anno 1986, di firmare ben tre ordinanze presentate allo stesso dal governo Chirac ed adottate dal Consiglio dei Ministri, suscitando molte perplessità in ordine alla legittimità di una decisione in tal senso, la quale potrebbe apparire come atto esorbitante i poteri esplicitamente riconosciuti dalla Carta costituzionale francese (secondo l'art. 13 Cost.: "*Le président de la République signe les ordonnances*").

³⁰⁰ M. WALINE, RD publ. 1959, 1059 ss.

A tal proposito, il massimo organo della giustizia amministrativa ha sottolineato come le ordinanze governative non sarebbero altro che un esempio dell'estensione del potere regolamentare, dal momento che ad esse si applica il medesimo regime giuridico dei *décrets-lois*, ai quali è riconosciuta pacificamente natura regolamentare da consolidata giurisprudenza elaborata con riferimento a tali altri strumenti di normazione secondaria ³⁰¹. A ben vedere, le ordinanze di cui all'art. 38 della Costituzione risultano avere un duplice regime giuridico. Ed infatti, occorre operare, innanzitutto, una distinzione tra ordinanze ratificate e ordinanze non ratificate.

Mentre riguardo alle prime alcun dubbio sorge in merito alla loro natura e al relativo regime giuridico, essendone stabilizzati gli effetti dall'adozione della legge di ratifica, ben diversa è la situazione per le ordinanze non ratificate. Diversamente da quanto si potrebbe pensare, anche alla luce delle similitudini che presenta il fenomeno in questione rispetto al decreto legge italiano, queste non perdono efficacia in caso di mancata ratifica ³⁰², continuando a produrre i loro effetti.

Da tale circostanza sembrerebbe tuttavia derivare la necessità di riconoscere una duplice natura alle ordinanze in questione, alla luce della peculiare resistenza delle stesse all'abrogazione. Ed infatti, esse sono assimilabili alla legge in quanto modificabili o abrogabili esclusivamente mediante emanazione di un atto normativo di livello primario; allo stesso modo, le disposizioni delle stesse non possono essere abrogate o modificate se non mediante l'emanazione di una legge.

L'orientamento prevalente è tuttavia, come detto, propenso a riconoscere alle stesse natura meramente regolamentare.

Ciò anche alla luce della peculiare circostanza che, per quanto riguarda, invece, il profilo processuale inerente alla loro impugnazione, lo stesso Conseil d'Etat abbia più volte ³⁰³ riconosciuto la possibilità per gli organi di giustizia amministrativa di verificare la legittimità delle stesse avendo quale parametro la Costituzione o la legge di abilitazione nonché i principi generali dell'ordinamento ai quali è pacificamente riconosciuto livello infra-legislativo, potendo essere disattesi dalla legge.

³⁰¹ Conseil d'Etat, 3 novembre, 1961, sentenza *Damiani*.

³⁰² Ciò, come si è già avuto modo di precisare *supra* nel presente paragrafo, avviene solo ed esclusivamente in caso di mancato deposito nel termine pattuito del progetto di legge di ratifica da parte del governo.

³⁰³ *Ex multis*, Conseil d'Etat, 30 giugno 2003, *Fédération régionale ovine du Sud-Est*, e 26 novembre 2001, *Assoc. Liberté Information Santé*.

Alla luce della giurisprudenza citata, appare evidente come tali ordinanze siano sottoposte al tipico sindacato giurisdizionale riservato agli atti aventi natura regolamentare/amministrativa.

Ebbene, quanto fin qui precisato risulta di estrema importanza al fine di poter meglio comprendere l'assoluta peculiarità dello strumento prescelto dal potere esecutivo per intervenire in materie di massimo interesse, come quella dei contratti pubblici, addirittura riorganizzando e modificando il preesistente assetto normativo di settore nella sua interezza.

Ciò in relazione, come detto, all'assenza di un reale controllo *ex post* da parte del legislatore, dal momento che, come si è già avuto modo di precisare, in caso di mancata ratifica dell'ordinanza da parte del legislatore questa, lungi dal perdere i suoi effetti, al contrario li conserva quale atto regolamentare dotato di una particolare forza attiva e passiva.

Appare interessante segnalare come in precedenza una tale situazione si fosse già verificata.

Ed infatti, lo stesso *Code des marchés publics*, che fino ad oggi è stato il testo di riferimento della disciplina della materia dell'evidenza pubblica, è stato adottato attraverso il ricorso da parte del potere esecutivo allo strumento dell'ordinanza, successivamente non ratificata dal Parlamento.

Potrebbe, d'altra parte, obiettarsi che un limite allo straripamento del potere del Governo sia rappresentato dalla legge di abilitazione, *ex ante*, e dal controllo svolto dal giudice amministrativo nella fase *ex post*. Ad ogni modo, la sensazione che si percepisce è legata ad una volontà del Governo di espandere il proprio ambito di intervento (ricordiamo che nel passato il ricorso a tale strumento era del tutto residuale ed eccezionale), invadendo, seppur in maniera apparentemente legittima, la sfera di competenza del potere legislativo in aperta violazione del principio di separazione dei poteri.

Se da un lato, la legittimità dell'intervento in questione non sembra, almeno in linea teorica, potersi discutere, ben poco condivisibile appare, almeno a parere di chi scrive, quell'orientamento che vorrebbe riconoscere natura legislativa alle ordinanze anche non ratificate, sulla base del fatto che sarebbe sufficiente al riguardo il deposito del progetto di legge di ratificazione.

Una volta esaminata la questione relativa alla natura e al regime giuridico delle ordinanze governative di cui all'art. 38 Cost., appare opportuno analizzare nello specifico le

importantissime innovazioni apportate alla materia della contrattazione pubblica da parte del Governo francese nel luglio 2015.

In particolare, l'ordinanza in questione, come si è detto, procede alla riorganizzazione dell'intera materia dell'evidenza pubblica recependo, in maniera precisa e con una normazione qualitativamente apprezzabile, le indicazioni fornite in materia dal legislatore europeo. Ed infatti, alla luce di quanto in tal senso espresso anche da parte della dottrina³⁰⁴, l'ordinanza in questione non rappresenta un ulteriore intervento normativo in materia, che si aggiunge alla copiosa legislazione elaborata nel tempo da Parlamento e Governo, rappresentando al contrario il primo passo di un percorso di riforma volto a semplificare e rendere maggiormente sistematica l'intera materia dei contratti pubblici.

Ed infatti, il Governo francese ha approfittato della rinnovata attenzione mostrata dalle istituzioni europee, attraverso l'emanazione delle più volte ricordate direttive appalti e concessioni 2014, per un settore di importanza assoluta, tra l'altro per la crescita economica dei paesi membri, quale quello dei contratti pubblici, per rimettere in discussione l'intero assetto normativo della materia e fornire soluzione alle troppe incertezze che caratterizzavano la normativa di settore.

Certamente le occasioni di intervenire al fine di riorganizzare la disciplina di settore si erano presentate già in passato. Determinante, in tal senso, potrebbe essere stata la percezione della necessità di intervenire sulla materia dei contratti pubblici al fine di rendere gli stessi un *“moteur plus qu'un frein du développement économique”*³⁰⁵.

L'intervento in questione prende le mosse *in primis* dall'esigenza di rispettare il termine di scadenza per il recepimento delle direttive in questione, fissato dal legislatore europeo per il 18 aprile 2016.

In realtà, una prima trasposizione delle direttive era già stata posta in essere mediante l'adozione del decreto del 26 settembre 2014, n. 1097, il quale aveva introdotto nell'ordinamento francese delle prime misure di semplificazione del sistema dei contratti pubblici. Tra le principali novità introdotte da tale decreto figurano il partenariato dell'innovazione e le modifiche riguardanti i requisiti di capacità finanziaria dei candidati partecipanti ad una procedura di evidenza pubblica.

³⁰⁴ F. BRENET, *Les nouvelles bases du droit des marchés publics*, AJDA, 2015, 1783 ss.

³⁰⁵ F. BRENET, *Les nouvelles bases du droit des marchés publics*, op. cit.

Se, da un lato, tale intervento normativo ha dato l'avvio al processo di riforma, dall'altro, questo risultava tuttavia ben lontano dal soddisfare l'esigenza manifestata a livello europeo di una profonda rinnovazione della materia in questione.

Per completare o meglio dare avvio in maniera più penetrante al processo di riforma, il Governo ha pertanto ritenuto preferibile ricorrere alla tecnica dell'ordinanza di cui all'art. 38 della Costituzione. Ciò sia per ragioni connesse alla preoccupazione che la scelta di seguire l'ordinario procedimento legislativo avrebbe prodotto un ritardo nei tempi, nonché un sovraffollamento dell'agenda parlamentare, sia per ragioni più prettamente giuridiche e altresì politiche, come si è già avuto modo di evidenziare, con riferimento alla volontà di riorganizzare l'intera materia con uno strumento che ad ogni modo, ove ratificato, risulterebbe a tutti gli effetti parificato alla legge.

Sulla base dell'art. 42 della legge del 20 dicembre 2014, n. 1545, il Governo è stato, dunque, autorizzato/abilitato ad adottare un'ordinanza, nel termine di nove mesi, nella quale far confluire tutte le misure necessarie alla trasposizione nell'ordinamento interno delle direttive appalti e concessioni 2014.

La legge di abilitazione prevedeva, altresì, un'autorizzazione specifica al potere esecutivo affinché quest'ultimo procedesse alla razionalizzazione delle regole generali disciplinanti sia la fase dell'evidenza pubblica sia la fase esecutiva, nonché della disciplina di riferimento dei c.d. *contrats globaux* e le condizioni di stipula di siffatti contratti, ed ancora perché si apportassero le modifiche necessarie alla disciplina di settore, rimediando ad eventuali errori e abrogando le disposizioni prive di una reale utilità, in quanto di ormai desueta applicazione.

Risulta importante, inoltre, segnalare come il Ministero dell'Economia abbia avviato una consultazione pubblica sul testo del progetto di ordinanza da depositare in Parlamento al fine di perfezionare il testo da sottoporre alla necessaria abilitazione. Dopo la fase di consultazione durata alcuni mesi, durante i quali le successive versioni dell'ordinanza venivano pubblicate diffusamente, il 25 luglio del 2015 (con quasi due mesi di anticipo sulla scadenza fissata dalla legge di abilitazione), è stata adottata l'ordinanza in questione

306 .

³⁰⁶ A conferma di come attraverso l'emanazione di tale ordinanza si volesse, in realtà, proporre un intervento di riforma ben più penetrante della semplice trasposizione delle direttive comunitarie con conseguente adattamento del diritto interno, nello stesso progetto di ordinanza si precisa come questa sarebbe stata un'ottima occasione per "*revisiter l'architecture du droit de la commande publique*", costituendo essa solo "*la première étape d'un processus plus long et plus ambitieux devant conduire à l'adoption d'un futur code de la commande publique*".

Occorre, tuttavia, evidenziare sin da subito come il progetto di ordinanza sia stato accompagnato da ulteriori progetti di intervento normativo volti a modificare aspetti essenziali della disciplina dei contratti pubblici. Tra gli altri si cita, in particolare, un progetto di decreto ³⁰⁷ nel quale si proponeva l'innalzamento delle soglie minime al di sotto delle quali non è necessario indire una procedura di evidenza pubblica per affidare un lavoro, servizio o fornitura.

Pur tenendo presente la circostanza per cui l'ordinanza del 23 luglio 2015 non risulta ancora ufficialmente entrata in vigore, dal momento che il termine massimo per la sua adozione è stabilito nel 1 aprile 2016 ³⁰⁸, essa rappresenta, come già più volte precisato, un vero punto di svolta per il diritto francese dei contratti pubblici, alla luce delle significative modifiche che la stessa propone rispetto alla normativa vigente.

Se il legislatore coglierà l'*input* fornitogli in tal senso dal potere esecutivo, nei prossimi mesi potrebbe assistersi ad una vera e propria rinascita del diritto dei *marchés publics*, come branca autonoma della più vasta materia della *commande publique*, nonché alla creazione di una disciplina di settore completa e omnicomprensiva, in grado di fondare un sistema normativo autosufficiente e dotato di coerenza di insieme ³⁰⁹.

Una delle principali novità introdotte dall'ordinanza in questione, è il riconoscimento ad opera della stessa della natura legislativa di molte disposizioni disciplinanti la materia dell'evidenza pubblica ed in essa trasposte. In tal modo, si porrebbe rimedio a quella circostanza molto criticata da parte della dottrina ³¹⁰ per la quale la maggior parte della normativa sui contratti pubblici è stata contenuta, sino ad oggi in Francia, all'interno di provvedimenti normativi di livello regolamentare.

Ciò sempre nella speranza che il legislatore dia seguito a tale principio di riforma, decidendo di ratificare l'ordinanza e attribuendo, in tal modo, alla stessa valore di normazione primaria.

Per troppo tempo, infatti, la disciplina di settore è stata affidata a fonti di tipo secondario mancando totalmente un intervento a livello primario. Né risulta condivisibile quanto in passato affermato dalla stessa giurisprudenza del Conseil d'Etat e del Conseil

³⁰⁷ Tale progetto ha portato poi all'adozione del decreto 17 settembre 2015, n. 1163, entrato in vigore il 1 ottobre 2015.

³⁰⁸ Spetterà ad un regolamento di attuazione individuare nello specifico il termine in questione, alla luce di quanto stabilito dall'art. 103, comma 1, dell'ordinanza stessa.

³⁰⁹ F. BRENET, *Les nouvelles bases du droit des marchés publics*, op. cit.

³¹⁰ Y. GAUDEMET, *Le contrat administratif, un contrat hors la loi*, Cah. Cons. const. 2004, n. 17, 91 ss; L. RICHER, *Une tradition : le caractère réglementaire du droit des marchés publics*, in *Mélanges en l'honneur d'Etienne Fatôme*, Dalloz, 2011, 411 ss.

Constitutionnel, in base alla quale sarebbe stata sufficiente una disciplina di livello regolamentare, dal momento che il diritto dei contratti pubblici avrebbe posto unicamente le regole procedurali per giungere all'individuazione della controparte contrattuale dell'amministrazione, risultando il *Code des marchés publics*, un mero codice procedurale che regola uno specifico procedimento amministrativo ³¹¹.

Appare chiaramente, invece, come il diritto dei contratti pubblici non si limiti a definire le regole della fase prodromica alla stipula del contratto e di quella susseguente alla conclusione dello stesso, ma si occupi al contrario di stabilirne altresì il regime giuridico e la natura, nonché di individuare le posizioni giuridiche soggettive sorgenti in capo ai terzi, disegnando in tal modo i confini, da un lato, della libertà di azione dell'amministrazione pubblica, dall'altro, dell'autonomia di iniziativa degli operatori economici di settore, controparti contrattuali della prima.

Nonostante ciò, la normativa sui contratti pubblici è ancora oggi, e lo sarà sino all'auspicata ratifica dell'ordinanza del luglio 2015, contenuta principalmente in testi di valore infralegislativo. Appare evidente come una disciplina prettamente regolamentare nonché frammentata in disposizioni contenute in decreti ed ordinanze spesso non coordinate tra loro generi una grande confusione e produca incertezza per gli operatori di settore. È alla luce di ciò che il Governo ha deciso di intervenire nuovamente in materia, cogliendo l'occasione delle direttive europee 2014, per fornire una disciplina sistematica dell'intera materia, mediante l'adozione di un nuovo Codice dei contratti pubblici.

Dopotutto, in virtù del fatto che la materia dei contratti pubblici risulta strettamente connessa a quella della libertà contrattuale, si sarebbe potuto già da tempo valutare la necessità di considerare illegittime tutte quelle disposizioni non aventi carattere primario alla luce di quanto stabilito dall'art. 4 della *Déclaration* del 1789 ³¹² nonché dell'art. 34 della Costituzione, in base ai quali è riservata alla legge l'individuazione dei principi fondamentali in materia di obbligazioni civili e commerciali ³¹³.

³¹¹ Conseil d'Etat, 5 marzo 2003, n. 238039, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, e Conseil Constitutionnel 22 agosto 2002, n. 460, nota di J.Y. CHÉROT, J. TREMEAU, AJDA, 2002, 1059 ss.

³¹² Tale disposizione recita testualmente "*La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi*".

³¹³ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2014, 313 ss.

In realtà, la giurisprudenza amministrativa e costituzionale hanno operato una distinzione, innanzitutto, tra i contratti stipulati dallo Stato e quelli delle *collectivités locales* ³¹⁴.

Il Conseil Constitutionnel ha difatti precisato, in una nota sentenza del 5 marzo 2003 avente per oggetto la legge di programmazione sulla sicurezza interna, che spetta al potere regolamentare individuare le condizioni e le regole delle procedure di evidenza pubblica, nelle quali lo Stato assume il ruolo di stazione appaltante ³¹⁵.

Nella citata sentenza, il Conseil d'Etat chiarisce in maniera netta ancora una volta come *“ni l'article 34 de la Constitution ni aucune autre règle de valeur constitutionnelle n'exige que les conditions de passation des marchés passés par l'Etat soient définies par la loi”* ³¹⁶.

Una soluzione del tutto diversa, invece, è stata fornita già in passato con riferimento alle procedure di evidenza pubblica indette dagli enti (c.d. *collectivités*) locali.

A tal proposito occorre, in primo luogo, evidenziare come l'art. 34 della Costituzione attribuisca, nello specifico, al Parlamento la competenza di individuare e stabilire i principi fondamentali di libera amministrazione di tali enti ³¹⁷; allo stesso modo, l'art. 72 sempre della Carta costituzionale stabilisce che le collettività territoriali sono amministrate, in regime di autonomia, da consigli eletti dalle stesse nel rispetto delle condizioni previste dalla legge ³¹⁸.

Ciò significa che, essendo l'affidamento di un contratto di appalto una modalità di esercizio della libertà di amministrazione, la disciplina sia della fase prodromica alla stipula del contratto sia di quella relativa all'esecuzione dello stesso deve essere affidata alla legge, ove non si prescelga di procedere attraverso l'emanazione di leggi di abilitazione al Governo (le quali dovranno però, come detto, essere ratificate), alla luce del fatto che dalla conclusione di tali rapporti nascono obbligazioni in capo alle collettività locali.

³¹⁴ Sulle modalità di scelta del contraente da parte delle *collectivités territoriales* si veda anche E. MULLER, *Personnes publiques candidates à l'attribution de marchés publics: éclaircissements et précisions*, 2015, 437 ss.

³¹⁵ Secondo lo stesso commissario del Governo Piveteau *“le Code des marchés publics est en définitive, pour l'essentiel, un code de procédure administrative. L'Etat peut certainement se l'imposer à lui-même par voie réglementaire”* (conclusioni riguardo la sentenza Conseil d'Etat, ass., 5 marzo 2003, Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris, BJDGP, 2003, n. 28, 209 ss.

³¹⁶ Sul punto si veda anche la nota F. DONNAT, D. CASAS, AJDA, 2003, 718 ss.

³¹⁷ In particolare, l'art. 34 citato attribuisce testualmente al potere legislativo primario la determinazione dei *“principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales”*.

³¹⁸ Tale articolo stabilisce, infatti, che *“les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi”*.

Quanto appena affermato è stato ribadito a più riprese dallo stesso Conseil d'Etat, il quale ha sottolineato che le regole da applicare alle procedure di evidenza pubblica indette da una collettività territoriale devono essere ricercate nell'ambito di un testo normativo di livello primario ³¹⁹. La stessa giurisprudenza appena citata precisa, tuttavia, altresì come siano esclusi da tale riserva i contratti di appalto di cui al decreto 12 novembre 1938, emanato in virtù di una legge 5 ottobre 1938, in materia di appalti delle collettività locali e apparati pubblici ³²⁰.

In realtà, a ben vedere, siamo ancora una volta dinnanzi un'ipotesi di decreto rispetto al quale è stato depositato nei termini il progetto di legge di ratificazione, ma di cui non si è mai proceduto alla ratificazione stessa, con conseguente degradazione della fonte normativa in questione al livello infralegislativo.

Ebbene un sistema basato su una normativa fornita da decreti non ratificati, i quali, già si è avuto modo di ricordarlo, secondo l'ordinamento francese conservano i loro effetti, essendo solamente "declassati" da fonte di livello primario a infralegislativo, non risulta coerente con l'assetto costituzionale del paese e la divisione di poteri; ciò appare altresì confermato da quanto in tal senso precisato dal commissario di governo Denis Piveteau, nelle già citate conclusioni pronunciate a seguito dell'emanazione della sentenza del Conseil d'Etat del 5 marzo 2003. Egli, infatti, chiarisce come il potere di modificare la legge venga accordato all'esecutivo esclusivamente per una durata determinata di tempo. Una volta trascorso il termine del periodo di abilitazione, viene sottolineato come non sia più coerente con i principi della Costituzione la possibilità riconosciuta implicitamente dalla giurisprudenza al Presidente della Repubblica, di continuare a modificare la legge mediante, da un lato, la stabilizzazione degli effetti di decreti non ratificati e, dall'altro, l'emanazione di nuovi decreti attuativi del decreto in questione. Ed infatti, per i decreti legge si pone, in qualche maniera, la stessa questione relativa alle ordinanze non ratificate. Anche rispetto a questi, infatti, viene presentato un progetto di ratifica e, in seguito, ove non si proceda alla stessa, il testo normativo non viene espulso dall'ordinamento ma continua a produrre effetti come fonte regolamentare.

³¹⁹ Conseil d'Etat, 29 aprile 1981, *Ordre des architectes*; per un approfondimento del tema, nota di B. GENEVOIS, in AJDA 1981, 431.

³²⁰ In particolare, tale decreto stabilisce che "*les dispositions des textes législatifs et réglementaires, relatives à la passation et l'exécution des marchés de l'Etat, peuvent être étendues, par règlements d'administration publique, constés par les ministres intéressés et le ministre des Finances, et sous réserve des ajustements nécessaires, aux départements, aux communes et aux établissements publics relevant de l'Etat, des départements et des communes*".

Allo stesso modo, viene sottolineato dal commissario Piveteau come un decreto che abbia quale unico oggetto l'estensione temporale indefinita dell'abilitazione legislativa debba essere considerato del tutto contrario ai principi dell'ordinamento costituzionale e quindi, per così dire, illegale ³²¹.

Quanto fin qui precisato, risulta di fondamentale importanza per comprendere le ragioni che hanno portato il legislatore a ritenere necessaria una riforma totale della materia dell'evidenza pubblica.

Ed infatti, una normativa frammentata in diversi testi regolamentari, oltre a presentare il limite della poca organicità, presta il fianco al rischio di contraddizioni all'interno della stessa, nonché di questa con le disposizioni del *Code général des collectivités territoriales*, il *Code des marchés publics* o, ancora, le leggi speciali disciplinanti nuove forme contrattuali.

Senza ripercorrere tutta l'evoluzione e le modifiche intervenute nella disciplina di settore ³²², si segnala esclusivamente come la Commissione europea avesse mosso diverse critiche riguardo al precedente *Code des marchés publics* del 2001, sia con riferimento a quei contratti che erano stati del tutto esclusi, per la Commissione in maniera errata, dal campo di applicazione dello stesso ³²³, sia ritenendo certe procedure ivi disciplinate non sufficientemente rispettose dei principi di pubblicità e trasparenza, come nel caso degli appalti sottosoglia ed alcuni appalti di servizi.

Proprio alla luce di ciò, il Conseil d'Etat, adito numerose volte da ricorsi proposti contro alcune delle disposizioni del *Code des marchés publics* del 2001, ha, per esempio, annullato la disposizione che escludeva dal campo di applicazione del codice il contratto di mandato ³²⁴.

La decisione cui è giunto il massimo organo della giustizia amministrativa ci permette di svolgere alcune considerazioni circa la peculiarità del sistema francese e della vigilanza esercitata dal giudice stesso in materia.

Ed infatti, la circostanza per cui il diritto dei contratti pubblici francese sia stato sinora racchiuso principalmente in disposizioni di tipo regolamentare ha consentito al *juge*

³²¹ Testualmente, si chiarisce come “un décret-loi dont le seul objet était de permettre cette extension temporelle indéfinie de l'habilitation législative était par conséquent, de ce seul fait, un décret-loi illégal”.

³²² Un primo periodo di riforme è avvenuto nell'anno 2001, conclusosi con l'emanazione del precedente *Code des marchés publics*, per poi essersi intensificato durante il primo decennio del nuovo millennio e, infine, negli ultimi anni.

³²³ Tra tali contratti, ad esempio, il contratto di mutuo e di mandato.

³²⁴ Conseil d'Etat, ass., 5 marzo 2003, UNISPIC, conclusioni di D. Piveteau.

administratif di svolgere un sindacato piuttosto incisivo, potendo addirittura giungere ad annullare disposizioni proprie del codice di settore.

D'altra parte, appare allo stesso modo evidente come una materia così importante e che incide così sensibilmente sulle scelte politiche ed economiche di un paese sia stata per lungo tempo affidata alla cura da un lato del potere esecutivo, per quanto riguarda l'individuazione della normativa di riferimento per gli operatori del settore, e dall'altro del giudice amministrativo, con riferimento all'attività di controllo *ex post* dallo stesso svolto, attraverso l'utilizzo di strumenti sempre più idonei a penetrare nello stesso assetto degli interessi scelto dalle parti.

Quello che emerge, dunque, *prima facie* è il ruolo del tutto secondario rivestito dal legislatore ordinario nella materia in questione.

Proprio da tale consapevolezza di invasione, seppur effettuata attraverso strumenti legittimi, delle sfere di competenza, nonché dall'esigenza di fornire unicità alla materia più volte segnalata a livello europeo, ha preso l'avvio il processo di riforma del settore di cui l'ordinanza del 23 luglio 2015 rappresenta il primo vero passo.

Infatti, successivamente alla segnalazione da parte della Commissione europea di alcune incongruenze proprie del *Code des marchés publics* del 2001, in occasione del recepimento delle direttive 2004 era stato adottato un nuovo codice, il quale tuttavia ha rappresentato solo un ulteriore fallimento nel processo di avvicinamento del diritto interno a quello europeo, con conseguente necessità di procedere all'emanazione di un nuovo decreto, adottato in data 1 agosto 2006³²⁵, nonché una circolare che doveva fungere da “manuale di applicazione” del codice.

Occorre, tuttavia, segnalare come anche il Codice del 2006 presentasse notevoli lacune ed imperfezioni, recependo la normativa in maniera non sempre chiara e precisa. Per tali ragioni, fu necessaria l'adozione di un “*décret-balai*”, finalizzato a correggere gli errori trasposti nel codice appena approvato.

L'intenzione di procedere ad una nuova riforma del settore rimase viva nel legislatore anche negli anni successivi ma, con il diffondersi della crisi economica nel 2008, si è preferito procedere a singoli interventi finalizzati al contenimento della spesa e alla ripresa economica piuttosto che ridisciplinare un intero settore che in realtà avrebbe potuto a sua volta rappresentare una spinta propulsiva di sviluppo piuttosto che un freno al cambiamento che si augurava.

³²⁵ Contenente l'ancora vigente *Code des marchés publics*.

I diversi fallimenti susseguitisi nella riforma della materia, fanno ben sperare che il legislatore francese prosegua questa volta nel progetto di riforma avviato con l'ordinanza più volte citata alla quale dovrebbe seguire l'adozione di un *Code de la commande publique*.

Un primo segnale importante potrebbe essere rappresentato dalla ratifica di tale ordinanza al fine di attribuire alla stessa valore legislativo ed assicurare l'esistenza di una fonte primaria che disciplini la materia nella sua interezza.

Una volta esaminati il lungo cammino e le ragioni che hanno portato alla scelta del legislatore francese di reintervenire sulla materia dei contratti pubblici, occorre passare all'analisi di quelle che sono le principali novità rinvenibili in tale ordinanza e per quali ragioni essa venga ritenuta una possibile svolta nell'intera disciplina del settore in questione.

A tal proposito, si evidenzia innanzitutto come, ai sensi di quanto stabilito dall'art. 3 della stessa, "*les marchés publics relevant de la présente ordonnance passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs*". Ebbene, se ad una prima lettura tale affermazione non risulta in realtà troppo lontana da quanto già previsto dalla legge c.d. *Murcef*³²⁶, a ben vedere l'impatto che la stessa produce con riferimento all'ambito di applicazione della normativa in questione è di notevole rilevanza, considerando che la categoria di soggetti tenuti all'applicazione dell'ordinanza del 2015 è decisamente più ampia.

Ed infatti, mentre il *Code des marchés publics* vedeva limitata la sua applicazione esclusivamente ad alcune amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori, i soggetti chiamati al rispetto dell'ordinanza di ultima adozione saranno nel loro insieme tutte le stazioni appaltanti riconducibili nell'ambito delle due categorie citate.

Da quanto appena affermato deriva una conseguenza piuttosto significativa.

Mentre, alla luce di quanto disposto dalla legge *Murcef*, i contratti conclusi da amministrazioni pubbliche o soggetti privati non sottoposti all'applicazione del codice non potevano essere qualificati contratti amministrativi, con tutte le conseguenze che ne derivano *in primis* la giurisdizione, salvo diversa previsione specifica, del *juge judiciaire*, gli stessi contratti acquistano (*rectius* acquisteranno una volta che l'ordinanza sarà ratificata) la qualifica di contratti amministrativi.

³²⁶ Si tratta della legge 11 dicembre 2001, n. 1168, in materia di "*Mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*" ai sensi dell'art. 2 della quale "*les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs*".

Di conseguenza, la categoria dei contratti sottoposti ad un regime di diritto privato in quanto esterni all'applicazione del codice sarà notevolmente ridotta.

Ciò comporta notevoli vantaggi altresì con riferimento ad una più diffusa ed uniforme applicazione delle stesse regole e principi dell'evidenza. Occorre, ad ogni modo, sottolineare come la categoria dei contratti "esclusi" dall'applicazione del codice dal punto di vista soggettivo non verrà del tutto eliminata, dal momento che l'ordinanza del 23 luglio 2015 si applica esclusivamente agli appalti conclusi da "*personnes morales de droit public*".

Allo stato attuale, dunque, mentre non si hanno dubbi circa l'applicabilità della normativa sui contratti amministrativi a quegli appalti conclusi dalle stazioni appaltanti aventi personalità giuridica di diritto pubblico, dal momento che essi sono qualificati amministrativi dalla stessa ordinanza, occorrerà invece ricorrere ai normali parametri normativi e giurisprudenziali per stabilire se un contratto concluso da una persona giuridica di diritto privato sia sottoposto alla disciplina privatistica o pubblicistica.

Alla luce di quanto stabilito dalla giurisprudenza recente, che ha circoscritto notevolmente le ipotesi in cui un contratto concluso tra soggetti di diritto privato possa essere ricondotto nella categoria del "contratto amministrativo"³²⁷, risulterà del tutto eccezionale la possibilità di ritenere concluso un appalto, rilevante per il diritto dell'evidenza pubblica di cui alla nuova ordinanza, in caso di contratto concluso tra persone giuridiche di diritto privato. Per tale ragione, ci si potrebbe interrogare sull'utilità di mantenere, come avviene nel diritto vigente, una categoria di "*marchés publics de droit privé*", con regole e principi all'uopo elaborati per gli stessi.

Disciplinata integralmente ormai da un'unica fonte normativa, l'intera materia dei contratti pubblici avrebbe potuto altresì, per maggiore chiarezza ed unicità di sistema, essere ricondotta esplicitamente e nel suo intero alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Ed infatti, l'enorme pregio che va riconosciuto all'ordinanza in questione è certamente, come detto, il fatto che, mediante la sua emanazione, il legislatore ha operato una riorganizzazione dell'intera materia all'interno di un unico testo normativo. Se infatti, il *Code des marchés publics* del 2006 rappresentava, e rappresenta ancora per il momento, il testo principale di riferimento per la disciplina di settore, l'intera normativa era contenuta

³²⁷ *Ex multis*, Tribunal de conflicts, 9 mars 2015, n. 3984, *M^{me} Rispal c/ Société des autoroutes du sud de la France* nota di J. LESSI, L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, *Lebon AJDA*, 2015, 1204 ss. Sul ruolo del Tribunal de conflicts in Francia, quale organo altresì preposto alla soluzione delle questioni inerenti alla giurisdizione, si veda, P. GONOD, L. CADIET, *Le tribunal des conflits*, Dalloz, Paris, 2009.

in ben diciassette atti legislativi e regolamentari di cui i più importanti, oltre al codice citato, sono l'ordinanza 6 giugno 2005, n. 649, relativa alle procedure indette da persone giuridiche di diritto pubblico o privato non sottoposte all'applicazione del *Code des marchés publics*, nonché l'ordinanza 17 giugno 2004, n. 559, in materia di contratti di partenariato.

La volontà del legislatore della riforma sarebbe quella di riunire, invece, tutta la disciplina di settore esclusivamente nell'ambito di tre testi normativi, ossia l'ordinanza in attesa di ratifica e due decreti attuativi della stessa.

Ciò assume una notevole importanza non soltanto in ordine all'intento di semplificazione del sistema nel suo complesso, ma altresì in un'ottica di maggiore fruibilità della disciplina stessa da parte degli operatori di settore, spesso in difficoltà nell'uniformare la loro attività agli obblighi di legge a causa dell'eccessiva frammentarietà e dell'oscurità di alcune delle disposizioni contenute in tali fonti normative.

Analizzando nello specifico le novità introdotte circa i soggetti tenuti all'applicazione dell'ordinanza di ultima emanazione, nonché alcuni dei più significativi fenomeni ed istituti in materia di evidenza pubblica, occorre innanzitutto evidenziare, con riferimento al primo profilo, come tale ordinanza si rivolga per la prima volta anche alle persone giuridiche di diritto pubblico e privato che, pur non essendo soggette all'applicazione del *Code des marchés publics* ³²⁸, risultavano comunque destinatarie della normativa sull'evidenza di origine europea, da cui la necessità per le stesse di conformarsi alle indicazioni ricevute dal diritto sovranazionale.

L'ordinanza in questione, dunque, troverà applicazione in tutte le procedure di evidenza pubblica indette da amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori così come definiti dalle direttive europee, con conseguente conformazione del diritto interno alle categorie soggettive individuate a livello sovranazionale.

Un'ulteriore novità dirompente è rappresentata dall'estensione, dal punto di vista oggettivo, dell'applicazione di tale ordinanza altresì ai c.d. *contrats de partenariat*, di cui l'ordinanza muta in primo luogo la stessa denominazione in "*marchés de partenariat*", sempre in un'ottica di avvicinamento della disciplina e di creazione di una unica macro-categoria di contratti pubblici.

La normativa di riferimento di tali contratti, istituiti e disciplinati dall'ordinanza 17 giugno 2004, n. 779, era stata collocata al di fuori del *Code des marchés publics*. Ciò in quanto

³²⁸ Queste sono state sino ad oggi chiamate ad applicare la già citata ordinanza 6 giugno 2005, n. 649.

l'intenzione del legislatore era quella di rendere tale tipologia contrattuale uno strumento attraverso il quale conferire alla controparte privata una "missione globale", circostanza consentita dal codice solo ed esclusivamente, in via del tutto eccezionale, mediante l'affidamento congiunto, nell'ambito di un appalto di lavori, sia della fase esecutiva sia della fase di progettazione.

La differenza rispetto al contratto di appalto così come disciplinato dal diritto francese è significativa. Ed infatti, con riferimento a tale ultima ipotesi contrattuale, ai sensi di quanto stabilito dalla normativa di riferimento, il solo fatto di affidare la c.d. "*maîtrise d'ouvrage*" ad un soggetto privato diverso dall'amministrazione pubblica che ha indetto la gara comportava l'impossibilità di qualificare il contratto in questione quale appalto. Di qui la necessità di disciplinare altrove una diversa ipotesi contrattuale che consentisse alla parte privata di svolgere altresì la fase prettamente progettuale.

Ciò rappresenta una notevole differenza sia rispetto alla disciplina dei contratti pubblici europea sia italiana: per entrambi i citati ordinamenti, l'affidamento della fase di progettazione al privato aggiudicatario non comporta affatto l'impossibilità di qualificare il contratto in questione quale appalto³²⁹.

Un'ulteriore differenza propria del contratto di partenariato rispetto a quello di appalto risiede nel fatto che la normativa contenuta nell'ordinanza finora dedicata alla disciplina dello stesso consentiva alla stazione appaltante di differire il pagamento dell'opera, possibilità del tutto preclusa dal *Code des marchés publics* del 2006.

Pertanto, se da un lato, il legislatore francese è dovuto ricorrere in passato all'emanazione di un diverso testo normativo per introdurre nel sistema nazionale il *contrat de partenariat*, in quanto caratterizzato da un regime giuridico intrinsecamente confliggente con norme e principi propri della disciplina degli appalti, dall'altro, il fatto che tale ipotesi contrattuale sia pacificamente ricondotta dal diritto europeo e da quello di altri stati membri nell'ambito della vasta categoria del contratto di appalto, ha portato il legislatore della riforma a reintervenire semplificando il più possibile il sistema vigente ed inserendo il contratto di partenariato nell'ambito della disciplina degli appalti pubblici. Sino ad ora, infatti, tale fattispecie contrattuale si presentava per così dire "*à double visage*"³³⁰, in quanto estranea

³²⁹ In Italia tale ipotesi è espressamente prevista dall'art. 176 del Codice dei contratti che consente il ricorso alla figura del contraente generale, mediante affidamento di un appalto c.d. chiavi in mano, nel quale, ai sensi del comma 2, il soggetto privato può essere incaricato di svolgere sia la fase di sviluppo del progetto definitivo sia la redazione della progettazione esecutiva, nonché l'esecuzione con qualsiasi mezzo dell'opera da realizzare, nonché dall'art. 53, con riferimento alla fattispecie del contratto integrato.

³³⁰ F. BRENET, *Les nouvelles bases du droit des marchés publics*, op. cit

alla categoria dei contratti pubblici così come definita dal diritto nazionale, ma inclusa nella stessa ai sensi del diritto europeo.

La ragione, tuttavia, per la quale la riforma avviata nel luglio 2015 potrebbe assumere una portata assolutamente dirompente nel sistema attuale dei contratti pubblici è il fatto che essa rappresenta il primo passo verso l'adozione di un nuovo ed unitario *Code de la commande publique*.

In particolare, l'ordinanza in questione, prima di procedere alla ricostruzione dell'intera materia, ha inteso eliminare quelle fattispecie contrattuali ormai di desueta applicazione ovvero confliggenti con esigenze di tutela dei principi di trasparenza dell'azione amministrativa e di rispetto delle regole della concorrenza.

Ci si riferisce, nello specifico al *bail emphytéotique administratif (BEA)* e all'*autorisation d'occupation constitutive de droits réels (AOT)*, che venivano utilizzati per la realizzazione di c.d. *opérations globales*, in cui erano coinvolti allo stesso tempo soggetti di diritto pubblico e di diritto privato, i quali ultimi erano incaricati di finanziare la costruzione di infrastrutture o opere rispondenti ai bisogni dell'amministrazione.

Tali fattispecie contrattuali, definite dalla dottrina francese "*d'aller-retour*", in quanto consentono all'amministrazione di permettere l'occupazione di beni di sua proprietà e di ottenere in cambio la realizzazione di opere od infrastrutture, sono nei fatti confluite nella categoria contrattuale del partenariato di cui alla citata ordinanza del 2004, ma tuttavia ancora disciplinate come ipotesi a se stanti.

In passato, il ricorso a tali strumenti è stato frequente da parte dell'amministrazione pubblica, in quanto attraverso gli stessi era possibile ottenere la realizzazione, per l'appunto, di opere ed infrastrutture di interesse pubblico mediante finanziamenti forniti dai privati.

Ciò anche alla luce del favore ottenuto in tal senso dalla giurisprudenza amministrativa³³¹ la quale, anticipando e fornendo l'*input* necessario al legislatore perché procedesse alla loro disciplina, aveva avuto modo di affermare la legittimità dell'utilizzo da parte delle stazioni appaltanti di tali strumenti di finanziamento.

³³¹ *Ex multis*, Conseil d'Etat, 25 febbraio 1994, n. 144641, *SA Sofap-Marignan Immobilier*, nota di H. PERINET-MARQUET, AJDA, 1994, 550 ss.

Il progressivo incremento del ricorso a tali fattispecie contrattuali è stato poi dovuto, in particolare, al legislatore stesso che ha esteso la possibilità di procedere alla conclusione di siffatte ipotesi negoziali anche allo Stato ed alle amministrazioni pubbliche centrali ³³².

Appare opportuno, inoltre, evidenziare come anche con riferimento ai BEA ed agli AOT si erano poste alcune questioni in merito alla loro riconducibilità nell'ambito della disciplina dei contratti pubblici. Ciò in quanto, come è avvenuto per i contratti di partenariato, in essi era prevista la possibilità di affidare la stessa fase di progettazione alla parte privata, con conseguente impossibilità di qualificare tali fattispecie in termini di contratti pubblici.

Di qui era derivata la conseguenza paradossale di sottrarre l'affidamento della realizzazione delle opere od infrastrutture alle ordinarie regole dell'evidenza pubblica, con conseguente possibilità per l'amministrazione di procedere alla scelta della propria controparte contrattuale in completa libertà.

Ebbene, appare evidente come una siffatta circostanza non fosse assolutamente compatibile con le esigenze di pubblicità, tutela della concorrenza e della massima partecipazione delle imprese imposte dalla normativa comunitaria, da un lato, né rispondeva ad un'effettiva tutela dell'interesse pubblico, dall'altro.

Pertanto, proprio al fine di porre rimedio all'eccessivo ricorso da parte delle amministrazioni pubbliche a strumenti contrattuali mediante i quali risultava agevole eludere l'applicazione della normativa nazionale ed europea sull'evidenza pubblica, l'ordinanza del luglio 2015, all'art. 101, ha modificato l'intera disciplina applicabile alle fattispecie dei BEA e AOT ³³³.

Tale disposizione assume rilevanza altresì con riferimento alla lotta contro la corruzione soprattutto con riferimento all'affidamento di appalti da parte delle amministrazioni a società legate alle stesse da rapporti di tipo clientelare, modificando sensibilmente l'assetto della normativa vigente in materia. Ed infatti, alla luce di quanto ivi espressamente previsto i BEA e AOT non potranno più avere ad oggetto *“l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur soumis à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ou d'une autorité concéd”*.

³³² Prima il ricorso ai BEA ed AOT era, infatti, riservato alle *collectivités territoriales* e alle altre amministrazioni locali.

³³³ Ci si riferisce, in particolare, agli artt. L. 2122-6 e L. 2341-1 del CGPPP, nonché agli artt. L. 1311-2 et L. 1311-5 del CGCT, ed ancora all'art. 7 della legge 17 febbraio 2009, n. 179.

Il legislatore ha intenzione di porre fine, in tal modo, al ricorso smodato agli istituti in questione, limitandone l'applicazione, quanto all'oggetto, a fattispecie non riconducibili alla categoria degli appalti pubblici. Essi sono, dunque, destinati ad essere utilizzati solo ed esclusivamente come tecniche di occupazione di terreni demaniali, senza poter più rappresentare un'alternativa all'evidenza pubblica ed un'elusione, paradossalmente legittima, della stessa.

Alla luce di quanto fin qui precisato, appare evidente la portata fortemente innovativa dell'ordinanza oggetto di analisi.

In realtà, come si è avuto modo di sottolineare più volte, il legislatore è stato in diverse occasioni sul punto di intervenire al fine di riorganizzare l'intera materia dell'evidenza pubblica, proponendo per ben tre volte³³⁴ l'adozione di un nuovo *Code de la commande publique*. Per diverse ragioni, legate principalmente alla crisi economica e alla necessità di intervenire in settori che sembravano colpiti da uno stato di profonda emergenza, non si è mai riusciti a giungere alla conclusione del percorso proposto.

Nonostante il fallimento dei precedenti tentativi, appare chiara l'intenzione manifestata a più riprese dal legislatore di intervenire in maniera decisa sulla disciplina di settore, stravolgendo l'attuale assetto normativo.

Attraverso un processo di decodificazione di una normativa troppo complessa per guidare gli operatori di settore nella loro attività, si è cercato di mettere ordine e di creare un testo normativo chiaro ed esaustivo, eliminando allo stesso tempo tutte quelle disposizioni e istituti ormai desueti che era possibile rinvenire nei ben diciassette testi normativi che contenevano la disciplina dell'evidenza pubblica.

Il progetto di codice proposto dal legislatore dell'ordinanza dovrà ricomprendere nel suo ambito anche la disciplina delle concessioni³³⁵, quale codificazione dell'intera materia della *commande publique*.

³³⁴ Una prima volta mediante l'adozione di una circolare del 30 maggio 1996, nel quale si era proposta l'adozione di un codice dedicato ai contratti di appalto ed altri contratti di interesse generale; una seconda, mediante emanazione della legge 9 dicembre 2004, n. 1343, di semplificazione della materia, nella quale si abilitava il governo ad adottare, e, in via delegata, un codice di settore (il processo, tuttavia, non è stato portato a termine); infine, con l'art. 33 della legge 17 febbraio 2009, n. 179, che abilitava ancora una volta il governo ad emanare un *code de la commande publique* mediante ricorso allo strumento dell'ordinanza (in tale occasione, il processo di riforma fu interrotto a causa dell'intervento del Conseil constitutionnel, con la sentenza 12 febbraio 2009, n. 575, *Loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés*, nota di A. ROBLOT-TROIZIER, T. RAMBAUD, RFDA 2009. 580 ss.).

³³⁵ Di qui la proposta del legislatore di mutare e il nome stesso del codice in *Code de la commande publique* e non più *des marchés publics*.

D'altronde il processo di riforma, come detto, necessita già a partire da questa prima fase della collaborazione massima del legislatore non delegato. Ed infatti, il rischio potrebbe essere quello di trovarsi ancora una volta dinnanzi all'ennesimo tentativo non riuscito di regolare l'intera materia in maniera organica.

Occorrerà, pertanto, innanzitutto procedere alla ratifica dell'ordinanza in questione, al fine di porre fine alla diffusa prassi di lasciare che materie di primaria importanza, come quella dell'evidenza pubblica, vengano regolate da una normativa infralegislativa prodotta dal Governo e rispetto alla quale attività unico vaglio successivo è stato per lungo tempo rappresentato dal potere giurisdizionale, ove adito.

Ed ancora, il ruolo del legislatore non potrà esaurirsi nella mera ratificazione dell'ordinanza in questione. La creazione di un sistema normativo di livello primario specifico per l'intera materia dell'evidenza (rispetto alla quale gli appalti rappresentano solo una fattispecie contrattuale, al fianco delle concessioni, della c.d. *quasi-regie* ovvero l'*in house*, del partenariato ³³⁶, per citarne alcuni ³³⁷), necessita di un intervento costante del potere legislativo, allo scopo di adattare nel tempo la normazione nazionale alle mutevoli esigenze del mercato e della società nonché alle indicazioni ricevute dalle istituzioni europee, procedendo direttamente o in via delegata alle necessarie modifiche e limitando allo stretto indispensabile il proliferare di una disciplina regolamentare troppo spesso frammentaria e poco chiara.

4. L'analisi del sistema di controllo amministrativo sui contratti pubblici: vantaggi e aspetti problematici legati alla scelta di non istituire una autorità amministrativa indipendente preposta alla vigilanza di settore.

Come è stato più volte evidenziato, il sistema di controllo sui *marchés publics* si caratterizza per aver la Repubblica Francese optato per riconoscere un ruolo di assoluta centralità al potere giurisdizionale in generale, e al *juge administratif*, nello specifico.

La conferma di una precisa volontà in tal senso è offerta anche dalla circostanza che in Francia non esiste al giorno d'oggi un'autorità indipendente preposta specificamente

³³⁶ Per un maggiore approfondimento delle novità in materia di partenariato si veda, S. BRACONNIER, *Bouvelles directives et partenariats public-privé: plaidoyer pour une consolidation*, RDI, 2015, 8 ss.

³³⁷ Tra le altre modalità si segnalano le *conventions de coopération* tra persone giuridiche di diritto pubblico. Sul punto si veda, P. BOURDON, *La résiliation d'une convention de coopération entre personnes publiques*, AJDA, 2015, 1482 ss.

all'esercizio della vigilanza, per così dire, "amministrativa" sul settore dei contratti pubblici.

Fermo restando quanto appena precisato, occorre tuttavia evidenziare come nel tempo alcune funzioni riconducibili all'attività di vigilanza siano state attribuite a diversi organismi, nel tentativo in alcuni casi di introdurre, come avvenuto in Italia, nell'ordinamento transalpino un sistema di vigilanza parallelo a quello giurisdizionale.

A tal proposito, appare opportuno sottolineare innanzitutto come le *Conseil de la Concurrence*, istituito mediante l'emanazione dell'ordinanza 1 dicembre 1986 e rinominato *Autorité de la concurrence* ad opera dell'art. 95, *loi* 4 agosto 2008³³⁸, sia stato sin dall'inizio della sua attività incaricato della regolazione dei *marchés publics* e *privé*³³⁹: ciò tuttavia sempre in un'ottica di tutela della concorrenza, attraverso un'azione di tipo repressivo, nei confronti di quei fatti suscettibili di integrare una fattispecie di pratica anticoncorrenziale, e di tipo preventivo, attraverso l'attribuzione di specifiche competenze consultive.

Con l'emanazione della già citata *loi* 4 agosto 2008, vi è stato altresì un rafforzamento del ruolo di tale Autorità, alla quale è stata riconosciuta la possibilità di procedere d'ufficio nonché di emanare raccomandazioni, oltre al potere già riconosciutole di emanazione di pareri su questioni riguardanti il diritto della concorrenza. Ai sensi degli artt. L 410-2 e L462-2 del *Code de commerce* è inoltre previsto l'obbligo di rivolgersi all'Autorità in questione in caso di adozione di testi normativi riguardanti la regolamentazione dei prezzi o restrizioni della concorrenza; in tutte le altre materie, invece, l'Autorità può essere consultata senza che vi sia alcun obbligo in tal senso.

Dalla breve descrizione del ruolo rivestito dall'Autorità *antitrust* francese nell'ordinamento giuridico nazionale, appare evidente come finalità ultima cui questa rivolge la sua intera attività sia quella di garantire la tutela della concorrenza soprattutto mediante la prevenzione e la repressione di quei comportamenti che le imprese tipicamente pongono in essere per tentare di eludere le regole del mercato (intese restrittive, concentrazioni, abuso di posizione dominante).

Ebbene, se da un lato è facilmente intuibile la stretta connessione che sussiste tra la vigilanza sul mercato e l'obiettivo di prevenzione del diffondersi dei fenomeni

³³⁸ Per un maggiore approfondimento in merito al ruolo e alle funzioni attribuite a tale organismo di veda S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Montchrestien, 2012, 275 ss.

³³⁹ Per un approfondimento del tema si veda P. IDOUX, S. NICINSKI, E. GLASER, *Actualité du droit de la concurrence et de la régulation*, AJDA, 2015, 1840 ss.

anticoncorrenziali, dall'altro è altrettanto facile cogliere la profonda differenza che sussiste rispetto ad un'attività di vigilanza preventivo-repressiva finalizzata alla corretta applicazione della normativa dell'evidenza pubblica.

A conferma di ciò, si evidenzia come nel diverso ordinamento italiano siano state istituite due differenti autorità indipendenti, Autorità garante per la concorrenza ed il mercato e Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, oggi Autorità Nazionale Anticorruzione, cui è stata affidata rispettivamente, da un lato, la tutela della concorrenza per il mercato (l'attività dell'AGCM dopotutto investe solo marginalmente il settore dei contratti pubblici), e, dall'altro, la tutela della concorrenza nel mercato, mediante esercizio di un'attività di vigilanza sul rispetto della disciplina dell'evidenza pubblica.

Per quanto riguarda, più nello specifico, l'attività di vigilanza sulla corretta applicazione della normativa relativa "*au système de passation et d'exécution des marchés publics*", alla luce altresì della consapevolezza della soggezione dei contratti pubblici ad un forte rischio di corruzione, era stata istituita in Francia una commissione specializzata, *Commission consultative sur les marchés publics* (CCMP), a cui veniva affidata la missione di sorvegliare la regolarità delle procedure di gara e dell'operato delle stazioni appaltanti.

Ciò per l'appunto, in primo luogo, al fine di prevenire il diffondersi del fenomeno corruttivo: molto spesso, infatti, alla violazione delle regole dell'evidenza si accompagna un intento elusivo delle stesse, finalizzato a favorire pratiche clientelari e opportunistiche.

Il fallimento di un siffatto sistema è stato, tuttavia, evidente. Ritenuta sovrabbondante nel sistema di vigilanza francese, la CCMP, che aveva sostituito le precedenti *Commission spécialisées des marchés* (CSM) e la *Commssion des marchés publics de l'Etat* (CMPE), è stata a sua volta soppressa, ad opera dell'art. 8 del *décret* n. 2013-420 del 23 maggio del 2013, attraverso il quale sono state sopprese numerose commissioni amministrative aventi carattere meramente consultativo ³⁴⁰.

La CCMP rappresentava un organismo a cui lo Stato così come le altre amministrazioni pubbliche e, in seguito, gli enti territoriali potevano rivolgersi sia al fine di essere coadiuvati durante la fase di predisposizione del bando sia per tutto lo svolgimento

³⁴⁰ Mediante l'approvazione del citato decreto è stato abrogato il capo II del titolo Vi della prima parte del *Code des marchés publics*, costituito da un unico articolo (art. 129), nonché i relativi decreti attuativi (*décret* n. 2009-1279 del 22 ottobre 2009).

dell'evidenza pubblica ³⁴¹.

Ebbene, appare chiaramente come le funzioni riconosciute all'organismo in questione fossero esclusivamente di tipo consultivo, senza che vi fosse alcuna possibilità per la commissione di incidere in maniera significativa né *ex ante*, indirizzando in modo vincolante l'operato degli agenti del settore, né *ex post*, correggendo e/o sanzionando eventuali comportamenti confliggenti con la normativa in questione.

Le considerazioni appena svolte ed allo stesso tempo la scelta medesima del legislatore di sopprimere l'organismo di vigilanza in questione lasciano emergere la profonda diversità che caratterizza il sistema di controllo francese rispetto a quello italiano.

Appare opportuno, infatti, evidenziare ancora una volta come l'ordinamento transalpino e il sistema francese di vigilanza sui contratti pubblici, nello specifico, si caratterizzino per la centralità riconosciuta al ruolo del giudice, il quale risulta essere unico affidatario reale dell'attività di controllo sulla corretta applicazione della normativa dei *marchés publics* da parte degli operatori pubblici e privati del settore.

Proprio in tale ottica di creazione di un sistema per così dire monista e non dualista come quello italiano ³⁴², alla giurisdizione del *juge administratif* vengono ricondotte tutte le controversie in materia di contratti pubblici, a prescindere dal momento in cui queste sorgano rispetto alla stipula del contratto, mediante attribuzione di poteri dotati di un'incisività e di una capacità di ingerire nelle scelte stesse delle controparti contrattuali del tutto sconosciute al sistema italiano.

Alla luce di quanto detto, la scelta di sopprimere l'ulteriore commissione istituita in Francia in materia di appalti, risulta coerente con il sistema così come ivi strutturato; un sistema nel quale non si avverte un'incapacità del potere giurisdizionale di porre rimedio alle criticità di una normativa non sempre di facile interpretazione e ai comportamenti abusivi degli operatori del settore.

Dopotutto, come si è già avuto modo di sottolineare, un ruolo di assoluta rilevanza è stato riconosciuto in Francia altresì al potere esecutivo, incaricato di adattare nel minor tempo

³⁴¹ Sulla base di quanto stabilito dal décret n. 2009-1279, la commissione in questione rivestiva aveva infatti il compito di fornire "*aux services de l'Etat et des établissements publics autres qu'industriels et commerciaux, à leur demande, une assistance pour l'élaboration ou la passation de leurs marchés et de leurs accords-cadres*".

³⁴² Si ricorda ancora una volta, come la scelta del legislatore italiano di estendere le competenze dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, preposta alla vigilanza di settore, mediante potenziamento, ad opera prima del d.l. n. 90/2014 e poi della l. n. 11/2016, degli strumenti di intervento alla stessa riconosciuti, stia a confermare la volontà di creare in Italia un sistema di vigilanza costruito su due sottosistemi paralleli, il primo amministrativo ed il secondo giurisdizionale, nella convinzione dell'insufficienza di un'attività di controllo esercitata dal solo potere giurisdizionale.

possibile la normativa vigente alle esigenze manifestate dalle istituzioni europee e dal mercato. Ciò, tuttavia, con alcune perplessità in merito alla legittimazione dello stesso a procedere a riforme così radicali del sistema degli appalti pubblici ³⁴³ nonché al diffondersi di una tendenza da parte del Governo a ricorrere con sempre maggiore frequenza agli strumenti dell'*ordonnance* e del *décret*, ponendo a rischio il rispetto del principio della separazione dei poteri.

³⁴³ Sulla legittimità di procedere a riforme di interi settori esclusivamente mediante adozione di ordinanze o decreti da parte del Governo, senza un effettivo vaglio del Parlamento francese di veda *supra* Cap. IV, par. 3.

Conclusioni

La materia della contrattazione pubblica vive attualmente un momento di fondamentale trasformazione, per un ritrovato (se mai perduto) interesse da parte degli organi legislativi ed esecutivi di diversi stati europei, i quali hanno manifestato l'esigenza, altresì in sede sovranazionale, di intervenire nuovamente alla disciplina di un settore, quello dell'evidenza pubblica, nel quale sono coinvolti interessi primari sia delle amministrazioni pubbliche sia dei privati.

L'eccessiva frammentazione e cripticità di una normazione non sempre lineare e sistematica, risultato di diversi interventi aventi carattere settoriale e troppo spesso posti in essere attraverso l'utilizzo di strumenti di tipo emergenziale, è stata individuata come una delle principali cause del proliferare di fenomeni malavitosi e di corruzione, nonché un significativo ostacolo alla creazione di un mercato unico degli appalti pubblici in cui le imprese, nazionali e non, possano liberamente confrontarsi all'interno di una gara pubblica ispirata ai principi di correttezza ed economicità.

Ebbene, in un tale contesto di rinnovazione e trasformazione, la finalità principale sottesa al presente lavoro di ricerca è stata, in primo luogo, l'indagine circa le ragioni che hanno portato, già da tempo, il legislatore europeo e quello nazionale a ritenere necessaria l'istituzione di un sistema *ad hoc* dedicato alla vigilanza sul settore degli appalti (strutturato in Italia, come più volte evidenziato, in due sottosistemi paralleli, amministrativo e giurisdizionale), nonché verificare se l'interesse pubblico generale a tutela del quale tale sistema è stato predisposto sia rimasto lo stesso nel tempo, o se le esigenze iniziali siano invece mutate alla luce delle nuove necessità proprie di un settore in cui *in primis* il legislatore sovranazionale ha ritenuto di dover reintervenire mediante l'emanazione delle direttive appalti e concessioni del 2014.

Una volta individuata la finalità posta alla base, come detto, della creazione di un siffatto sistema di vigilanza (ossia la c.d. concorrenza nel mercato³⁴⁴, che si persegue mediante la conformazione dell'operato degli agenti pubblici e privati del settore alle prescrizioni dell'evidenza pubblica), ci si è posti il problema di verificare se in concreto sia possibile parlare propriamente di "sistema", ossia di "modello" unitario di vigilanza, il quale

³⁴⁴ In merito all'impossibilità di ritenere assorbita tale finalità nella diversa di prevenzione del fenomeno corruttivo, a seguito della soppressione della precedente Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e contestuale sostituzione della stessa con l'Autorità Nazionale Anticorruzione, in quanto aspetto solo patologico e non fisiologico della contrattazione pubblica, si veda *supra*, Cap. I, par. 1.

presuppone non solo l'individuazione di istituzioni od organismi cui affidare specifici poteri di intervento, ma altresì il coordinamento degli stessi in maniera logica ed ordinata. Ciò innanzitutto con riferimento al nostro sistema di vigilanza sui contratti, mediante l'analisi, da un lato, delle principali questioni problematiche inerenti alla natura e alla modalità di esercizio dei poteri affidati all'autorità amministrativa nazionale preposta al controllo sul settore (nonché agli effetti prodotti dall'esercizio di tali poteri sia sulla fase che precede la stipula del contratto sia sull'esecuzione dello stesso), dall'altro, degli strumenti di intervento riconosciuti al potere giurisdizionale in generale e al giudice amministrativo nello specifico.

Il periodo di ricerca svolto in Francia ha altresì consentito di verificare come un sistema giuridico, nel suo complesso, e un sistema di vigilanza sui contratti, in particolare, possa presentare peculiarità proprie profondamente diverse, nonostante la radice comune degli ordinamenti giuridici e la vicinanza stessa dei paesi in questione.

Ed infatti, appare sufficiente evidenziare come l'ordinamento transalpino abbia da sempre deciso di porre al centro del proprio sistema di vigilanza sugli appalti il giudice amministrativo, ritenendo non necessario affiancare allo stesso una specifica autorità indipendente di settore (ciò non significa, come meglio chiarito nel corpo della tesi ³⁴⁵, che sia del tutto ignorata una forma di vigilanza di tipo amministrativo) cui affidare l'esercizio di una funzione di controllo per così dire *ex ante*, ma al contrario riconoscendo a tale apparato del potere giurisdizionale la possibilità di intervenire in maniera sempre più incisiva sullo stesso assetto contrattuale prescelto dalle parti, mediante l'introduzione di strumenti quali il *référé precontractuel*, il *recours de plein contentieux* e il riconoscimento della legittimazione ad agire in giudizio altresì a soggetti terzi non partecipanti alla procedura ad evidenza pubblica.

All'esito dell'analisi compiuta durante l'intero percorso di ricerca, appare necessario evidenziare innanzitutto come si siano riscontrate profonde difficoltà nel delineare con riferimento al nostro ordinamento, quanto meno allo stato di fatto che precedeva l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici (ad opera del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, emanato sulla base delle indicazioni fornite in tal senso dalla legge delega 28 gennaio 2016, n. 11), i tratti propri di un reale ed efficiente "sistema" di vigilanza, viste le contraddizioni e il mancato coordinamento delle moltissime funzioni e dei variegati poteri

³⁴⁵ Sul punto si veda *supra*, Cap. IV, par. 4, in merito ai diversi tentativi compiuti in Francia volti all'istituzione di un'autorità indipendente di settore nonché al fallimento della costruzione di un sistema di vigilanza articolato in due sottosistemi di controllo amministrativo, da un lato, e giurisdizionale, dall'altro.

riconosciuti a diversi soggetti, amministrativi e giurisdizionali, preposti nel tempo alla vigilanza di settore.

Difatti, appare opportuno sottolineare, ancora una volta, come notevoli aspetti di problematicità potrebbero essere presentati da un sistema fondato sulla convivenza di un controllo di tipo amministrativo ed uno giurisdizionale; allo stesso tempo, non può negarsi come la ripartizione dell'attività di vigilanza tra due soggetti diversi, ed al contempo altamente qualificati, consenta maggiormente di garantire un controllo che copra l'intera evidenza pubblica, dalla fase che precede la stipula del contratto sin all'esecuzione dello stesso, mediante la creazione di un sistema ispirato, almeno nelle intenzioni, al principio di *check and balance*.

Quel che appare, quindi, certamente evidente è come entrambi i sistemi analizzati presentino limiti ed incoerenze, mettendo altresì in alcuni casi a rischio il rispetto di principi di rango costituzionale quali la divisione dei poteri (ci si riferisce al potere regolatorio attribuito in Italia all'A.N.AC., alla quale è stata da ultimo riconosciuta altresì la possibilità di emanare atti di regolazione aventi carattere vincolante, e allo stesso modo il ricorso, a volte eccessivo, da parte dell'esecutivo francese agli strumenti dell'*ordonnance* e del *décret* per la regolazione di materie di fondamentale importanza).

Le diverse soluzioni prescelte dai due ordinamenti rispecchiano, tuttavia, la vera anima delle rispettive società; due società vicine sotto molti aspetti, ma profondamente lontane nell'individuazione delle proprie priorità e nelle modalità in concreto prescelte per perseguirle.

Al fine di completare l'analisi del "modello" di vigilanza adottato dal nostro ordinamento, nonché di rispondere al principale quesito da cui trae origine la scelta stessa di approfondire la tematica in questione, circa la possibilità di qualificare tale modello come "sistema" di controllo, costruito su regole precise ed idoneo a perseguire nel suo insieme e senza contraddizioni le finalità per le quali è stato predisposto, occorre dar conto di alcune recenti modifiche in grado di incidere significativamente sui poteri e funzioni degli organi vigilanti.

Ed infatti, il presente lavoro di ricerca è stato interamente condotto avendo come contesto normativo di riferimento quello delineato dal Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163/2006 all'epoca in vigore, ed è pertanto sul sistema degli appalti pubblici così come delineato da quella cornice normativa che si sono svolte le considerazioni in esso contenute, pur se accompagnate da riflessioni e spunti critici suggeriti da una attenta analisi

del profondo cambiamento in atto nel settore dell'evidenza pubblica a partire dalle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, e dalla conseguente legge 28 gennaio 2016, n. 11, adottata dal Parlamento Italiano e contenente principi e criteri di delega al Governo per l'attuazione delle direttive stesse.

Pur dovendosi necessariamente prescindere da una puntuale valutazione di quelle che saranno le ripercussioni dovute ad uno stravolgimento del sistema dei contratti pubblici, non può, tuttavia, non darsi quantomeno atto del fatto che l'intervenuta approvazione del nuovo Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ³⁴⁶ ha impresso un'impronta fortemente innovativa all'intero sistema introducendo istituti nuovi, fino ad ora estranei all'ambito nazionale dell'evidenza pubblica, ed innovandone profondamente degli altri.

Per quanto di interesse ai fini del presente studio, merita, in particolare, svolgere alcune ulteriori considerazioni sul ruolo che progressivamente sta assumendo l'Autorità Nazionale Anticorruzione, quale uno dei principali soggetti deputati ad esercitare il controllo sui contratti pubblici; da una prima lettura delle norme del nuovo Codice emerge chiaramente come l'Autorità in questione esca decisamente rafforzata da tale operazione di riforma, anche alla luce dell'attribuzione di poteri e competenze del tutto nuovi.

Con riferimento, nello specifico, all'attività dell'A.N.AC. nonché all'individuazione dei poteri di carattere generale alla stessa attribuiti, occorre *in primis* evidenziare come la disciplina di riferimento sia contenuta nell'art. 213, d.lgs. n. 50/2016.

Tale disposizione, inserita nella parte IV (*"Disposizioni finali e transitorie"*) del Codice dei contratti, ed in particolare nel titolo II (rubricato *"Governance"*), risulta interamente dedicata all'analisi delle funzioni e dei poteri riconosciuti all'Autorità ³⁴⁷ e prevede espressamente che sono alla stessa attribuite *"la vigilanza e il controllo sui contratti pubblici e l'attività di regolazione degli stessi"*.

Occorre, inoltre, evidenziare come alcun dubbio possa ormai sorgere con riferimento alla riconducibilità di tale organismo nella categoria delle autorità amministrative indipendenti; ciò in realtà a conferma di quanto in tal senso già chiarito dall'art. 19, d.l. 24 giugno 2014, n. 90.

³⁴⁶ Entrato in vigore il giorno successivo alla sua emanazione, in data 19 aprile 2016.

³⁴⁷ Rispetto a tali poteri e funzioni assumono notevole importanza numerose disposizioni del Codice di recente approvazione, nel quale lo spazio dedicato alla disciplina dell'attività dell'A.N.AC. risulta decisamente superiore rispetto al Codice previgente, a conferma dell'intenzione del legislatore di potenziare il ruolo della stessa.

Portata del tutto innovativa deve essere riconosciuta, invece, all'espressa disciplina dell'attività di regolazione, potestà esercitata già da tempo in capo all'Autorità in questione, ma rispetto alla quale era stata evidenziata più volte un *deficit* di legittimazione alla luce della assenza di una puntuale base giuridica attributiva della funzione di normazione.

Deficit che, come si ha già avuto modo di precisare ³⁴⁸, parte della dottrina riteneva di poter superare aderendo a quella tesi che riteneva di poter colmare la mancanza di una specifica attribuzione normativa ricorrendo all'espedito della legittimazione c.d. procedimentale o dal basso, ossia quella legittimazione ottenuta sulla base del rispetto dei principi della *par condicio* e della massima partecipazione delle parti interessate, a ragione dei quali veniva garantito il diritto di essere ascoltate a tutti i soggetti destinatari o controinteressati all'adozione di uno specifico provvedimento.

Mentre da un lato, dunque, appaiono sostanzialmente confermati i poteri di vigilanza già riconosciuti all'Autorità dall'art. 6 del d.lgs. 163/2006 (di cui si è già trattato nel corso del presente studio ³⁴⁹), esercitabili normalmente anche attraverso attività ispettive, da svolgere eventualmente con la collaborazione di altri organi dello Stato, nonché attraverso la possibilità di inviare segnalazioni a Governo e Parlamento relativamente a fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o applicazione distorta della normativa e di avanzare proposte al Governo per modifiche normative, dall'altro diversi sono, come si accennava, i nuovi compiti che l'Autorità è chiamata a svolgere, caratterizzati, come si dirà, dalla capacità degli stessi di incidere in maniera significativa sul nuovo assetto del sistema dell'evidenza pubblica.

Di sicuro impatto sarà, innanzitutto, nell'immediato futuro proprio il nuovo potere regolatorio che il legislatore ha inteso attribuire all'A.N.AC. chiamata ora a proporre o ad adottare direttamente (come si vedrà meglio di seguito) linee guida attuative ed integrative della disciplina codicistica in un'ottica di semplificazione e flessibilità del sistema normativo complessivo.

Se già le considerazioni svolte nel *corpus* del presente lavoro avevano portato ad evidenziare come l'Autorità abbia svolto sin dalla sua istituzione, oltre ai compiti di vigilanza e controllo sulle singole gare, anche una significativa funzione di regolazione del mercato pubblico di carattere generale, il potere regolatorio dell'Autorità Nazionale

³⁴⁸ Si veda a tal proposito *supra*, Cap. I, par. 3 e 3.1.

³⁴⁹ Si veda in particolare *supra*, Cap. I, par. 2 e 5.

Anticorruzione può dirsi oggi, alla luce della disciplina introdotta dal nuovo Codice, pienamente legittimato ed è facile prevedere che costituirà nei prossimi mesi un cardine fondamentale per garantire una compiuta attuazione della riforma del settore.

Il legislatore ha, infatti, scelto di non prevedere, come avvenuto rispetto al Codice previgente, l’emanazione di un unico regolamento generale di attuazione della disciplina codicistica, ma di optare, invece, per un sistema attuativo più snello e flessibile, in grado di garantire un aggiornamento costante e coerente con i mutamenti del sistema, che si snoda attraverso diversi strumenti richiamati in diversi articoli dello stesso Codice e rispetto al quale l’A.N.AC. è chiamata a svolgere un ruolo di centrale importanza.

Con riferimento, in particolare, alle diverse modalità di esercizio di tale potere di normazione, l’art. 213, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, recependo i criteri direttivi contenuti nella legge di delega n. 11/2016, stabilisce che l’ANAC *“attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell’efficienza, della qualità dell’attività delle stazioni appaltanti”*, precisando altresì come, nel caso di atti di regolazione ed altri atti tra quelli previsti ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte di stazioni appaltanti, sia prevista la trasmissione degli stessi alle Camere da parte dell’Autorità³⁵⁰.

Contro le delle decisioni e gli atti assunti dall’A.N.AC. nell’esercizio di tale funzione, resta ferma ad ogni modo la possibilità per coloro che vi abbiano interesse di presentare apposita impugnazione innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa.

A completare il complesso quadro delineato dal nuovo Codice con riferimento all’esercizio dell’attività di regolazione, incrementando altresì il già significativo carico di lavoro che sarà chiamata a fronteggiare l’Autorità nei prossimi mesi, al fine di dare pronta attuazione alle disposizioni normative in questione, vi sono poi ulteriori linee guida che saranno adottate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, su proposta dell’A.N.AC. e sottoposte a parere delle Commissioni parlamentari.

Vengono così a delinearsi tre tipologie di linee guida: a) i decreti ministeriali contenenti le linee guida adottate su proposta dell’A.N.AC., e sottoposti a parere delle commissioni

³⁵⁰ Il Legislatore, inoltre, a sottolineare ulteriormente la natura regolatoria degli atti che saranno adottati dall’Autorità, ha previsto espressamente che, per l’emanazione delle linee guida, l’A.N.AC. si doti di forme e metodi di consultazione, di analisi e verifica dell’impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici ed omogenei per materia, e di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale.

parlamentari; b) le linee guida “vincolanti” dell’A.N.AC., c) le linee guida non vincolanti dell’A.N.AC, assimilabili queste ultime agli atti di regolazione dalla stessa sinora adottati e a cui veniva riconosciuta efficacia meramente di atti di *moral suasion*.

A fronte di tale varietà di atti si è posto sin da subito il problema, affrontato dal Consiglio di Stato nel parere 1 aprile 2016, n. 855, redatto sullo schema del Codice dei Contratti pubblici, della natura giuridica della c.d. *soft law* nonché della loro collocazione nella gerarchia delle fonti.

A tal riguardo è possibile sinteticamente affermare che, per quanto riguarda i decreti ministeriali contenenti le linee guida adottate su proposta dell’A.N.AC., essi possono essere considerati dei veri e propri regolamenti ministeriali ai sensi dell’art. 17, comma 3, della legge n. 400/1988, con tutte le conseguenze in termini di:

a) forza e valore dell’atto (tra le altre peculiarità si ricordano: resistenza all’abrogazione da parte di fonti sotto-ordinate; disapplicabilità entro i limiti fissati dalla giurisprudenza amministrativa in sede giurisdizionale);

b) forma e disciplina procedimentale stabilite dallo stesso comma 3 (il quale prevede, ad esempio, la comunicazione degli stessi al Presidente del Consiglio dei Ministri prima della loro emanazione) e dal successivo comma 4 della disposizione da ultimo citata;

c) implicazioni sulla potestà regolamentare costituzionalmente riconosciuta a favore delle Regioni (art. 117, sesto comma, Cost.), tenuto conto dell’esistenza nella materia dei contratti pubblici di una riserva di competenza a favore di queste ultime³⁵¹;

d) aggravamento del procedimento di adozione, dal momento che, rispetto alle regole contenute nell’art. 17, comma 3, l. n. 400 del 1988 per i regolamenti ministeriali, la legge delega “aggrava” il procedimento, prescrivendo, in aggiunta alle altre formalità richieste, il parere delle competenti commissioni parlamentari, nell’evidente considerazione dell’importanza e delicatezza della materia.

Quanto invece alle linee guida adottate dall’A.N.AC. nell’esercizio dell’attività di normazione alla stessa attribuita, se quelle “non vincolanti” non pongono particolari problemi interpretativi né di inquadramento giuridico, essendo qualificabili come, alla luce di quanto confermato altresì dal Consiglio di Stato nel parere citato, “*ordinari atti amministrativi*” con valore di indirizzo, volti all’orientamento dei comportamenti di

³⁵¹ Si veda sul punto, *ex multis* Corte Cost., 23 novembre 2007, n. 401.

stazioni appaltanti e operatori economici, diverso è il discorso con riferimento alle linee guida c.d. “vincolanti”.

Queste ultime, secondo la condivisibile analisi condotta dal Supremo Consesso della giustizia amministrativa, non possono considerarsi regolamenti in senso proprio ma “*atti di regolazione flessibile*” adottati da un’Autorità indipendente, titolare di funzioni (anche) di regolazione; le linee guida (e gli atti a esse assimilati) dell’A.N.AC. devono dunque essere ricondotti alla categoria degli “*atti di regolazione delle Autorità indipendenti*”, ossia atti amministrativi generali caratterizzati dal punto di vista del contenuto, perché comprendenti disposizioni volte, per l’appunto, alla regolazione di una determinata materia.

Tali atti devono essere, pertanto, adottati all’esito di un procedimento che assicuri il rispetto di alcune garanzie minime: consultazione pubblica, metodi di analisi e di verifica di impatto della regolazione, metodologie di qualità della regolazione, compresa la codificazione, adeguata pubblicità e pubblicazione e, se del caso, parere (facoltativo) del Consiglio di Stato.

Viene sottolineata, inoltre, la necessità di adottare tecniche di codificazione degli atti di regolazione tramite la concentrazione in testi unici integrati di quelli riguardanti la medesima materia (*best practice* ormai diffusa presso le principali Autorità di regolazione, *in primis* quella per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico): tale strumento appare significativamente necessario per il settore degli appalti allo scopo di evitare il rischio di una nuova proliferazione delle fonti, fenomeno che il legislatore del Codice di recente approvazione intende superare, e in virtù della drastica riduzione dello *stock* normativo imposto dall’art.1, comma 1, lett. d) della legge delega.

Tra gli ulteriori poteri già riconosciuti in capo all’allora Autorità di vigilanza sui contratti Pubblici ed ora all’Autorità Nazionale Anticorruzione, ed oggetto di una profonda modifica ad opera del nuovo Codice, particolare interesse riveste l’istituto del c.d. “*precontenzioso*” attraverso il quale l’Autorità può oggi incidere, in maniera decisamente più significativa rispetto al passato, sul corretto svolgimento delle procedure di gara.

Tale istituto, di cui si è già detto ampiamente in precedenza ³⁵² con riferimento alla disciplina dello stesso fornita dal d.lgs. n. 163/2006 e dal Regolamento interno dell’Autorità che disciplinava l’esercizio della funzione, è stato oggetto di una significativa modifica legislativa ad opera del nuovo Codice .

³⁵² Si veda *supra*, Cap. I, par. 4.

Quest'ultimo ha previsto in realtà, disciplinandoli in un unico articolo, due differenti strumenti precontenziosi entrambi affidati all'Autorità Nazionale Anticorruzione: il parere vincolante emesso previo accordo delle parti (evoluzione dell'originario parere di precontenzioso non vincolante) e l'atto di raccomandazione alle stazioni appaltanti di rimuovere atti in autotutela (questa invece vera e propria novità legislativa).

Ebbene, ai sensi dell'art. 211, d.lgs. n. 50/2016 l'A.N.AC. *“su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti esprime parere relativamente alle questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'art. 120 del codice del processo amministrativo. In caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'art. 26 del codice del processo amministrativo”*.

La norma prosegue, al comma 2, prevedendo che qualora l'A.N.AC., nell'esercizio delle sue funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità sugli atti della procedura di gara invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità sarà punito con una sanzione amministrativa pecuniaria, stabilita tra un minimo ed un massimo edittale individuato dalla disposizione in commento ³⁵³, posta a carico del dirigente responsabile con effetti anche sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti introdotto dal nuovo Codice; anche la raccomandazione al pari del parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa.

Il nuovo Codice ridisegna, dunque, completamente l'istituto del precontenzioso, precedentemente finalizzato alla risoluzione di controversie attraverso l'emissione di un parere non vincolante per le parti, rendendolo così ascrivibile a pieno titolo tra gli strumenti di ADR come dimostra, tra l'altro, la collocazione stessa della norma nella parte VI, titolo I, capo II del d.lgs. 50/2016 dedicata per l'appunto ai rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale.

³⁵³ La sanzione può essere comminata tra il limite minimo di euro duecentocinquanta e il limite massimo di euro venticinquemila.

La norma, così come elaborata, nel prevedere che il parere vincolante dell'Autorità sia comunque impugnabile innanzi agli organi di giustizia amministrativa, rispetta evidentemente un necessario bilanciamento, da un lato, tra la volontà innovativa di assicurare una forza cogente, seppur a fronte di una espressa dichiarazione di consenso delle parti, a quella che è a tutti gli effetti una decisione stragiudiziale di una controversia e, dall'altro, l'impossibilità di sottrarre totalmente alla cognizione del giudice amministrativo le controversie che attengono ad interessi legittimi (c.d. principio di indisponibilità dell'interesse legittimo).

A maggior garanzia del concreto rispetto del parere da parte dei soggetti che vi abbiano preventivamente acconsentito e per scongiurare la proposizione di ricorsi pretestuosi e del manifestamente infondati, il legislatore ha, altresì, previsto che il giudice, in caso di rigetto del ricorso contro il parere dell'A.N.AC., potrà valutare il comportamento della parte ricorrente ai fini della liquidazione delle spese di giudizio e dell'irrogazione della sanzione per lite temeraria.

Superata quindi la criticità rappresentata, nella vigenza del vecchio Codice, dalla non vincolatività del parere emanato dall'Autorità³⁵⁴, il precontenzioso ha assunto oggi tutte le caratteristiche proprie di uno strumento di *alternative dispute resolution*, configurandosi lo stesso quale meccanismo finalizzato a risolvere una controversia prima del suo insorgere, come chiaramente si evince dallo stesso termine "precontenzioso" scelto per la sua denominazione, ed in modo alternativo alla lite giudiziaria (in maniera, dunque, stragiudiziale).

Del tutto innovativa, invece, come si diceva, risulta la previsione di un potere di raccomandazione che l'Autorità potrà esercitare ogni qual volta, nell'esercizio delle proprie funzioni (e quindi, parrebbe, non solo nell'ambito del procedimento di precontenzioso ma più in generale nello svolgimento delle attività di propria competenza) riscontri vizi di legittimità degli atti di una procedura di gara, invitando l'amministrazione interessata ad agire in autotutela entro il termine indicato (massimo sessanta giorni).

Un tale potere di intervento dell'A.N.AC., i cui contorni non appaiono invero ben delineati essendo la norma di portata assai ampia, presenta sicuramente caratteri di profonda incisività (si vedranno poi nei prossimi mesi, con i primi concreti interventi dell'Autorità, le ricadute effettive sul sistema), ma allo stesso tempo non scevro di profili di criticità che

³⁵⁴ Sulla opportunità di rendere vincolante il parere di precontenzioso e una ricostruzione delle varie occasioni perse dal legislatore nazionale per procedere ad una razionale revisione dell'istituto in questione, si veda *supra*, Cap. II, par. 3.

anche il Consiglio di Stato non ha mancato di evidenziare nel già citato parere sullo schema di decreto recante il nuovo Codice.

Si pone, infatti, certamente un problema in termini di compatibilità con il sistema delle autonomie, dal momento che un atto di raccomandazione emanato da una autorità amministrativa indipendente, seppur dotata di penetranti poteri di vigilanza e regolazione, va ad incidere profondamente sull'autonomia amministrativa degli enti appaltanti, vista la circostanza per cui la mancata osservanza dell'indicazione formulata dall'Autorità determina peraltro l'irrogazione di una sanzione pecuniaria a carico del dirigente responsabile della stazione appaltante; da ciò la necessità di garantire alle amministrazioni stesse la possibilità di impugnare l'atto di raccomandazione davanti ai competenti organi della giustizia amministrativa.

Meritevole di essere segnalata è altresì, in tema di qualificazione delle imprese, la previsione contenuta al comma 7 dell'art. 213, d.lgs. n. 50/2016, la quale fornisce per la prima volta una base giuridica normativa all'attività di collaborazione (affidata sino ad oggi ad un protocollo di intesa siglato tra le due Autorità) tra l'Autorità Nazionale Anticorruzione e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, avente ad oggetto l'attribuzione del *rating* di legalità alle imprese che operano nel settore dei contratti pubblici. Una tale attività di collaborazione persegue lo scopo evidente di creare una sinergia tra le due Autorità per definire un efficiente sistema di prevenzione e contrasto della corruzione; il *rating* di legalità concorre tra l'altro alla determinazione del *rating* d'impresa nell'ambito di un apposito sistema che sarà gestito dall'A.N.AC., sulla base di quanto previsto dall'art.83, comma 10, del d.lgs. 50/2016 e come meglio si dirà oltre.

Ebbene, alla luce di quanto fin qui precisato appare evidente come, in occasione dell'adozione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50³⁵⁵, il legislatore abbia ritenuto opportuno, in un'ottica di incremento dell'efficienza del settore dei contratti pubblici, potenziare il ruolo dell'Autorità preposta alla relativa vigilanza, attribuendole poteri e funzioni del tutto innovativi per la loro maggiore capacità di incidere, *ex ante*, sulla disciplina della materia nonché, *ex post*, sulle condotte poste in essere dalle stazioni appaltanti e dagli operatori economici. L'ampia gamma di compiti assegnati da ultimo all'A.N.AC. consentirà d'ora in avanti alla stessa di intervenire in maniera significativa sull'attività degli agenti pubblici e

³⁵⁵ Recante la disciplina di “Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”.

privati del settore, indirizzando e correggendo la loro azione sin dalla predisposizione del bando, coprendo l'intera fase dell'evidenza pubblica nonché la fase relativa all'esecuzione del contratto.

Fatto salvo quanto finora detto in merito ad alcune delle principali novità introdotte dal nuovo Codice, al fine di condurre un'analisi che consenta l'individuazione di tutte le più significative innovazioni introdotte in materia, si propongono di seguito in maniera schematica alcune considerazioni ulteriori riguardo i nuovi poteri e le funzioni attribuiti all'Autorità, evidenziando gli elementi di continuità e di rottura rispetto alla normativa previgente. Per tutto quanto non innovato dal nuovo Codice, si rinvia alla disamina compiuta nei capitoli precedenti con riferimento alle funzioni già previste dall'art. 6 d.lgs. n. 163/2006, parzialmente riproposte dall'art. 213 d.lgs. n. 50/2016.

A) Potenziamiento degli strumenti informatici a servizio della trasparenza.

Esaminando in ordine sistematico le principali disposizioni che il nuovo Codice dei contratti riserva alla disciplina dell'attività dell'A.N.AC., occorre innanzitutto soffermarsi su quelle norme che prevedono la tenuta da parte dell'Autorità di elenchi ed albi dei soggetti che operano nel settore dei contratti pubblici, nonché l'unificazione, presso l'Autorità stessa, delle banche dati nelle quali dovranno essere raccolte tutte le informazioni relative agli appalti nazionali centrali e locali.

In un'ottica di incremento della trasparenza nonché di massima fruibilità da parte degli operatori del settore di tutti gli atti delle procedure di evidenza pubblica che si svolgono sul territorio nazionale, ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016, è previsto, in primo luogo, che tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di contratti pubblici, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'art. 5 del Codice stesso (ove non considerati riservati ai sensi dell'art. 112 ovvero secretati ai sensi dell'art. 162) siano pubblicati, oltre che sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", altresì sul sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sulla piattaforma digitale istituita presso l'A.N.AC., anche mediante l'utilizzo dei sistemi informatizzati regionali e delle piattaforme regionali di *e-procurement* interconnesse tramite cooperazione applicativa.

A tal riguardo, occorre altresì evidenziare come, ai sensi dell'art. 73, co. 4, d. lgs. n. 50/2016, viene stabilito che, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, da

adottarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del nuovo Codice, debbano essere definiti, d'intesa con l'A.N.AC., gli indirizzi generali di pubblicazione al fine di garantire la certezza della data di pubblicazione e adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità, anche con l'utilizzo della stampa quotidiana maggiormente diffusa nell'area interessata. Quanto poi all'individuazione del momento dal quale decorre la produttività di effetti giuridici di tale forma di pubblicità in ambito nazionale, al successivo comma 5, il legislatore identifica tale termine *a quo* nella data di pubblicazione dei bandi di gara sulla piattaforma digitale istituita presso l'A.N.AC..

Le disposizioni in commento assumono una portata significativa alla luce del ruolo che viene in tal modo a rivestire l'Autorità in questione: a questa devono essere comunicati tutti gli atti delle procedure di evidenza pubblica che hanno luogo sul territorio nazionale, al fine di consentire la pubblicazione e l'aggiornamento in tempo reale delle relative informazioni, contribuendo così a creare una banca dati nazionale che diventi un riferimento per tutti gli operatori del settore.

Portata assolutamente dirompente va riconosciuta poi alle statuizioni di cui agli artt. 77, 78 e 192 del d.lgs. n. 50/2016 (attuativi di quanto disposto rispettivamente dall'art. 1, co. 1, lett. *hh*) e *eee*), l. n. 11/2016).

Gli artt. 77 e 78 citati prevedono, infatti, la creazione presso l'A.N.AC. di un albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici ³⁵⁶. Viene inoltre specificato che, fino all'adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo, si applicherà l'art. 216, comma 12, del nuovo Codice il quale prevede che, fino ad allora, la commissione giudicatrice continuerà ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante; ciò con possibili significative ripercussioni sia con riferimento alla tempistica di adozione delle stesse sia all'eventuale difformità delle regole prescelte dalle amministrazioni in questione, stante l'eccessiva discrezionalità a queste riconosciuta.

Quanto nello specifico alle modalità della nomina della commissione, essa dovrà avvenire per ciascuna gara sulla base di una rosa di candidati indicati dall'Autorità in numero pari

³⁵⁶ Ai fini dell'iscrizione nel suddetto albo, viene stabilito che i soggetti interessati debbano essere in possesso di requisiti di compatibilità e moralità, nonché di comprovata competenza e professionalità nello specifico settore a cui si riferisce il contratto, secondo i criteri e le modalità che l'Autorità definisce in un apposito atto, valutando la possibilità di articolare l'Albo per aree tematiche omogenee, da adottare e entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore del nuovo Codice.

almeno al doppio rispetto ai membri da nominare e garantendo il principio della rotazione; la scelta dovrà poi avvenire con sorteggio nell'ambito di tale lista (art. 77, comma 3, d.lgs. n. 50/2016).

Parimenti innovativa si presenta, altresì, la disposizione di cui all'art. 192 del d.lgs. n. 50/2016, ai sensi della quale si prevede l'istituzione presso l'A.N.AC. dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* (l'iscrizione a tale elenco avverrà a domanda dell'ente interessato previa verifica da parte dell'A.N.AC., secondo le modalità ed i criteri dalla stessa individuati con proprio atto, del possesso dei requisiti richiesti)³⁵⁷.

B) Sistema amministrativo di penalità e premialità per la denuncia delle richieste estorsive e corruttive.

Un'ulteriore novità degna di nota riguarda l'istituzione, sotto la direzione dell'A.N.AC., del già citato sistema di *rating* di impresa, vale a dire un sistema amministrativo di penalità e premialità connesso alla qualificazione delle singole imprese e diretto ad accertare l'entità dei requisiti reputazionali posseduti da ognuna di esse, valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa (art. 83, comma 10, d.lgs. n. 50/2016).

Con riferimento a tale sistema, l'A.N.AC. è chiamata a definire tanto i requisiti reputazionali oggetto di valutazione quanto le modalità di rilascio della relativa certificazione, nonché le misure sanzionatorie da irrogare nei casi di omissione o tardività nel procedere alla denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese coinvolte nell'esecuzione dei contratti pubblici³⁵⁸.

C) Funzioni di promozione dell'efficienza e di indirizzo ed il ruolo delle linee guida.

Come si ha già avuto modo di precisare, la novità che si presenta maggiormente dirompente nel percorso di potenziamento dell'A.N.AC. è il ruolo riconosciuto dalla legge delega, prima, e dal Codice, poi, all'attività di elaborazione di linee guida da parte

³⁵⁷ Per completezza si ritiene opportuno segnalare che l'art. 81 del nuovo Codice ha previsto l'istituzione di una nuova Banca dati, gestita dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, finalizzata a consentire l'espletamento, in via telematica, delle verifiche sul possesso dei requisiti di qualificazione dichiarati in sede di gara. Tale Banca dati, una volta divenuta operativa (anche mediante il subentro del Ministero nelle convenzioni precedentemente stipulate dall'ANAC), sostituirà quella precedentemente predisposta a tal fine dalla stessa Autorità (il c.d. sistema AVCPass).

³⁵⁸ A tal fine è prevista l'emanazione di apposite linee guida da adottare si entro tre mesi dall'entrata in vigore del Codice.

dell'Autorità stessa con riferimento a diversi aspetti ed istituti fondamentali della contrattazione pubblica.

A tal proposito occorre, in particolare, evidenziare come ai sensi dell'art. 1, co. 1, lett. t), l. n. 11/2016, fosse stata riconosciuta la possibilità per l'ANAC di adottare linee guida, bandi-tipo (questi ultimi sono attualmente espressamente disciplinati all'art. 71, d.lgs. n. 50/2016), contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, *“anche dotati di efficacia vincolante”*.

Ebbene, il legislatore, nell'attuare quanto a tal proposito indicato in sede di legge delega, riformula la previsione in questione inserendo all'art. 213 del Codice il già citato comma 2, ai sensi del quale *“l'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche”*.

Da una prima analisi comparativa della disposizione in commento così come inserita in legge delega e poi riformulata nel Codice, appare evidente come il legislatore abbia preferito eliminare le parole *“anche dotati di efficacia vincolante”* rivolte ai suddetti atti di regolazione. Da ciò non può tuttavia ricavarsi l'intenzione del legislatore di riconoscere a tali atti funzione di mera *moral suasion*, come confermato dal dettato stesso del medesimo art. 213, comma 2, in commento, dal momento che in questo viene altresì espressamente prevista la possibilità per gli interessati di impugnare le decisioni e gli atti assunti dall'A.N.AC. innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa; impugnabilità che conferma la capacità lesiva di suddetti atti e che presuppone la necessaria vincolatività degli stessi.

Occorre, inoltre, sottolineare come numerose disposizioni del nuovo Codice, facciano esplicito riferimento all'adozione da parte dell'Autorità di linee guida volte alla disciplina di specifici aspetti dell'evidenza e della contrattazione pubblica, attribuendo un apposito termine per procedere all'elaborazione di tali atti.

Basti al riguardo evidenziare come:

1) l'art. 31, comma 5, prevede che l'A.N.AC. con proprio atto, da adottare entro novanta giorni dall'entrata in vigore del codice, definisce una disciplina di maggiore dettaglio sui compiti e gli specifici requisiti di professionalità del RUP;

- 2) l'art. 36, comma 7, stabilisce che l'Autorità, mediante l'emanazione di proprie linee guida, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del codice, individua le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure sotto-soglia, delle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici;
- 3) l'art. 80, comma 13, in materia di esclusione, prevede che l'A.N.AC. adotti, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del codice, apposite linee guida, per precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lett. c), del medesimo articolo ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative a tali fini;
- 4) l'art. 83, comma 2, precisa che, con riferimento agli appalti di lavori, con linee guida adottate entro un anno dalla data di entrata in vigore del codice, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, l'A.N.AC. disciplini, nel rispetto dei principi di cui al medesimo articolo e anche al fine di favorire l'accesso da parte delle microimprese e delle piccole e medie imprese, il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente, anche in riferimento ai consorzi di cui all'art. 45, lett. b) e c) dello stesso Codice, e la documentazione richiesta ai fini della dimostrazione del loro possesso di cui all'allegato XVII;
- 5) l'art. 84, comma 2, dispone poi che l'Autorità, con le medesime linee guida di cui all'art. 83, comma 2, individui i livelli standard di qualità dei controlli che le società organismi di attestazione devono effettuare, con particolare riferimento a quelli di natura non meramente documentale (l'attività di monitoraggio e controllo di rispondenza ai suddetti livelli standard di qualità comporta l'esercizio di poteri di diffida, ovvero, nei casi più gravi, la sospensione o la decadenza dall'autorizzazione all'esercizio dell'attività da parte dell'A.N.AC., alla quale spetterà, entro tre mesi dall'entrata in vigore del Codice effettuare una ricognizione straordinaria, sulla quale relazionerà al Governo e alle Camere, circa il possesso dei requisiti di esercizio dell'attività da parte dei soggetti attualmente operanti in materia di attestazione e le modalità di svolgimento della stessa);
- 6) l'art. 111, comma 1, stabilisce che con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, su proposta dell'A.N.AC., previo parere delle competenti commissioni

parlamentari, sentito il Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, sono approvate le linee guida che individuano le modalità e, se del caso, la tipologia di atti, attraverso i quali il direttore dei lavori effettua l'attività di cui all'articolo 101, comma 3, in maniera da garantirne trasparenza, semplificazione, efficientamento informatico, con particolare riferimento alle metodologie e strumentazioni elettroniche anche per i controlli di contabilità;

7) l'art. 177, comma 3, attribuisce all'A.N.AC. il potere di verificare annualmente il rispetto del limite introdotto ai sensi del comma 1 del medesimo articolo in capo ai titolari di concessioni già in essere alla data di entrata in vigore del Codice, che non siano stati prescelti mediante procedura di evidenza pubblica (tenuti ad affidare con gara l'esecuzione di una quota pari all'ottanta per cento delle prestazioni oggetto della concessione). A tal fine la norma prevede l'emanazione di apposite linee guida, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice;

8) l'art. 181, comma 4, affida all'A.N.AC., sentito il Ministro dell'economia e delle finanze, l'adozione di linee guida finalizzate ad individuare le modalità attraverso cui le amministrazioni aggiudicatrici devono procedere alla predisposizione ed all'applicazione di sistemi di monitoraggio finalizzati all'esercizio del controllo sull'attività degli operatori economici;

9) l'art. 197, comma 4, incarica l'Autorità di individuare, con linee guida, i requisiti per la partecipazione alle procedure di aggiudicazione da parte dei contraenti generali, ulteriori rispetto ad un'adeguata capacità economica e finanziaria, un'adeguata idoneità tecnica e organizzativa, nonché un adeguato organico tecnico e dirigenziale;

10) l'art. 214, comma 12, sulla base di quanto stabilito dall'art. 1, comma 5, l. n. 11/2016, riconosce infine al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il potere di adottare linee guida interpretative e di indirizzo, su proposta dell'A.N.AC., sentite le Commissioni parlamentari, per assicurare l'uniforme applicazione e interpretazione delle norme di cui al presente codice (il riferimento al decreto di riordino contenuto nella legge delega sembrava far pensare ad una scelta del legislatore di affidare la disciplina attuativa del Codice, materia prima contenuta nel d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, a tali atti di regolazione).

Alla luce di quanto fin qui precisato, appare evidente la rilevanza dell'attività regolatoria e di indirizzo interpretativo che l'A.N.AC. è chiamata a svolgere nei prossimi mesi,

elaborando la disciplina di dettaglio concernente profili di centrale importanza in materia di contrattazione pubblica ³⁵⁹.

D) Poteri dell'Autorità con riferimento al sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle imprese.

L'art. 38, d.lgs. n. 50/2016 (attuativo di quanto previsto dall'art. 1, co. 1, lett. *bb*), l. n. 11/2016), introduce un innovativo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, la cui gestione è affidata all'Autorità. Tale disciplina è diretta a creare un meccanismo di valutazione dell'effettiva capacità tecnica ed organizzativa delle stazioni appaltanti così da abilitare le stesse a gestire l'affidamento e l'esecuzione di quei soli contratti che siano commisurati al loro grado di organizzazione e alla competenza da queste dimostrata.

Secondo quanto disposto dal nuovo codice, l'A.N.AC. sarà tenuta a:

- a) curare l'elenco delle stazioni appaltanti qualificate;
- b) definire i requisiti tecnico-organizzativi per l'iscrizione a tale elenco, unitamente al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, al Ministro dell'economia e delle finanze, al Ministro per la semplificazione della pubblica amministrazione ed alla Conferenza Unificata;
- c) assegnare alle stazioni appaltanti e alle centrali di committenza un termine per il reperimento dei requisiti necessari al conseguimento della qualificazione;
- d) condurre verifiche, anche a campione, sulla qualificazione conseguita dalle singole stazioni appaltanti;
- e) rilasciare il codice identificativo gara (CIG) unicamente alle stazioni appaltanti che intendano acquisire beni, servizi o lavori compatibili con la qualificazione conseguita.

Con riferimento poi al sistema di qualificazione delle imprese, l'art. 84, d.lgs. n. 50/2016, ripropone un impianto simile a quello già previsto all'art. 40, d.lgs. n. 163/2006, e dunque basato sull'attività delle società organismi di attestazione (SOA).

L'A.N.AC. conserva un ruolo di vigilanza e di monitoraggio su tale sistema, essendo chiamata ad esercitare poteri di regolazione dello stesso (vedi le linee guida di cui all'art. 83, comma 2, già citate), di autorizzazione delle SOA all'esercizio dell'attività e di

³⁵⁹ Sempre con riferimento all'attività di indirizzo svolta dall'A.N.AC., occorre evidenziare come, ai sensi dell'art. 102, comma 8, del nuovo Codice, l'Autorità sia coinvolta nella disciplina e nella definizione delle modalità tecniche di svolgimento del collaudo, le quali dovranno essere definite con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta del Consiglio superiore dei lavori pubblici, nonché nell'elaborazione delle direttive generali per la disciplina delle attività del Ministero della difesa, in relazione agli appalti e alle concessioni diversi da quelli che rientrano nel campo di applicazione del decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208, da adottare e mediante apposito decreto ministeriale (art. 159, comma 4, d.lgs. n. 50/2016).

sanzione delle infrazioni eventualmente accertate, anche mediante esperimento di apposite verifiche a campione.

Occorre, tuttavia, evidenziare come ai sensi del nuovo Codice, si prefiguri la possibilità di addivenire ad un graduale superamento del sistema unico di qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici, mediante l'introduzione di modalità di qualificazione alternative o sperimentali, su proposta dell'A.N.AC., con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le competenti Commissioni parlamentari.

E) Vigilanza sulla fase di esecuzione dei contratti.

Il nuovo Codice reca inoltre numerose previsioni che attribuiscono all'A.N.AC. poteri significativi anche in riferimento alla fase di esecuzione dei contratti pubblici.

A tal proposito, si evidenzia in primo luogo come, riprendendo ed ampliando quanto già previsto dall'art. 37, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, l'art. 106, preveda una serie di obblighi informativi in capo alle stazioni appaltanti, tenute a comunicare all'A.N.AC. ovvero all'Osservatorio presso questa istituito le modificazioni contrattuali e le varianti in corso d'opera, sia con riferimento ai contratti sotto soglia che a quelli eccedenti tale importo. In particolare, per questi ultimi contratti, in caso di varianti di importo eccedente il dieci per cento dell'importo originario del contratto, le stazioni appaltanti sono obbligate a trasmettere all'Autorità anche il progetto esecutivo, l'atto di validazione ed un'apposita relazione del RUP, così da consentire all'A.N.AC. di verificarne la legittimità, azionando, ove necessario, i poteri sanzionatori di cui all'art. 213 (previsti anche per l'ipotesi di omessa comunicazione e trasmissione).

Sempre con riferimento alla fase esecutiva, ai sensi dell'art. 107, comma 4, d.lgs. n. 50/2016, il responsabile del procedimento è tenuto a comunicare all'Autorità la sospensione dei lavori che superi il quarto del tempo contrattuale complessivamente previsto. Anche in questo caso la norma prevede l'irrogazione di un'apposita sanzione amministrativa in caso di mancata o tardiva comunicazione.

Tra le novità del nuovo Codice si segnala altresì il coinvolgimento dell'A.N.AC. nel procedimento espressamente previsto all'art. 110, attivato in caso di sottoposizione dell'impresa a procedure concorsuali (fallimento, liquidazione coatta, concordato preventivo, ecc.) e diretto a stabilire le modalità per la prosecuzione del rapporto contrattuale e per la partecipazione a nuove procedure di affidamento.

Infine, ai sensi dell'art. 210 è espressamente prevista l'istituzione della Camera arbitrale per i contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture presso l'Autorità, della quale

vengono altresì disciplinati la composizione e l'attività (concernente in buona sostanza la tenuta dell'albo dei soggetti abilitati a rivestire l'incarico di arbitri).

L'analisi da ultimo condotta sull'ampliamento delle attribuzioni dell'Autorità in questione consente di comprendere come, a fronte di una riconosciuta inadeguatezza del sistema (caratterizzato, come più volte evidenziato, dal mancato coordinamento dei poteri attribuiti ai soggetti coinvolti nell'esercizio della vigilanza nonché dalla relativa capacità di tali poteri di incidere realmente sulle condotte tenute dagli operatori del settore), il legislatore sia intervenuto in maniera decisa attraverso una profonda trasformazione della materia dei contratti pubblici.

La constatazione circa la poca effettività ed efficienza dell'intervento dei soggetti vigilanti, soprattutto di tipo amministrativo, in materia di evidenza pubblica aveva dopotutto già da tempo portato il legislatore, sulla base delle criticità evidenziate altresì dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ad intervenire diverse volte sulla disciplina della materia, in un'ottica di potenziamento del ruolo dell'Autorità e del giudice amministrativo ³⁶⁰.

Ebbene, l'intervento di riforma da ultimo posto in essere sembra condurre proprio nella direzione auspicata altresì nel corso del presente lavoro di ricerca: quella della creazione di un modello di vigilanza che, seppur articolato nei due descritti sottosistemi di tipo amministrativo e giurisdizionale (scelta condivisibile alla luce delle esigenze peculiari di un ordinamento come quello italiano in cui non risulta sufficiente un intervento *ex post* affidato agli organi giurisdizionali), possa costituire un "sistema" in senso proprio, nel quale le funzioni e i poteri attribuiti ai diversi soggetti vigilanti siano coerentemente ordinati tra loro e tendano nell'insieme al massimo soddisfacimento dell'interesse pubblico posto alla base della scelta stessa di istituire un sistema di vigilanza in materia.

Tra le ulteriori disposizioni del nuovo Codice meritevoli di essere segnalate per il carattere innovativo delle stesse, vi è in particolare l'art. 204, comma 2-bis. Quest'ultima, seguendo le indicazioni fornite dal legislatore in sede di delega ³⁶¹, introduce l'obbligo per le imprese partecipanti alla gara di impugnare, nel termine decadenziale di trenta giorni, la propria esclusione nonché le ammissioni delle altre concorrenti, una volta espletate dalla stazione appaltante le operazioni di valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali. Dall'eventuale mancata impugnazione dei suddetti provvedimenti deriva l'impossibilità per l'impresa di agire in seguito in giudizio, al fine di far valere

³⁶⁰ in tal senso, sia le specifiche disposizioni del codice del processo amministrativo riguardanti il rito appalti e i poteri del giudice sul contratto (*ex multis*, artt. 120 e ss c.p.a.), sia il più volte citato d.l. n. 90/2014).

³⁶¹ Si fa riferimento, nello specifico, all'art. 1, comma 1, lett. *bbb*), l. n. 11/2016.

l'illegittimità dei successivi atti della procedura, altresì mediante proposizione di ricorso incidentale ³⁶².

Ebbene, la norma citata costituisce una novità dirompente rispetto alle modalità di esercizio del diritto di difesa ³⁶³: notevoli sono, infatti, le ripercussioni con riferimento alle stesse condizioni dell'azione e, in particolare, riguardo al riconoscimento dell'interesse ad agire in capo ad un'impresa ammessa alla procedura. Ed infatti, se non sorgono particolari difficoltà in ordine alla possibilità per la concorrente esclusa di impugnare il provvedimento che la estromette dalla procedura di gara, ben diversa appare la prescrizione contenuta all'art. 204, comma 2-bis, rispetto all'obbligatorietà di procedere all'impugnazione delle ammissioni delle altre partecipanti non escluse. Emerge chiaramente come, sulla base di quelli che sono stati sinora i principi dell'azione amministrativa, alcun interesse sembrerebbe sorgere in capo all'impresa ammessa (e potenziale aggiudicataria) rispetto all'ammissione degli altri concorrenti, se non nel momento in cui, a seguito della conclusione dell'intera procedura, non dovesse essere prescelta dall'amministrazione quale propria controparte contrattuale.

Oltre alle considerazioni rispetto all'ampliamento della nozione di interesse ad agire, occorre altresì evidenziare come alquanto problematica potrebbe risultare la scelta dell'impresa, lo si ripete, ammessa e quindi non ancora "lesa" nei suoi interessi dall'attività posta in essere dall'amministrazione, con riferimento alla scelta se procedere o meno all'impugnazione del provvedimento che dispone allo stesso tempo l'ammissione delle proprie concorrenti (se da un lato, vi è il rischio di decadere da tale possibilità, dall'altro, appare difficoltoso immaginare un sistema di giustizia efficiente qualora tutte le imprese dovessero con riferimento alla totalità delle procedure a cui partecipano impugnare l'ammissione di ognuna delle concorrenti, anche avendo riguardo per quelli che sono i costi della giustizia in materia di appalti).

Alla luce di tutto quanto fin qui precisato, appare pertanto evidente la profonda rinnovazione che il legislatore ha inteso operare, intervenendo altresì in maniera significativa su alcune delle peculiarità proprie del precedente sistema di vigilanza. Ciò

³⁶² Viene, inoltre, espressamente prevista l'inammissibilità dell'impugnazione avente ad oggetto la proposta di aggiudicazione, ove disposta, ovvero gli altri atti endoprocedimentali, in quanto riconosciuti dal legislatore come privi di immediata lesività.

³⁶³ Sul punto si veda M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti al diritto di difesa introdotti dal d.lgs. n. 50 del 2016 in contrasto con il diritto eurounitario e la Costituzione*, in *l'Amministrativista, Il portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Giuffrè Editore, maggio 2016.

certamente recependo le puntuali indicazioni ricevute a livello europeo circa la necessità di una riforma radicale dell'intera disciplina della contrattazione pubblica.

Una siffatta esigenza è dopotutto stata condivisa a sua volta dal legislatore francese, il quale ha di recente dato seguito al processo di riforma intrapreso con l'emanazione dell'*ordonnance* 23 luglio 2015-899, avviando in data 16 marzo 2016 il processo di ratifica dell'atto dell'esecutivo ³⁶⁴, al fine di stabilizzarne gli effetti e conferirle valore di fonte primaria.

³⁶⁴ A tal proposito si veda il *Rapport* n. 477 (2015-2016) del senatore M.A. Reichardt, predisposto quale rappresentante della Commission des lois e depositato il 16 marzo 2016.

Bibliografia

AMATO G., *Le Autorità indipendenti nella Costituzione economica*, in AA. VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997.

ANDERSON E., *Value in Ethics and Economics*, Harvard University Press, Cambridge, 1995.

BARRA CARACCIOLO L., *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento USA. Profili comparatistici con l'esperienza italiana*, Torino, 1997.

BERLIOZ G., DURUPTY M., *Les juridictions administratives, seuls juges de l'indemnisation de pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics*, AJDA, 2015.

BOTTO A., *Relazione al Convegno IGI "Il precontenzioso in sede di gara"*, tenutosi a Roma il 14 febbraio 2006.

BOTTO A., *Relazione al Convegno IGI, "I contratti della Pubblica Amministrazione nella giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria"*, tenutosi a Roma il 28 gennaio 2015.

BOURDON P., *La résiliation d'une convention de coopération entre personnes publiques*, AJDA, 2015.

BRACCONIER S., *L'Ordonnance du 23 juillet 2015 sur le marchés publics – Simplification et ambitions contrariées*, la Semaine Juridique Edition Générale n. 40, 28 settembre 2015.

BRACONNIER S., *Bouvelles directives et partenariats public-privé: plaidoyer pour une consolidation*, RDI, 2015.

BRENET F., *Les nouvelles bases du droit des marchés publics*, AJDA, 2015..

CALLEA A., *L'analisi di impatto della regolamentazione: osservazioni a margine del d.P.C.M. n. 170/2008*, in Amministrare, 2009.

CANTONE R., *"Osservazioni sul decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, "Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari""*, giugno 2014, www.anticorruzione.it.

CAPONIGRO R., *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto*, in Foro amm. CdS, 2009.

CAPONIGRO R., *Interessi e regole di tutela negli ambiti nazionale e comunitario, Relazione predisposta per il Convegno "l'Europa del diritto: i giudici e gli ordinamenti"*, svoltosi presso il T.A.R. Puglia, Lecce il 27 e 28 aprile 2012, in www.giustizia-amministrativa.it.

CARANTA R., DRAGOS D., *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in Urb. e app., 2014.

CARINGELLA F., *Le autorità indipendenti tra neutralità e paragiurisdizionalità*, in *Il Consiglio di Stato*, 2000.

CARINGELLA F., GIUSTINIANI M., *Manuale di diritto amministrativo. IV I contratti pubblici*, Roma, 2015.

CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1991.

CASSESE S., *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999.

CAVALLO L., *L'impatto economico della regolamentazione e l'analisi economica dell'impatto della regolamentazione*, in N. GRECO (a cura di), *Introduzione all'Analisi di impatto della regolamentazione*, Collana Studi e Ricerche SSPA, n. 3, 2003.

CELONE C., *La funzione di vigilanza e regolazione dell'autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012.

CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2011.

CERULLI IRELLI V., *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 2, 2014.

CHAUVAUX D., GIRARDIT T. X., *AJDA*, 1996.

CHÉROT J.Y., TREMEAU J., nota a *Conseil d'Etat*, 5 marzo 2003, n. 238039, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, e *Conseil Constitutionnel* 22 agosto 2002, n. 460, *AJDA*, 2002.

CHIEPPA R., *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, Relazione tenuta in occasione del convegno di Varenna "Nuovi poteri e dialettica degli interessi", 24, 25 e 26 settembre 2009, in *Riv. it. Dir. Pubbl. com.*, 2009.

CHIEPPA R., *Le sanzioni delle Autorità indipendenti: la tutela giurisdizionale nazionale*, *Giur. comm.*, 2013.

CHIEPPA R., *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in www.giustiziaamministrativa.it.

CIFARELLI R., *Verso un nuovo protagonismo delle Autorità Indipendenti? Spunti di riflessione intorno all'art. 21-bis della legge n. 287/1990*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, del 12 luglio 2012.

CINTIOLI F., *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti*, in www.federalismi.it, 6 giugno 2012.

CLARICH M., *Garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità amministrative indipendenti*, intervento al Convegno “*Le Autorità amministrative indipendenti*”, tenuto in memoria di Vincenzo Caianello in Roma presso il Consiglio di Stato in data 9 maggio 2003, in www.giustizia-amministrativa.it.

CLARICH M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005.

CLARICH M., ZANETTINI L., *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, giur. comm, 2013.

COCCONI M., *La motivazione degli atti generali delle Autorità indipendenti e la qualità della regolazione*, Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione, www.osservatorioair.it, aprile 2011.

CORLETTO D., *Vizi «formali» e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006.

CORRADINO M., *Il diritto amministrativo alla luce della recente giurisprudenza*, Padova, 2007.

COSSU L., *Autorità indipendenti: questioni aperte e soluzioni nuove?*, in *Studi in memoria di Vincenzo Caianiello*, Napoli, 2008.

COURREGES V. A., VEROT C., *L'arbitrage de litiges intéressant les personnes publiques: quelques éclairages sur un rapport récemment remis au garde des Sceaux*, RFD adm. 2007.

D'ALBERTI M., *Il diritto amministrativo tra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2008.

DE MONSEMBERNARD M., *Le contentieux de l'exécution des marchés publics, étape par étape*, AJCT, 2015.

DE NICTOLIS R., *La definizione precontenziosa davanti all'Autorità di vigilanza*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008.

DELLA PORTA D., VANNUCCI A., *Corruzione politica e amministrazione pubblica: risorse, meccanismi e attori*, Bologna, 1994.

DEPAMBOUR-TARRIDE L., *Juge (Longue durée)*, in L. CADIET, *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

DI CRISTINA F., *La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giornale dir. amm.*, n. 11/2014.

DIDRICHE O., *Marché public: le retour du «chantier masqué»*, Jugement rendu par Tribunal administratif de Toulon, AJCT, 2015.

DONNAT F., CASAS D., AJDA, 2003.

DURVIAUX A.L., *L'impossibilité d'exclure un organisme de droit public en tant que tel des procédures des marchés publics s'il est un opérateur économique*, RTD Eur, 2015.

EMILIOZZI P., *Le decisioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. soc.*, 1995.

FALCON G., *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. i.d.p.c.*, 1991.

FAVORE L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MESTRE J.L., PFERSMANN O., ROUX A., SCOFFONI G., *Droit constitutionnel*, Dalloz, XVIII ed., 2016..

FERRARI G., *Il proliferare del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti: verifica in ordine alla possibilità di riconoscere in via interpretativa tale qualificazione ad organismi pubblici di nuova istituzione*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2011.

FOCARELLI C., *Schemi delle lezioni di diritto internazionale*, Perugia, 2003.

GALLO S., *Il precontenzioso e l'attività paragiurisdizionale dell'AVCP*, Santarcangelo di Romagna, 2014.

GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2015.

FORTI U., *Vigilanza e tutela amministrativa*, in *Enc. It.*, vol. XXXV, Roma, 1937.

GAUDEMET Y., *Le contrat administratif, un contrat hors la loi*, Cah. Cons. const. 2004

GENEVOIS B., *Conseil d'Etat, 29 aprile 1981, Ordre des architectes*, AJDA 1981.

GIAMPAOLINO L., *Le misure anticorruzione negli appalti: rimedio adeguato al male?*, Relazione al Convegno IGI tenutosi a Roma il 16 luglio 2014.

GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981.

GIANNINI M.S., *Il pubblico potere, Stato e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986.

GIOVAGNOLI R., *Il nuovo regolamento sui contratti pubblici*, Milano, 2011.

GIOVAGNOLI R., *Liberalizzazioni, semplificazioni ed effettività della tutela*, Relazione tenuta al Convegno di studi in occasione dell'assegnazione del Premio Sorrentino 2012, Roma, Palazzo Spada, 12 giugno 2012.

GIOVAGNOLI R., *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, Relazione al Convegno tenutosi presso l'Università degli Studi di Milano il 27 settembre 2012.

GIOVAGNOLI R., *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, Relazione al Convegno "Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati", tenutosi presso il Consiglio di Stato, il 28 febbraio 2013.

GIOVANNINI G., CAPONIGRO R., Art. 7, in a cura di QUARANTA G., LOPILATO V., *Il processo amministrativo, Commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano, 2011.

GIUSTINIANI M., Autorità nazionale anticorruzione, nuove forme di controlli pubblici e altre novità in materia di gare pubbliche, in CARINGELLA F., GIUSTINIANI M., TORIELLO O., *La riforma Renzi della Pubblica amministrazione*, Roma, 2014.

GONOD P., CADIET L., *Le tribunal des conflits*, Dalloz, Paris, 2009.

GONOD P., MELLERAY F., YOLKA P., *Traité de droit administratif, Tome 2*, Dalloz, 2011.

GONOD P., *Le Conseil d'État et la refondation de la justice administrative*, Paris, Dalloz, 2014.

GRECO G., *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici*, in A.A.V.V., *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto comunitario e italiano*, Milano, 1990.

GRECO G., *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, Milano, 2009.

GUARINI C.P., *Contributo allo studio della regolazione "indipendente" del mercato*, Bari, 2005.

HUL S., *Publication de l'ordonnance n. 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics*, AJCT, 2015.

IDOUX P., NICINSKI S., GLASER E., *Actualité du droit de la concurrence et de la régulation*, AJDA, 2015.

JEZE G., LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DEVOLVE P., GENEVOIS B., *Le grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 2007.

LENICA F., BOUCHER J., *CE Ass. 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation*, AJDA, 2007.

LESSI J., DUTHEILLET DE LAMOTHE L., *Tribunal de conflits, 9 mars 2015, n. 3984, M^{me} Rispal c/ Société des autoroutes du sud de la France*, Lebon AJDA, 2015.

LIPARI M., *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010.

LONGO F., *Ragioni e modalità dell'istituzione delle autorità indipendenti*, in S. CASSASE – C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996.

MANGANI R., *L'Anac cambia pelle: trasparenza per la pubblica amministrazione e prevenzione contro la corruzione*, in *Edilizia e territorio*, settembre 2014.

MANGANI R., *Corruzione negli appalti, revoca dei contratti, commissariamento: brevi note anche a seguito dell'entrata in vigore del decreto 24 giugno 2014, n. 90*, in www.giustamm.it, n. 7/2014.

MASSERA A., SIMONCINIA M., *Fondamenti dei contratti pubblici in Italia, Report annuale 2011 – Italia*, in *Ius Publicum*, febbraio 2011.

MERUSI F., *Democrazia e Autorità indipendenti. Un romanzo “quasi” giallo*, Bologna, 2000.

MOSCARINI A., *Le fonti dei privati*, in *Giur. cost.*, fasc. 2, 2010.

MOSCARINI A., *Fonti dei privati e globalizzazione*, Roma, 2015.

MOSTACCI E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Verona, 2008.

MULLER E., *Personnes publiques candidates à l'attribution de marchés publics: éclaircissements et précisions*, 2015.

NICINSKI S., *Droit public des affaires*, Montchrestien, 2012.

PAJNO A., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2015.

PAPPALARDO A., *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Milano, 2007.

PERICU F., *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative*, in *Dir. Amm.*, n. 1/1996.

PERINET-MARQUET H., *Conseil d'Etat, 25 febbraio 1994, n. 144641, SA Sofap-Marignan Immobilier*, AJDA, 1994, 550

PICOZZA E., *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Roma, 1996.

PISANO M., *Annullamento dell'aggiudicazione e regime di invalidità del contratto di appalto*, in www.filodiritto.it.

PIVETEAU D., *Conclusioni riguardo la sentenza Conseil d'Etat, ass., 5 marzo 2003, Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris, BJDCP*, 2003..

POLICE A., *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, fasc.4, 2003.

POLICE A., *Il cumulo di domande nei « riti speciali » e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc.4, 2014.

POUPEAU D., *Compétence territoriale du juge du référé précontractuel*, AJDA, 2015, 1294

RACCA G.M., *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi da 14 a 25, 32 e da 52 a 58)*, in a cura di MATTARELLA B.G., PELISSERO M., *La legge anticorruzione, Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013.

RAMAJOLI M., *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015.

RAYNAUD F., FOMBEUR P., *Incompatibilité de la réglementation française avec l'ancienne directive "services" n. 92/50/CEE du 18 juin 1992*, AJDA, 1998.

RICHER L., *Une tradition : le caractère réglementaire du droit des marchés publics*, in *Mélanges en l'honneur d'Etienne Fatôme*, Dalloz, 2011.

RICHER L., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2014.

ROBLOT-TROIZIER A., RAMBAUD T., *Conseil constitutionnel, con la sentenza 12 febbraio 2009, n. 575, Loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés*, RFDA 2009.

SANDULLI M.A., *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in www.federalismi.it, 6 giugno 2012.

SANDULLI M.A., *Natura ed effetti dei pareri dell'AVCP*, su www.federalismi.it n. 25/2013.

SANDULLI M.A., *Nuovi limiti al diritto di difesa introdotti dal d.lgs. n. 50 del 2016 in contrasto con il diritto eurounitario e la Costituzione*, in *l'Amministrativista, Il portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Giuffrè Editore, maggio 2016.

SCIULLO G., in VANDELLI L., *Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli?*, Milano, 2009.

SCOCA F. G., *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, VI, 2002.

SCOCA F.G., *Relazione introduttiva*, in STICCHI DAMIANI E. (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici sull'evoluzione della disciplina. Atti del Convegno di Lecce, 30-31 marzo 2007*, Torino, 2008.

SGUBBI F., GUERINI T., *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, un primo commento*, in www.penalecontemporaneo.it,

SEVERINI G., *Sanzioni amministrative interdittive e giurisdizione (sugli eccessi di velocità dei taxi acquei nella Laguna di Venezia)*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007.

STICCHI DAMIANI E., *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. Amm.*, 2011.

STICCHI DAMIANI S., *I nuovi poteri dell'Autorità Anticorruzione*, in *Enciclopedia*, www.treccani.it.

TORCHIA L., *La nuova Costituzione economica*, in AA.VV., *L'amministrazione pubblica Italiana, Un profilo*, a cura di S. CASSESE – C. FRANCHINI, Bologna, 1994,

URBANO G., *I nuovi poteri processuali delle Autorità Indipendenti*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 10/2012.

VANDERMEEREN R., *Les recours ouverts aux entreprises: les controles de l'administration acheteuse. L'evolution du modèle français*, in MARCOU G., FOLLIOT-LALLIOT L., GORDON D.I., SHOONER S. L., SCHWARTZ J., YUKINS C., *Le contrôle des marches publics*, Paris, 2009.

VESPERINI G., *Le funzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 1990.

WALINE M., *Conseil d'Etat, 3 novembre, 1961, Damiani*, RD publ. 1959.