

ITALIADECIDE

RAPPORTO 2015

Semplificare è possibile:
come le pubbliche amministrazioni
potrebbero fare pace con le imprese

I lettori che desiderano informarsi
sui libri e sull'insieme delle attività
della Società editrice il Mulino
possono consultare il sito Internet:
www.mulino.it

SOCIETÀ EDITRICE IL MULINO

INDICE

SEMPLIFICARE È POSSIBILE: COME LE PUBBLICHE
AMMINISTRAZIONI POTREBBERO FARE PACE
CON LE IMPRESE

Introduzione p. 13

Per la semplificazione amministrativa, *di Cesare
Pinelli* 17

Riflessioni sull'indagine conoscitiva della Com-
missione bicamerale per la semplificazione,
di Bruno Tabacci 29

Iperprofia autorizzativa e incertezza normativa. Il
confronto emblematico tra Autostrada del
Sole e Variante di Valico, *di Giovanni Ca-
stellucci* 37

PARTE PRIMA: CONTRIBUTI DI SETTORE

Appalti e infrastrutture

Ricette diverse per situazioni diverse, *di Mauri-
zio Cafagno* 45

Orientare al risultato, *di Fabio Croccolo* 51

I contratti pubblici complessi, *di Gianfrancesco
Fidone* 55

Snellire le procedure, semplificare i comporta-
menti, *di Maurizio Gentile* 61

5

ISBN 978-88-15-25750-5

Copyright © 2015 by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i di-
ritti sono riservati. Nessuna parte di questa pubblicazione può essere
fotocopiata, riprodotta, archiviata, memorizzata o trasmessa in qualsia-
si forma o mezzo – elettronico, meccanico, reprografico, digitale – se
non nei termini previsti dalla legge che tutela il Diritto d'Autore. Per
altre informazioni si veda il sito www.mulino.it/edizioni/fotocopie

Prestazionalità e prescrittività nella progettazione di opere di ingegneria civile, <i>di Giovanni Francesco Lucarelli</i>	p. 67
Concretizzare la semplificazione, <i>di Francesca Ottavi</i>	71
L'applicazione delle nuove direttive europee, <i>di Anna Romano</i>	75
Per un nuovo processo di revisione della disciplina dei contratti pubblici, <i>di Enrico Seta</i>	83
Efficacia, efficienza, trasparenza, <i>di Antonio Vetese</i>	93
Una difficile mediazione, <i>di Armando Zambrano</i>	101
<i>Edilizia e urbanistica</i>	
Indicazioni di semplificazione amministrativa per il settore del calcestruzzo preconfezionato, <i>di Alberto De Vizio</i>	109
La semplificazione amministrativa per il nuovo paradigma del riuso urbano, <i>di Leopoldo Freyrie</i>	115
Liberare le energie, <i>di Francesco Karrer</i>	123
Cinque punti per semplificare l'edilizia, <i>di Rosario Manzo</i>	131
PARTE SECONDA: IL PUNTO DI VISTA DEGLI OPERATORI	
Eliminare disposizioni dannose, intervenire sui processi, <i>a cura di Agi, Associazione Imprese Generali</i>	157
Casi ed esperienze, <i>a cura di Anas Spa</i>	163

Le procedure di gara, <i>a cura di Ance</i>	p. 193
Settori sensibili: alimenti, ambiente, lavoro, <i>a cura di Confcommercio</i>	199
Il ruolo degli organismi di lavori, servizi e forniture, <i>a cura di Conformia, Associazione Organismi Certificazione Ispezione Prove Taratura</i>	215
La semplificazione amministrativa nel settore energetico, tra modifiche costituzionali, legislative e regolamentari, <i>a cura di Enel Spa</i>	221
L'esperienza dell'Osservatorio Media Permanente, <i>a cura di Nimby Forum</i>	241
Il principio di leale collaborazione e la stabilità del provvedimento amministrativo, <i>a cura di Terna Spa</i>	251
PARTE TERZA: APPROFONDIMENTI SCIENTIFICI	
Semplificare, semplificazione, <i>di Filippo Satta</i>	261
Problemi aperti delle politiche di semplificazione, <i>di Vincenzo Cerulli Irelli</i>	275
Semplificazione e contrasto alla corruzione: due politiche pubbliche da coordinare, <i>di Guido Sirianni</i>	295
Istituti di partecipazione e semplificazione amministrativa, <i>di Piermassimo Chirulli</i>	311
La Conferenza di servizi, <i>di Elisa Scotti</i>	333
Semplificazione amministrativa e tempestività nella conclusione dei procedimenti, <i>di Antonio Colavecchio</i>	363

I controlli sulle imprese. Chi controlla i controllori?, <i>di Fulvio Costantino</i>	p. 393
La semplificazione tramite modifiche dell'organizzazione amministrativa, <i>di Marco D'Alberti</i>	409
Brevi note in tema di semplificazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche, <i>di Francesco Merloni</i>	419
Semplificazioni e ambiente, <i>di Francesco De Leonardis</i>	431
Semplificazione urbanistica ed edilizia, <i>di Paolo Urbani</i>	455
La semplificazione nel recepimento delle direttive comunitarie: i rischi del <i>gold plating</i> , <i>di Marco Notarbartolo Di Sciara</i>	477
Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici, <i>di Gabriella M. Racca</i>	489
Norme tecniche e semplificazione. Una riflessione a partire dai casi, <i>di Viviana del Tedesco</i>	513
PARTE QUARTA: BUONE PRATICHE	
Porto di Genova. La tecnologia al servizio del porto	535
Vigili del Fuoco. Burocrazia: «Tela di Penelope» o semplificazione?	555
Dipartimento della protezione civile. Modello di gestione di un sistema complesso	561

Regione Lazio. Prime azioni di semplificazione amministrativa	p. 569
---	--------

PARTE QUINTA: LE PROPOSTE

Le proposte	581
1. Certezza sul chi fa che cosa fra Stato e Regioni	582
2. Stabilizzare la legislazione	584
3. Diffondere buone pratiche e preparare Linee guida	586
4. Ricostruire l'interlocutore pubblico	591
5. Digitalizzare per semplificare	594
6. Sperimentare il dibattito pubblico	597
7. Far funzionare la Conferenza di servizi	598
8. Limitare il ripensamento	600

- Commissione europea (2013), *Internal Market Scoreboard*, 26, Bruxelles, febbraio.
- Directorate General for Internal Policies, Budgetary Affairs Department (2014), «*Gold plating*» in the Eafnd: To What Extent do National Rules Unnecessarily Add to Complexity and, as a Result, Increase the Risk of Errors?, Bruxelles.
- Franzoni, M. (2004), *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, p. 851.
- Gnes, M. (2004), *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè.
- High Level Group of Independent Stakeholder on Administrative Burdens (The «Stoiber Report») (2011), *Europe Can do Better; Report on Best Practice in Member States to Implement EU Legislation in the Least Burdensome Way*, London, novembre.
- Lupo, N. e Perniciaro, G. (2013), *Verso una better regulation nell'attuazione delle direttive Ue?*, in «Giornale di diritto amministrativo», 8-9.
- Ocse (2012), *Better Regulation in Europe: Italy 2012*, Paris.
- Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento politiche comunitarie (2006), *Relazione annuale sulla partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Roma.
- Senato della Repubblica, Ufficio per la fattibilità degli atti amministrativi (2011), *Lo stato di applicazione dell'analisi di impatto della regolamentazione (Air) nella relazione annuale del governo al Parlamento*, Roma, settembre.
- Sicliari, D. (2007), *Gold plating e nuovi principi di vigilanza regolamentare sui mercati finanziari*, testo rivisto dell'intervento tenuto a Milano il 2 ottobre 2007 al Convegno *La direttiva MiFID alla luce della normativa di attuazione*.
- Spinaci, S. (2007), *Divieto comunitario di discriminazione in base alla nazionalità e principio costituzionale di eguaglianza*, in «Diritto pubblico», 1, pp. 241 ss.
- Zoppini, A. (2004), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, Laterza.

GABRIELLA M. RACCA

LE CENTRALI DI COMMITTENZA NELLE NUOVE STRATEGIE DI AGGREGAZIONE DEI CONTRATTI PUBBLICI

1. *L'aggregazione della domanda pubblica e la cooperazione europea per l'innovazione*

Come noto, gli appalti pubblici rappresentano circa il 19% del Pil europeo e possono costituire un importante strumento di politica industriale per la crescita e l'innovazione¹. La riorganizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e della funzione appalti costituisce uno strumento essenziale per un efficace e integro esercizio del potere contrattuale pubblico nell'interesse dei cittadini. Il recepimento delle recenti direttive europee² nell'ordinamento giuridico italiano può costituire un'occasione di semplificazione e razionalizzazione organizzativa e procedurale per assicurare efficienza, correttezza e integrità, sia nella fase di selezione del contraente, sia in quella di esecuzione.

Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici definiscono tra gli obiettivi prioritari di semplificazione anche

Gabriella M. Racca, professore ordinario di Diritto amministrativo, Facoltà di Economia, Università degli Studi di Torino; vicedirettore vicario alla ricerca nel Dipartimento di Management dell'Università degli Studi di Torino.

¹ Commissione UE, *Public Procurement Indicators 2011*, 5 dicembre 2012, in http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/public-procurement-indicators-2011_en.pdf; G.M. Racca e G.L. Albano, *Collaborative Public Procurement and Supply Chain in the EU Experience*, in C. Harland, G. Nissimbeni e E. Schneller (a cura di), *Strategic Supply Management*, London, Sage, 2013, p. 180.

² Direttiva 2014/24/UE, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE; direttiva 2014/25/UE, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE; direttiva 2014/23/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

nuovi modelli organizzativi e contrattuali che favoriscono l'aggregazione della domanda pubblica di beni, servizi e lavori³. In tale prospettiva si richiede un recepimento che innovi profondamente l'attuale disciplina degli appalti, contenuta nel codice dei contratti pubblici, con una completa rielaborazione in ragione di nuovi principi⁴.

Il fulcro del sistema degli appalti pubblici pare progressivamente abbandonare la gara individuale di una singola amministrazione aggiudicatrice per realizzare un sistema, variamente articolato, di aggregazione della domanda pubblica di più amministrazioni. I modelli possono procedere dalla gara delegata ad altra amministrazione aggiudicatrice sino ad arrivare all'acquisto da una centrale di committenza che assume la veste di «grossista». Inoltre partendo dall'aggregazione della domanda tra amministrazioni italiane si può giungere alla realizzazione di gare transfrontaliere o all'utilizzo di gare svolte da amministrazioni aggiudicatrici di altri Stati membri.

Le strategie di aggregazione della domanda pubblica possono consentire di superare le barriere nazionali che impediscono l'apertura del mercato interno favorendo la partecipazione transfrontaliera delle imprese europee. Forme di cooperazione pubblico-pubblico sono possibili per garantire un coordinamento fra amministrazioni aggiudicatrici come previsto dalle nuove direttive che riconoscono la possibilità di «poter istituire soggetti giuridici

³ Direttiva 2014/24/UE, Considerando n. 59. Cfr. anche il Titolo II, Capo II (artt. 33-39), rubricato *Tecniche e strumenti per gli appalti elettronici e aggregati*.

⁴ Commissione parlamentare per la semplificazione, XVII Legislatura, Resoconto stenografico dell'audizione del presidente del Consiglio di Stato Giorgio Giovannini, 3 marzo 2014, seduta pomeridiana n. 27, in http://www.camera.it/leg17/1079?idLegislatura=17&tipologia=indag&sottotipologia=c59_semplificazione&anno=2014&mese=03&giorno=03&idCommissione=59&numero=0027&file=indice_stenografico. Cfr. P. Sestito, *Testimonianza del Capo del Servizio di Struttura economica della Banca d'Italia alla Camera dei deputati, Recepimento delle direttive europee in materia di contratti pubblici (direttive 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori ordinari e 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione*, 16 giugno 2014, pp. 6 e 10).

congiunti ai sensi del diritto nazionale o dell'Unione»⁵. La cooperazione transfrontaliera tra amministrazioni aggiudicatrici può favorire la standardizzazione dei documenti di gara con l'armonizzazione di clausole conformi ai diversi ordinamenti giuridici⁶.

2. *L'innovazione dei modelli organizzativi per la semplificazione*

L'analisi delle modalità organizzative adottate dalle amministrazioni pubbliche italiane per la realizzazione di opere e l'acquisizione di beni e servizi ha evidenziato una elevata frammentazione delle amministrazioni aggiudicatrici⁷ nonché una frammentazione delle gare⁸. Il cambiamento di prospettiva, che superando la gara come episodio individuale si rivolge a sistemi di gare è notevole e richiede innovazioni organizzative e professionali di rilievo. È necessario anzitutto un mutamento strutturale che in Italia incide particolarmente, così come di recente evidenziato nelle *Proposte per una revisione della spesa pubblica*

⁵ Direttiva n. 24/2014/UE, Considerando n. 73. Cfr. Commissione UE, *Documento di lavoro dei servizi della Commissione UE concernente l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici («cooperazione pubblico-pubblico»)*, 4 ottobre 2011, ove si distingue tra cooperazione per lo svolgimento di compiti di interesse pubblico in senso proprio e affidamento di attività che richiederebbero un confronto competitivo all'interno del mercato.

⁶ Oecd, *Draft Recommendation of the Council on Public Procurement*, 2014, in <http://www.oec.d.org/>, raccomandazione n. III; G.M. Racca e C.R. Yukins (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Brussels, Bruylant, 2014.

⁷ G.M. Racca, *Le modalità organizzative e le strutture contrattuali delle aziende sanitarie*, in A. Pioggia, M. Dugato, G.M. Racca e S. Civitàrese Matteucci (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, Milano, Franco Angeli, 2008, p. 265.

⁸ Svolgendo procedure di scelta del contraente di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea o restringendo la durata temporale dei contratti.

in attuazione della c.d. *spending review*⁹. Si tratta di ridefinire la funzione acquisti oggi in capo a più di 32.000 amministrazioni aggiudicatrici con capacità di stipulare contratti di ogni genere e tipo, prospettando riduzioni che parrebbero legittimare agli acquisti sopra soglia solo 35 centrali di committenza (c.d. soggetti aggregatori)¹⁰ e alcune articolazioni minori di livello provinciale o sub provinciale¹¹. Un cambiamento significativo previsto con una norma giuridica, più volte rinviata nella sua entrata in vigore¹², che prevede la limitazione della capacità di contrattare autonomamente dei Comuni non capoluogo di Provincia¹³. Un simile cambiamento richiede infatti professionalità e modelli organizzativi realmente innova-

⁹ C. Cottarelli, *Proposte per una revisione della spesa pubblica* (2014-16), www.revisionedellaspesa.gov.it/commissario.html, 7.

¹⁰ D.l. n. 66/2014, *Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale*, art. 9, convertito con modificazioni dalla l. n. 89/2014. Cfr. d.l. n. 90/2014, *Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*, art. 22, comma 7, convertito con modificazioni in l. n. 114/2014, ove la razionalizzazione e la gestione unitaria dell'attività «acquisto e appalti» è anche individuata come priorità per le autorità amministrative indipendenti.

¹¹ D.lgs. n. 16/2006, art. 33, comma 3-bis, ove sono richiamate le unioni dei Comuni di cui all'art. 32, d.lgs. n. 267/2000, gli accordi consortili tra Comuni o alle stesse Province quali alternative al ricorso ai «soggetti aggregatori».

¹² D.lgs. n. 16/2006, art. 33, comma 3-bis. Tale comma era stato introdotto con d.l. n. 201/2011, art. 23, comma 4, convertito con modificazioni in l. n. 214/2011. L'entrata in vigore di tale norma, originariamente prevista per le gare bandite successivamente al 31 marzo 2012, è stata successivamente prorogata più volte. Attualmente il d.l. n. 90/2014, cit., art. 23-ter, comma 1, convertito con modificazioni in l. n. 114/2014, individua l'entrata in vigore nel 1° gennaio 2015 per i contratti di beni e servizi e dal 1° luglio 2015 per i contratti di lavori.

¹³ L'originaria previsione introdotta nel 2011 prevedeva limitazioni alla capacità contrattuale per i Comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti. Successivamente il presente comma è stato modificato con d.l. n. 95/2012, art. 1, comma 4, convertito con modificazioni in l. n. 135/2012, con l. n. 147/2013, art. 1, comma 343, con il d.l. n. 66/2014, cit., art. 9, comma 4, convertito con modificazioni in l. n. 89/2014 e da ultimo con d.l. n. 90/2014, cit., artt. 23-bis e 23-ter, convertito con modificazioni in l. n. 114/2014.

tivi per evitare rischi di aggravamento di inefficienze, ritardi e sprechi¹⁴.

Sul piano qualitativo i nuovi modelli di aggregazione richiedono differenti professionalità che risultano necessarie a esercitare tale nuova «funzione appalti»¹⁵.

Non si tratta solo di rimarcare la differenza tra esercizio di funzioni e servizi il cui prodotto è rivolto agli utenti (ad esempio urbanistica, edilizia, servizi pubblici, ecc.), da funzioni e servizi di supporto alla persona giuridica pubblica (ad esempio appalti pubblici, concorsi, ufficio personale, ecc.), ma di comprendere che vi sono professionalità necessarie all'esercizio di ogni funzione o servizio, a ciascuno peculiari, la mancanza delle quali vale inadeguatezza dell'ente all'esercizio della funzione o servizio, che integra non solo il vizio di incompetenza o difetto di attribuzione, ma che costituisce vero e proprio parametro di costituzionalità delle leggi statali e regionali difformi¹⁶. In tale contesto normativo, le centrali di committenza non sono solo una risposta di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, ma assurgono a modalità strutturale minima affinché le amministrazioni possano, a un tempo, continuare a eserci-

¹⁴ Cfr. Conferenza Stato-città e autonomie locali, *Intesa sulla centrale unica di committenza per i Comuni non capoluogo di Provincia ai sensi dell'art. 9, comma 4 del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66 convertito con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89*, 10 luglio 2014; Autorità nazionale anticorruzione, comunicazione del presidente relativa all'*Applicazione dell'art. 9, comma 4, del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito con modifiche, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89. Problematiche relative al rilascio del Cig ai Comuni non capoluogo di Provincia*. Cfr. anche d.l. n. 133/2014, *Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive*.

¹⁵ Oecd, *Draft Recommendation of the Council on Public Procurement*, 2014, cit., raccomandazione n. VII, in cui si suggeriscono anche approcci collaborativi con centri di ricerca (Università) o strutture dotate di specifiche competenze. Queste forme di cooperazione possono aumentare anche la professionalità dei funzionari pubblici coinvolti nell'attività contrattuale.

¹⁶ Cost., art. 118, comma 1.

tare servizi e funzioni all'utenza, delegando o accorpando l'approvvigionamento di beni, servizi e lavori a enti con adeguata capacità professionale, di cui sono prive¹⁷.

Le centrali di committenza sono chiamate ad assumere un ruolo nuovo come strutture complesse a elevata professionalità, capaci – grazie alla presenza delle professionalità adeguate – di operare sul mercato europeo, creando anche sinergie tra centrali di diversi Stati membri che permettono di accrescere nettamente le capacità e consentire un'effettiva riqualificazione della spesa pubblica. Capacità, dunque, di avere risorse umane con elevate professionalità e uso di strumenti elettronici e sistemi informativi di contrattazione, che sono di per sé mezzi idonei ad assicurare la trasparenza e l'*accountability* dei funzionari pubblici¹⁸.

Il rischio da evitare è che l'aggregazione si traduca in una mera sommatoria di gare e unificazione di risorse umane che, ove non adeguatamente riqualificate, non potranno che rimanere inadeguate al cambiamento. L'aggregazione favorisce inoltre l'utilizzo su larga scala di nuovi strumenti contrattuali quali gli accordi quadro che aprono a differenti configurazioni, capaci di conformare una risposta contrattuale differenziata in ragione dei caratteri dei mercati di riferimento. Un'attenta articolazione in lotti merceologici e territoriali può consentire un incentivo alla partecipazione delle imprese anche piccole e può assicurare lo sviluppo della concorrenza e della qualità delle prestazioni. Per alcune tipologie merceologiche può essere utilizzato il sistema dinamico di acquisizione¹⁹ per consentire in

¹⁷ G.M. Racca, *Le prospettive dell'aggregazione nell'amministrazione dei contratti pubblici*, in «Apertacontrada», 15 gennaio 2014, in <http://www.apertacontrada.it/2014/01/15/le-prospettive-dellaggregazione-nellamministrazione-dei-contratti-pubblici/>.

¹⁸ G.M. Racca, *The Electronic Award and Execution of Public Procurement*, in «Ius Publicum Network Review», n. 4, 2012, in <http://www.ius-publicum.com/pagina.php?lang=it&pag=articoli>; Oecd, *Draft Recommendation of the Council on Public Procurement*, 2014, cit., raccomandazione n. VI.

¹⁹ In Italia il sistema dinamico di acquisizione ha trovato utilizzo in

ogni momento l'ingresso di nuovi operatori. Per particolari settori possono svilupparsi i partenariati per l'innovazione²⁰ come strumento per favorire la realizzazione e commercializzazione di prodotti innovativi soprattutto da parte delle Pmi.

Le recenti misure sulla competitività e la giustizia sociale²¹ introducono un modello nuovo di relazioni tra pubbliche amministrazioni e centrali di committenza (definite come soggetti aggregatori)²² che tende a superare la diffusa e piena autonomia contrattuale. L'adeguatezza del livello amministrativo a competente a svolgere la funzione appalti diventa essenziale per perseguire una maggiore efficienza e conseguire i risparmi di spesa richiesti al settore pubblico²³, senza ridurre la scelta e la qualità dei servizi erogati.

Se a livello nazionale si è constatata l'inadeguatezza di numerose amministrazioni aggiudicatrici a svolgere la funzione appalti il confronto con le esperienze europee può rendere ancora più evidente e perciò accettabile, il cambiamento, poiché è la necessità di una scala di mercato europeo di più di 500 milioni di abitanti a richiedere un più esteso ambito di *benchmarking* e di attuazione di modelli integrati di centrali di committenza transfrontaliere di cui è fondamentale che l'Italia sia parte attiva e non subisca l'iniziativa di altri.

La messa a disposizione di attività di «centralizzazione delle committenze» (cioè di accordi quadro aggiudicati individualmente ovvero in sinergia tra centrali ubicate in differenti Stati membri) consente alle amministrazioni ita-

gare caratterizzate da un elevato numero di lotti, come ad esempio in relazione all'acquisto di farmaci.

²⁰ Direttiva n. 24/2014/UE, art. 26.

²¹ D.l. n. 66/2014, cit., art. 9, convertito con modificazioni dalla l. n. 89/2014.

²² D.l. n. 66/2014, cit., art. 9.

²³ Istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale, Itaca, *Prima lettura delle nuove norme in materia di appalti pubblici contenute nel d.l. n. 66 del 2014*, 2014, accessibili in <http://www.itaca.org/>.

liane di trovare un'alternativa alle centrali nazionali e, al contempo, obbliga queste ultime a confrontarsi in un mercato europeo, aprendo anche in Italia a una competizione tra amministrazioni aggiudicatrici e in ultima analisi a un confronto diretto tra gare sugli stessi prodotti, che pone in evidenza l'enucleazione di una gara delle gare o gara di secondo livello come futura modalità di acquisto.

I modelli di aggregazione diffusi in Europa consentono di riconsiderare l'intero processo di approvvigionamento pubblico razionalizzando i costi a essa connessi, senza incidere sulla qualità delle prestazioni rese agli utenti della pubblica amministrazione²⁴.

Tale fenomeno è particolarmente evidente nel settore sanitario che incide significativamente sul bilancio pubblico. L'esperienza di coordinamento della domanda pubblica nel settore sanitario in Francia ha già consentito di evidenziarne i significativi vantaggi organizzativi e qualitativi. A livello nazionale si assiste alla realizzazione di reti tra strutture sanitarie basate sulla ripartizione e specializzazione dell'attività contrattuale secondo precise filiere merceologiche²⁵. Ogni filiera è coordinata da un membro della rete che svolge la procedura di scelta del contraente per

²⁴ G.M. Racca e R. Cavallo Perin, *Organizzazioni sanitarie e contratti pubblici in Europa: modelli organizzativi per la qualità in un sistema di concorrenza*, in A. Pioggia, S. Civitarese Matteucci, G.M. Racca e M. Dugato (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2011, p. 194.

²⁵ L'UniHA, con un ammontare di acquisti pari a circa 2 miliardi di euro nel 2013, è una rete che comprende 58 strutture sanitarie presenti su tutto il territorio nazionale. L'attività di coordinamento degli acquisti prevede l'individuazione di una struttura capofila per ogni settore merceologico che svolge la procedura a evidenza pubblica anche in favore degli altri membri della rete mediante l'elaborazione di capitolati di appalto condivisi. Cfr. G.M. Racca e S. Ponzio, *La mutualisation des achats dans le secteur de la santé publique: les centrales d'achat et les accords-cadres dans une perspective comparative*, in «Droit Administratif», 2011, pp. 9-10; B. Carriere, *UniHA Stratégies, organisation, résultats*, relazione al IV Symposium International - Assiaps, 22-24 maggio 2014.

tutti i membri della rete interessati²⁶. Si sviluppano forme di coordinamento regionale degli acquisti nella forma di *groupement de commande*²⁷, e nelle attività di centrali di committenza che vieppiù si collegano in forme di cooperazione e *alliance* con le strutture sanitarie²⁸ e in ambito internazionale attraverso forme di cooperazione europea²⁹, al fine di individuare modelli organizzativi innovativi ed efficienti di scelta del contraente per assicurare la migliore qualità delle prestazioni. Le nuove direttive favoriscono forme di collaborazione che permettono l'aggregazione della domanda pubblica per assicurare risparmio di spesa, qualità e innovazione. Tali modelli di aggregazione possono aprire nuovi mercati alle imprese anche piccole e medie favorendo il superamento delle barriere linguistiche e giuridiche alla partecipazione a tali gare, adeguatamente articolate in lotti.

²⁶ S. Ponzio, *I modelli organizzativi di «mutualisation» degli acquisti nel settore sanitario e ospedaliero in Francia per la modernizzazione e professionalizzazione della «fonction achat»*, in A. Pioggia, S. Civitarese Matteucci, G.M. Racca e M. Dugato (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, cit., pp. 263-264.

²⁷ Il Resah-Idf è sorto come *groupement de commande* con competenza territoriale limitata alle strutture sanitarie del dipartimento dell'Île-de-France. Tale struttura, mediante una *convention de mise à disposition* consente alle strutture sanitarie interessate di fruire delle condizioni contrattuali indicate nell'accordo quadro concluso dal Resah-Idf. Nel 2013, a livello di dipartimento, sono stati realizzati acquisti pari a circa 1,5 miliardi di euro. Cfr. D. Legouge, *Secteur hospitalier et médico-social public: vers de nouvelles stratégies d'achat de groupe*, in «Contrats publics», juillet-août 2010, pp. 44-45.

²⁸ Il Resah-Idf nel 2011 si è dotato della forma giuridica di centrale di committenza per superare la limitazione territoriale del *groupement de commande*. Cfr. Apm International, *Achats hospitaliers: création du réseau collaboratif Alliance-groupements*, 9 novembre 2012, in http://www.resah-idf.com/sites/default/files/files/APM_9_novembre.pdf; M. Rodolphe Rayssac e G. Casanovas, *Créer une centrale d'achat: quels avantages?*, in «achatpublic.info», 23 gennaio 2013.

²⁹ D. Legouge, *Achats hospitaliers et coopération européenne: l'expérience du Resah*, relazione al IV Symposium International - Assiaps, 22-24 maggio 2014; O. Bonin, *Les achats publics hospitaliers font leur union européenne*, 22 maggio 2013, in <http://infos.gazette-sante-social.fr/3731/les-achats-publics-hospitaliers-font-leur-union-europeenne>.

3. L'innovazione normativa

Sotto altro profilo appare difficile giustificare e rendere comprensibile in ambito europeo un recepimento di meno di 90 articoli della direttiva europea appalti con i 616 articoli del vigente codice dei contratti pubblici e del regolamento attuativo articoli, peraltro anche modificati 144 volte in 7 anni. La comparazione con i circa 300 articoli di Spagna e Francia e i 49 articoli della Gran Bretagna evidenzia la barriera giuridica alla realizzazione di un mercato interno. L'idea di un diritto nazionale così peculiare caratterizzato inoltre dalla cristallizzazione di alcuni indirizzi giurisprudenziali, talora di esclusivo gusto processuale, rischia di contornare il nostro diritto positivo di una cultura talora bizantina che lo espone a censure di elusione dei principi europei e costituisce una barriera alla partecipazione³⁰. In particolare relativamente all'esteso contenzioso che riconosce l'annullamento delle procedure di gara per ogni violazione anche priva di effettiva rilevanza sull'esito della selezione³¹.

³⁰ Cfr. anche Oecd, *Draft Recommendation of the Council on Public Procurement*, 2014, cit., raccomandazione n. III.

³¹ Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, in cui è dichiarata illegittima la previsione del bando di gara che dispone l'esclusione dalla procedura di scelta del contraente nel caso di inosservanza di una previsione meramente formale. Nel caso di specie l'esclusione dell'impresa risultata aggiudicataria provvisoria è stata disposta a causa della mancata inclusione nelle buste contenenti l'offerta di un valido documento di identità del proprio legale rappresentante (come veniva richiesto dal disciplinare di gara). Cfr. anche: Cons. Stato, Ad. Plen., 16 ottobre 2013, n. 23, in relazione all'individuazione dei soggetti nei cui confronti deve essere effettuato l'accertamento dei requisiti di moralità per l'ammissione alla gara; Cons. Stato, Ad. Plen., 22 aprile 2013, n. 8, ove in relazione alla necessità di aprire l'obbligo della stazione appaltante di aprire in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche (già indicata in Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 13) individuando l'ambito temporale di applicazione. *Contra* in Cgce, 19 giugno 2003, *Werner Hackermüller*, in C-249/01, in cui la Corte ritiene che le procedure di ricorso previste dal diritto europeo siano accessibili ai soggetti che vogliono ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico soltanto se esse siano state o rischino

L'occasione del recepimento delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni richiede una delega ampia per una radicale semplificazione normativa per una piena valorizzazione degli strumenti di semplificazione previsti nella nuova disciplina europea³². Una *smart regulation* in materia di contratti pubblici capace di ridurre i «fattori di complicazione» e il rischio di distorsione del sistema a danno delle imprese corrette e dei cittadini.

La «digitalizzazione» con adozione di un portale unico nazionale per l'esercizio delle procedure d'appalto e l'esecuzione contrattuale, a mezzo di strumenti informatici interoperabili che assicurino la conoscenza, lo scambio e il raffronto dei dati delle diverse amministrazioni pubbliche e coordinare gli adempimenti di pubblicità può costituire un utile strumento per semplificare l'attività delle amministrazioni aggiudicatrici. Ciò può consentire di monitorare in particolare tempi e qualità delle

di essere lese attraverso la violazione da loro denunciata. Nel diritto francese cfr., in relazione al *référé précontractuel* Conseil d'Etat, 3 ottobre 2008, n. 305420, *Syndicat mixte intercommunal de résiliation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe - Smirgeomes*, con cui si prevede che un ricorso possa essere validamente proposto unicamente se volto a rilevare vizi suscettibili di ledere la posizione del ricorrente (e non qualsiasi violazione alle obbligazioni di pubblicità e concorrenza). In relazione al contenzioso sul contratto cfr. Conseil d'Etat, 28 dicembre 2008, n. 304802, *Béziers I*, sulla cui base al giudice non deve dichiarare in maniera meccanica l'annullamento del contratto, ma gli attribuisce poteri più ampi al fine di tutelare l'interesse generale. Con la pronuncia Conseil d'Etat, 21 marzo 2011, n. 304806, *Béziers II*, il giudice, nel valutare la legittimità del provvedimento di risoluzione di un contratto e per determinare se vi è motivo di aderire alla richiesta di riprendere il rapporto contrattuale, deve valutare, tra gli altri elementi, la gravità dei vizi riscontrati.

³² In tal senso sembra porsi la previsione contenuta nel testo di *Delega al governo per l'attuazione della direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE e della direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE*, è stato discusso durante il Consiglio dei ministri del 29 agosto 2014.

gare, con riduzione degli oneri per le imprese. L'attuazione del *Documento di gara unico europeo*³³ e l'utilizzo di banche dati interoperabili (*e-Certis*) costituiranno strumenti di semplificazione per amministrazioni e imprese. I nuovi strumenti permetteranno di monitorare il *rating* della *performance* e la *reputation* degli operatori economici, indicando i requisiti adeguati per la partecipazione alle gare, magari superando le costose forme di garanzia tramite fideiussione bancaria o assicurativa.

La legge di delegazione per il recepimento delle nuove direttive discusso in Consiglio dei ministri individua nella «razionalizzazione del quadro normativo», nella «semplificazione e armonizzazione delle disposizioni» due criteri di attuazione per la semplificazione dei procedimenti di scelta del contraente. La «promozione di soluzioni innovative», è individuata quale elemento essenziale per il perseguimento di tali criteri. Le «soluzioni innovative» andrebbero peraltro riferite innanzitutto alle modalità organizzative e agli strumenti contrattuali previsti per la scelta del contraente³⁴. «La riduzione degli oneri documentali» e la «revisione del vigente sistema di qualificazione degli operatori economici» richiedono «omogeneità e la trasparenza» e possono permettere la valutazione di «criteri reputazionali» aventi anche a oggetto «il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione di contratti eseguiti». Simili innovazioni richiedono strutturali forme di aggregazione realizzate con adeguate professionalità e specifiche forme di coordinamento e monitoraggio.

4. *L'innovazione per la riduzione del contenzioso*

L'innovazione della funzione appalti richiede anche un profondo ripensamento della funzione giurisdizionale

³³ Direttiva n. 24/2014/UE, Considerando n. 84 e art. 59.

³⁴ Commissione UE, *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, cit., 37.

sulla selezione del contraente e sull'esecuzione del contratto. L'attuale disciplina attribuisce all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici – Avcp (oggi Autorità nazionale anticorruzione, Anac)³⁵ la funzione di comporre le controversie insorte in fase di scelta del contraente³⁶. Il carattere consultivo e non vincolante del parere ne hanno ridotto l'utilizzo.

I 212 pareri rilasciati in sede precontenziosa dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici nel 2012³⁷ devono essere confrontati con i 3.164 ricorsi presentati in primo grado nel 2013 in materia di appalti pubblici e i 1.179 appelli innanzi al Consiglio di Stato³⁸.

La deflazione del contenzioso giurisdizionale perseguita con l'introduzione³⁹ dell'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale⁴⁰ non ha sortito gli effetti sperati. Tale previsione impone infatti agli operatori economici che intendano proporre ricorso giurisdizionale avverso provvedimenti della stazione appaltante di informare quest'ultima indicando i presunti vizi di illegittimità, consentendo alla stazione appaltante di intervenire in via di autotutela. Anche questo strumento, privo di

³⁵ D.l. n. 90/2014, cit., art. 19, comma 1, convertito con modificazioni in l. n. 114/2014, che ha disposto la soppressione dell'Autorità per la vigilanza dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Avcp), di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 163/2006 e la decadenza dei relativi organi, che i compiti e le funzioni svolti dalla soppressa Autorità sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione (Anac).

³⁶ D.lgs. n. 163/2006, art. 6, comma 7, lett. n).

³⁷ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, *Relazione annuale 2012*, 17 luglio 2013, p. 235. I dati riportati dall'Avcp individuano il numero di pareri di precontenzioso rilasciati nel 2011 in 239, nel 2010 in 226 e nel 2009 in 160.

³⁸ Consiglio di Stato, Ufficio informatica. Dati riportati in «Il Sole 24 Ore», 10 febbraio 2014, p. 8.

³⁹ D.lgs. n. 53/2010, *Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici*, art. 6. Successivamente modificato a opera del Codice del processo amministrativo, d.lgs. n. 104/2010.

⁴⁰ D.lgs. n. 163/2006, art. 243-bis.

coordinamento con l'attività di precontenzioso non pare aver sensibilmente ridotto i ricorsi giurisdizionali⁴¹.

Il contenzioso giurisdizionale in Italia in materia di appalti, che da alcuni è stato addirittura elevato a un «costo» di 2 punti di Pil, risulta in altri ordinamenti molto più ridotto⁴². Al pari di altri ordinamenti giuridici, l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, andrebbe ammesso solo per violazioni rilevanti sull'esito della selezione, con effetto limitativo della proposizione di ricorsi spesso fondati sul mancato rispetto di formalità irrilevanti sull'esito della selezione⁴³.

La previsione di strumenti di precontenzioso potrebbe assicurare la deflazione del contenzioso innanzi al giudice amministrativo con la «razionalizzazione dei modi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale» anche relativamente all'esecuzione⁴⁴.

La riorganizzazione della funzione acquisti mediante la riduzione del numero di amministrazioni aggiudicatrici e l'individuazione di strutture professionalmente adeguate con aggregazione delle procedure selettive costituirà utile strumento anche per definire modelli contrattuali innovativi e trasparenti capaci di ridurre il contenzioso.

⁴¹ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, *Relazione annuale 2012*, p. 17.

⁴² In Francia i ricorsi presentati innanzi ai *tribunaux administratifs* sono stati 6.045 nel 2013, ma gli appelli innanzi al Conseil d'État sono stati solo 331. In Spagna il contenzioso conta 1.067 casi, in Germania 817 e poche unità in Gran Bretagna.

⁴³ Cfr. d.lgs. n. 163/2006, art. 6, comma 1. In giurisprudenza: Cons. Stato, sez. V, 15 novembre 2010, n. 8042; Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2013, n. 234; Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2013, n. 1122; Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2013, n. 4370; Cons. Stato, sez. III, 28 novembre 2013, n. 5694; Cons. Stato, sez. III, 24 giugno 2014, n. 3198; Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9. In dottrina: S. Ponzio, *I limiti all'esclusione dalle gare pubbliche e la regolazione documentale*, in «Foro amm. C.d.S.», 2011, p. 2464; F. Riso, *Il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche e il potere di «soccorso istruttorio»*, in «Foro amm. C.d.S.», 2013, p. 2528.

⁴⁴ Cfr. il testo di delega al governo per l'attuazione delle direttive UE discusso durante il Consiglio dei ministri del 29 agosto 2014.

5. Le strategie organizzative e contrattuali per l'innovazione

Strumenti contrattuali innovativi possono promuovere lo sviluppo di imprese innovative⁴⁵. Dal lato delle imprese, infatti, l'aggregazione della domanda pubblica europea offre nuove opportunità di partecipare a gare europee, strutturate in lotti territoriali, merceologici o di diverse tipologie e valori, idonei a favorire la partecipazione e la crescita delle piccole e medie imprese e tra esse delle più innovative. Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici consentono tale sviluppo⁴⁶ e di recente l'Università degli Studi di Torino ha partecipato all'elaborazione del primo progetto di acquisto transfrontaliero che ha permesso all'Italia una prima sperimentazione di aggregazione della domanda pubblica europea e di accompagnamento degli operatori economici italiani alla partecipazione a un *joint procurement* europeo. Il progetto *Healthy Ageing and Public Procurement of Innovation* (Happi) – finanziato dalla Commissione europea – DG Impresa⁴⁷, realizza una prima concreta esperienza di collaborazione tra le centrali di committenza in sanità di Francia, Italia, Gran Bretagna, Belgio, Lussemburgo, Spagna e Austria, aperta anche all'adesione delle amministrazioni aggiudicatrici di altri Stati europei. Il primo acquisto aggregato a livello europeo riguarda soluzioni innovative per l'invecchiamento attivo e in buona

⁴⁵ Cfr. *Guidance for Public Authorities on Public Procurement of Innovation*, 2014, in <http://www.innovation-procurement.org/about-ppi/guidance/>.

⁴⁶ Direttiva 2014/24/UE, Considerando n. 73 e art. 39, che disciplina espressamente gli appalti che coinvolgono amministrazioni aggiudicatrici di Stati membri diversi, al fine di facilitare la cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici e accrescere i vantaggi del mercato interno creando opportunità commerciali transfrontaliere per i fornitori e i prestatori di servizi.

⁴⁷ *Healthy Ageing and Public Procurement of Innovation*, www.happi-project.eu. Il progetto è stato finanziato nell'ambito della call *Public Procurement for Innovation* (PPI) Call ENT/CIP/11/C/N02C011.

salute, la c.d. *silver economy* ed è stato preceduto da un'accurata analisi di mercato.

L'esperienza del progetto Happi può dirsi un'anticipazione o una prima attuazione dei modelli previsti dalle recenti direttive europee per le centrali di committenza⁴⁸ le quali possono agire come grossisti (che effettuano direttamente gli acquisti per rivendere), oppure che agiscono come intermediari (mettendo a disposizione delle pubbliche amministrazioni accordi quadro, o svolgendo gare in nome e per conto di terzi).

L'intermediazione può inoltre avvenire in nome e per conto delle committenti, in ottemperanza di istruzioni e impegni vincolanti, ovvero senza un preciso impegno all'acquisto, dunque «senza istruzioni particolareggiate dalle amministrazioni aggiudicatrici»⁴⁹. Proprio quest'ultimo modello può risultare di interesse ove si intenda avere di tutti i beni un valore di riferimento che non è ancora un prezzo, perché non oggetto di un'obbligazione corrispettiva a una prestazione oggetto di appalto, il quale segue normalmente ciò che si configura come accordo quadro, che, di per sé, esclude la possibilità di acquisto di beni o servizi a prezzi superiori.

Nel modello della sanità inglese la centrale di acquisto nazionale⁵⁰ realizza accordi quadro sulle principali tipologie merceologiche di beni e servizi (circa 500 mila tipologie di beni, con l'esclusione dei farmaci), anche non strettamente sanitarie (ad esempio beni per lo svolgimento del servizio mensa, arredi), utilizzate dalle strutture sanitarie, e lascia alle singole organizzazioni sa-

⁴⁸ Direttiva 24/2014/UE, artt. 2, comma 14, 15, 16 e 37-39, cfr. anche direttiva 25/2014/UE, artt. 2, comma 10, 11, 12 e 55-57.

⁴⁹ Direttiva 24/2014/UE, Considerando n. 69.

⁵⁰ *Nhs Supply Chain* è creata come forma di partenariato-pubblico-privato costituito nel 2006 (il Ppp ha durata decennale, prorogabile di 5 anni) tra *Nhs Logistics* (oggi *Nhs Business Service Authority*) e la *Dhl* (socio privato scelto mediante procedura ad evidenza pubblica), svolge non solo l'attività di approvvigionamento, ma altresì servizi di consulenza, analisi di mercato, e la gestione degli approvvigionamenti (inclusa la logistica).

nitarie (*Nhs Hospital Trusts* e *Nhs Foundation Trusts*) la possibilità di scegliere senza porre obblighi di adesione⁵¹. I *Trusts* possono effettuare acquisti mediante accordi quadro conclusi da *Nhs Supply Chain*⁵², direttamente o mediante un rilancio competitivo, oppure le organizzazioni sanitarie possono svolgere una gara per i propri associati al fine di ottenere condizioni migliori. I *Trusts* possono anche realizzare forme alternative di coordinamento tra di loro (*Collaborative Procurement Organizations, Cpo*, poi *Collaborative Procurement Hubs, Cph*) per l'acquisizione di beni e servizi. Nelle nuove direttive europee si rinviene il riconoscimento esplicito di questa possibilità ove si chiarisce che è principio del diritto dell'Unione europea l'utilizzazione delle attività di centrali di committenza di altri Stati membri⁵³. Questi ultimi infatti non possono vietare alle proprie amministrazioni aggiudicatrici (o enti aggiudicatori) di fruire delle attività offerte da centrali di committenza ubicate in altro Stato membro, specificando così il principio generale dell'ordinamento dell'Unione europea relativo alla creazione di un mercato unico e alla tutela della concorrenza al suo interno, che assume rilievo proprio con riferimento ad appalti pubblici di interesse sovranazionale.

La fonte di tale cooperazione tra amministrazioni degli Stati membri è stata, dalle tradizioni giuridiche nazionali, individuata da tempo negli accordi tra amministrazioni stesse. La citata direttiva ne riprende l'enunciato stabilendo che, salvo trattati internazionali, gli accordi tra amministrazioni debbono prevedere gli elementi essenziali

⁵¹ D. Casalini, *Le forme di aggregazione degli acquisti sanitari in Gran Bretagna*, in A. Pioggia, S. Civitarese Matteucci, G.M. Raccia e M. Dugato (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, cit., p. 194.

⁵² *Nhs Supply Chain*, svolge la propria attività sia effettuando acquisti diretti di beni, rivendendoli ai *Trusts* (agendo come grossista), sia come intermediario limitandosi a concludere l'accordo quadro.

⁵³ Direttiva 24/2014/UE, art. 39, comma 2 e direttiva 25/2014/UE, art. 57, comma 2.

del rapporto⁵⁴. Si tratta dell'applicazione del principio di cooperazione amministrativa che consente di «sostenere gli sforzi degli Stati membri volti a migliorare la loro capacità amministrativa di attuare il diritto dell'Unione»⁵⁵.

Il riferimento in Italia è agli accordi tra amministrazioni pubbliche, disciplinati dalla legge generale sull'attività amministrativa, per la quale è prevista la giurisdizione esclusiva con riferimento alla formazione, conclusione ed esecuzione dell'accordo⁵⁶. In quanto principio dell'ordinamento dell'Unione europea, lo stesso si afferma come immediatamente applicabile negli ordinamenti degli Stati membri, sicché la norma nazionale d'attuazione assume rilievo unicamente in quanto consente agli Stati membri di precisare le attività alle quali le rispettive amministrazioni aggiudicatrici possono ricorrere⁵⁷.

La determinazione delle responsabilità e delle relative disposizioni nazionali è stabilita nell'accordo fra i *partner* del progetto, anche con riferimento alla disciplina applicabile in materia di ricorsi, e nel caso di costituzione di un Gruppo europeo di cooperazione territoriale⁵⁸ verrebbero integrate le norme europee in materia di (conflitto di leggi) diritto internazionale privato⁵⁹ consentendo di scegliere di applicare un diritto diverso anche all'esecuzione del contratto.

Le amministrazioni aggiudicatrici appartenenti a Stati membri diversi possono istituire soggetti giuridici congiunti ai sensi del diritto nazionale o dell'Unione⁶⁰. Poco

⁵⁴ Direttiva 24/2014/UE, art. 39.

⁵⁵ Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, art. 197.

⁵⁶ L. n. 241/1990, art. 15.

⁵⁷ Direttiva 24/2014/UE, art. 39, par. II; art. 2, par. I, punto 14, lett. a) e b), in relazione all'attività di grossista o di intermediario svolte dalle centrali di committenza.

⁵⁸ Regolamento 1082/2006/CE, relativo a un gruppo europeo di cooperazione territoriale (Gect), come modificato dal regolamento 1302/2013/UE.

⁵⁹ Direttiva 24/2014/UE, Considerando n. 73, che richiama il regolamento 593/2008/CE, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali c.d. Roma I.

⁶⁰ Direttiva 24/2014/UE, art. 39, par. V.

dopo l'entrata in vigore della nuova direttiva in materia di appalti pubblici l'Italia ha introdotto norme che possono essere considerate di prima attuazione della direttiva stessa e di alcuni enunciati costituzionali che parevano relegati a norme programmatiche⁶¹. L'interpretazione conforme al dettato costituzionale sull'adeguatezza delle strutture di destinazione delle funzioni impone di sanzionare con la nullità per difetto assoluto di attribuzione lo svolgimento delle funzioni di centrale di committenza a unioni, consorzi, o soggetti aggregatori regionali, e fors'anche Province, che non abbiano la capacità professionale, di risorse umane e strumentali sufficienti per la gara e la stipula di determinati contratti, ivi compresa l'indispensabile analisi di mercato e attività di *benchmarking*. L'adeguatezza e la professionalità delle strutture chiamate a svolgere la funzione acquisto costituiscono elementi essenziali in quanto posti a garanzia della correttezza del loro operato e del rispetto della disciplina europea⁶². L'individuazione delle strutture deputate a svolgere la funzione di acquisto consente di pianificare e programmare non solo la procedura di gara, ma l'intero *public procurement cycle*, razionalizzando la spesa pubblica⁶³. La rilevanza della trasparenza, come strumento per raccogliere dati sull'attività delle amministrazioni pubbliche, e consentire il *benchmarking* tra gli stessi è una delle raccomandazioni indicate a livello internazionale per garantire l'integrità del *public procurement cycle*. Tali attività sono ulteriormente semplificate e rese più efficienti dal corretto utilizzo di strumenti IT⁶⁴ e dalla valutazione periodica dei dati elaborati, anche al fine di verificare la per-

⁶¹ D.lgs. n. 163/2006, art. 33, comma 3-bis.

⁶² Direttiva 24/2014/UE, Considerando n. 70, 75 e 78.

⁶³ Oecd, *Draft Recommendation of the Council on Public Procurement*, 2014, cit., raccomandazione n. XII.

⁶⁴ Oecd, *Draft Recommendation of the Council on Public Procurement*, 2014, cit., raccomandazione n. II, ove nel suggerire l'utilizzo di strumenti *on-line*, si riporta la necessità di garantire pieno accesso alle informazioni da parte degli operatori economici e la società civile.

formance dell'attività svolta⁶⁵. Nell'esperienza europea, la sanità emerge sempre più come settore in cui è necessaria una specifica adeguatezza delle centrali di committenza (ad esempio Francia e Gran Bretagna) e ciò in ragione dell'ampiezza degli ambiti o bacini delle amministrazioni che ne sono partecipi, sicché al crescere dei territori o amministrazioni di riferimento si definisce un carattere sempre più specializzato per settori merceologici.

6. *La semplificazione per l'integrità e l'efficienza dei contratti pubblici*

I fatti più recenti (Expo 2015, Mose) hanno chiarito che il formalismo delle gare è del tutto compatibile con la capacità delle imprese di saperne orientare i risultati, addirittura con puntigliosa minuzia, sia nella formulazione degli atti di gara (bandi, capitolati, ecc.) sia nell'attribuzione dei punteggi di qualità e prezzo, le stesse formule matematiche lasciano perplessi gli specialisti degli algoritmi⁶⁶. Nessuna parità di trattamento può rendere necessari requisiti che si rivelino inutili, e in tal senso la dottrina e la giurisprudenza di un tempo correttamente avevano pensato alla categoria delle semplici irregolarità ogniquale si trattasse di prescrizione – anche legislativa – ritenuta alla prova dei fatti irrilevante⁶⁷.

Eccessi di formalismo e astrattezza si configurano nel confronto tra ordinamenti come tentativo ultimo, elusivo dei principi europei di non discriminazione e parità di

⁶⁵ Oecd, *Draft Recommendation of the Council on Public Procurement*, 2014, cit., raccomandazione n. VIII.

⁶⁶ M. Pignatti, *Le metodologie per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in «Foro Amm. C.d.S.», 2013, pp. 1525-1542.

⁶⁷ Ad esempio in applicazione dell'art. 21-octies, comma 2, l. n. 241/1990. Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9 e Conseil d'Etat, 3 ottobre 2008, n. 305420, *Syndicat mixte intercommunal de résiliation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe*.

trattamento e nel prossimo futuro non agevoleranno la scelta del diritto italiano come disciplina di riferimento e ancor prima la sede italiana delle centrali di committenza transfrontaliere. La questione non è dunque di poco conto e non può più essere considerata come uno strumento improprio di protezione delle nostre imprese, almeno nel mercato nazionale, poiché è ormai chiaro che il confronto tra prezzi praticati sugli stessi beni in sanità non consentirà più di frapporre i confini nazionali come valore di un esoso sovrapprezzo. Valori pari al 25, talora 35%, sono differenziali insostenibili proprio ora che percentuali minori sono indicate come obiettivi di razionalizzazione della spesa pubblica. Al contrario la partecipazione delle nostre imprese alle gare indette dalle nostre centrali di committenza e da quelle di ordinamenti di altri Stati membri mettono a confronto il nostro diritto sostanziale e processuale con quello d'altri.

La globalizzazione dei mercati pone in competizione gli stessi ordinamenti giuridici, tra cui è di rilievo in Italia la disciplina del processo che dirime le controversie in materia d'appalti pubblici e il sistema di giustizia amministrativa che al Consiglio di Stato fa capo.

Troppe volte si sono invocate norme generali e astratte, la necessità di riforme dell'amministrazione, che dal 1997 in poi non sono mancate, con enunciati sull'efficienza, efficacia ed economicità, di cui sono pieni i trattati, al pari delle richieste di informatizzazione dei procedimenti e atti amministrativi⁶⁸. Già più di 20 anni or sono, si prevedeva in legge che «Gli atti amministrativi adottati da tutte le pubbliche amministrazioni sono di norma predisposti tramite i sistemi informativi automatizzati»⁶⁹. Ciò che è mancato del diritto astratto è la sua ferma e concreta applicazione, soprattutto perché la fruizione è oggi notevolmente facilitata dalle innovazioni tecnologiche.

⁶⁸ Cfr. da ultimo: Oecd, *Draft Recommendation of the Council on Public Procurement*, 2014, cit.

⁶⁹ L. n. 39/1993, art. 3, comma 1.

Le nuove direttive contengono un impulso al ricorso alle comunicazioni elettroniche⁷⁰, quale espressione di una forte volontà del legislatore europeo di creare un sistema tendenzialmente basato sulla massima semplificazione, sull'immediatezza, sulla sicurezza e sulla standardizzazione dei processi comunicativo-informativi che involga anche la presentazione delle offerte e delle domande di partecipazione.

L'innovazione e l'uso delle tecnologie consentono di monitorare e di definire contratti tipici e relative procedure di aggiudicazione dei principali appalti di forniture di beni, ma anche di servizi e di lavori, secondo ciò che normalmente accade, ideando di essi norme imperative, ma anche dispositive di cui è possibile il monitoraggio e la valutazione della ragionevolezza della deroga a ciò che si è ritenuto lo *standard*⁷¹. Gli strumenti tecnologici favoriscono la trasparenza e consentono la vigilanza delle autorità di settore, ma anche delle imprese e delle associazioni di categoria che possono assumere funzioni simili a quelle degli ordini professionali (deontologia, ecc.), nonché dei cittadini e loro associazioni che di determinati servizi non sono solo gli utenti, ma frequentemente «i pagatori di ultima istanza» poiché tali beni e servizi sono – in tutto o in parte – a carico della fiscalità generale⁷².

Il ricorso a strumenti informatici e una maggiore trasparenza delle procedure di gara favorisce il controllo esterno. Un portale unico relativo alle gare può consentire il monitoraggio sulla selezione del contraente e nell'esecuzione anche da parte di terzi (università, imprese, associazioni, cittadini, *social witness* e *civic engagement*)

⁷⁰ Direttiva 24/2014/UE, art. 22 e direttiva 25/2014/UE, art. 40.

⁷¹ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Atto di segnalazione 21 maggio 2014, n. 3, *Direttive n. 2014/24/UE sugli appalti pubblici, n. 2014/25/UE, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e n. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione*; Oecd, *Draft Recommendation of the Council on Public Procurement*, 2014, cit., raccomandazione n. VI.

⁷² Oecd, *Draft Recommendation of the Council on Public Procurement*, 2014, cit., raccomandazione n. V.

relativi. La trasparenza dei dati relativi alle procedure d'appalto e dell'esecuzione contrattuale, consente l'implementazione di un vero e proprio *rating* della *performance* e della *reputation* degli operatori economici, e può consentire l'individuazione dei requisiti più adeguati per la partecipazione alle gare attenuando le esistenti e costose forme di garanzia di fideiussione bancaria o assicurativa⁷³.

Il controllo sull'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni, e il rispetto di principi etici favorisce la responsabilizzazione (*accountability*) dei funzionari pubblici e dei «decisori politici»⁷⁴. La «disciplina e onore» dei funzionari pubblici (onorari-politici e professionali) sono precetti costituzionali di sistema che costituiscono requisiti essenziali per il corretto esercizio delle funzioni a essi attribuite⁷⁵ che completa per costoro il generale obbligo di «fedeltà alla Repubblica» che si aggiunge a quello di osservare «la Costituzione e le leggi»⁷⁶. Trattandosi di un vincolo all'esercizio degli incarichi pubblici, la sua violazione vale anzitutto illecito amministrativo prima che civile e penale, che le leggi possono configurare come sanzioni amministrative sia pecuniarie sia a carattere interdittivo della possibilità temporanea o permanente di assumere o proseguire incarichi pubblici (*black list*, sospensione cautelare poi definitiva dalla partecipazione a procedure di gara, ecc.). Tali violazioni fanno venire meno il legame specifico di fiducia tra lo Stato e la comunità destinataria delle attività pubbliche.

⁷³ *White list* possono essere realizzate per consentire alle pubbliche amministrazioni di reperire informazioni sull'affidabilità degli operatori economici, cfr. D.I. Gordon e G.M. Racca, *Integrity Challenges in the EU and U.S. Procurement Systems*, in «Ius Publicum Network Review», n. 3/4, 2013, accessibile in <http://www.ius-publicum.com/pagina.php?lang=it&pag=articoli> e in G.M. Racca e C.R. Yukins (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, cit.

⁷⁴ Commissione UE, *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo. Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione*, 3 febbraio 2014, COM(2014)38.

⁷⁵ Art. 54, comma 2, Cost.

⁷⁶ Art. 54, comma 1, Cost.

L'applicazione dei principi di etica pubblica può comportare sanzioni reputazionali, che importano una riprovazione sociale, che fungono da deterrente e da strumento di prevenzione e contrasto alla corruzione⁷⁷. La trasparenza è principio essenziale per la realizzazione di tale quadro sanzionatorio, poiché il semplice accesso alle informazioni e l'utilizzo di strumenti informatici è garanzia indispensabile per l'effettività del sistema. Il contratto stipulato sulla base di un accordo corruttivo è nullo in quanto il motivo illecito è comune a entrambe le parti ed è stato quello che le ha esclusivamente determinate a concluderlo (art. 1345, c.c.).

Gli organi di governo e i funzionari pubblici⁷⁸ sono parti della contrattazione non solo perché la svolgono, ma anche perché sono chiamati in qualità di organi, prima gli uni e ora gli altri, ad autorizzare e poi stipulare il contratto. La corruzione può determinare la nullità del contratto per causa illecita (art. 1343, c.c.) oppure come motivo illecito comune e determinante della volontà di quelle parti di addivenire al *pactum sceleris* (art. 1345, c.c.), ma anche in ogni altro caso in cui – per derivazione dalla disciplina ancor più generale dei contratti – la nullità s'affermi per violazione di norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente (art. 1418, comma 1, c.c.). Appare evidente la necessità di assicurare elevati *standard* di integrità da parte di tutti i soggetti che intervengono nell'attività contrattuale anche mediante protocolli di legalità, *ethics and compliance programs*, una disciplina sul conflitto di interessi adeguata, forme di controllo interno ed esterno generalizzati correlati delle relative sanzioni al fine di garantire integrità ed efficienza nei contratti pubblici.

⁷⁷ G.M. Racca e R. Cavallo Perin, *Corruption as a Violation of Fundamental Rights: Reputation Risk as a Deterrent against the Lack of Loyalty*, in «Ius Publicum Network Review», n. 1, 2014, accessibile in <http://www.ius-publicum.com/pagina.php?lang=it&pag=articoli> e in G.M. Racca e C.R. Yukins (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, cit.

⁷⁸ D.lgs. n. 165/2001, art. 4, comma 1.

NORME TECNICHE E SEMPLIFICAZIONE. UNA RIFLESSIONE A PARTIRE DAI CASI

Dall'esperienza maturata affrontando da magistrato questioni di natura tecnica per l'individuazione di responsabilità penali, ho tratto alcune conclusioni sulla necessità ormai improrogabile di ridefinire il sistema normativo, al fine di svincolare sia l'attività privata che la pubblica amministrazione dalle rigidità delle regole tecniche.

Il diritto penale dovrebbe afferire a condotte colpose o dolose, poste in essere in violazione di precetti comprensibili e determinati, di cui sia percepibile il disvalore sociale.

Tutti abbiamo imparato che la responsabilità penale può essere contestata al soggetto che al momento della condotta dovrebbe sapere come comportarsi correttamente. I precetti che troviamo nel codice penale sono l'espressione di un sentire comune e rispondono a un'esigenza di tutela di valori percepiti come «giusti» nella società civile.

Nel corso dei decenni con lo sviluppo industriale e sociale gli interessi privati e pubblici si sono moltiplicati producendo esigenze di tutela sempre maggiori, cui si è fatto fronte con la continua emanazione di norme speciali concepite nei diversi settori di competenza.

La rapida evoluzione tecnologica ha dato impulso a un meccanismo di regolamentazione sempre più specifica e stringente di ciascuna attività, nel tentativo di garantire tutela ai diritti, ciascuno concepito come valore assoluto. Tale assolutizzazione è una pretesa contro natura, poiché al diritto di ciascuno inevitabilmente si contrappone quello di un altro e ciascuna esigenza si soddisfa con il

Viviana del Tedesco, Sostituto Procuratore della Repubblica, Tribunale di Udine.