

Introduzione

Il presente lavoro si pone come obiettivo l'individuazione dei limiti alla contrattazione privata in capo alla pubblica amministrazione, attraverso i principi cui questi sono ispirati, ed in particolare si affronta un'analisi delle modalità di scelta del contraente.

L'idea nasce dalla lettura del libro “*La dimensione sociale della contrattazione pubblica, disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*”¹, nel quale si affronta il tema della necessità di una contrattazione pubblica sempre più volta ad un interesse sociale.

L'intuizione viene dal confronto con il sistema di erogazione dei servizi attraverso le società *in house*, le quali hanno col tempo mostrato vizi e forme di inadeguatezza al sistema moderno.

Uno degli aspetti principali da considerare nell'individuazione della modalità di erogazione dei servizi è sicuramente quello economico, ma non si può sottovalutare l'aspetto sociale della questione che deve avere necessariamente un suo peso. Si pensi ad esempio come una società *in house* presti indubbiamente garanzie diverse per il lavoratore rispetto ad un operatore privato.

Il sistema di erogazione dei servizi però mostrava una molteplicità di complicazioni: dalla complessità della gestione burocratica e organizzativa del complesso societario, all'arretratezza di tale sistema in un mercato ormai sempre più libero e aperto, nel quale tale modello di società avrebbe avuto dei problemi di compatibilità con il principio della concorrenza.

¹ Carlo Marzuoli e Simone Torricelli, *La dimensione sociale della contrattazione pubblica, disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017

Per questi motivi il sistema delle esternalizzazioni per l'erogazione di servizi ha avuto sempre maggior successo, e nel presente elaborato si vuole esaminare quella modalità di esternalizzazione rappresentata dalla contrattazione pubblico privata, cioè tramite contratto, tenendo comunque a mente che esistono altre modalità come ad esempio le concessioni.

Ovviamente quella dell'erogazione di servizi è soltanto la scintilla da cui è scoppiata l'idea di analizzare i limiti alla contrattazione pubblico privata, che ha un campo di applicazione evidentemente più ampio.

La vastità della materia non ci ha consentito di poter analizzare nel dettaglio tutti i limiti alla contrattazione, motivo per cui l'impostazione scelta è quella di analizzare i principi che governano l'azione amministrativa nella contrattazione privata, in modo da fornire gli strumenti per l'interpretazione di tutte le norme di carattere speciale che si occupano della disciplina.

Il tema è trattato partendo da un'analisi storica del rapporto fra privati e pubblica amministrazione che, rimasto per molti anni invariato, ha subito una sferzata dagli anni novanta ad oggi.

Da quegli anni in poi infatti l'atteggiamento della pubblica amministrazione nei confronti della contrattazione privata è molto cambiato, e ad oggi è pacificamente riconosciuta la possibilità per un ente pubblico di stipulare contratti con i privati, ma sempre nel rispetto del principio di legalità.

Le fattispecie previste dal legislatore infatti, a differenza che nella contrattazione privata, sono tassative e non possono essere derogate dalle parti, così come esplicitamente disciplinate sono le modalità attraverso le quali si debba arrivare alla definizione della volontà fra le parti.

Tutti questi aspetti sono appunto i limiti ai quali la pubblica amministrazione deve soggiacere in forza della sua posizione di ente pubblico, il legislatore infatti non poteva rimanere indifferente alla natura del soggetto nel prevedere la possibilità che questo potesse agire alla stregua di un privato.

I confini posti dal legislatore all'ente pubblica hanno varia natura e perseguono scopi essenzialmente diversi, alcuni hanno natura strettamente giuridica mentre altri sono di carattere prettamente economico, ad esempio il limite della previsione di adeguati stanziamenti in bilancio. L'amministrazione pubblica infatti deve sempre provvedere all'individuazione dei fondi da destinare a quel determinato accordo, sia come garanzia che per il creditore che per la gestione delle risorse pubbliche. Non dimentichiamoci che gli interessi in gioco sono interessi pubblici, finanziati con soldi pubblici, e per questo è necessaria un'attenzione particolare in quanto la stazione che corrisponde una somma di denaro in cambio di una prestazione sta spendendo soldi non suoi, e il fine deve essere quindi quello di soddisfare un interesse pubblico. Questa è sicuramente una delle prime grandi differenze con la contrattazione privata, non si è infatti liberi di spendere a piacimento i soldi, anche perché si è legati ad un altro vincolo importante che è quello del fine, che deve necessariamente essere un fine di interesse pubblico. Qui la discrezionalità della pubblica amministrazione trova ampi spazi di movimento proprio perché è lei ad individuare un fine e a classificarlo come di interesse pubblico.

Interessante è la doppia faccia dei limiti posti alla contrattazione pubblico privata, perché non sono solo limiti imposti alla stazione appaltante nell'espletamento delle procedure, ma, volendo girare la medaglia, c'è anche un soggetto privato, cittadino, contribuente, che avrà il diritto che la spesa sia destinata ad un interesse pubblico, e gestita in modo efficace, efficiente e secondo un criterio di economicità. Per l'analisi di tutti questi concetti di cui si sta solo accennando, si rimanda evidentemente ai capitoli che seguono, basti qui dire che ciò che ci si aspetta è che la spesa venga effettuata in modo diligente, cosa che non sempre accade quando,

specialmente nel nostro paese, la possibilità di disporre di fondi altrui dà a volte l'impressione di essere meno attenti.

Di tutti che sussistono in capo all'amministrazione, si è scelto quello della scelta del contraente.

Il limite della scelta del contraente è significativo perché è, a parere di chi scrive, uno degli aspetti più delicati e complicati di questa branca della contrattazione.

In passato la pubblica amministrazione poteva decidere liberamente con chi contrarre, e questo perché la sua posizione era posta in un gradino più alto rispetto a quello degli operatori privati, che potevano quindi solo sperare di essere scelti per stipulare un qualche contratto. Quei tempi sono lontani, precedenti al '900, dove certi diritti e certi principi di uguaglianza, concorrenza, trasparenza, non avevano ancora trovato la luce.

Oggi ogni contraente deve essere scelto secondo procedure ben precise e disciplinate dal legislatore.

Questo perché le garanzie che vengono tutelate oggi nella contrattazione sono molteplici e di varia natura, e, soprattutto, sono in continua evoluzione.

Il principio di trasparenza, di economicità, e concorrenza sono solo alcuni di quelli che vedono ogni anno una sempre maggiore evoluzione, aumentano le tutele nei confronti degli operatori privati, così come le garanzie per tutti i soggetti, pubblici e privati, che una procedura sia svolta nel solo interesse pubblico e nel modo più efficiente possibile.

Certo, il lavoro è ancora lungo, ma molta strada è stata fatta, basti pensare che il numero di procedure attraverso le quali scegliere il contraente è notevolmente aumentato e le pratiche burocratiche sono sempre più semplificate con l'introduzione dei bandi online e della presentazione delle domande online. Inoltre la possibilità di poter accedere online a tutti gli atti della pubblica amministrazione ha sicuramente reso molto più facile per tutti l'individuazione di bandi e gare, che prima erano riservate solo agli

operatori più esperti o comunque con più confidenza con questo tipo di contrattazione.

Alcune procedure poi, come la procedura ristretta, che prima erano considerate speciali, hanno oggi natura ordinaria, e questo perché quando si individua una certa utilità in un determinato tipo di procedura il legislatore ha interesse a promuoverla nel modo migliore possibile.

Anche qui infatti c'è un duplice interesse che è quello del privato ad accaparrarsi un affare potenzialmente conveniente, ma anche quello della stazione appaltante che deve in ogni modo cercare l'offerta più conveniente sotto tutti i profili.

Ultimo ma non ultimo nel processo di evoluzione della contrattazione è il ruolo della giurisprudenza. In una disciplina così vasta, a volte confusionaria, non sempre il legislatore riesce per tempo a correggere tutti gli aspetti di una determinata procedura, o comunque non a puntualizzarli in maniera precisa ed univoca.

Questo è quindi il ruolo del Giudice Amministrativo che opera un'affascinante opera di coordinamento fra disciplina comunitaria e nazionale, ma ancora di più fra normativa di natura tecnica e quei principi generali. Traccia meglio il cammino da seguire per arrivare alla definizione del contratto.

La contrattazione pubblico privata va quindi intesa come una grande orchestra a cui tutti partecipano, legislatore, pubblica amministrazione, operatore privato ed infine l'organo giudicante. Ognuno svolge un ruolo ben preciso e indispensabile alla definizione di tutti gli aspetti, in modo che senza lasciare indietro nessuno, tutti vedano tutelati i propri interessi, dagli operatori privati alla pubblica amministrazione, e quindi, i cittadini.

CAPITOLO I

II. AMMINISTRAZIONE PUBBLICA E DIRITTO PRIVATO: PROFILI RICOSTRUTTIVI ED EVOLUTIVI

a) amministrazione pubblica e diritto privato: un inquadramento b) i limiti alla contrattazione pubblico privata c) adeguatezza degli stanziamenti in bilancio: principi a tutela dell'economia pubblica d) Valore dei limiti interni: la legge di bilancio e le leggi speciali e) scelta del contraente: limiti a garanzia di buon andamento e concorrenza f) significato di economicità, efficacia ed efficienza nella contrattazione pubblico privata g) il principio della trasparenza tra direttive comunitarie e ordinamento interno h) La concorrenza tra dimensione economica e principio costituzionale e comunitario i) Il diritto europeo e internazionale, principi e valore del complesso normativo comunitario

a) Amministrazione pubblica e diritto privato: un inquadramento

Il potere della pubblica amministrazione di adottare atti di natura autoritativa, che fossero disciplinati da una branca ben definita del diritto pubblico, quale quella del diritto amministrativo, risale ai primi dell'ottocento, *quando dopo i moti rivoluzionari e nonostante la parentesi della restaurazione, si venne formando il principio del primato della legge, come atto del parlamento sottoposto a sanzione sovrana*².

Nasce così il Diritto Amministrativo, come branca del diritto pubblico, con principi che solo in parte combaciano con quelli del diritto comune, e che trovano una loro logica e razionalità nel fine per i quali sono stati costituiti.

Gli elementi che contraddistinguono quindi le norme di diritto pubblico dalla contrattazione privata sono la cogenza, e l'interesse perseguito, che

² Vd. Vincenzo Cerulli Irelli *Amministrazione pubblica e diritto privato* Giappichelli Editore 2011

appunto non risiede nella sfera dell'agente che ha emesso l'atto, possa essere questo l'esecutivo o un suo organo, ma un interesse terzo. La volontà dei soggetti pubblici veniva in quel tempo per la prima volta esternata in una serie di atti interamente regolati dalle norme di diritto pubblico, che prendono il nome di atti o provvedimenti amministrativi, la cui legge ne regolava struttura, modalità di emissione ed effetti giuridici in capo ai soggetti cui erano destinati.

Sono di fatto lo strumento con cui l'amministrazione cura gli interessi pubblici determinati in sede di indirizzo politico, e sono una manifestazione autoritaria di volontà della P.A. Nel nostro ordinamento in realtà manca una definizione di cosa sia un atto pubblico, da qui la definizione di O. Mayer che la definisce come *“pronuncia autoritativa di pertinenza dell'amministrazione, determinativa nel caso singolo per l'amministrato di ciò che per lui deve essere conforme a diritto”*. L'atto pubblico nasce quindi come strumento che persegue i fini pubblici stabiliti dall'organo politico, e ha avuto una duplice evoluzione, in un senso sotto il punto di vista della supremazia dell'amministrazione rispetto ai soggetti amministrati, e nell'altro senso dal punto di vista delle garanzie che deve presentare un atto giuridico unilaterale che persegue necessariamente i fini indicati dalla legge. Sarebbe inutile in questa sede dilungarsi su una dettagliata definizione di cosa sia un atto amministrativo, basti qui ricordarne pochi e semplici caratteri per poter poi meglio comprendere le differenze col negozio giuridico consensuale di diritto privato, che è la forma che sempre più sta prendendo piede nel nostro ordinamento, e in generali negli ordinamenti comunitari, come strumento di quell'indirizzamento politico di cui prima parlavamo a proposito dell'atto amministrativo. Quello che può invece in questa sede interessare è la differenza tra un atto amministrativo e un procedimento amministrativo, due definizioni che possono sovrapporsi in alcuni casi, soprattutto quando il provvedimento amministrativo era il principale strumento di amministrazione, ma che presentato in realtà delle

differenze sostanziali tali per cui un provvedimento amministrativo è sempre un atto amministrativo ma questo non può valere anche al contrario. In prima battuta è sicuramente necessario abbandonare la concezione pandettistica che tendeva a ricostruire tutti gli istituti giuridici del diritto amministrativo secondo schemi prettamente privatistici.

Esistono oggi diverse teorie riguardo all'atto amministrativo, affrontandolo sotto diversi punti; la *teoria formale*, che risale a metà del secolo scorso tende ad una definizione assai generale di atto amministrativo come ogni atto di natura pubblicistica emanato dall'organo del potere esecutivo, questa definizione che può in qualche modo sembrare approssimativa, va in realtà inserita in un contesto storico che aveva una concezione di potere esecutivo molto più estesa di quella odierna, tale da ricomprendere anche organi come il Consiglio di Stato e le Giunte provinciali amministrative. La *teoria formale-sostanziale*, segue la precedente prevede che un atto che si consideri amministrativo debba presentare due elementi, il primo di carattere formale, secondo il quale l'atto per considerarsi amministrativo debba essere emanato da un'autorità amministrativa, e uno di carattere sostanziale per cui è necessaria anche la circostanza dell'esercizio di un'autorità amministrativa, svolta nell'interesse pubblico. Interessante, in particolare per l'argomento che intendiamo di seguito trattare, è la *teoria negoziale*, che riconduce l'atto amministrativo al modello negoziale di diritto privato. opera un parallelo tra autonomia privata e discrezionalità della P.A. nella realizzazione del fine pubblico. Come vedremo meglio però. La libertà del privato non può certamente essere considerata alla stregua di quella pubblica che incontra nella pratica non pochi limiti, per primo quello del fine da perseguire. La teoria oggi prevalente è quella *funzionale procedimentale*, che opera, e questo è il punto di cui prima parlavamo all'inizio del discorso, una distinzione fra atto e provvedimento amministrativo sulla base di due caratteristiche: la procedimentalizzazione e la funzionalizzazione dell'attività amministrativa. La pubblica

amministrazione compie una serie di atti che sono di fatto funzionali all'emanazione del provvedimento finale, con il quale si formalizza la volontà della pubblica amministrazione, capace di incidere in maniera unilaterale nella sfera giuridica di altri soggetti. La differenza sostanziale sta quindi nella natura che nell'atto amministrativo è puramente strumentale e prodromica all'emanazione del provvedimento, o più in generale alla conclusione di un procedimento amministrativo.

Data una seppur sommaria idea di cosa sia un atto amministrativo, della sua distinzione dal provvedimento, è bene ora constatare che l'attività della pubblica amministrazione si svolge sempre più spesso mediante l'utilizzo di strumenti privatistici; sì che, talvolta, questi subiscono una sorta di *trasformazione in senso pubblicistico*.³

Il cambio di rotta nel nostro paese avviene negli anni novanta, in cui si va sempre di più formando l'idea che la pubblica amministrazione non necessiti dell'uso dell'autorità per il raggiungimento dei propri fini, e ci si affaccia quindi alla possibilità che azioni pubbliche potessero essere anche compiute con atti di diritto privato.

Il fenomeno cui partecipiamo oggi, ad opera sia dei legislatori nazionali ma ancor più della normativa comunitaria, è quello di una tendenza ad avvicinare sempre di più le procedure di contrattazione pubblica a regimi di diritto privato.

“Oggi anche i principi generali del diritto amministrativo ammettono sempre più canoni di derivazione privatistica. All'imparzialità, al buon andamento, alla ragionevolezza, alla proporzionalità, principi tipicamente pubblicistici, si affiancano, con grande forza di penetrazione, la buona fede, la diligenza, la correttezza. E questi ultimi principi trovano applicazione non solo alle attività

³ M. Dugato, *atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa*, Milano, 1996, p. 5

contrattuali o consensuali dell'amministrazione, ma anche alle attività che si concludono con atti unilaterali e autoritativi."⁴

Uno dei punti nodali nei rapporti tra pubblico e privato è l'applicazione di norme di diritto comune allo Stato e agli enti pubblici. Il tema rileva inevitabilmente quanto ci si trova davanti all'applicazione di istituti civilistici in capo ad enti pubblici, quali ad esempio: ingiustificato arricchimento, condizioni generali del contratto, responsabilità precontrattuale ecc.

Nel codice civile manca un qualsiasi riferimento alla P.A. Anche se all'art. 11 del c.c. troviamo che *le province e i comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche, godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico*. Ricca ne è invece la legislazione speciale, in primis la l. 7 agosto 1990, 241, (come modificata dalla l. n. 15 del 2005) che all'articolo 1, comma 1 *bis* prevede che *“la Pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato, salvo che la legge non disponga diversamente”*.

Da ciò si comprende come gli enti pubblici abbiano sia la possibilità di adottare atti di diritto pubblico, che comportarsi secondo le regole del diritto privato.

Le prime problematiche riguardano l'ampiezza della capacità di diritto privato della P.A., cioè quanto, e in che misura questa possa comportarsi alla stregua di un soggetto privato o se, invero, ci siano delle distinzioni fisiologiche fra i due tipi di soggetti.

Quello che possiamo notare è che sia la giurisprudenza, che la dottrina, che in linea generale tutti i legislatori nazionali e comunitari, si stanno

⁴ Marco d'Alberti *Poteri regolatori tra pubblico e privato* Diritto Amministrativo, fasc.4, 2013, pag. 607

spostando sempre di più verso un orientamento che tende a parificare la P.A., nel momento in cui decide di comportarsi da privato, rispetto ad una persona giuridica di diritto comune.

A riguardo rileva un'opposizione sia dottrinale che giurisprudenziale che si divide sostanzialmente in due visioni contrapposte. Secondo una prima visione la pubblica amministrazione è titolare di una piena capacità di diritto privato, avendo quindi la facoltà di perseguire interessi pubblici anche con le forme del diritto privato.

Secondo una differente impostazione invece, ormai recessiva, la P.A. è titolare di una capacità speciale, potendo compiere solo atti concessi dall'ordinamento.

A sostegno di questa tesi veniva richiamato lo stesso art. 11 del c.c. che esprimerebbe un principio di subordinazione dell'autonomia contrattuale alle leggi ed agli usi osservati come diritto pubblico.

Prevale nella giurisprudenza amministrativa la prima delle due indicate opzioni, riconoscendosi un'ormai generale capacità di diritto privato delle persone giuridiche pubbliche.

La giurisprudenza, affronta il tema emerso riguardo ad una questione relativa alla possibilità per gli enti locali di ricorrere al modulo organizzativo societario per gestire i servizi pubblici loro affidati, così il Cons. St, Sez VI, 12 marzo 1990, n. 374 *“è stato notato come, in tempi più recenti, che poiché la capacità dell'ente pubblico si ricollega alla qualità di soggetto giuridico, cioè alla potenziale destinatarietà degli effetti giuridici di un ordinamento, da ciò non può che derivare una pienezza di capacità, con la conseguente capacità da parte dell'ente di fare ricorso, in via tendenziale, di tutti i mezzi possibili per raggiungere i propri scopi.*

Ne deriva pertanto uno stravolgimento dell'impostazione teorica detta sopra, con la conseguente negazione in via generale, di limitazioni alle capacità delle persone giuridiche pubbliche e la necessità che tali limiti,

lungi dal derivare da argomentazioni presuntive, traggano esclusivo fondamento nel diritto positivo”

La conquista della possibilità da parte degli enti pubblici dell'utilizzo del diritto privato. La Corte di Cassazione ha affermato dal dopo guerra che l'ente pubblico gode di una capacità di diritto privato e ciò anche in mancanza di una specifica disciplina, giacché il codice non fa riferimento sulla possibilità dell'applicabilità delle norme del codice civile agli enti pubblici.

La prima considerazione è allora nel senso che il diritto privato dell'ente pubblico è un diritto, una materia giurisprudenziale.⁵ Le regole individuabili, principalmente in tema di contratti, ma non solo; anche in tema di diritti delle persone, oppure nel campo della responsabilità civile, sono regole di elaborazione giurisprudenziale. Siamo comunque sul fronte di una materia che ha poche fonti, o comunque scarse, una di queste la già citata legge numero 15 del 2015, che viene vista da alcuni, ed anche a parere di chi scrive come una disposizione normativa che apre orizzonti infiniti. Fino a pochi anni fa, in particolare fino a prima degli anni '90 nei quali con le privatizzazioni si compiono passi da giganti in questo senso, sembrava assurdo affermare che il diritto della pubblica amministrazione potesse coincidere con il diritto privato, oggi abbiamo una norma che lo prevede.

Bisogna al tempo stesso considerare quanto è ormai consolidato ormai da decenni, cioè che nella distinzione fra atti autoritativi e non autoritativi l'applicazione del diritto privato va circoscritta solo agli ultimi.

La stessa distinzione fra pubblico e privato nel diritto pubblico oggi è individuata nella dottrina più moderna nella distinzione fra autoritatività e non autoritatività.

⁵ Cristiano Cicero, *i principi di diritto privato nel diritto pubblico*, Rivista del Notariato, 2009, fasc. 5 pag. 1172

Per quanto riguarda il punto di vista oggettivo si è registrata un'importante evoluzione secondo la quale il soggetto pubblico è dotato di una capacità di diritto privato, dapprima di carattere speciale, poi generale.

Questo in particolare alla luce dell'art. 1 comma 1 *bis* della legge 241 del 1990 secondo il quale *“la Pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato, salvo che la legge non disponga diversamente”*.

Particolari problemi alla lettura del suddetto articolo si pongono in particolare per quanto riguarda la parte che cita *“attività di natura non autoritativa”*.

Secondo un primo approccio sembrerebbe che il legislatore abbia riservato la piena capacità di diritto privato alla pubblica amministrazione unicamente per gli atti limitati al diritto privato. Diversamente è possibile intendere il comma uno bis non nel senso di attività privatistica del diritto privato, ma di attività per così dire amministrativa di diritto privato.

Questa impostazione si baserebbe sull'assunto che l'azione amministrativa possa essere svolta sia secondo l'applicazione di moduli autoritativi (come ad esempio i provvedimenti), sia attraverso attività non autoritativa, che si traducono prevalentemente, ma non esclusivamente, con moduli convenzionali (come i contratti) che diventano di fatto un modo per svolgere attività amministrativa.

Detto ciò abbiamo un riconoscimento della capacità di diritto privato della P.A. e un suo assoggettamento alle norme di diritto privato, salvo espresse deroghe, come previsto dall'art. 1 l. 241 del 90.

Anche l'art. 2, comma 4, d. lgs 16 aprile 2016, n. 50 dispone che *“per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale della P.A. si svolge nel rispetto delle disposizioni stabilite dal codice civile”*.

Ulteriore riferimento è l'art. 21 *sexies*, sempre con riguardo alla legge 241 del 1990, che conferma in tema di recesso, il principio di soggezione

dell'amministrazione al diritto comune, e all'art. 30, comma 8, d. lgs 18 aprile 2016, n. 50, secondo il quale “ *per quanto espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione di applicano le disposizioni del codice civile*”.

L'art. 30, comma 8 ora citato, può considerarsi come tappa conclusiva di una decisa evoluzione dell'ordinamento che tende ad una sempre più estensiva applicazione del diritto privato all'attività negoziale della P.A.

Un'altra luce da cui è possibile comunque esaminare il fenomeno è quello soggettivo. Come infatti sappiamo non tutti i soggetti che si muovono all'interno della pubblica amministrazione sono uguali fra di loro.

Il problema infatti non sorge per gli enti imprenditoriali – oggi comunemente chiamati enti pubblici economici- in quanto per questi la funzione prevalente se non esclusiva è quella della gestione di un'impresa. Diverso è invece il caso per gli enti c.d. funzionali, in primis lo Stato e gli enti pubblici territoriali. Per questi ultimi infatti nei quali il fine da perseguire è quello pubblico.

Come abbiamo visto nella sentenza del Cons. Stato 374 del 1990 sopra citata, si riconosce alla P.A. una piena facoltà di diritto privato, indipendentemente dalla sua natura pubblica o privata.

Oggi ruolo centrale giocano numerosi interventi normativi, ultimo quello del d. lgs 18 Aprile 2016, n. 50, contenente il c.d. “nuovo codice dei contratti pubblici”, nel quale è di fatto confluito il d.lgs 163 del 2006. Precedentemente a quest'ultimo la materia in appalti pubblici era formata una serie di fonti normative, anche di rango diverso fra loro, che si sono via via aggiunte e sovrapposte alla legge di contabilità dello Stato del 1923 (r.d. n. 2420 del 1923) e il suo regolamento di attuazione del 1924, che ha lungo

hanno integrato nel nostro ordinamento la disciplina dei contratti delle Pubbliche amministrazioni.⁶

b) I limiti alla contrattazione pubblico privata

Riconosciuta la capacità della Pubblica Amministrazione a contrarre secondo regole di diritto privato, si dovrà procedere con l'individuazione dei limiti entro i quali è possibile muoverci, e che evidenziano che il soggetto pubblico non è in tutto e per tutto equiparato, come è evidente che sia, ad un soggetto privato.

Una delle prospettive da cui si parte il ragionamento è l'art. 1 della legge 241/1990 secondo il quale *“la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge non disponga diversamente.”* La P.A. può quindi, allo stato dell'art. 1, agire secondo le norme di diritto privato, e quindi essere equiparato nell'azione ad un soggetto privato, questo però avviene non senza eccezioni, che sono date dalla fisiologica diversità dei soggetti, che impongono al legislatore di porre dei limiti alla libertà contrattuale della P.A. rispetto a quella disciplinata dal codice civile.

Tali limiti, osserva Sabino Cassese, rispondono principalmente a principi di garanzia⁷ rilevanti sotto una molteplicità di motivi, alcuni, dice Cassese, *rilevanti nella prospettiva della parte pubblica, cui se ne aggiungono altri rilevanti nella prospettiva della parte privata.*

I limiti che incontriamo rispettano essenzialmente l'esigenza di tutelare una garanzia di conformità, al vincolo del fine, e sono essenzialmente di due ordini, una prima limitazione sarà di ordine naturale, derivante dalla natura

⁶ Roberto Garofoli e Giulia Ferrari, *Manuale di diritto Amministrativo*, Nel diritto Editore, 2017

⁷ Vd. Sabino Cassese *Corso di diritto amministrativo, Istituzioni di diritto amministrativo* Giuffrè Editore 1998

del soggetto pubblico e un'altra di tipo giuridico, poste dall'ordinamento al fine del soddisfacimento effettivo dell'interesse pubblico.

Quanto alle prime sono a loro volta distinte in due tipologie, avendo riguardo delle limitazioni naturali nei negozi che presuppongono necessariamente la persona fisica, e le limitazioni naturali per quei negozi che sono incompatibili con la natura pubblicistica degli enti. Per le prime l'evidenza è talmente macroscopica da non esserci bisogno di complesse spiegazioni, sono tutti quei negozi che incontrerebbero un'incompatibilità con una qualsiasi persona giuridica, non solo di diritto pubblico, e sono, a titolo esemplificativo, i contratti di famiglia, i contratti di assicurazione sulla vita, i contratti di costituzione di diritti reali che presuppongono la persona fisica, in quanto limitati nel tempo, mentre per le persone giuridiche in genere, ma questo è ancora più vero per quelle pubbliche, essi diverrebbero perpetui, e ancora i contratti d'impiego e di lavoro come prestatore d'opera, in quanto per natura riferibili solo a persone fisiche, riscontrando ulteriore incompatibilità con la posizione obiettiva degli enti pubblici nei confronti dei soggetti privati.

Più complessa è la seconda limitazione, derivante sempre dalla natura del soggetto pubblico, che per questo ha bisogno di qualche precisazione. È importante sempre stabilire se un soggetto sia di diritto pubblico o privato, anche quando la distinzione non sia apparentemente agevole, perché da questo dipende la possibilità di applicare le norme di diritto privato senza dover incorrere in divieti o limitazioni derivanti appunto dalla natura dell'ente. Un primo aspetto interessante è sicuramente che i contratti di lavoro privati non possono vedere gli enti pubblici dalla parte dei lavoratori, bensì dei datori di lavoro. I vincoli principali in questo senso discendono dall'indisponibilità degli elementi patrimoniali che sono destinati al perseguimento dei fini pubblici dal sistema normativo. Alla luce di questi principi, del vincolo di destinazione e dall'indisponibilità degli elementi patrimoniale, ne deriva una naturale incompatibilità, con la natura

pubblicistica degli enti che comportano violazione o deroga di quei principi stessi. Un esempio macroscopico di violazione di questi principi esiste negli atti di liberalità, che comportano violazione dei vincoli di destinazione dei mezzi a fini pubblici nonché violazione del principio di indisponibilità degli elementi patrimoniali e dei mezzi finanziari per fini diversi da quelli istituzionalmente assegnati. Una precisazione qui va fatta per le donazioni, in quanto l'erogazione di contributi in favore dei soggetti privati da parte di enti pubblici non costituisce atto di liberalità, purché il fine della donazione sia una fine pubblico, ed espressamente previsto ed autorizzato dalla legge. In questi termini la donazione non è esclusa per gli enti pubblici⁸, in quanto il legislatore, quale unico legittimato, ha riconosciuto in quell'atto un fine pubblico compatibile con l'erogazione a favore di privati, mentre ogni altro atto di liberalità è incompatibile con la natura pubblicistica dell'ente.

Discorso diverso si può affrontare per il contratto di mandato, qui la P.A. può sicuramente assumere la veste di mandante mentre più complicata diventa la questione quando ci si chiede se possa assumere anche la veste di mandataria. In linea generale la risposta è negativa, infatti il mandato nei confronti della P.A. si tradurrebbe in un mandato nei confronti della persona fisica che agisce in nome e per conto dell'ente pubblico.⁹

⁸ Sul punto Cass. civ. Sez. I, 18/12/1996, n. 11311 “*Né può dubitarsi sulla capacità di donare degli enti pubblici in mancanza di una norma che, sia pure indirettamente, la escluda, come del resto ha da tempo affermato la giurisprudenza (Sez. Un. 18 febbraio 1955, n. 470) anche in relazione al codice civile del 1865 (Cass. 11 febbraio 1958, n. 421).*”

⁹ Sul punto, Salvatore Buscema, “*Trattato di diritto amministrativo*” Volume VII, 2008, Cedam, pgg. 48 afferma: “*In alcuni casi la fiducia, quale elemento essenziale del contratto può essere riposta nell'ente pubblico o, più esattamente, nell'organizzazione dell'ente, nel senso che il mandante può affidarsi per compiere alcuni atti giuridici, al modo col quale detto ente sceglie e forma i suoi organi. Al che può aggiungersi che gli istituti pubblici di credito ricevono spesso la commissione, che (art. 1731 c.c.) costituisce una sottospecie di mandato, per il compimento di azioni di borsa. Ma il primo rilievo sembra piuttosto artificioso,*”

Quanto invece alle limitazioni giuridiche queste hanno necessità di esistere in uno Stato di diritto che garantisca che l'attività degli enti pubblici si svolga secondo regole precostituite e che volte al perseguimento dell'interesse della società.

Una prima limitazione di tipo giuridico è quella derivante da una normativa sostanziale positiva, che fonda le sue basi sul principio che sta in una posizione opposta a quello (detto negativo) che opera invece nei confronti dell'attività negoziale privatistica. Questo principio impone, ogni qual volta si voglia procedere con uno strumento negoziale cui sia coinvolta la P.A., la ricerca della normativa sostanziale che giustifichi quella attività negoziale. Il primo problema si è posto riguardo se sia da applicare questo principio quando l'ente agisca esclusivamente come pubblico o anche quando questi agisca come soggetto di diritto privato. Secondo una dottrina amministrativistica¹⁰ la pubblica amministrazione può agire come un privato senza dover necessariamente indagare su ciò che sta a monte dell'attività negoziale. Esisterebbe quindi uno spazio di autonomia della P.A. come soggetto di diritto comune nel quale questa può liberamente muoversi, anche in relazione al fatto che il legislatore non demarca in modo netto quanto determinante sia l'intenzione a monte dell'attività negoziale, in particolare dando un occhio alla tendenza, di cui abbiamo precedentemente parlato, di equiparazione sempre maggiore del soggetto pubblico a quello privato. Secondo un'altra teoria in realtà il fatto che alcune realtà pubbliche di avvalgano costantemente di strumenti privatistici per il raggiungimento dei propri fini, non esclude che questo debba avvenire solo in seguito ad un'espressa previsione normativa che giustifichi tale pratica, e che vincoli

mentre il secondo ben può soltanto costituire un'eccezione; infatti, ovviamente, non è da escludere che in taluni casi particolari sia consentito il mandato come appunto nel caso degli istituti di credito."

¹⁰ Ved. M.S. Giannini, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964, p. 37

sempre l'amministrazione in ogni suo atto al perseguimento del fine pubblico.

Un problema nasce in quanto manca un effettivo riferimento alle garanzie obiettive. Un esempio è quello della gestione dei negozi, che viene riconosciuta alla p.a. in quanto soggetto di diritto privato, e quindi non viene da escludere che questa possa obbligarsi sia come dominus che come gestor¹¹. Il problema che si pone riguardo a quest'impostazione è che si ha quindi un rovesciamento del principio positivo di cui sopra, fondamento di tutta l'attività negoziale dei soggetti pubblici. Questo rovesciamento è sempre più consolidato sia in dottrina, al punto da rendere la questione terribilmente ingarbugliata in sede giurisprudenziale.

Nell'esempio di cui sopra viene quindi riconosciuta la capacità all'Amministrazione dell'utiliter gestum, a condizione che questa però sia riconosciuta nell'esercizio della sua discrezionalità, ma questo porta a problematiche notevoli riguardo sia la possibilità che questa tendenza porti alla sanatoria di macroscopici casi di illegittimità, ma anche perché è difficile pensare ad un'attività di diritto comune della pubblica amministrazione che non sia sorretta da un sistema normativo. Bisogna quindi distinguere la differenza fra quegli enti pubblici che operano secondo il diritto privato da quelli che invece operano secondo la legge di contabilità generale dello Stato. Per i primi di fatto si ha un riconoscimento della piena applicabilità del sistema privatistico, mentre per i secondi devono tenersi in considerazione le osservazioni che abbiamo fatto prima riguardo la finalità e la previsione di un'adeguata normativa di riferimento. In ragione di questo per i primi si avrà come unico vincolo il perseguimento del fine istituzionale, mentre per i secondi anche la stretta adesione a tutta la disciplina della contrattazione secondo le norme di diritto pubblico.

¹¹ M.S. Giannini, *Op. Citata*, pag 38

Diventa fondamentale, alla luce di quanto detto, ma è bene ribadirlo, il vincolo del fine che viene posto in testa alla pubblica amministrazione che deve perseguire sempre un interesse pubblico, tanto nello svolgimento di atti pubblici, quanto in quelli di natura privata. Nel rapporto col diritto privato infatti la peculiarità di soggetto pubblico le fa sorgere in capo dei limiti alla luce dell'art. 1322 c.c., il quale prevedendo che *“le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”*, impone alla pubblica amministrazione di rispettare il fine ultimo della funzione stessa del soggetto che deve essere appunto l'interesse pubblico.¹²

Per questo motivo una delle principali differenze con il diritto comune è che per il soggetto pubblico lo strumento privato non può essere usato come espressione di piena libertà come accade per i privati.

Ancora fondamentale è il vincolo della correttezza formale e della convenienza economica. Il secondo vincolo che incontriamo è quello secondo cui un contratto stipulato dalla pubblica amministrazione deve non solo tendere ad un fine di interesse pubblico ma rispettare quel principio di economicità che è codificato al primo articolo della legge 241/1990. Economicità che non significa certamente che vi sia necessariamente

¹² in questo senso, v. Cons. Stato, Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10, che ha affermato che *“ in assenza di una disposizione di legge in senso contrario, è fatto divieto alle Università degli studi di istituire società di capitali non strumentali alle loro finalità istituzionali di insegnamento e di ricerca, ma con scopo meramente lucrativo, operando sul mercato, in concorrenza con operatori privati, e accettando commesse sia da enti pubblici che da enti privati, fruendo per di più dei privilegi propri delle Amministrazioni pubbliche, atteso che il limite al quale soggiace lo svolgimento da parte delle stesse di attività estranea con le suddette finalità non è di compatibilità, ma di strumentalità”*. Sempre nell'applicazione degli stessi principi la Plenaria ha viceversa ritenuta legittima la costituzione da parte di un'università di una società di progettazione, in quanto tale partecipazione non si risolve nello svolgimento di un'attività lucrativa, ma persegue obiettivi di specializzazione e sperimentazione in ambiti di alta complessità tecnica,

un'entrata, ma che tra la spesa e il guadagno vi sia un vantaggio per la pubblica amministrazione che risponda al principio di efficienza.

Le ultime due garanzie tutelate dalle norme in materia di contrattazione pubblica volgono a tutelare la diligenza, lealtà e correttezza della pubblica amministrazione, e la pari condizione di tutti gli operatori economici.

c) Adeguatezza degli stanziamenti in bilancio: principi a tutela dell'economia pubblica

Tra i limiti giuridici, e fisiologici, merita una sezione a parte quello di un'adeguata previsione di stanziamenti in bilancio. Questo perché anche la Pubblica Amministrazione deve garantire che ci sia una copertura economica agli impegni presi in via contrattualistica con i privati, e non basta che ci sia una norma di diritto sostanziale a legittimare una determinata attività, ma bisogna che questa trovi riscontro in una corrispondente copertura economica¹³.

Il problema non sorge evidentemente per quegli enti per cui non è previsto un bilancio di previsione. Gli enti principali per cui questo è previsto sono lo Stato, le Regioni, i Comuni, i Consorzi ordinari sui tipi di quelli, le associazioni sindacali. Anche per questi il problema sorge soltanto se si tratti di contratti che importano una spesa. Esiste infatti non solo un divieto di fare, ma anche solo di impegnare spese non previste in bilancio.

Nel nostro ordinamento tra l'altro vi è un'indeterminazione del concetto di spesa non prevista, e secondo il nostro sistema di contabilità può essere non

compatibili in quanto tali con i fini istituzionali di ricerca dell'istituzione universitaria.

¹³ In materia contrattuale, l'obbligazione dell'Amministrazione si concreta nell'atto dell'approvazione del contratto, dal quale scaturisce l'impegno giuridico a carico dell'apposito capitolo dello stato di previsione della spesa, per l'esercizio nel corso del quale il provvedimento viene adottato (Corte dei Conti, Sezione Controllo Stato, delibera n. 29 dell' 11.3.1991)

prevista in due modi: o perché rientra in un capitolato del bilancio, ma questo al momento della spesa risulta esaurito, o perché non rientra in nessun capitolato del bilancio. Proprio per ovviare a questi problemi nel bilancio dello Stato deve essere obbligatoriamente inserito un fondo di riserva per le spese impreviste sul quale si possono imputare, almeno entro certi limiti di somma, spese nuove (art. 40-42 R.D. 18 Novembre 1923, n 2440)¹⁴.

Da ciò si desume che per asserire che una spesa non sia prevista in bilancio bisogna non solo che siano terminate le somme previste per il capitolato in questione, ma che siano terminate anche le risorse previste nei fondi di riserva. Va peraltro ricordato che hanno rilevanza solamente le variazioni che rappresentano aumento e non diminuzione di spese.¹⁵ Tutti questi elementi sono di carattere interno, e sono solo in parte conoscibili, e nei modi che vedremo dal contraente terzo.

L'aspetto più delicato della questione riguarda infatti la responsabilità dei terzi, in quanto si dovrà accertare quanto e fino a che punto questi potevano essere a conoscenza di una mancata copertura dell'operazione, e quindi fino a che punto questi avranno diritto al risarcimento del danno o concorreranno con la pubblica amministrazione per il mancato perfezionamento del contratto. A questo proposito Giuseppe Santaniello¹⁶ riporta tre ipotesi riguardanti un difetto di adeguamento di bilancio

- i.* la mancata approvazione della legge di bilancio in questione
- ii.* che manchi completamente nella legge di bilancio la parte in cui imputare la spesa

¹⁴ C. Cammeo, *i contratti della Pubblica Amministrazione*, 1937, casa editrice Dott. Carlo Cya, pag 172

¹⁵ G. Ingrosso, *Istituzioni di diritto Finanziario, Vol. I*, 1935 Dott. Eugenio Jovene Editore, 1935, pag. 90

¹⁶ Vedi Giuseppe Santaniello, *Trattato di diritto amministrativo, volume VII*, Cedam

- iii.* che il capitolo citato nel rapporto non consenta l'imputazione della spesa
- iv.* che lo stanziamento sia esaurito o comunque insufficiente, qui si potranno ancora prospettare tre ipotesi 1) che sia prevista una riserva espressa di rimpinguamento con successive variazioni al bilancio 2) con riserva di rimpinguamento dai fondi di riserva 3) senza che sia stata edotta la terza parte contraente.

Nella prima ipotesi manca con tutta evidenza una legittimazione a contrarre da parte della P.A., che fra l'altro ben può essere conosciuta dalla controparte con la normale diligenza, prevedendo quindi una qualche responsabilità nel terzo nella mancanza dei requisiti. Prassi vuole che si intervenga con una successiva approvazione del bilancio, ammettendo quindi l'esistenza di una sanatoria a questa situazione di illegittimità; il problema si porrebbe quindi esclusivamente in caso di mancata approvazione del bilancio.

Nella seconda ipotesi invece manca la normativa sostanziale ma manca lo strumento giuridico contabile atto alla legittimazione del negozio. Anche in questo caso c'è un'evidente responsabilità della P.A. ma non è possibile escludere del tutto la responsabilità dei terzi in quanto la pubblicità dei bilanci tramite pubblicazione nella gazzetta ufficiale consente alla controparte di conoscere preventivamente la carenza contabile. La situazione si complica per alcuni tipi di enti locali per i quali la pubblicità è meno evidente, il che ha portato ad escludere la responsabilità dei terzi per inesistenza di stanziamento all'interno del bilancio.

Quanto alla terza ipotesi, anche qui si ha un'insussistenza di legittimazione a contrarre, la cui responsabilità principale è certamente da imputare alla P.A., ma non può escludersi anche in questo caso la responsabilità del terzo che avrebbe potuto verificare la veridicità delle informazioni riportate all'interno del bilancio.

In tutte queste ipotesi abbiamo visto una responsabilità della P.A. per quanto riguarda i vizi inerenti al bilancio, o in generale agli stanziamenti, ma osserviamo come vi sia una qualche responsabilità anche dei terzi che avrebbero potuto in realtà riconoscere prima il vizio e procedere con la parte pubblica per porvi rimedio. Questo rappresenta sicuramente una particolarità e un rischio in più che i privati devono sopportare nell'affrontare una contrattazione con una parte pubblica.

Per quanto attiene invece all'ultima lettera, siamo in presenza non di una mancata legittimazione a contrarre, ma di una vera e propria impossibilità dell'esecuzione, in quanto esiste un atto che autorizza la spesa ma mancano i fondi necessari al perfezionamento del contratto. È stato osservato come "la non rispondenza di un contratto ai limiti di bilancio non può mai essere questione di capacità o legittimazione a contrarre, ma di impossibilità di esecuzione volontaria per difetto di fondi disponibili"¹⁷. Questo tenderebbe a escludere in maniera definitiva e tassativa ogni sorta di responsabilità in capo al terzo, anche in ragione del fatto che non è possibile far ricadere sui terzi gli inadempimenti interni alla P.A., ciò che però va tenuto a mente caso per caso, e che quindi esclude che la precedente affermazione sia tassativa, è il grado di conoscibilità della situazione patrimoniale dell'ente pubblico, così da che detto principio valga esclusivamente per i privati che agiscono in buona fede. Andrà esaminato quindi fino a che punto il privato era a conoscenza della situazione patrimoniale del soggetto contraente, che varia a seconda dei casi che abbiamo elencato. Infatti nel caso in cui la P.A. abbia esplicitamente fatto riferimento a una previsione di rimpinguamento da sottoporre all'approvazione parlamentare, il privato accetta il rischio della mancata approvazione parlamentare, con tutti i rischi annessi e connessi che abbiamo esaminato al primo capo di questo elenco.

¹⁷ C. Cammeo, *opera citata*, pag. 172

Nel secondo caso, ovvero quello in cui si prevede un rimpinguamento dal fondo di riserva, la responsabilità dei terzi deve ritenersi esclusa qualora sia intervenuta un'autorizzazione dal Ministero del Tesoro, in mancanza di questa, il terzo potrebbe legittimamente aspettarsi che il Ministero neghi l'autorizzazione al prelievo di fondi speciali, accettando quindi il rischio di impossibilità del perfezionamento del rapporto. Nell'ultima ipotesi invece, quella di mancanza di fondi, se questo avviene senza che sia informato il terzo contraente, ci troviamo in un caso in cui il terzo non poteva in nessun modo controllare il fenomeno e quindi ad una sua completa esclusione della responsabilità.

d) I limiti interni: la legge di bilancio e le leggi speciali

Altra natura di limiti può invece derivare dalla legge di contabilità generale e dalle leggi speciali.¹⁸ È possibile infatti ricavare dalla legge i seguenti divieti:

- a) “i contratti debbono avere termini e durata certa e non possono essere stipulati con onere continuativo per lo Stato se non per ragioni di assoluta convenienza o necessità, le quali devono essere indicate nel decreto di approvazione del contratto” (art. 12 comma 1° della legge di Contabilità Generale), al secondo comma è previsto che per le spese ordinarie la durata non può superare i nove anni, e ciò anche in conseguenza del principio ricavabile dal 2643 del Codice Civile secondo il quale i contratti che superano i nove anni sono equiparati ad atti di diminuzione patrimoniale
- b) “non si possono stipulare interessi e provvigioni a favore di fornitori e imprenditori sulle somme che costoro siano obbligati ad anticipare per l'esecuzione dei contratti” (art. 12,3° comma della legge). L'art. 12 bis

¹⁸ Ved. Roehrsen di Cammerata, *i contratti della Pubblica Amministrazione*, Bologna, 1959, 64 segg.

della legge di contabilità generale (legge n. 724 del 1973) consente l'anticipazione nel limite massimo del 75% delle somme ancora dovute dopo l'ultimazione dei lavori; analoga possibilità di pagamento in acconto è stata prevista espressamente da qualche Regione.

- c) Nei contratti per forniture, trasporti e lavori, possono essere previsti pagamenti in conto solo in ragione dell'opera prestata o della materia fornita, in quanto le rimanenti somme devono restare accantonate a garanzia dell'esatto adempimento di tutti gli obblighi assunti dal contraente (art. 12, 4° comma, della legge). Tre eccezioni a questa norma sono previste al 5° comma e sono le seguenti; quando si tratti di contratti che lo Stato stipuli con stabilimenti di opere pie (qui non vengono poste limitazioni); quando si tratti di contratti che vengono stipulati con case o stabilimenti che siano di notoria solidità e che queste non usino assumere incarico di lavori o provviste senza anticipazione di parte del prezzo; in ultimo quando si tratti di contratti aventi ad oggetto la costruzione di navi, di corazzate o di artiglierie.¹⁹ Risulta come nei primi due casi l'eccezione viene fatta *intuitu personae*, in considerazione, cioè, della natura delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, che meritano quindi un occhio di riguardo anche nei casi in cui entrino in contrattazione con la pubblica amministrazione. Il terzo caso invece deriva dall'obbietto del contratto, che solo l'Amministrazione dello stato, più precisamente quella militare, può desiderare.²⁰²¹

¹⁹ Ved. Giuseppe Santiello, Op. Citata, 61

²⁰ Ved. Roehrssen di Cammerata, Op Citata, 65

²¹ merita di essere citata una parte successiva del regolamento che introduce ulteriori precisazioni. All'art. 48 infatti, primo comma, si stabilisce che i pagamenti in conto, anche quando sono ammessi dalla legge, non possono eccedere i nove decimi sui primi 18 milioni dell'importo contrattuale ed i diciannove ventesimi sull'eccedenza. Se però si tratta di provviste a scadenza rateale è consentito il pagamento dell'intero prezzo delle materie già accettate in rate complete (art. 48, 2° comma); se poi i contratti per provviste o forniture hanno una durata pluriennale, la liquidazione può essere fatta a periodi trimestrali o annuali, secondo

- d) “nei contratti non si può convenire esenzione da qualsiasi specie di imposte o di tasse vigenti all’epoca della loro stipulazione” (art. 49 cont. Gen.)²². La norma si fonda sul principio secondo il quale un contratto non può derogare a norme cogenti, in questo caso in materia tributaria.²³
- e) Ancora sono obbligatorie alcune clausole che tendono ad assicurare l’esatto adempimento. Come abbiamo più volte detto la natura pubblica porta in maniera fisiologica a prevedere delle “misure di sicurezza” volte ad assicurarsi che il contraente risponda in maniera precisa e puntuale alle obbligazioni sorte da contratto. Diventa perciò obbligatoria la prestazione di un’apposita cauzione, di cui sono determinati i modi e le forme e da cui può prescindere solo in casi del tutto particolari) art. 54 e segg. del regolamento) e dall’altro clausola penale
- f) Altre limitazioni possono derivare da clausole contenute nei capitolati d’oneri; queste limitazioni discendono dalla volontà delle parti se si aderisce alla tesi della natura contrattuale dei capitolati, mentre assumono valore di

l’oggetto dei contratti, e possono essere dati i saldi corrispondenti alle opere eseguite o alle materie consegnate (Art. 48, 3° comma).

²² La Giurisprudenza, (Cass. 26.2.1937, *Giust. It.*, 1937, I, l. 577) ha ritenuto che anche gli enti locali, quanto entrano con i privati in rapporti contrattuali, non possono concedere esenzioni tributarie, eccettuati ovviamente i casi nei quali ciò sia consentito da una disposizione di legge.

²³ È sorta la questione sull’attribuzione di responsabilità nel caso in cui in un contratto sia inserita un’esenzione di carico tributario. Sul caso il Consiglio di Stato si è espresso nel senso di escludere una responsabilità della P.A. e quindi di escludere ipotesi di risarcimento quando, a seguito di semplice inserzione di richiamo a disposizione di esonero non si sia tenuto conto in sede di aggiudicazione. Diverso invece risulta se il terzo aveva fatto affidamento già da prima dell’aggiudicazione, e quindi considerato nella proposta contrattuale. In questo caso infatti, là dove l’Amministrazione avesse dichiarato espressamente un’esenzione tributaria, e il contraente ne avesse tenuto conto in sede di determinazione contrattuale, l’Amministrazione viene a godere di un arricchimento senza causa, senza responsabilità per il contraente che non può considerarsi tenuto a considerare la legittimità della clausola. *Nemo locupletari potest cum aliena iactura e nemo debet lucrari ex alieno damno* in questo caso dunque sorge in capo al contraente l’obbligo di pagamento del tributo, ma in capo alla P.A. l’obbligo di indennizzo ex art. 2041 codice civile.

norme giuridiche se si accetta la tesi della natura normativa dei capitolati stessi.²⁴

²⁴ La dottrina è divisa sul punto, anche se sembra dominante la tesi della natura contrattuale del capitolato generale. Quest'ultimo assumerebbe una rilevanza esclusivamente interna, nel senso che verrebbe a vincolare i funzionari allorché questi si accingano ad intrattenere rapporti con i privati: questi ultimi dovrebbero essere conclusi in conformità delle condizioni contenute nel capitolato. I contraenti privati, invece, verrebbero ad essere vincolati al contenuto di tale atto solo in conseguenza del consenso espresso nel contratto che ne riproduca il contenuto, ex art. 99 del Regolamento di contabilità dello Stato (Giannini).

Le ragioni di tale impostazione risiedono in più di un argomento. In primo luogo la potestà normativa della PA deve trovare espressa attribuzione ad opera della legge, cosa che attualmente può essere sostenuta solo per il capitolato generale dei lavori pubblici, in seguito all'entrata in vigore della legge n°109 del 1994, come modificata dalla legge n°216 del 1995. Per gli altri capitolati manca una previsione analoga, posto che essi sono previsti e regolati da una fonte di carattere secondario, quale è il Regolamento di contabilità più volte richiamato.

In secondo luogo, inoltre, deve notarsi che le disposizioni dei capitolati prevedono spesso illeciti, sanzioni e responsabilità, oltre che norme di carattere processuale e deroghe alla disciplina del codice civile. Tali previsioni esulano dall'ambito della potestà normativa secondaria, e rientrano, invece, a pieno titolo nell'autonomia negoziale.

In terzo luogo, infine, deve osservarsi che la PA, quando conclude contratti, agisce *iure privatorum*, ponendosi su un piede di parità con il privato, salvo che la legge espressamente accordi alla stessa posizioni di supremazia speciale.

Per quanto concerne la posizione della giurisprudenza, invece, essa appare piuttosto oscillante. Il Consiglio di Stato in sede consultiva ha inizialmente sostenuto la natura normativa dei capitolati generali, allorché questi siano adottati con le procedure previste per l'emanazione di regolamenti (C.d.S. Ad. gen. 27/12/51 n°600). La Corte dei conti ha sostenuto la medesima opinione (C.d.c. 25/10/56 n°81). Successivamente il Consiglio di Stato, sempre in sede consultiva, ha disconosciuto la natura normativa dei capitolati generali, esprimendo forti dubbi in merito alla categoria di regolamenti cui ascriverli e propendendo per la loro natura contrattuale (C.d.S. Ad. gen. 26/7/57 n°367).

La stessa Corte di Cassazione, invece, sembra assestata sulla posizione della natura normativa dei capitolati adottati con le procedure per l'emanazione dei regolamenti: ciò significa che essi hanno il valore di norme giuridiche vincolanti non solo per la PA, ma anche per il privato che con essa entri in rapporto, ed appartenerebbero alla categoria dei regolamenti di organizzazione o di quelli indipendenti (Cass. 13/2/69 n°494; più recentemente Cass. 9/8/83 n°5319; Cass. 13/1/82 n°178), ma non mancano tuttavia decisioni in senso opposto (Cass. 29/9/84 n°4832; Cass. 22/5/86 n°3407).

In alcuni casi è stata sostenuta la natura contrattuale dei capitolati generali allorché questi siano stati predisposti da una amministrazione, ma siano utilizzati da altra amministrazione, oppure allorché siano stati redatti per un certo tipo di contrattazione, ma vengano in concreto tenuti presenti per contrattazioni di altro

Altri limiti invece derivano da precetti di vario genere e conducono a delle deroghe della contrattazione comune. Tali deroghe sono:

- a) L'obbligatorietà della forma scritta. Mentre per i contratti di diritto civile è consentita la forma orale per alcune categorie di contratti, per quanto riguarda la P.A. vige l'obbligatorietà della forma scritta. La pena per i contratti che non rispettano il limite della forma è la nullità.²⁵
- b) Non si applicano per i contratti con la P.A. le norme riguardanti le clausole onerose. Queste infatti, a differenza che per i contratti disciplinati dalle norme del codice civile, non necessitano di un'esplicita approvazione in quanto la *ratio* della norma è quella di tutelare il contraente debole, ma in

genere: in queste ipotesi le parti pongono in essere un negozio *per relationem*, in quanto il contenuto dello stesso viene determinato mediante un rinvio o *relatio* ad una fonte esterna, costituita, appunto, da un capitolato alla cui predisposizione esse non hanno partecipato. Per tale via le prescrizioni dello stesso si trasfondono nel contratto per atto di volontà delle parti, e non a causa della sua pretesa efficacia normativa (Cass. 8/8/92 n°9392; Cass. 26/9/90 n°9753). Altri casi in cui dovrebbe riconoscersi natura contrattuale al capitolato generale sono costituiti da quelli in cui la predisposizione di un capitolato generale avvenga ad opera di un ente sfornito di potestà regolamentare (Cass. 7/7/87 n°5891).

Ved. www.diritto2000.it/dottrina/CremonaCapitolati2009

²⁵ La questione è stata più volte affrontata dalla Suprema Corte con riferimento alla domanda fondata sul riconoscimento di debito se ne rileva la manifesta infondatezza perché, come riconosciuto dalla costante giurisprudenza di questa Corte (Cass. n. 11021/2005; Cass. n. 9412/2011; Cass. n. 1423/2013), il riconoscimento di debito non costituisce una autonoma causa obligandi e quindi non può produrre effetti ove, come nella specie, il credito non possa sorgere per la nullità del contratto; il relativo accertamento, pertanto non può dirsi estraneo al *thema decidendum* sottoposto al giudice del merito con la domanda di adempimento contrattuale (pur facilitata dall'inversione dell'onere probatorio per il riconoscimento titolato del debito) e il giudice ha correttamente rilevato di ufficio la nullità, per la mancanza della forma scritta richiesta ad *substantiam* per i contratti della P.A., del contratto dal quale scaturiva il debito pur riconosciuto dal Comune, secondo la tesi del ricorrente, contestata invece dal Comune che aveva attribuito alla delibera il significato di una mera attestazione di disponibilità delle risorse.

Ved. R. Lombardi, *I contratti dei professionisti con la Pubblica Amministrazione e la forma scritta ab substantiam*, nota a Cass. Civ. 10 Gennaio 2014 n. 405, in, *I Contratti* 2014 fasc. 5 pag. 432-437.

questo caso si esclude questa necessità considerando che l'azione dell'amministrazione è ispirata e finalizzata al soddisfacimento di un interesse pubblico. Sull'inapplicabilità dell'art. 1341 ci si è interrogati²⁶ su quale fosse la ratio dell'art. 1341 del codice civile, e se la sua applicazione sia compatibile con quella dei contratti con la P.A. "Se la ratio dell'art. 1341 è quella di portare all'attenzione del contraente meno esperto le condizioni contrattuali troppo onerose ed evitare che si trovi vincolato a clausole non conosciute al momento della stipulazione, si conferma che non è necessario che il contraente accetti in modo specifico le clausole lesive nel capitolato speciale. Tutto il meccanismo dell'evidenza pubblica, scongiura a priori il pericolo di inserimento nel contratto di clausole non conoscibili dal contraente privato. la pubblicità degli atti di gara (che addirittura deve essere sottoscritto in ogni sua pagina) è più che sufficiente per superare le cautele previste ex art. 1341 e 1342, c.c. L'obbligo di pubblicità degli atti di gara è una garanzia di conoscibilità, la sottoscrizione del capitolato, anche in ogni sua pagina, fa legittimamente presumere l'effettiva conoscenza in ogni sua parte."

- c) Divieto di compensazione: per ragione di carattere contabile non è prevista la compensazione di chi vanta un credito nei confronti dello Stato con un debito verso lo stesso, mentre è al contrario prevista la compensazione tra amministrazioni. Ancora non è concessa contestualmente l'esenzione del privato dal pagamento di oneri tributari non essendo concessa la compensazione fra un credito di diritto pubblico e una di diritto privato.
- d) Divieto di cessione del contratto: poiché la scelta del contraente è fatta dall'amministrazione *intuitu personae*, è vietato cedere il contratto senza il consenso della pubblica amministrazione (art. 339 della L. 20 Marzo del 1865, n 2248, alla F), ed è inoltre vietata la cessione di crediti derivanti da

²⁶ Giulia Maria Lignani, *capitolato speciale e tutela civilistica del contraente debole: c'è compatibilità?*, nota a Cons. di Stato sez. 5 29 Novembre 2005 n 6774 in *Il Foro Amministrativo CdS*, 2006 fascicolo 5 pagg. 1475

contratto, se non vi aderisca la pubblica amministrazione (art. 9 L.20 del 1865, n. 2248, alla E).

- e) Decorrenza degli interessi: in deroga all'art. 1282 c.c., i debiti pecuniari dello stato diventano liquidi ed esigibili ed importano quindi l'obbligazione della corresponsione degli interessi moratori solo dopo che la spesa sia stata ordinata dall'amministrazione con l'emissione del relativo titolo. Eccezione a tale principio è ammessa solo nel caso in cui l'amministrazione, avendo ingiustificatamente contestato l'esistenza del credito, sia tenuta al pagamento in forma di sentenza passata in autorità di cosa giudicata. Inoltre nel contratto di appalto di opere pubbliche è prevista la corresponsione di interessi nel caso di ritardo nel pagamento degli acconti (art. 35 cap. gen. Modificato dall'art. 4, L. 741/81). Il tasso d'interesse, in tali ultimi casi, non è quello legale del 5% ma quello determinato annualmente con decreto interministeriale del ministro del Tesoro e di quello dei LL.PP. (art. 35, 1° comma, cap. gen. 1962).

e) Scelta del contraente: principi a tutela di concorrenza e buon andamento

Tutta l'attività della P.A. è ispirata a principi regolatori delle norme che caratterizzano tutti i procedimenti, e questo non viene meno nell'ambito contrattuale, dove i principi di buona fede, trasparenza, imparzialità ed economicità si traducono in tutte quelle norme, di diritto interno ma ancor più di diritto internazionale, che regolano ogni ambito della contrattazione pubblico privata.

Vale la pena in questa sede fare riferimento ad alcuni di questi, e tracciarne i principali riferimenti di cui in dottrina e in giurisprudenza, per poi soffermarci più dettagliatamente sul principio della trasparenza dei procedimenti amministrativi, naturale prolungamento del principio di

imparzialità, cui la legge sui contratti pubblici dedica particolare attenzione prevedendo obblighi di pubblicazione che vedremo nel paragrafo dedicato. Conviene iniziare col far riferimento al principio di imparzialità della pubblica amministrazione. Innanzi tutto è importante dire che la previsione di una pubblica amministrazione *super partes* non è un principio concepito in origine dai “padri” della scienza del diritto amministrativo, in quanto questa era considerata parte pubblica, che perseguiva fini propri dello “Stato”, in rapporto dialettico con le altre parti private che agivano nei loro interessi²⁷. Esistono una molteplicità di interpretazioni riguardo al principio di imparzialità, visto ora come uguaglianza, parità di trattamento, indipendenza, legalità, ragionevolezza, andando in un certo modo verso una privazione di un significato proprio.²⁸

Le incertezze inoltre non riguardano solamente il testo normativo, o le interpretazioni dottrinali, ma si ripercuotono inevitabilmente anche sulla giurisprudenza che ha tentato, nella sua funzione ermeneutica, di dare di volta in volta un’interpretazione circa il significato del principio di “imparzialità della pubblica amministrazione”.

Da sottolinearsi è sicuramente, non tanto in quanto ci interessa ai fini della trattazione, quanto per comprendere una più ampia riflessione sul tema dell’imparzialità, una tesi prevalente della dottrina che tende a parlare di imparzialità in funzione al solo esercizio della funzione pubblica, trascurano per anni la così detta imparzialità esterna, cioè non quella che si occupa esclusivamente dei rapporti fra pubblica amministrazioni e privati, ma anche quella che riguarda aspetti propriamente organizzativi della pubblica amministrazione. In questo senso la corte costituzionale ha sottolineato come la “*la separazione di funzioni di indirizzo politico-amministrativo e*

²⁷ Orlando, *Principi di Diritto amministrativo*, Firenze, 1982

²⁸ Spasiano, *L’organizzazione comunale: paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, Edizioni scientifiche italiane, 1995

*funzione di gestione amministrativa costituisce un principio di carattere generale che trova il suo fondamento nell'art. 97 Cost.*²⁹

In relazione a questo sempre la Corte Cost. precisa come l'aspetto della rilevanza del principio in questione rileva sia nell'ambito statico che dinamico dell'amministrazione. Se infatti è vero che non è possibile pensare che un organismo non imparziale eserciti un'azione imparziale, è altrettanto vero che non si può stabilire in maniera assoluta che un organismo imparziale eserciti sempre un'azione imparziale.³⁰

Altra interpretazione del principio di imparzialità può essere quella comunitaria, secondo la quale emerge un duplice rilievo: da un lato, l'art. 41 Cedu –nel ricondurre il principio in esame al più generale dovere di buona amministrazione, accoglie un'accezione formale del fenomeno³¹, la dove afferma che *Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione*; dall'altro l'evidente connessione fra principio di imparzialità e quello di non discriminazione in base alla nazionalità e al sesso, e quindi il più generale dovere negativo di

²⁹ C. Cost., e maggio 2013, n. 81, RG AMB, 2013, 715.

³⁰ In questo senso il Cons. St., V, 1 aprile 2009, n 2070, *“L'imparzialità dell'azione amministrativa è notoriamente uno dei tre fondamentali pilastri (insieme alla legalità e il buon andamento) sui quali poggia l'intero statuto costituzionale dell'amministrazione italiana. Icasticamente può quindi affermarsi che l'amministrazione o è imparziale o non è. Discende dalle premesse l'immediata precettività dell'art. 97 Cost. quale idoneo parametro normativo di valutazione della legittimità dell'attività amministrativa, trattandosi di una declinazione, sul versante ordinamentale, del principio di uguaglianza, scolpito dall'art. 3 della Carta Fondamentale .Occorre precisare che l'art. 97 Cost. governa e regola "tutta l'attività amministrativa", ossia di quella gestoria, anche non autoritativa, e pure di quella organizzativa (esplicitamente menzionata nel primo comma dell'art. 97 Cost.) perché due sono le dimensioni del principio di imparzialità: imparzialità dell'organizzazione e imparzialità dell'azione.”*

Sul punto si veda anche Cons. St., V, 25 maggio 2012, n. 3067, DGA, 2013, 1, 46.

non discriminare posizioni identiche.³²Da qui la dottrina ricollega il principio di imparzialità all'art. 3 Cost.³³.

Diversa impostazione invece Esposito, Paladin, Cassese che riconoscono nel principio di imparzialità un principio diverso da quello di uguaglianza; Berti invece la identifica come un dovere dell'amministrazione che nel perseguimento di un interesse primario specifico, si apra comunque alla considerazione di tutti gli altri valori protetti dall'ordinamento al fine di realizzare una di contemperamento tra gli interessi di cui è portatrice e tutti gli altri.³⁴

Per quanto riguarda l'aspetto dell'imparzialità soggettiva, questa rileva maggiormente riguardo alla nomina e al dovere di astensione dei funzionari pubblici. In questo senso il legislatore ha previsto l'adozione di un nuovo Codice Nazionale di comportamento, successivo al d. lgs n. 39/2013 attuativo della legge delega 190/2012, che funga da guida a tutti i codici di comportamento che le singole amministrazioni devono adottare per garantire il rispetto del principio di imparzialità.³⁵Nonostante le critiche di parziale contraddittorietà ed incompletezza che tale dottrina ha rivolto a tale intervento normativo³⁶, esso ha senza dubbio il pregio di aver delineato un quadro di regole chiare e certe, presidio indispensabile per il conseguimento

³¹ Clarich, *Opera citata*, pag 149

³² Vd. TAR Campania, Napoli, III, 31 Ottobre 2016, n. 5014; TAR Molise, I, 12 giugno 2015, n. 241; TAR Liguria, Genova, II, 26 giugno 2009, n. 1546

³³ Biscaretti di Ruffia, *La pubblica amministrazione e l'ordinamento politico costituzionale*, in *Problemi della pubblica amministrazione*, I, Bologna, 1958.

³⁴ Allegretti, *Imparzialità e buon andamento secondo l'art. 97 della Costituzione*, D. disc. Pubbl., VIII, Torino, 1993

³⁵ Carloni, *Il Nuovo codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità nei funzionari pubblici*, I Fed, 2013, 377 ss.

³⁶ Merloni, *il Regime delle inconfiribilità*, 814

di un livello elevato di imparzialità soggettiva nell'esercizio della funzione amministrativa.³⁷

Il principio di imparzialità, come abbiamo detto e ribadiremo, ha uno sfogo fisiologico nel principio di trasparenza, che per complessità del tema tratteremo autonomamente, vale quindi la pena, così da poter meglio anche comprendere tutta la disciplina riguardo la trasparenza della pubblica amministrazione, quelli che sono gli altri principi che stanno alla base di tutta l'attività pubblica e che non meno devono essere presenti in tutta la fase di scelta del contraente. In particolare un cenno al principio di economicità, e ai principi comunitari, fonte ormai inderogabile del nostro ordinamento grazie anche al valore attribuitogli dalla Corte Costituzionale con le sentenze "gemelle" 348/2007 e 349/2007.

f) Significato di economicità, efficacia ed efficienza nella contrattazione pubblico privata

Un accenno, seppur già enucleato nel capitolo precedente, merita il principio di economicità che deve guidare l'attività della pubblica amministrazione, affiancato, inevitabilmente, dai principi di efficacia ed efficienza dell'attività amministrativa.

In questa sede più che soffermarci sull'enucleazione e la descrizione dei principi può avere senso cercare di capire come si inseriscono e quale sia la chiave di lettura in rapporto al tema principale che stiamo affrontando che è appunto quello dei limiti nella scelta del contraente nella contrattazione pubblico privata.

Come abbiamo già affrontato nel primo capitolo, l'impostazione economico-aziendalistica applicata anche alla pubblica amministrazione, fa

³⁷ M.R. Spasiano, *I Principi di pubblicità. Trasparenza e imparzialità*, in *Codice dell'azione amministrativa* a Cura di M.A. Sandulli, Milano, 2017

ufficialmente il suo ingresso nel nostro ordinamento con la legge n. 241 del 1990, in particolare con l'art. 1 comma 1, questo comporta l'introduzione di una serie di principi che esistevano in un certo senso già nel nostro ordinamento ma, alla luce di questo articolo, assumono una veste leggermente diversa, dovendosi intendere qui il soggetto pubblico come un qualcosa di molto più vicino ad un soggetto privato di quanto non lo sia stato prima dell'introduzione della legge.

Per la verità nel primo comma sono presenti i due criteri di economicità ed efficacia, mancando invece quello dell'efficienza. Va però considerato che quest'ultimo, per quanto assente nella stesura originaria, è stato introdotto dalla novella del 2005 con l'art. 3 bis *“per conseguire maggior efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati”*; in questo senso si è voluto inserire detto principio valevole non solo per l'articolo in esame, ma per estensione a tutto il testo. A riprova di questo, vale l'eliminazione dall'originario disegno di legge governativo n. 1281, nella forma in cui era stato approvato dal Senato, ma poi modificato alla Camera secondo il testo attuale, della menzione esplicita anche del criterio di efficienza, nel senso più stretto del termine, nell'art. 1 comma 1, al fine di distogliere il legislatore da una difficoltà di interpretazione del principio alla luce di una sua eventuale duplice accezione distinta. Valutazione importanza circa la legge 15 dell'11 Febbraio 2005, riguarda la rubricazione di detti principi che nella stesura originaria della legge vengono in realtà qualificati, accanto alla pubblicità, come “criteri” per l'attività amministrativa, mentre con le novelle appunto del 2005 prima e del 2009 poi, vengono rubricati come “ principi generali dell'attività amministrativa”, pur rimanendo criteri, vengono quindi affiancati da termini che li rendono in realtà veri e propri principi per lo svolgimento di tutta

l'attività amministrativa, e quindi anche delle procedure che esamineremo di scelta del contraente nella contrattazione della pubblica amministrazione.

Il vero aspetto più rilevante riguardo ai principi introdotti dalla 241/1990, è che questi sono stati inseriti seguendo appunto un filone economico-aziendalistico, ed è in dubbio quindi il modo in cui questi debbano essere interpretati, se secondo una logica strettamente letterale e giuridica dei principi in esame o se la strada da intraprendere per l'interpretazione sia quella extra giuridica. Vale forse la pena rimandare in altre sedi una trattazione di determinati principi secondo una linea economico-aziendalistica, ma può aver senso, per completezza di trattazione, accennare brevemente al senso che questi anni quando vengono affrontati in senso economico a confronto con il valore della legge 241/1990.

I principi di economicità ed efficacia rilevano in particolare per quanto riguarda lo sfruttamento delle risorse a disposizione, confluyendo nell'esigenza produttiva di un sistema aziendale, questa prospettiva interagisce con quella dell'economia del benessere, nella quale la collocazione delle risorse ha come fine ultimo quello della massimizzazione del benessere collettivo³⁸ secondo un principio di efficienza paretiana, quale risultato di una ponderazione di preferenze individuali, al cui equilibrio presiedono i meccanismi decentrati di funzionamento del mercato.³⁹

Diversa invece l'ottica in cui pare dover essere visto il principio di efficienza, che pure gode di una duplice interpretazione, in particolare dal punto di vista delle scienze economiche. Si può parlare di efficienza più specifica infatti, riguardo all'azione singola, ovvero, guardando il profilo pubblicistico, al singolo provvedimento amministrativo. L'efficienza

³⁸ Alberto Massera, in *Codice dell'azione Amministrativa*, A cura di M. A. Sandulli, pag. 48

³⁹ Sul punto, Stiglitz, *Economics of the public sector*, 2000, trad. It., I, Milano, 2003

sembra avere rispetto agli altri due principi una funzione più ristretta, discostandosi dalla necessità di essere interpretata in senso globale, per porti invece, accanto ad economicità ed efficacia, in una *co posizione che vuole esprimere una pluralità circoscritta di relazioni, tra loro singolarmente distinguibili pur se suscettibili di valutazione unitaria in funzione dell'ottimo produttivo, nel più ampio spazio di operatività dell'organismo considerato.*⁴⁰

Tali criteri dovranno quindi servire da parametro nella valutazione dell'azione, il risultato quindi valutato *ex post*, dovrà nella maggior misura possibile corrispondere a quello preventivato *ex ante* dall'ente che ha emanato il provvedimento. Così Morciano *“Se il servizio prodotto dall'amministrazione [attraverso l'impiego di diversi fattori organizzati in un processo produttivo: ndr, il procedimento] risulterà o meno efficace, lo si potrà dedurre solo successivamente, dunque ex post, attraverso l'analisi degli effetti che esso produce nella società, che dovranno coincidere con quelli stimati ex ante. [...] L'efficacia dell'intervento dipenderà anche dal procedimento attraverso cui il servizio viene erogato, che dovrà assicurarne la produzione con le desiderate caratteristiche di qualità, nel rispetto dei principi istituzionali, e, per di più, in modo efficiente”*.

Attestata una certa confusione quindi del legislatore che non ha affrontato in modo unitario tutti i principi e criteri, basti pensare come abbiamo detto che il principio di efficienza è stato aggiunto solo all'ultimo, o che il principio di imparzialità è trattato in modo distaccato dagli altri, si rileva che per l'individuazione di un'adeguata chiave di lettura di detti principi, si debbano trattare come “concetti giuridici indeterminati”⁴¹, rendendo doveroso un rinvio alle scienze “altre” rispetto a quella giuridica. La giurisprudenza in ausilio al legislatore conferma l'interpretazione di tipo “elastica” della

⁴⁰ Vd. Massera, *Op. Citata*.

⁴¹ Vd. Alberto Massera, *Op. Citata*

norma in esame, soprattutto in base alla sua contestualizzazione, la norma infatti *“lascia ampi margini applicativi all’amministrazione, nel solco dei principi generali dell’ordinamento e degli standard sociali nella materia interessata”*⁴² e prevede inoltre che *“la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall’amministrazione”*⁴³.

Sul punto è intervenuto anche il supremo giudice ordinario, che si è pronunciato sulla relazione tra i principi della legge in questione e la loro interpretazione, in particolare *“sulla configurazione di spazi discrezionali, e quindi su aree di sindacabilità, svolgono un essenziale effetto conformatore i principi di economicità ed efficacia, contenuti nella legge 7 Agosto 1990, n. 241, art. 1, i quali, anche per l’attività regolata dal diritto pubblica, costituiscono un ulteriore limite alla libertà di valutazione conferita alla pubblica amministrazione. Tali criteri non esprimono un mero ed enfatico richiamo ai principi di legalità e buona amministrazione contenuti nell’art. 97 Cost. Si tratta, infatti, non di un vincolo ad un generale dovere (quale quello del perseguimento del pubblico interesse affidato al singolo organo amministrativo), la cui concreta applicazione dà luogo ad esercizio di discrezionalità amministrativa, ma di avere vere e proprie regole giuridiche, la cui osservanza può dar luogo alla misura correttiva o repressiva che il giudice deve applicare ad esito della sua verifica. Tali principi, quindi, costituiscono una regola di legittimità dell’azione amministrativa, la cui osservanza può essere oggetto di sindacato giurisdizionale, nel senso che lo stesso comporta il controllo della loro*

⁴² TAR Puglia, Bari, II, 19 novembre 2006, n. 3973

⁴³ Cons. St., VI, 6 maggio 2014, n. 2302

concreta applicazione, essendo lo stesso estraneo alla sfera propriamente discrezionale”⁴⁴

g) Il principio della trasparenza fra ordinamento comunitario e nazionale

Il primo cui risponde tutta la disciplina che regola la scelta del contraente è sicuramente il principio di trasparenza della procedura, che dev'essere infatti caratterizzata da passaggi che provino che non ci sia stata imparzialità nella scelta del contraente e nei quali non si abbia dubbio che si siano seguite tutte le procedure previste dalla legge.

La trasparenza negli atti della pubblica amministrazione in generale non dev'essere soltanto un cardine cui riferirsi sempre, ma anche un *modus operandi*, un modo di essere e di agire della pubblica amministrazione⁴⁵ che consenta al cittadino di esercitare e tutelare i suoi diritti, e di verificare che i suoi diritti siano stati tutelati e rispettati, così da attuare attraverso questo quel “ principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza e imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio della nazione” (art. 1, comma 2, d. lg. 14 marzo 2013, n. 33, come modificato dal d.lg. 25 maggio 2016, n. 97).

Trasparenza e concorrenza sono, secondo una giurisprudenza consolidata, in rapporto strettamente funzionale l'uno con l'altro, essendo il primo carattere essenziale per l'espletamento del secondo⁴⁶, ed anche la dottrina, ha di fatto confermato che per un totale espletamento di una libera concorrenza la

⁴⁴ Cass. Civ. , SU, 28 marzo 2006, n. 7024, FI, 2007 2484

⁴⁵ M.R. Spasiano, *Op. Citata*.

⁴⁶ Cons. St., VI, 9 Marzo 2007, n. 1119, C IT, 2007, 63

condizione della trasparenza è una condizione necessaria, anche se non sufficiente, di un'amministrazione di qualità⁴⁷.

La giurisprudenza amministrativa presenta una duplice elaborazione del principio di trasparenza, l'una soggettiva, l'altra oggettiva o, meglio, contenutistica⁴⁸.

Sotto il primo profilo, che attiene alla progressiva estensione "quantitativa" del principio, già prima della riforma introdotta dalla l. n. 15/2005, veniva ribadita l'applicazione del principio di trasparenza oltre che alle pubbliche amministrazioni, anche ai soggetti privati chiamati all'esercizio di compiti di pubblico interesse.⁴⁹

⁴⁷ *D'alessio G. e Spasiano in Trasparenza e qualità*, secondo cui il rapporto di trasparenza con i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 Cost. appare ormai acclarato, dal momento che la trasparenza svolge un essenziale funzione di tutela e garanzia degli interessi individuali e meta individuali coinvolti nell'azione amministrativa. Nella stessa *Linea Manganaro*, secondo cui il principio di trasparenza è un fine per i quali sono strumentali la pubblicità e il diritto di accesso, ma a sua volta costituisce un mezzo per evitare elusioni del principio di concorrenza e accordi illeciti o corruttivi. *Caringella*, secondo cui *la trasparenza non è un valore compiuto in sé, ma un grimaldello attraverso cui i cittadini possono toccare con mano se le leve del potere siano state azionate in modo funzionale agli obiettivi, di dignità costituzionale, dell'imparzialità e dell'efficienza amministrativa*.

⁴⁸ M.R. Spasiano, Op. Citata

⁴⁹ Sul punto Cons. St., AP, 5 Settembre 2005, n. 5, FA-CS, 2005, 2513, che completa il percorso tracciato da Id., 4 Febbraio 1997, n. 5 FA, 1997, 423, secondo cui il diritto di accesso, tipico strumento della trasparenza, deve trovare attuazione nei confronti di ogni tipologia di attività della pubblica amministrazione, ivi compresi gli atti disciplinati dal diritto privato. Sul punto Proietti R., *l'accesso alle attività di pubblico interesse ed il giudizio di ottemperanza*, in *Urbanistica e Appalti*, 12/2005, p. 1425 "L'Adunanza Plenaria n. 5/2005 ha ammesso la possibilità di esperire il rimedio del giudizio di ottemperanza in casi del genere, evidenziando che il primo comma lett. c) dell'attuale art. 22, della L. n. 241 del 1990 (riscritto dalla L. n. 15 del 2005) fa rientrare nella nozione di "pubblica amministrazione" "tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario" e che, più in generale, il nuovo comma 1-ter dell'art. 1 della L. n. 241 del 1990, prevede che "I soggetti privati preposti all'esercizio di

Si è stabilito tra l'altro che l'accesso trova applicazione per ogni attività della Pubblica Amministrazione, l'accesso ai documenti dei soggetti privati va riconosciuto solo in caso di svolgimento di un'attività di interesse pubblico e limitatamente agli atti funzionalmente inerenti alla gestione di atti collettivi, per i quali sussiste l'esigenza di garantire il rispetto del principio di buon andamento, cui la trasparenza è funzionale.⁵⁰

Per quanto riguarda il profilo del contenuto, la giurisprudenza ha invece evidenziato il valore della trasparenza quale canone interpretativo generale dei comportamenti dell'amministrazione pubblica condizionante sia la corretta sequenza procedimentale, sia le modalità esplicative di quest'ultima.⁵¹

Ad esempio viene riportata la decisione del Cons. St. V, 6 Febbraio 2007, n. 487, FA. CS, 2007, 528, nella quale si precisa che la commissione aggiudicatrice in una procedura ad evidenza pubblica che richieda una valutazione sulla competenza tecnica ed economica dell'offerta, non può stabilire eventuali specificazioni od integrazioni dei criteri di valutazioni indicati dal bando di gara o dalla lettera di invito dopo che siano stati aperti i plichi contenenti le singole proposte, anche indipendentemente dalla circostanza che i componenti la commissione abbiano concretamente preso conoscenza delle offerte stesse, ciò in quanto la tardiva fissazione dei criteri di valutazione è in contrasto con elementari principi di imparzialità e trasparenza.

attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1", compresi, quindi, anche i canoni della pubblicità e della trasparenza. La legge si riferisce anche ai gestori di servizi pubblici, indipendentemente dalla loro qualificazione pubblica o privata."

⁵⁰ Sul punto TAR Calabria, Reggio Calabria, I, 26 Febbraio 2016, n. 597, FA 2016 496 dove si precisa che vanno in ogni modo scongiurate "indebite estensioni del sotteso diritto all'ostensione, valorizzando la necessità della sussistenza, a tal fine di uno specifico collocamento, anche indiretto, tra la documentazione oggetto della pretesa ostensiva ed un pubblico interesse che soddisfi la ratio legis della trasparenza dell'azione amministrativa.

⁵¹ M.R. Spasiano, *Op. Citata*.

Come abbiamo detto questi principi si traducono in una serie di norme volte all'attuazione degli stessi, che trovano il rapporto funzionale con il principio della pubblicità.

La legge 24/1990 tiene distinti i due principi di trasparenza e pubblicità, ma è evidente come questi siano fra loro coincidenti e funzionali fra di loro. In realtà i due principi sono effettivamente distinti, possiamo dire che la pubblicità è un'esplicazione di della trasparenza, e quindi una via, non certamente l'unica, attraverso la quale questo principio si esprime.

In altri termini nel più ampio *genus* del principio di trasparenza che coinvolge il modo stesso di essere della pubblica amministrazione, il suo dovere agire correttamente al di là delle mere prescrizioni imposte dalle norme, nella consapevolezza che la democrazia ha bisogno di un'esplicitazione comprensibile del potere pubblico⁵², la *species* della pubblicità rappresenta un mero stato di fatto dell'atto, dell'organizzazione, del procedimento. In questa prospettiva Gandino⁵³ sottolinea che la pubblicità è quindi solo conoscibilità, potenzialità di conoscenza, mentre la trasparenza è conoscenza comprensione e, in ultima analisi, controllo, lungo una traccia che trova nuova linfa nei riferiti obblighi di pubblicazione online. L'analisi della decisione dei giudici inoltre mette in evidenza come sia di fatto l'aspetto della pubblicità estremamente settoriale, nel senso che è riferibile ad un atto, o ad una procedura, ma la sua applicazione ha valenza strumentale al fine di tutelare le più ampie esigenze di trasparenza e buon andamento.

In questa prospettiva la sez. VI del Cons. St. ha affermato che è principio inderogabile in qualunque tipo di gara quello secondo cui devono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei

⁵² Vd. Manganaro, *L'evoluzione del principio di trasparenza*, Astridonline.it

⁵³ Vd. Gandino, *Sulla pubblicità delle sedute di gara: riflessioni a margine della trasparenza amministrativa nel codice dei contratti pubblici*

plichi contenenti l'offerta, con la conseguente necessaria declaratoria di illegittimità dell'apertura dei plichi in segreto.

Le norme che traducono il principio di trasparenza della P.A. si rinvencono quindi negli obblighi di pubblicazione dei contratti pubblici, cui si può rinvenire attraverso una lettura combinata di due importanti norme: l'art. 37 del d. lg. 14 aprile 2013, n. 33, per come modificato dal d. lg. 25 maggio 2016, n. 97 proprio in tema di obblighi di pubblicità a fini di trasparenza e l'art. 29 del d. lg. 18 aprile 2016, n. 50 (come ora modificato dal d. lg. 56/2017). L'art. 37, comma 1, dispone, con riguardo agli obblighi di pubblicità in materia di appalti, che *“Fermo restando quanto previsto dall'articolo 9-bis e fermi restando gli obblighi di pubblicità legale, le pubbliche amministrazioni e le stazioni appaltanti pubblicano: a) i dati previsti dall'articolo 1, comma 32, della legge 6 novembre 2012, n. 190; b) gli atti e le informazioni oggetto di pubblicazione ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”*.

Questo tipo di pubblicità sembra riferirsi ad una mera pubblicità di carattere conoscitivo, volti appunto ad assicurare la conoscibilità a tutti i cittadini degli atti prodotti dalla pubblica amministrazione, ma se letta, come precedentemente accennato, in combinato disposto con l'art. 29 del d. lg. 50/2016, vediamo che l'articolo introduce una serie di obblighi aggiuntivi a quello di pubblicazione, che la trasformano da pubblicità notizia/informativa ad una vera e propria pubblicità legale.

Si noti quindi come ad oggi la pubblicità richiesta dopo il decreto 33/2013 abbia di fatto una duplice funzionalità. La prima, quella che riguarda la pubblicazione nella sezione “Amministrazione trasparente”, ha la funzione di informare i cittadini circa quanto viene svolto dalla pubblica amministrazione, e sulla trasparenza dei procedimenti da essa attuati. La seconda invece ha una vera e propria funzione di pubblicità legale, è la

pubblicità di gara, che è volta a produrre effetti legali che si realizza con la pubblicazione degli atti nella sezione dei siti istituzionali con funzione di albo pretorio o di albo on line.⁵⁴

le specifiche disposizioni contenute nel codice dei contratti, sono invece un asset normativo inderogabile perché la procedura indetta possa ritenersi valida, garantendo l'applicazione di quei principi inerenti le procedure per il relativo affidamento di cui stiamo parlando in questo capitolo, quali la trasparenza, la pubblicità, la libera concorrenza e la par condicio dei partecipanti⁵⁵.

Vediamo quindi sul sito istituzionale appaiono almeno due sezioni nelle quali è possibile rinvenire gli atti e le informazioni relative alla procedura di gara, con finalità diverse e assoggettati a tempi diversi: la prima denominata “albo pretorio online”, oppure “avvisi e bandi” che svolga la funzione di albo online e assicura la produzione degli effetti legali (chiamato profilo del committente) e la seconda denominata “Amministrazione trasparente” che assicura appunto la trasparenza dell'operato dell'amministrazione.⁵⁶

La prima disciplina di riferimento per la pubblicità rivolta a produrre effetti legali, è rinvenibile inizialmente nell'art. 32 della legge 69/2009, secondo la quale “*gli obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi aventi effetti di pubblicità legale si intendono assolti con la pubblicazione degli stessi sui rispettivi siti informatici da parte delle amministrazioni e degli enti pubblici obbligati*”. Come attuazione della suddetta legge è stato emanato il d. P.C.M. 26 Aprile 2011 che prevede le modalità di pubblicazione nei siti informatici delle amministrazioni e degli enti pubblici,

⁵⁴ Ved. *La trasparenza negli appalti pubblici, tra obblighi di pubblicazione e pubblicità legale*, di Anna Corrato, in *Federalismi.it*, 3 Gennaio 2018

⁵⁵ Sul punto, commento all'art 72 di Guacci in *Codice dei contratti Pubblici*, a cura di Esposito, UTET Giuridica, 2017

⁵⁶ Vd. Anna Corrato, *Op. Citata*

ovvero di loro associazioni, degli atti e dei provvedimenti concernenti procedure ad evidenza pubblica. All'art. 4 è previsto che le amministrazioni aggiudicatrici devono pubblicare i bandi, gli avvisi, e gli esiti di fgra sul profilo del committente in un'apposita sezione dedicata, nominata "Bandi di gara", direttamente raggiungibile dalla home page, facilmente consultabile.

Da questo tipo di pubblicità ne deriva che i soggetti sono considerati informati sull'esistenza di un procedimento amministrativo, ed assicura quindi una presunzione di conoscenza che determina quindi la decorrenza dei termini per la partecipazione alla gara oppure per l'impugnazione degli atti della procedura davanti al giudice competente. Risulta quindi evidente la rilevanza di questa pubblicità ai fini della legittimità ed efficacia delle procedure di gara, sussistendo quindi sul soggetto interessato l'onere di consultazione del sito informativo al fine di essere a conoscenza di quale siano le procedure indette dall'amministrazione, i termini di scadenza e tutte le informazioni utili per la partecipazione.

Il d. lgs. 50/2016 all'art. 73 prevede al comma 4 che *"fermo restando quanto previsto all'art. 72, gli avvisi e i bandi sono, altresì, pubblicati senza oneri sul profilo del committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC"*, mentre all'art. 216, comma 11 del codice dei contratti, si è previsto che fino alla pubblicazione ex art. 73 i contratti devono essere *"anche pubblicati nella Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana"*.

Il riferimento per il regime attuale di pubblicità degli atti di gara, oltre che il d. lgs. 50/2016 deve essere il D.M. 2 Dicembre 2016 con il quale sono definiti gli *"indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, di cui agli art. 70, 71e 98 del decreto legislativo 18 Aprile 2016, n. 50"*.

Detti indirizzi sono fissati al fine di Garantire la certezza della data di pubblicazione e adeguati livelli di trasparenza e conoscibilità.⁵⁷⁵⁸

Si individuano quindi i termini per la pubblicazione degli avvisi e bandi sulla piattaforma ANAC e, non oltre due giorni lavorativi successivi alla pubblicazione sulla piattaforma ANAC, sul “profilo di committente” con l’indicazione della data e degli estremi di pubblicazione sulla stessa piattaforma.

Si deve menzionare anche l’art. 36, comma 9, del codice degli appalti che, in tema di contratti sotto soglia, dispone che “...i bandi e gli avvisi sono pubblicati sul profilo del committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei mandati di gara presso ANAC di cui all’art. 73, comma 4, con gli effetti previsti dal comma 5, del citato articolo. Fino alla data di cui all’art. 73, comma 4, per gli effetti giuridici connessi alla pubblicazione, gli avvisi e i bandi per i contratti relativi a lavori di importo pari o superiore a cinquecentomila euro e per i contratti relativi forniture e servizi sono pubblicati anche sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici; per i medesimi effetti, gli avvisi e i bandi per i contratti relativi a lavori di importo inferiore a cinquecentomila euro sono pubblicati nell’albo pretorio del Comune ove si eseguono i lavori”.

⁵⁷ Anna Corrato, *Op. Citata*

⁵⁸ L’art. 1 D.M. 2 Dicembre 2016 dispone che “ 1.il presente decreto, in attuazione dell’art. 73, comma 4 del decreto legislativo 18 Aprile 2016, n. 50, definisce 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. Il decreto individua, altresì, la data fino alla quale gli avvisi e i bandi devono essere anche pubblicati nella gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici, entro il sesto giorno feriale successivo a quello del ricevimento della documentazione da parte dell’Ufficio inserzioni dell’Istituto poligrafico e zecca dello Stato”

La questione dei contratti sotto la soglia europea è stata per lungo tempo sottovalutata dal legislatore come dall'AVCP, in quanto erano ritenuti di minor interesse economico e, soprattutto perché non era prevista dalle direttive una specifica disciplina per questi contratti in quanto era possibile applicare la disciplina comune prevista dal trattato.⁵⁹

Tuttavia l'importante incremento del numero dei contratti⁶⁰ sotto soglia ha fatto emergere l'esigenza di una disciplina speciale per questi tipi di contratti volta a garantire a questi il rispetto dei principi di leale concorrenza imparzialità e parità di trattamento.

L'art. 36 introduce quindi, anche attraverso le Linee guida dell'ANAC, *Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici* approvate con determinazione n. 1097 del 26 Ottobre 2016, una regolamentazione dettagliata delle procedure di aggiudicazione degli appalti sotto soglia. L'esigenza d'altronde di prevedere una disciplina compiuta e dettagliata era data dalla necessità di ridurre l'ambito di discrezionalità dell'amministrazione pubblica nella scelta del contraente, e prevenire in questo modo i fenomeni corruttivi. Il legislatore tende a vincolare *“La discrezionalità, sospetta perché capace di generare collusione e corruzione, secondo un orientamento che non è condiviso dall'Unione Europea”*⁶¹. Secondo M. Clarich *“contrasto alla corruzione e*

⁵⁹ Vd. Paolo Clarizia, commento all'art. 36, *Codice dei contratti pubblici*, a cura di Gianmaria Esposito, UTET Giuridica, 2017

⁶⁰ Dati significativi sono dati dal Presidente Sergio Santoro nella relazione annuale 2011 dell'allora Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, secondo i quali nel 2010 su circa 1.500.000 contratti stipulati da pubbliche amministrazioni *“circa 1.250.000 appalti avevano un valore di importo inferiore a 40.000 euro”*

⁶¹ A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc.5, 2015, pag. 1127

concorrenzialità delle gare pubbliche sembrano costituire due facce della medesima medaglia” in quanto ad una maggior trasparenza della procedura corrisponde uno scoraggiamento dell’azione corruttiva.

Tutto il procedimento è quindi improntato, anche su indicazione del legislatore delegato “*a criteri di massima semplificazione e rapidità dei procedimenti*”.

In particolare secondo l’art. 1 della legge 28 Gennaio 2016, n. 11:

- i. g) previsione di una disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria e di una disciplina per l’esecuzione di lavori, servizi e forniture in economia ispirate a criteri di massima semplificazione e rapidità dei procedimenti, salvaguardando i principi di trasparenza e imparzialità della gara;*
- ii. ii) garanzia di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione sotto la soglia di rilevanza comunitaria, assicurando, anche nelle forme semplificate di aggiudicazione, la valutazione comparativa tra più offerte, prevedendo che debbano essere invitati a presentare offerta almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nonché un’adeguata rotazione, ferma restando la facoltà per le imprese pubbliche dei settori speciali di cui alla direttiva 2014/25/UE di applicare la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, adottati in conformità ai principi dettati dal Trattato sul funzionamento dell’Unione europea a tutela della concorrenza;*

Si rimanda ad un altro momento della trattazione l’aspetto della descrizione delle varie procedure sotto soglia, va qui la pena ricordare, essendo dell’ambito della pubblicità e della trasparenza, che ovviamente anche per queste procedure valgono le regole di pubblicità valide per le procedure ordinarie, ed è quindi in capo all’amministrazione l’onere di garantire la conoscibilità delle procedure di gara, nonché di un accesso rapido ed

agevole alle informazioni principali relative alle procedure indette, agli affidamenti effettivamente disposti e ai contratti sottoscritti. In questo senso l'ANAC ha disposto che l'art. 29 del codice, declinazione dei principi di pubblicità e trasparenza, si applichi integralmente anche a questa categoria di contratti, con la conseguenza che anche gli obblighi di pubblicazione validità ed efficacia previsti dall'art. 29 d. lg. n. 50/2016 valgono anche per l'affidamento dei contratti sotto soglia, con conseguente pubblicazione nella sezione Amministrazione Trasparente e l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto trasparenza (d. lg. n. 33/2013).

Una eccezione per gli obblighi di pubblicazione è però prevista per questo genere di contratti rispetto alla disciplina ex art. 29, in quanto risulterebbe eccessivamente gravosa rispetto ad alcuni procedimenti⁶². Secondo l'art. 29 infatti l'amministrazione aggiudicatrice e gli enti aggiudicatori sarebbero disposti a pubblicare sul profilo del committente, oltre a tutti gli atti relativi alla programmazione e alle procedura di affidamento, anche il profilo che determina le esclusioni e le ammissioni all'esito della valutazione dei requisiti, la composizione della commissione aggiudicatrice ed i *curricula* dei componenti, i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione. Come già affermato la procedura per i contratti sotto soglia è, per ragioni legate al particolare regime cui appartengono, più snella ed immediata, ad esempio si suggerisce che alla fase di valutazione dei requisiti, soprattutto per i contratti di minor valore, sia immediatamente seguita la fase di valutazione senza soluzione di continuità, così come la pubblicazione del provvedimento di nomina della commissione con i relativi *curricula*, ovvero del provvedimento di ammissione ed esclusione dei concorrenti finalizzato a consentirne l'impugnazione sembra contraddire la ratio del regime.⁶³

⁶² Vd. Paolo Clarizia, *Op. Citata*

⁶³ è lo stesso art. 36, comma 2, lett. b) e c) con esclusivo riferimento alle procedure per l'aggiudicazione dei contratti di servizi e forniture di importi superiori a 40.000

Affrontato il tema della pubblicità legale, rimane da vedere quello già citato che rientra nella sezione “Amministrazione Trasparente”, vero e proprio esempio di trasparenza della pubblica amministrazione il cui fine è quello di informare tutti i cittadini relativamente alle gare bandite, la tipologia di opere servizi e forniture oggetto delle procedure di gara bandite e i costi degli affidamenti medesimi al fine di favorire un controllo diffuso che, come detto, sta alla base del principio della trasparenza amministrativa.

Questa è la pubblicità, di cui all’art 37 del d. lgs. 33/2013, norma che impone la pubblicazione nella sottosezione “Bandi di gara e contratti” di “Amministrazione trasparente”, relativamente a ciascuna procedura di gara, di una serie di informazioni, elencate rimandando all’art. 1, comma 32 della legge 190/2012: “ *le stazioni appaltanti sono in ogni caso tenute a pubblicare nei propri siti web istituzionali: la struttura proponente; l’oggetto del bando; l’elenco degli operatori invitati a presentare offerte; l’aggiudicatario; l’importo di aggiudicazione; i tempi di completamento dell’opera, servizio o fornitura; l’importo delle somme liquidate*”.

È importante ribadire, come si è detto per tutta la pubblicità pubblicata in questa sezione, che qui non si tratta di una pubblicità volta alla produzione di effetti legali, ma più semplicemente, assolve al compito, non per questo secondario, di portare a conoscenza i cittadini delle procedure di appalti espletati dalle amministrazioni e dei costi delle stesse.

Gli obblighi di pubblicazione di gara tramite la sezione “Amministrazione trasparente” non si esauriscono con la lista dell’articolo riportato, ma troviamo all’art. 37 anche *gli atti e le informazioni oggetto di pubblicazione ai sensi del decreto legislativo 18 Aprile 2016, n. 50*, risultato così

euro e inferiori alle soglie, e di lavori superiori a 40.000 e inferiori a 1.000.000 chiarisce che “*l’avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l’indicazione dei soggetti invitati*”. Quindi se si prevede espressamente che l’indicazione dei soggetti invitati deve essere contenuta nell’avviso finale significa, evidentemente, che tale informazione non deve essere fornita in precedenza.

necessario per individuare il contenuto dell'obbligo della sezione una lettura combinata delle due leggi in tema di trasparenza e in tema di appalti.

Nel nuovo codice dei contratti la norma di riferimento è l'art. 29, che aggiunge ulteriori obblighi di pubblicità a quelli previsti dal ricordato art. 1, comma 32, della legge 190/2012, con la previsione della pubblicazione nella sezione Amministrazione trasparente di “ *tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi 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*” sebbene specifichi che detta pubblicazione deve avvenire *con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 Marzo 2013, n. 33*, la disposizione non chiarisce in verità quali siano gli atti da pubblicare, e cioè se siano solo quelli di cui al comma 32 della legge 190/2012 (elencati sopra) oppure tutti gli altri atti della procedura nei limiti di quelli conoscibili solamente tramite richiesta di accesso ai documenti, ex art. 53 del d. lgs. 50/2016.⁶⁴

Sul punto, per l'individuazione dei dati da pubblicare, è intervenuta l'ANAC, con la delibera 1310 del 28 dicembre, nella quale si individuano gli atti oggetto di pubblicazione, tra cui troviamo gli avvisi di preinformazione, i bandi e gli avvisi di gara, la delibera a contrarre, l'elenco degli atti relativi ad affidamenti diretti o affidamenti *in house*, i provvedimenti di esclusione o di ammissione nonché l'elenco dei verbali di gara.

Secondo l'art. 29 è poi obbligatoria la pubblicazione del nome dei componenti delle commissioni giudicatrici e i curricula dei suoi componenti; infine i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione.

⁶⁴ Il riferimento all'art. 53 del d. lgs. 50/2016 è stato inserito nell'ambito dell'art. 29 del codice degli appalti solo con il comunicato del governo del 15 Luglio 2016.

I dati, documenti e informazioni sono soggetti a particolare regime previsto dagli artt. 7 e ss. Del d. lgs 33/2013. I dati pubblicati sui siti devono essere completi, aggiornati tempestivi, di semplice consultazione, comprensibili, omogenei, di facile accessibilità e riutilizzabili. Ulteriore peculiarità consiste nel fatto che debbano, a norma dell'art. 68 del d.lgs 7 marzo 2005, n. 82, essere pubblicati in forma aperta⁶⁵, e devono quindi poter essere accessibili da chiunque da reti telematiche pubbliche o private e devono essere disponibili gratuitamente.

I dati personali diversi da quelli sensibili, e giudiziari, sono pubblicati nei siti istituzionali in modo che ne sia consentita l'indicizzazione e in particolare la ricerca tramite i motori di ricerca web, per questi dati valgono tutte le norme in materia di protezione dei dati personali. All'art. 9 comma 1 si legge che le amministrazioni non possono disporre filtri in modo da non rendere rintracciabili i dati all'interno della sezione "Amministrazione trasparente".

Inoltre è previsto che quanto queste intendano pubblicare dati ulteriori rispetto a quelli previsti dalle disposizioni esaminate, abbiano facoltà di farlo anonimizzando gli eventuali dati presenti.

La durata invece di pubblicazione, in un'ottica di bilanciamento tra principio di trasparenza degli atti amministrativi e diritto all'oblio, è invece fissata in cinque anni dall'art. 8 del d. lgs. 33/2013, decorrenti dal 1° gennaio dell'anno successivo a quello cui sorge l'obbligo di pubblicazione. Al termine del periodo questi dati saranno conoscibili mediante richiesta di accesso civico.

Attestato il valore della duplice pubblicazione, quella sotto la voce di "Amministrazione trasparente" e quella invece cui viene attribuita la

⁶⁵ Per formato dati di tipo aperto si intende un formato di dati reso pubblico, documentato esaustivamente.

qualifica di pubblicità legale, è necessario affrontare il tema della pubblicità in tema di provvedimenti di esclusione e ammissione.⁶⁶

Individuare la finalità della misura di pubblicità diventa fondamentale sotto diversi profili; quello del regime giuridico applicabile, del luogo e dei tempi di pubblicazione degli atti e della sezione di pubblicazione. L'art. 29 in realtà, così come impostato come dal legislatore nel 2016, non sembra tenere in considerazione le specificità delle due sezioni di pubblicazione.

Al primo comma dispone che *tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, 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.... Devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.*

La previsione dell'art. 1 risponde quindi all'esigenza di portare a conoscenza di assicurare maggior trasparenza alla procedura, e di integrare gli obblighi di pubblicazione di cui all'art. 37 del d. lgs. 33/2013, ma sempre l'art. 29 continua stabilendo che *“al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le*

⁶⁶ Il Garante per la protezione dei dati personali con delibera 243 del 15 Maggio 2014, recante “Linee guida in materia di trattamento di dati personali, contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato per finalità di pubblicità e trasparenza sul web da soggetti pubblici e da altri enti obbligati”, ha chiarito che tutte le ipotesi di pubblicità non riconducibili a finalità di trasparenza, qualora queste comportino una diffusione dei dati personali, sono escluse dall'oggetto del decreto 33/2013 e dall'ambito di applicazione delle relative previsioni e, in particolare, non trovano applicazione la disciplina dell'accesso civico, la regola dell'indicizzazione e del riutilizzo dei dati, il termine di durata della pubblicazione.

esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali. Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'art. 5 bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n.82, recante il Codice dell'amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri, di detto provvedimento, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. Il termine per l'impugnativa di cui al citato art. 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione”.

Questo tipo di pubblicità dunque, previsto da questa seconda parte esaminata dell'art. 29, non sembra più molto rispondere ad una mera esigenza di trasparenza amministrativa, pare piuttosto essere riconducibile al novero delle pubblicità legali, prevedendo il momento della pubblicazione come momento da cui decorre il termine per l'impugnazione e proposizione dell'eventuale ricorso ai sensi dello speciale rito del processo amministrativo. A conferma di quanto detto, l'art. 120, comma due bis, del codice del processo amministrativo⁶⁷, aggiunto proprio con l'art. 204 del d. lgs. 50/ 2016, in base al quale *“Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di 30 giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11...”*.

⁶⁷ D. Lgs. N. 104 02/07/2010 recante “Attuazione dell'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo”

Questo regime di pubblicità per le ammissioni e le esclusioni dalla procedura di gara, poiché non è rivolto solo a favorire la trasparenza, ma è espressamente inteso a *consentire la proposizione del ricorso giurisdizionale* e, dunque, a farne decorrere i rigidi termini decadenziali, deve essere considerato quale ipotesi di pubblicità legale, risultando evidente come la pubblicazione nella sezione “Amministrazione trasparente” comporta una certa confusione per gli operatori che, fino ad allora, erano abituati per l’acquisizione della legale conoscenza degli atti del committente, ad accedere alla sezione del profilo del committente avente valore di albo online.⁶⁸

Si prevede quindi una nuova forma di pubblicità legale, inserita nella sezione “amministrazione trasparente”, che pone quindi in capo agli operatori l’onere di consultazione anche della suddetta sezione per avere contezza degli appalti pubblicati, anche ai fini dei termini decadenziali.

Per questo motivo è intervenuta in questo ambito una disciplina correttiva con il d. lgs. 56/2017, che cerca di risolvere il problema pratico dell’aver introdotto tale pubblicità nella sezione “Amministrazione trasparente”, che inserisce una corposa modifica del comma 1 dell’art. 29 che prevede che siano pubblicati i provvedimenti di ammissione o di esclusione adottati in esito alla verifica dei requisiti entro due giorni dalla loro adozione, e che entro lo stesso termine venga dato avviso ai candidati e ai concorrenti di tale provvedimenti. La novella prevede che vengano pubblicati solo i nomi degli operatori ammessi ed esclusi, e null’altro, mentre ci si dovrà servire dell’accesso agli atti dedicato per conoscere i motivi della scelta.⁶⁹

⁶⁸ Anna Corrado, *Op. Citata*

⁶⁹ la novella in parte deriva dalla trasposizione dell’art. 76, comma 3, del d. lgs. 50/2016, ora abrogato, nell’ambito dell’art. 29, comma 1, ad opera del decreto correttivo d.lgs. 56/2017.

h) La concorrenza: dimensione economica e sociale

Da sempre il principale dei principi riguardante la contrattazione pubblico privata, proprio perché in questo tipo di contratti il rischio di un abuso del potere pubblico rischia in modo serio di minare il diritto alla libera impresa degli altri operatori privati.

Il significato di concorrenza come lo conosciamo oggi è completamente diverso da come veniva inteso nelle prime procedure competitive adottate dai paesi europei a inizio ottocento. Santi Romano scriveva che il procedimento consistente nelle gare di pubblico incanto prevedeva delle formalità “*stabilite nell’interesse dell’amministrazione e il cui difetto quindi non può essere opposto dal privato*”⁷⁰

L’interessi di cui parla è l’interesse alla minore o comunque migliore spendita del denaro pubblico, ed è un interesse talmente pubblico che *il mancato rispetto della concorrenza non può essere fatto valere dai privati*⁷¹. Anche le norme di contabilità pubblica degli anni venti del ‘900 evidenziano una propensione per l’interesse pubblico a scapito di quello privato. M.S. Giannini parlava di “*Contratto ad evidenza pubblica con una valenza pratica, ovvero quella di porre fine agli abusi dei fornitori dello stato e per coerenza con il principio di legalità*”⁷².

In quegli anni si apre però la strada per i ricorsi privati, legittimando gli operatori che si siano ritenuti lesi da un’errata applicazione delle regole alla tutela dei propri diritti. Lo stesso iter è avvenuto comunque in Francia dove nell’800 erano previste diverse procedure per disciplinare i *marches publique* come l’*adjudication* e l’*apel d’offert*. Tutte queste procedure sono

⁷⁰ S.Romano, *Diritto Amministrativo*, Milano, Società Editrice libraria, 1901

⁷¹ Marco D’Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Diritto Amministrativo*, anno XVI fascicolo 2/2008, Giuffrè editore, Milano

⁷² M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, I, 677

segnate dall'interesse pubblico costituito in parte dall'interesse finanziario e in parte dall'interesse amministrativo.⁷³

Nel 2006 l'inversione di rotta diventa evidente grazie alla normativa comunitaria, che tutelando l'interesse alla libera circolazione delle merci all'interno del territorio comunitario, opera un fisiologico ribilanciamento a favore degli operatori privati.

In questo modo la tutela della concorrenza diviene elemento fondamentale dei contratti pubblici. In realtà, come osserva Marcello Claric, le tre nuove direttive europee *sembrano porre in primo piano una serie di obiettivi diversi da quello della concorrenza*⁷⁴.

Soltanto nella direttiva 2014/25/EU si mette in risalto per i settori speciali come data la *natura chiusa* dei mercati, si debba prevedere una speciale disciplina volta ad *assicurare l'apertura alla concorrenza*.

In realtà ciò che sta alla base della contrattazione giuridica dei contratti pubblici è *in primis* il principio della libera circolazione delle merci, seguito dalla libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi. È da qui che deriva, ma solo in conseguenza di questo primo principio, il principio di parità di trattamento, di non discriminazione e di mutuo riconoscimento, di proporzionalità e di trasparenza che sono la base di tutta la disciplina.

Così anche all'art. 2 del Codice dei contratti pubblici si rilevi come nei principi che caratterizzano l'intero corpo normativo si è voluto dare la precedenza ai principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, aggiungendo poi che *“deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità nonché quello di pubblicità”*. Con ciò non si intende

⁷³ A.De Loubodère, J.C. Venezia, Y. Goudemet, *traité de droit administratif*, tome I, Paris, Librairie general de droit ed de jurisprudence, 1990, 629 ss.

⁷⁴ M.C. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, Astrid, rassegna n. 19/2015, pag. 2

operare una gerarchia fra i suddetti principi ma appare evidente come quello della concorrenza non occupi il primo posto.

Per un corretto esame del valore della concorrenza nella contrattazione si riporta qui l'analisi di M. Clarich nella distinzione nella teoria economica e dell'analisi del diritto tra una dimensione "macro" e una dimensione "micro" della concorrenza.⁷⁵

Dal punto di vista "macro" l'azione della pubblica amministrazione deve essere vista come un soggetto che influisce sul funzionamento dei mercati. Secondo quello "micro" invece la concorrenza deve essere valutata nell'ottica di un singolo atto fra più attori. Inoltre, si legge che nella dimensione macro la pa agisce in un mercato mentre nella dimensione micro è essa stessa ad aver inventato un mercato.

Nell'esame della dimensione macro occorre considerare che questo può in molti modi condizionare il funzionamento dei mercati⁷⁶. In particolare ciò è possibile quando assuma la veste di produttore diretto di alcuni beni o servizi, gratuitamente o dietro pagamento di un corrispettivo, può sostenere direttamente o indirettamente, nel rispetto dei parametri dell'unione europea, alcuni settori di mercato, così come può, in alcuni caso, svolgere il ruolo di grande acquirente, si consideri infatti che in Europa il complesso delle risorse pubbliche mobilitate nel mercato del *public procurement* ammonta a vari punti di PIL.⁷⁷ Per questi motivi la disciplina della contrattazione pubblica deve necessariamente tendere alla selezione di fornitori efficienti, sia sotto un punto di vista qualitativo che prettamente economico, in quanto l'effetto complessivo sarà quello di favorire il successo sul mercato delle imprese migliori. In questo senso la forte decentralizzazione dei centri di spesa esistente in Italia consente la

⁷⁵ M. Clarich, *Op. Citata*

⁷⁶ Si veda M. Libertini, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, pag 511 e seg.

frammentazione della domanda pubblica in appalti di importi poco elevati, favorendo in questo modo le piccole e medie imprese, pur rendendo meno efficienti i mercati. Infatti gli importi modesti e i lunghi tempi per la procedura possono in qualche modo disincentivare le grandi aziende a partecipare alle gare ad evidenza pubblica.

Questa impostazione porta necessariamente a chiedersi se sia legittimo impostare una struttura del mercato nel senso che abbiamo visto, a scapito in qualche caso dell'efficienza in quanto la frammentazione consente sì un maggior margine di azione per la piccola e media impresa ma allo stesso tempo esclude in molti casi alcuni operatori che in condizioni diverse avrebbero potuto offrire offerte più vantaggiose.

Passiamo ora ad analizzare la dimensione “micro”, nella quale ogni procedura ad evidenza pubblica costituisce di fatto un mercato a sé, che se ispirato a principi di concorrenza, consente la partecipazione di più operatori.⁷⁸

In questo mercato la pubblica amministrazione è titolare di alcune peculiarità rispetto agli operatori tradizionali, che, come detto all'inizio del capitolo, derivano fisiologicamente dalla natura del soggetto. In prima battuta deve considerarsi che la procedura ad evidenza pubblica ha necessariamente un costo, in termini di tempo, ma anche di risorse finanziarie e professionali, che non sempre sono coperte dall'impiego della procedura.

Questo va sicuramente tenuto di conto in un'ottica di efficienza del tipo di procedura, ed è il motivo per cui le stazioni appaltante prediligono, laddove consentito dalla normativa europea, una procedura semplificata come quella negoziata senza pubblicazione di un bando di gara, le cui garanzie saranno

⁷⁷ Per alcuni dati si legga Camanzi, *Introduzione*, in AREL, a cura di Contratti Pubblici, Roma, 2013, pag. 20-21

⁷⁸ Ogni asta può essere considerata come un *mercato in miniatura*: cfr: M. Cafagno, *Lo Stato banditore*, Milano 2001.

esaminate nei capitoli successivi. Va peraltro considerato che nei contratti fra privati esistono alcune tecniche di fidelizzazione con i fornitori che sono invece proibite nella contrattazione pubblica, e questa è un'altra differenza fondamentale nell'esame del micro mercato nato da una procedura ad evidenza pubblica. Si deve fare i conti infatti sia con l'impossibilità di prorogare o rinnovare liberamente un contratto ma anche con l'impossibilità di rivelare in sede contrattuale quali siano le preferenze della stazione appaltante. Ma allora anche in relazione a quanto detto nasce spontanea una domanda: quali sono stati i motivi che nonostante le problematiche di cui sopra hanno spinto il legislatore comunitario prima e nazionale poi a prediligere questa impostazione nella contrattazione pubblico privata?

Anche in questo caso vengono in aiuto le scienze non giuridiche che mostrano quali siano le ragioni della necessità di un regime speciale, una delle quali, la più banale delle quali è l'evitare sprechi di denaro pubblico.

Una delle teorie che ci viene in aiuto è la teoria dell'agenzia (*principal-agent*)⁷⁹. Si pongono nella materia della contrattazione pubblica due problemi di agenzia⁸⁰: il primo riguarda i rapporti con il fornitore mentre il secondo ha una dimensione interna fra stazione appaltante e il funzionario preposto alla procedura. Nel primo caso c'è un problema di divergenza di interessi, mentre per l'operatore infatti interesse principale sarà quello del massimo profitto, per la stazione appaltante sarà quello di effettuare un acquisto quanto più conveniente possibile. In questa relazione però sono il fattore che comporta maggior criticità, riguarda l'asimmetria funzionale che esiste fra i due soggetti, in quanto l'agente ha a sua disposizione molte

⁷⁹ Napolitano-Brescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna 2009, pag. 95 e seg. Per l'inquadramento della normativa dei contratti nel settore pubblico come forma di concorrenza per il mercato.

⁸⁰L. Prosperetti- M. Merini, *I contratti pubblici di lavori servizi e forniture: una prospettiva economica*, in M. Clarich, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, pag. 28.

informazioni in più rispetto al principale, e questo ha comportato la necessaria adozione di misure volte a pareggiare il dislivello di conoscenze. Per quanto riguarda invece il la seconda relazione viene in rilievo pensando alla differenza di incentivi fra funzionario e pubblica amministrazione⁸¹. Ci sono molti fattori infatti che possono portare ad una divergenza fra funzionario e pubblica amministrazione nello svolgimento di una procedura di gara, solo a titolo di esempio la volontà del funzionario di mantenere buoni rapporti con le imprese partecipanti, o la sensibilità a pressioni ad opera di vertici politici. Per questi motivi le direttive europee sono intervenute per prevenire, individuare e porre rimedio a tali situazione, in modo da evitare distorsioni della concorrenza e della parità di trattamento. Inoltre la pubblica amministrazione si trova ora nella posizione di contraente debole, quando si espone ai rischi di cui abbiamo parlato, mentre sarà al contrario contraente forte quando, in veste di grande acquirente, avrà il potere di influenzare il mercato. Stante il potere della pubblica amministrazione di poter influire sul mercato, orientando l'offerta e in qualche misura anche la domanda, la concorrenza si presenta come una garanzia per tutti gli operatori economici, rappresentando un vincolo per le stazioni appaltanti sotto forma di limite alla discrezionalità amministrativa.

⁸¹ M.Clarich, *Op. Citata*, pag. 10

i) Il diritto europeo e internazionale, principi e valore del complesso normativo comunitario

Inevitabile un cenno ai limiti derivanti dai principi internazionali, in particolare quelli di origine comunitaria, e soprattutto al valore più o meno vincolante di quell'apparato normativo costituito da direttive e leggi provenienti dall'Unione Europea.

Spesso nel nostro paese si afferma che l'Unione europea si evolva nel senso di assimilare sempre di più la disciplina contrattualistica pubblica a quella privata, quello che invece cerca l'Unione è la creazione di un corpo di norme autonomamente e specificatamente calibrato ai problemi propri della contrattazione pubblico privata⁸²

In primo luogo è bene ricordare che le principali e più forti mutazioni di orientamento riguardo alla contrattazione pubblico privata hanno certamente una forte influenza comunitaria, a cominciare dalla legge sugli appalti pubblici nata in attuazione di tre direttive comunitarie fondamentali quali: n. 2014/23/UE del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; n. 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE; n. 2014/25/UE del 26 febbraio 2014, 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.

Non si vuole in questa sede ripercorrere il valore delle fonti internazionale e dell'unione europea, per capire quanto siano effettivamente vincolanti per il

⁸² Erminio Ferrari, *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003

legislatore nazionale è bene rimandare ai più completi manuali di diritto amministrativo.⁸³

Ciò che qui si vuole richiamare sono di fatto le fonti di diritto europeo contenenti quei principi che devono essere rispettati nella fase di scelta del contraente, e ai quali si rimanda proprio nella direttiva sopra citata, nella parte in cui si dice che *“L’aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza.”*

Per quanto riguarda i principi il primo documento cui si fa riferimento è la CEDU, quale documento enunciativo delle disposizioni costituzionali comuni. Con l’art. 52 della Carta dei diritti fondamentali, si dispone invece che i diritti fondamentali non sono unicamente quelli enucleati nel testo ma sono anche quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli stati membri, e che tali diritti sono di fatto interpretati in armonia con dette tradizioni, entrando a far parte a pieno nel diritto dell’Unione in quanto principi generali.

Particolare impatto dei principi comunitari ha l’obbligo di motivazione, che il Trattato di Roma impone unicamente agli atti delle istituzioni, con l’evidente fine di garantire possibilità di tutela

⁸³ Sul punto, fra gli altri, Giacinto della Canea, *il rinvio ai principi dell’ordinamento comunitario*, in codice dell’azione amministrativa, M.A. Sandulli Editore, 2017

agli operatori in sede giurisdizionale. La Corte dei conti, ha sollevato una questione circa l'ambito di applicazione dell'obbligo di motivazione, chiedendosi se quegli obblighi fossero applicabili, in forza del rinvio sancito dalla legge 241/1990, a procedimenti amministrativi nazionali non adibiti alla cura degli interessi dell'unione europea. La corte lo ha ritenuto possibile in astratto, ma tuttavia sempre escluso nel caso concreto, perché il rinvio è generale, non specifico né incondizionato. Non è, cioè, configurato in modo da dare luogo all'applicazione delle norme dell'Unione, escludendo l'applicazione di quelle nazionali (CUE, 21 Dicembre 2011, causa C-482/10, Cicala contro Regione Siciliana).

Quanto finora affermato appare utile per la trattazione dell'art. 21 *octies* secondo comma secondo il quale un provvedimento non è annullabile, *“pur se adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.”*. Secondo il Cons. stato, la disposizione si applica agli atti diversi da quelli vincolati, giungendo ad affermare anche che sarebbe arduo non farne derivare un'attenuazione del divieto di motivazione postuma.⁸⁴ Da dimostrare però resta se l'obbligo di motivazione rientri soltanto tra gli obblighi “formali” degli atti, per i quali appare quindi giustificabile un simile atteggiamento o se la sua portata si estenda fino a ricomprendere tutti i principi richiamati nei primi articoli della disposizione quale quello della trasparenza

⁸⁴ Cons. Stato., V, 9 Ottobre 2007, n. 5271)

degli atti. Per questo sollevano qualche dubbio anche le pronunce che sminuiscono la portata dell'obbligo di indicazione delle ragioni giuridiche e gli elementi di fatto sui quali l'amministrazione fonda le proprie scelte, quando si ammette la legittimità dell'integrazione postuma d'una motivazione consistente nella "mera indicazione di una fonte normativa prima non esplicitata", che sarebbe dovuta essere conosciuta dal ricorrente.⁸⁵

Ancora infatti, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea include "*l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni*" la le manifestazioni di maggior rilievo del diritto ad una buona amministrazione.⁸⁶ Contrariamente quindi a quanto sostenuto in sede giurisprudenziale, a cui ci siamo riferiti, è sicuramente da escludere una qualsiasi svalutazione dell'obbligo di motivazione, "*quantomeno nell'attuazione del diritto dell'Unione*"

In secondo luogo rilevano gli obblighi sanciti dalla CEDU. In una causa presentata proprio da un cittadino italiano⁸⁷ la Corte europea ha ribadito che in base all'art. 6 CEDU, esiste sempre un obbligo di motivazione quando il provvedimento sia sfavorevole per l'interessato, e non è derogabile in ragione della circostanza che il provvedimento non sia stato emanato da un organo dello stato ma da un'istituzione esterna ad esso, perché appartenente all'ordinamento canonico.

⁸⁵ Cons. St., V, 26 Gennaio 2010, n. 1241

⁸⁶ Art. 41, §2, lettera c.

⁸⁷ CEDU sentenza 20 Ottobre 2009, causa 39128/05, Lombardi Valluri c. Italia