

INTRODUZIONE

Marcello Clarich

1. Il Codice dei contratti pubblici approvato con d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, con le modifiche apportate dal decreto correttivo approvato d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, e da ultimo con il decreto legge «Sblocca cantieri» 18 aprile 2019, n. 32, convertito in legge 14 giugno 2019, n. 55, segna un nuovo capitolo nella storia ormai secolare della disciplina settoriale degli appalti pubblici.

Esso anzitutto recepisce un nuovo pacchetto di direttive europee e precisamente le direttive 2014/24/UE (appalti), 2014/25/UE (settori speciali) e 2014/23/UE (che disciplina in modo organico i contratti di concessione di lavori e di servizi) confermando così l'impostazione unitaria della disciplina che già caratterizzava il precedente Codice approvato con d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e che viene integralmente sostituito.

Inoltre, il nuovo Codice cerca di intervenire sulla struttura del mercato degli appalti, in particolare, rafforzando i poteri di vigilanza e di regolazione dell'Autorità nazionale anticorruzione; introducendo sia un sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti volto a valutare la loro capacità tecnica ad avviare e gestire le procedure di gara, sia un sistema di *rating* di impresa basato su requisiti reputazionali e di capacità strutturale ai fini della qualificazione necessaria per la partecipazione alle procedure; istituendo un albo dei commissari per la valutazione delle offerte gestito dall'Autorità nazionale anticorruzione.

Si tratta di norme di tipo organizzativo che non sono di diretta applicazione delle direttive europee (che disciplinano soprattutto le procedure) e che sono invece il frutto di una scelta consapevole del legislatore nazionale di voler tentare di porre rimedio alle carenze strutturali del mercato dei contratti pubblici sia sul versante della domanda, sia su quello dell'offerta.

Il Codice rinvia a numerosi atti attuativi di competenza ministeriale e dell'Autorità nazionale anticorruzione alcuni dei quali devono essere ancora emanati¹.

2. In sede introduttiva, per cogliere con uno sguardo generale le caratteristiche del nuovo Codice, conviene ripercorrere sinteticamente nel contesto l'evoluzione normativa del settore.

In origine e per lungo tempo, la disciplina dei contratti della pubblica amministrazione è stata contenuta nella normativa sulla contabilità dello Stato (r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 e regolamento approvato con r.d. 23 maggio 1924, n. 824). Essa prevedeva procedure a evidenza pubblica (il pubblico incanto, nel linguaggio dell'epoca) sia per i contratti attivi dello Stato, dai quali cioè deriva un'entrata (per esempio la vendita

¹ Sullo stato di attuazione del Codice cfr. la Relazione annuale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione presentata al Senato il 14 giugno 2018 pubblicata sul sito dell'Autorità.

di un immobile non più utilizzato per finalità pubbliche), sia per i contratti passivi, che comportano cioè un'uscita (per esempio l'acquisto di arredi).

La collocazione della disciplina del procedimento a evidenza pubblica tra le norme sulla contabilità trovava spiegazione nel fatto che essa mirava a garantire una gestione corretta ed efficiente del danaro pubblico. Essa era diretta principalmente ad assicurare le condizioni economiche più favorevoli all'amministrazione mettendo in concorrenza le imprese e a proteggere l'amministrazione dal rischio di collusione tra queste ultime. Da qui anche l'inserimento nel codice penale di figure di reato come la turbativa d'asta e l'astensione dagli incanti (artt. 353 e 354 c.p.). Solo di riflesso le norme di contabilità garantivano la *par condicio* dei partecipanti ed era persino dubbio se esse avessero natura esterna e non meramente interna.

Questi obiettivi venivano perseguiti per mezzo di una serie minuta di regole formali e procedurali relative alla gara pubblica (per esempio, la presentazione delle offerte in buste sigillate, la tempistica dell'asta, le modalità di apertura delle buste, ecc.) volte a escludere o limitare il più possibile la discrezionalità dell'amministrazione. Una discrezionalità eccessiva poteva aprire più facilmente la strada a fenomeni collusivi e corruttivi tra imprese e funzionari infedeli. Non a caso le due principali modalità di selezione del contraente erano l'asta pubblica aperta a tutti i potenziali offerenti, oppure la licitazione privata, con la partecipazione delle imprese invitate dalla stazione appaltante e la selezione dell'offerta migliore sulla base di un solo parametro vincolato e cioè il prezzo offerto.

A partire dagli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso, soprattutto in seguito al recepimento di una serie di direttive europee (da ultimo, come si è detto, con il Codice), muta radicalmente l'impostazione della disciplina. Essa pone infatti l'accento soprattutto sull'esigenza di aprire il mercato degli appalti pubblici alla concorrenza a livello europeo in attuazione del principio di libera circolazione intracomunitaria delle merci e dei servizi. Pertanto introduce regole volte a promuovere la pubblicità dei bandi di gara, la trasparenza della procedura e la *par condicio*. L'apertura del mercato degli appalti pubblici alla concorrenza è vista come funzionale anche alla crescita dimensionale delle imprese europee, così da renderle più competitive a livello globale.

Inoltre, la normativa europea privilegia un approccio meno formalistico a favore di un modello più flessibile e più aperto a momenti di confronto tra l'amministrazione e le imprese (in particolare, come si vedrà, con il cosiddetto dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione e altre forme di partenariato pubblico-privato) e che attribuisce a quest'ultima maggiori spazi di discrezionalità.

Il recepimento delle direttive europee nel nostro ordinamento si è scontrato fin dall'inizio con la difficoltà delle stazioni appaltanti (troppo numerose e poco attrezzate sul piano tecnico e giuridico) e delle imprese (spesso di piccole dimensioni) di gestire o prendere parte a procedure più flessibili, ma che richiedono comunque la capacità di garantire la *par condicio* e la trasparenza. Ciò spiega perché le procedure più innovative come il già richiamato dialogo competitivo e le altre forme di partenariato sono state utilizzate di rado. Inoltre, il settore degli appalti pubblici è particolarmente esposto a fenomeni corruttivi e, com'è noto, la corruzione trova spazio maggiore là dove le stazioni appaltanti e le commissioni di gara sono chiamate a operare valutazioni discrezionali.

3. Il nuovo Codice ha sostituito il precedente Codice approvato con d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che già aveva riordinato la materia unificando in un solo corpo normativo la disciplina delle forniture, dei servizi e dei lavori pubblici, recependo due direttive europee (2004/17/CE e 2004/18/CE).

Al Codice si aggiungeva un ponderoso regolamento di esecuzione e attuazione, ora abrogato, che disciplinava soprattutto la progettazione, l'aggiudicazione e l'esecuzione dei lavori pubblici (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207). Nella versione originaria del Codice, il regolamento in questione era sostituito da una disciplina più flessibile sotto forma di Linee guida approvate dall'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC). Si trattava di una delle novità più significative nell'approccio seguito dal Codice che aveva dato origine a un dibattito dottrinale e a orientamenti giurisprudenziali spesso oscillanti volti a chiarire la natura giuridica di questo strumento atipico di regolazione. Il decreto legge «Sblocca cantieri» già citato opera ora una correzione di rotta prevedendo nuovamente l'emanazione di un regolamento attuativo e ridimensionando nel contempo il potere dell'ANAC di emanare le Linee guida.

Va ricordato inoltre che disciplina generale stabilita a livello statale è adottata nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto (art. 2, comma 1). Essa può essere integrata dalle leggi regionali che però, come ha chiarito la Corte Costituzionale (sentenza n. 401/2007), hanno spazi molto limitati di adattamento. Ciò allo scopo di evitare che il mercato dei contratti pubblici sia regolato da norme troppo differenziate a livello locale tali da distorcere la concorrenza.

4. Il Codice dei contratti pubblici, oltre a recepire l'ultimo pacchetto di direttive europee, come già anticipato, contiene una disciplina che incide sulla struttura del mercato del *public procurement*.

Sotto il profilo organizzativo, infatti, al mercato dei contratti pubblici è preposta l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) con funzioni di vigilanza, controllo e regolazione dei contratti pubblici (art. 213 Codice). L'ANAC ha assorbito le funzioni della precedente Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (d.l. 26 giugno 2014, n. 90 convertito in legge 11 agosto 2014, n. 14).

L'Autorità è preposta alla vigilanza e al controllo sui contratti pubblici e svolge «attività di regolazione degli stessi» (art. 213, comma 1) attraverso l'emanazione di «*linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo e altri strumenti di regolazione flessibile*» (comma 2)².

L'attribuzione all'Autorità di poteri di regolazione, in parte ora ridimensionati, come si è accennato, dal decreto legge «Sblocca cantieri» costituisce una novità del Codice e su di essa si è aperta una discussione in dottrina e in giurisprudenza in ordine alla qualificazione giuridica delle singole tipologie di atti (regolamenti, atti amministrativi generali, *soft law*?), anche atteso che il Codice prevede in termini generali la loro impugnabilità innanzi al giudice amministrativo. In particolare le linee-guida, che sono adottate previa consultazione con le categorie e i soggetti interessati e l'analisi e la veri-

²Per un inquadramento del nuovo ruolo dell'ANAC cfr. L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Riv. reg. merc.*, 2/2016.

fica di impatto della regolazione, sono definite in alcuni casi sono vincolanti, in altri casi non vincolati.

L'Autorità è inoltre titolare di poteri ispettivi, può richiedere informazioni e documenti, può supportare le stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti e nella gestione delle procedure di particolare importanza (cosiddetta vigilanza collaborativa), può irrogare sanzioni amministrative. L'Autorità gestisce una banca dati nazionale dei contratti pubblici, avvalendosi anche di un apposito Osservatorio. In analogia con il modello delle autorità indipendenti, formula proposte e invia segnalazioni al Governo e al Parlamento.

L'Autorità gestisce un nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza (art. 38), suddivise per ambiti di attività, bacini territoriali, fasce di importo, per le quali è prevista l'iscrizione in un elenco. Ai fini della qualificazione, che ha una durata quinquennale, ciascuna stazione appaltante deve dimostrare il possesso di una serie di requisiti, tra i quali una capacità adeguata di progettazione, di gestire le procedure e di verificare l'esecuzione dei contratti attraverso una struttura organizzativa dotata di personale professionalmente preparato, ecc. Le stazioni appaltanti possono gestire le procedure entro i limiti della qualificazione ottenuta. Il nuovo sistema tende a contrastare il fenomeno dell'eccessivo numero di stazioni appaltanti che spesso non sono attrezzate in modo adeguato per gestire procedure complesse e favorire forme di aggregazione e di centralizzazione degli acquisti.

All'Autorità fa capo anche il sistema del *rating* di impresa applicabile ai fini della qualificazione delle imprese (cioè dell'ammissione alla partecipazione alle singole gare) attraverso il rilascio di una certificazione ad opera della stessa Autorità (art. 83, comma 10). Il sistema tende a valutare i requisiti reputazionali in base a indici quantitativi e qualitativi (incluso il *rating* di legalità). Anche questo sistema mira a far sì che siano ammesse a partecipare alle gare, a seconda delle tipologie di attività e degli importi, soltanto le imprese più affidabili, e ciò a garanzia dell'interesse alla corretta gestione dei contratti pubblici.

L'Autorità gestisce e aggiorna anche l'Albo dei componenti delle commissioni giudicatrici (art. 78) che devono essere nominate per valutare le offerte relative a contratti aggiudicati in base al criterio del miglior rapporto qualità/prezzo che, come si vedrà, richiede valutazioni di tipo qualitativo relative ai contenuti delle offerte. Ai fini dell'iscrizione l'Autorità accerta il possesso di requisiti di moralità, competenza e professionalità da essa stessa definiti in un atto di regolazione.

Un potere particolarmente incisivo attribuito all'Autorità è quello di emanare nei confronti delle stazioni appaltanti un parere motivato che segnala in modo specifico i vizi di legittimità degli atti da esse adottati. Ove la stazione appaltante non si conforma al parere entro sessanta giorni nel caso o nel diverso termine assegnato dall'Autorità, quest'ultima può proporre un ricorso innanzi al giudice amministrativo (art. 211, comma 1 *ter*). È stato così ripreso il modello della legittimazione straordinaria a proporre ricorso giurisdizionale attribuito nel settore del diritto della concorrenza all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 *bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287).

Già dalle considerazioni sin qui svolte, risulta come l'Autorità nazionale anticorruzione è preposta alla regolazione e alla vigilanza sull'intero sistema degli appalti pubblici. Si tratta, come si è accennato, di una scelta organizzativa del legislatore naziona-

le, non imposta dalle direttive europee, giustificata dall'obiettivo di rendere più efficiente, più concorrenziale e meno esposto a fenomeni corruttivi il sistema dei contratti pubblici ancora piuttosto diffusi.

Su tale scelta si è aperto un intenso dibattito, atteso che altri ordinamenti europei non sembrano aver introdotto, a valle di una cornice normativa contenuta nelle direttive già molto dettagliata, un regolatore di secondo livello, che riprende in modo forse non del tutto appropriato il modello delle autorità di regolazione nel campo dei servizi pubblici e in materia finanziaria istituite nei paesi europei sulla scorta di precise indicazioni contenute nelle direttive europee di settore.

5. In sede introduttiva, va sottolineato come i contratti pubblici sono disciplinati per aspetti specifici anche da fonti esterne al Codice che devono essere considerate ai fini di una ricostruzione completa del quadro normativo. Conviene richiamarne le principali.

In primo luogo, va ricordata la cosiddetta legge anticorruzione (legge 6 novembre 2012, n. 190) che individua tra i settori più a rischio le modalità per l'affidamento dei contratti pubblici (art. 1, comma 16, lett. b)). Obbliga pertanto le stazioni appaltanti a pubblicare anche sui propri siti internet istituzionali una serie di informazioni relative ai bandi pubblicati, agli operatori invitati a presentare l'offerta, all'aggiudicatario, all'importo dell'aggiudicazione e a trasmetterle in formato digitale all'Autorità nazionale anticorruzione. Obblighi di trasparenza di questo tipo sono ritenuti utili per combattere i fenomeni corruttivi. Il Codice, nell'imporre alle amministrazioni l'obbligo di pubblicare tutti gli atti relativi alle procedure in attuazione dei principi in materia di trasparenza, rinvia non a caso alla disciplina generale contenuta nel d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

Altre misure sono i cosiddetti patti di integrità e i protocolli di legalità sottoscritti dalla stazione appaltante con le imprese, contenenti impegni finalizzati a garantire l'integrità dell'appalto. Il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara (art. 1, comma 17, legge n. 190/2012). Sono state previste, inoltre, le cosiddette *white lists*, ossia degli elenchi, da istituire presso le prefetture, di imprese non soggette a tentativi di infiltrazione mafiosa, operanti in settori di attività particolarmente esposti all'azione della malavita organizzata, da sottoporre a controlli periodici (art. 1, commi 52, 52-bis, 53, 54, 55 e 56).

In secondo luogo, il codice penale contiene disposizioni che individuano alcune figure specifiche di reato (artt. 353 e ss.). Esse sono state integrate di recente, in particolare, con il reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353 bis). Questo reato è commesso da chi cerca di condizionare a proprio favore con mezzi fraudolenti il contenuto del bando di gara che invece dovrebbe essere predisposto in modo tale da favorire la partecipazione su un piano di parità di una molteplicità di imprese.

In terzo luogo, le imprese che partecipano alle gare pubbliche devono rispettare la normativa antimafia e sono soggette a obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari derivanti dalle commesse pubbliche anche nei rapporti con i subappaltatori e i subcontraenti (con l'apertura di conti correnti bancari o postali dedicati alla singola commessa) in modo tale da prevenire il rischio di infiltrazioni criminali (art. 3, legge 13 agosto 2010, n. 136).

Va richiamata anche la disciplina sulla concorrenza contenuta nella legge 10 ottobre 1990, n. 287 e in particolare il divieto di intese restrittive della concorrenza atteso che in anni recenti l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha aperto numerosi procedimenti a carico di imprese partecipanti a procedura di gara che, in modo coordinato, avevano presentato le proprie offerte, specie nel caso di suddivisione di più lotti, in modo tale da spartirsi in qualche modo il mercato.

Infine, il Codice del processo amministrativo dedica alcuni articoli al processo in materia di contratti pubblici (artt. 120 ss.) che, in conformità alla direttiva 2007/66/CE in materia di procedure di ricorso, configurano un rito speciale accelerato volto a rendere più rapida ed effettiva la tutela delle imprese che partecipano alle gare.

6. Delle tante caratteristiche del Codice merita soffermarsi in sede introduttiva, su un aspetto che già era presente nel Codice del 2006 e che ora è ancora più evidente e cioè quello di cercare di fondere e di amalgamare due approcci non necessariamente convergenti alla regolazione dei contratti pubblici ai quali si è fatto già cenno: il primo, tradizionale nella disciplina italiana, connotato dalla visione "contabilistica" della disciplina degli appalti pubblici e dall'imposizione di un reticolo fitto di regole rigide di tipo "*command and control*"; il secondo, che connota la disciplina europea, incentrato sull'esigenza di aprire il mercato dei contratti pubblici alla concorrenza³.

Il primo approccio mira a porre soprattutto regole volte a prevenire il rischio sia di una gestione non trasparente e corretta delle procedure da parte delle stazioni appaltanti, sia di tentativi da parte delle imprese di condizionare dall'esterno l'andamento e l'esito delle procedure. Un siffatto approccio risente dunque di una sfiducia nella integrità morale delle stazioni appaltanti e delle imprese⁴.

Consequenziale al primo approccio è il rigore formale, spesso esasperato, delle procedure, nonché la preferenza verso meccanismi automatici di aggiudicazione o di esclusione delle offerte anomale che non lasciano spazio ad alcuna discrezionalità alla stazione appaltante. Un'amministrazione con le mani legate e che mantiene le distanze con le imprese garantisce al meglio l'imparzialità. Secondo questa impostazione, il valore della convenienza, cioè dell'apprezzamento del contratto sotto il profilo del rapporto qualità-prezzo e dell'affidabilità del contraente privato, appare recessivo. Ciò che interessa è soprattutto che la procedura si sia svolta nel rispetto formale della legge e della *lex specialis*.

Il secondo approccio guarda invece al settore dei contratti pubblici nella prospettiva della regolazione amministrativa di un mercato, quello del *public procurement*, che

³ In generale, sugli interessi da proteggere nelle gare pubbliche con ampi riferimenti alla letteratura anche economica, cfr. M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001, p. 119 s.

⁴ Sull'approccio alla disciplina dei contratti pubblici che enfatizza il ruolo dell'interesse pubblico alla concorrenzialità del mercato cfr. M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 297 e s. il quale che sottolinea anche che la logica della tutela della concorrenza mette a disposizione delle imprese nuovi strumenti di garanzia. Per una ricostruzione della genesi della disciplina dell'evidenza pubblica, improntata essenzialmente all'interesse pubblico alla "convenienza amministrativa" e per l'impostazione sottesa alle direttive comunitarie volte a privilegiare la realizzazione di un mercato unico concorrenziale e alla sostituzione di una disciplina di tipo «*command and control*» con un modello di regolazione più flessibile e di tipo cooperativo, cfr. L. ZANETTINI, *Appalti pubblici e concorrenza*, in F. FIORENTINO (a cura di), *Lo Stato compratore*, Bologna, 2007, p. 119 s.

deve essere reso aperto al maggior numero di imprese in grado di competere sul piano di parità, trasparente ed efficiente. Inoltre, la domanda pubblica di beni e servizi, se convogliata in procedure di gara ben strutturate e gestite, se del caso, anche da centrali di acquisto volte a superare il carattere frammentato delle stazioni appaltanti, può contribuire a promuovere processi di riorganizzazione, dal lato dell'offerta e ad aggregare la domanda di beni e servizi, di un sistema imprenditoriale, come quello italiano, caratterizzato in molti comparti da un numero eccessivo di imprese di dimensioni modeste e poco efficienti.

Coerente con il secondo approccio è un diverso equilibrio tra discrezionalità ed esigenze della *par condicio*. Mentre, l'approccio tradizionale delle regole in materia di procedure a evidenza pubblica tendeva, come si è accennato, a restringere la discrezionalità delle amministrazioni per prevenire il rischio della collusione, l'approccio della regolazione pro concorrenziale di derivazione europea tende a lasciare alle amministrazioni maggiori spazi di valutazione e di flessibilità e consente momenti di confronto, a fini conoscitivi, con le imprese (si pensi in particolare al dialogo competitivo).

La discrezionalità, se esercitata in modo corretto, costituisce un valore, perché consente di individuare la soluzione contrattuale migliore tenendo conto delle circostanze del caso concreto⁵. Con riguardo ai contratti di concessione, il Codice enuncia addirittura il principio di libera amministrazione delle amministratrici che possono plasmare la procedura di affidamento come meglio credito, pur sempre garantendo i principi generali come la parità di trattamento (art. 166).

Inoltre, sempre sotto il profilo dell'aumento della discrezionalità, nel Codice assume minor rilievo il criterio di aggiudicazione basato esclusivamente sul prezzo. Il criterio del rapporto qualità/prezzo costituisce infatti il criterio privilegiato dalle direttive europee e ciò appunto in contrasto con la tradizione del nostro ordinamento che ha sempre privilegiato in passato il criterio del prezzo più basso che non concede all'amministrazione spazi di discrezionalità. Gli aspetti qualitativi possono riguardare per esempio il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali, il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali, l'assistenza tecnica, ecc. (art. 95, comma 6), che richiedono una valutazione tecnico-discrezionale. Per alcune tipologie di contratti il Codice esclude addirittura l'aggiudicazione in base al solo criterio del prezzo o costo (art. 95, comma 3).

Il punto di equilibrio tra maggior discrezionalità ed esigenza di trasparenza e di garanzia della *par condicio* consiste nel richiedere alle stazioni appaltanti e alle commissioni aggiudicatrici una specificazione progressiva dei criteri e dei subcriteri in relazione ai quali vengono poi attribuiti i punteggi. Anche, l'esclusione delle offerte anomale può avvenire solo in seguito ad un subprocedimento di verifica in contraddittorio e a una valutazione discrezionale, in modo tale da ridurre il rischio di penalizzare imprese innovative e efficienti in grado di offrire condizioni particolarmente vantaggiose.

L'esigenza di assicurare la più ampia partecipazione e concorrenzialità nell'ambito delle procedure avviate può rendere recessivo, almeno entro certi limiti, il formalismo esasperato che può portare all'esclusione di imprese in grado di presentare offerte convenienti da un punto di vista sostanziale. Rilevante a questo riguardo è l'art. 83,

⁵ Per questa osservazione cfr. L. ZANETTINI, *op. ult. cit.*, p. 131.

comma 8, del Codice secondo il quale i casi di esclusione dalle procedura per irregolarità o carenza di requisiti sono solo ed esclusivamente quelli espressamente previsti dal Codice. I bandi e le lettere di invito non possono aggiungerne altri e ciò al fine di favorire la massima partecipazione. Inoltre, sempre allo stesso fine, il Codice limita la possibilità di escludere le offerte per carenze documentali imponendo le stazioni appaltanti di operare il cosiddetto soccorso istruttorio (art. 83, comma 9). È stata così posta una distinzione tra irregolarità «essenziali» e «non essenziali» della documentazione prodotta dai concorrenti: le prime sono sanabili con l'esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica; le seconde non richiedono alcuna regolarizzazione (art. 83, comma 9). Si attenua così il tradizionale formalismo nelle procedure di gara.

In ogni caso, anche la regolazione proconcorrenziale del mercato delle commesse pubbliche, attuata sia a livello legislativo sia nella prassi applicativa delle regole riferite alle singole gare, può rappresentare uno strumento per combattere il fenomeno della collusione (*bid rigging*) e corruzione che continua ad affliggere il settore⁶.

7. In sede introduttiva, e in termini più generali, occorre sottolineare come il funzionamento corretto del mercato degli appalti pubblici (*public procurement*) promosso da buone norme e da buone prassi costituisce un elemento che accresce la competitività di un paese.

Infatti, la domanda da parte delle pubbliche amministrazioni di beni, servizi e lavori necessari per il soddisfacimento diretto o indiretto dei bisogni della collettività ha un impatto rilevante sull'economia. Ciò in considerazione dell'enorme quantità di risorse che essa è in grado di veicolare alle imprese che stipulano i relativi contratti. In Italia il mercato del *public procurement* nel 2016 ha mobilitato risorse pubbliche pari a 111,5 miliardi di euro, ovvero a circa il 6,7% del PIL.

Sul piano qualitativo, poi, l'efficienza del mercato degli appalti pubblici costituisce un test importante sotto più profili. Costituisce anzitutto uno degli indicatori del grado di apertura di un Paese nel contesto europeo. Essa è favorita anche da procedure di gara adeguatamente pubblicizzate a livello europeo (anzitutto, con la pubblicazione dei bandi nella *Gazzetta Ufficiale della Comunità europea*), strutturate in modo tale da non introdurre discriminazioni basate sulla nazionalità, gestite in modo trasparente e all'interno di un quadro di certezze giuridiche e finanziarie⁷.

Inoltre, una buona strutturazione e gestione delle procedure di gara e dei contratti a valle consente alle pubbliche amministrazioni di acquisire beni e servizi di qualità e a prezzi inferiori e di dotarsi di opere e di infrastrutture pubbliche (in tempi certi e con oneri in tutto o in parte privati attraverso il *project financing*) necessarie, oltre che per accrescere il benessere della collettività, per attrarre investimenti.

⁶ Per un'analisi approfondita di queste tematiche cfr. OCSE, *Public procurement – The role of competition authorities in promoting competition*, 5 giugno 2007, DAF/COMP/WP3(2007)1 che, per esempio, indica alcuni strumenti per arginare il fenomeno come l'apertura delle procedura al maggior numero di partecipanti possibile, la limitazione delle informazioni che i concorrenti disponibili ai vari concorrenti e la sostituzione di una molteplicità di gare frequenti con gare più saltuarie ma con importi maggiori.

⁷ Va segnalato peraltro che al 2 settembre 2008 pendevano contro l'Italia 181 procedure di infrazione del diritto comunitario delle quali ben 22 riguardavano casi di violazione del diritto comunitario in materia di appalti: cfr. ASSONIME, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, Roma, settembre 2008, pp. 11-12.

Infine, l'andamento delle procedure competitive per la scelta del contraente privato e il monitoraggio nella fase esecutiva dei contratti costituiscono test importante per valutare le capacità di programmazione, progettuali, tecniche e giuridiche delle pubbliche amministrazioni. Il buon funzionamento del mercato degli appalti pubblici costituisce anche un indicatore della qualità delle amministrazioni.

Le buone prassi applicative saranno forse più importanti delle stesse norme legislative e regolamentari.

È auspicabile che anche la giurisprudenza amministrativa, che tanto ha contribuito negli anni passati a elaborare e via via affinare i principi che, al di là delle disposizioni legislative espresse, presiedono alla conduzione delle procedure a evidenza pubblica, sappia cogliere nell'impianto del Codice la novità dell'impostazione, rivedendo alcune interpretazioni talora troppo rigide e formalistiche della *lex specialis* della gara che possono andare a scapito della concorrenzialità effettiva della procedura. Occorre dare atto che la giurisprudenza sta mostrando una nuova sensibilità, anche sotto la spinta delle nuove norme, come dimostrano per esempio le prime interpretazioni dell'istituto del soccorso istruttorio.

Sarebbe auspicabile altresì che il legislatore, che già ha emanato un primo decreto correttivo del nuovo Codice da ultimo il decreto legge «Sblocca cantieri», si astenga per il futuro da rimettere in discussione il testo normativo, rimettendo anzitutto alle stazioni appaltanti il compito di dare piena attuazione al testo normativo e di valorizzare le tante novità in esso contenute.

In realtà, bisogna essere consapevoli che disciplina dei contratti pubblici, al di là del *nomen* Codice, già utilizzato nel testo normativo del 2006 e che dà l'idea di un testo normativo stabilizzato, è stata sempre oggetto di ripetute di modifiche puntuali e interventi normativi estemporanei, con fughe in avanti e correzioni di rotta. Lo stesso decreto legge «Sblocca cantieri», composto, oltre che da deroghe temporanee (per il biennio 2019-2020) ad alcune disposizioni del Codice, da una molteplicità di modifiche permanenti dalle quali non sembra emergere un filo unitario, soffre queste caratteristiche. In ogni caso preannuncia, già nell'art. 1, una «una riforma complessiva del settore» già annunciata all'inizio della legislatura, ma ben lungi da essere già delineata nelle linee portanti. Gli stessi tempi di redazione del nuovo regolamento esecutivo sono molto difficili da stimare e le esperienze precedenti prefigurano tempi relativamente lunghi.

Del resto la fluidità e l'incertezza dell'assetto normativo è stata una caratteristica di tutte le fasi dell'evoluzione normativa. Si pensi, per esempio, al settore dei lavori pubblici e alle varie versioni della cosiddetta legge Merloni n. 109 del 1994 approvata sull'onda degli scandali di Tangentopoli e che conteneva, nella sua versione iniziale, disposizioni troppo rigide e penalizzanti, oggetto negli anni successivi di ripetuti aggiustamenti.

Il mercato dei contratti pubblici, così come tutti i mercati regolati, avrebbe invece bisogno di stabilità del quadro normativo e di certezza di indirizzi interpretativi. In mancanza, si genera inefficienza e si riduce l'impatto positivo della politica degli acquisti delle pubbliche amministrazioni sulla crescita economica.

8. Le considerazioni sin qui svolte spiegano perché il filo conduttore comune che ha guidato gli autori del commentario è, oltre a quello di fornire un inquadramento

generale di una disciplina assai articolata, più ampia della corrispondente approvata in altri paesi europei, proprio quello di sottolineare gli elementi di novità di approccio rispetto all'impostazione contabilistica tradizionale.

Anche per questa ragione si è ritenuto di far precedere al commento vero e proprio delle disposizioni, raggruppate per argomenti omogenei, un contributo generale che inquadri il tema dei contratti pubblici con i parametri della teoria economica (in particolare il modello dell'agente-principale) e che offra alcuni dati quantitativi relativi alla domanda e alla offerta nel mercato delle commesse pubbliche. Sotto il profilo metodologico, infatti, è da ritenere che l'analisi delle norme non possa essere operata in astratto in modo avulso dalla realtà, ma debba essere calibrata avendo una conoscenza il più approfondita possibile dei fenomeni oggetto della disciplina normativa.

Inoltre, si è ritenuto opportuno integrare i commenti alle disposizioni del Codice con contributi che approfondiscono gli aspetti tributari e penali connessi disciplina dei contratti pubblici, usualmente trascurati in molte trattazioni della materia.

9. Come curatore del volume ringrazio tutti gli autori che si sono impegnati in un'opera certamente complessa e in modo particolare Gianfrancesco Fidone e Giuliano Fonderico per l'attività di coordinamento. Un ricordo particolare va a Luigi Prosseretti, economista e professionista di altissimo livello la cui frequentazione in sede accademica e professionale si è trasformata per me col tempo in amicizia: dopo aver accettato con entusiasmo di partecipare a questa iniziativa, Luigi è prematuramente scomparso, avendo peraltro già assolto al suo impegno editoriale.

Parte I

IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Gianfrancesco Fidone

1. La legislazione dei contratti pubblici tra discrezionalità e automatismi: un confronto tra l'approccio europeo e quello italiano.
 - 1.2. Ancora sulla relazione tra flessibilità ed efficienza: l'apprendimento dell'amministrazione attraverso le procedure di aggiudicazione.
 - 1.3. Sulla distinzione tra corruzione e inefficienza.
2. Da *Tangentopoli* alle leggi c.d. Merloni: il legislatore italiano persegue il contrasto alla corruzione attraverso la riduzione della discrezionalità amministrativa.
3. Le direttive comunitarie del 2004: l'unificazione della disciplina dei lavori, servizi e forniture e l'apertura alla concorrenza da realizzarsi attraverso modelli flessibili.
4. Il Codice dei contratti pubblici del 2006. Incorporazione degli istituti flessibili europei nel pre-esistente contesto di rigidità e loro conseguente inutilizzazione.
 - 4.1. La stagione dei correttivi e il protrarsi della instabilità della disciplina di settore: iper-regolazione e «*moltiplicazione dei modelli*».
5. Il riemergere della questione della corruzione: una disciplina anticorruzione «*fuori dalle gare*».
 - 5.1. I nuovi scandali, la creazione dell'Autorità Anticorruzione (ANAC) e l'aggregazione della domanda pubblica.
6. Le direttive del 2014: l'obiettivo dell'efficienza attraverso un ulteriore aumento della flessibilità delle procedure e il c.d. *uso strategico* degli appalti.
 - 6.1. I c.d. appalti verdi e le deroghe al principio di economicità.
 - 6.2. La direttiva concessioni.
7. Il codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016: il dibattito sulla «*filosofia del recepimento*» e la legge delega.
 - 7.1. Le due anime del Codice, tra diritto europeo e diritto interno. Perdurante instabilità della disciplina di settore (il primo *correttivo* e lo «*Sblocca cantieri*»).
 - 7.2. La disciplina generale degli appalti e le discipline speciali.
 - 7.3. La disciplina delle concessioni e dei PPP.
 - 7.3. La *governance* e la *soft law*.
8. La ricerca dell'integrità attraverso il perseguimento dell'efficienza.
 - 8.1. *Best value* e integrità nel Regno Unito.
9. Conclusioni: una riforma ancora da completare.

1. LA LEGISLAZIONE DEI CONTRATTI PUBBLICI TRA DISCREZIONALITÀ E AUTOMATISMI: UN CONFRONTO TRA L'APPROCCIO EUROPEO E QUELLO ITALIANO

Esistono due possibili approcci alla regolazione dell'affidamento e dell'esecuzione dei contratti pubblici¹.

¹In tema, AA.VV., *Le gare pubbliche. Il futuro di un modello*, a cura di G.D. COMPORTI, Napoli, 2011,

Il primo è fondato sulla previsione di modelli flessibili, da adattarsi al caso concreto, che esaltino la discrezionalità dei funzionari pubblici che sono chiamati a dare una risposta concreta ai fabbisogni della pubblica amministrazione. In tale caso, il legislatore fa un passo indietro e lascia ampia libertà di scelte all'Amministrazione che governa l'operazione amministrativa finalizzata ad aggiudicare e realizzare il contratto. Si pensi, ad esempio, al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che consente all'Amministrazione di valutare la qualità delle offerte; alla valutazione, caso per caso, dei giustificativi a fronte di un'offerta anomala; al soccorso istruttorio, che consente di valutare quali offerte siano integrabili e quali non lo siano.

Questo approccio può consentire soluzioni più efficienti, aggiudicazioni di contratti di qualità superiore a costi congrui, migliori esecuzioni. Tuttavia, viene comunemente ritenuto che lasciare ai funzionari pubblici un alto grado di discrezionalità possa esporre ad un alto rischio di corruzione e malaffare poiché il funzionario, approfittando dell'ampia discrezionalità che gli è consentita, potrebbe utilizzarla per realizzare fini personali (anche facendosi corrompere), a discapito dell'interesse pubblico.

Il secondo approccio possibile è quello fondato sull'irrigidimento delle procedure, sottraendo al funzionario pubblico gli spazi di discrezionalità. In tale caso, vi è una sostituzione del legislatore, che fa egli stesso le scelte, all'Amministrazione che invece è costretta ad applicare automaticamente le regole. Si pensi, ad esempio, al criterio del prezzo più basso, che non consente all'Amministrazione alcuna valutazione; all'esclusione automatica delle offerte anomale; all'esclusione automatica delle offerte per violazioni formali, senza alcuna possibilità di soccorso istruttorio.

Questo approccio produce soluzioni meno efficienti del primo. Ad esempio, la sola considerazione del prezzo non consente la valutazione della qualità delle offerte o l'esclusione della migliore offerta per un vizio formale determina l'aggiudicazione alla seconda in graduatoria, peggiore della prima. Tuttavia, viene comunemente ritenuto che privare i funzionari pubblici della discrezionalità esponga ad un minore rischio di corruzione, dal momento che per i funzionari non vi sarebbero spazi per deviare le scelte verso propri fini individuali a discapito dell'interesse pubblico.

Saremmo, quindi, di fronte ad un dilemma apparentemente irrisolvibile: l'obiettivo dell'efficienza della contrattazione pubblica (ottenibile lasciando all'Amministrazione un giusto grado di discrezionalità) esporrebbe ed incentiverebbe la corruzione e il malaffare; al contrario, l'obiettivo di impedire e contrastare la corruzione, avrebbe come conseguenza inevitabile la perdita di efficienza nella contrattazione pubblica. Vi sarebbe, pertanto, un chiaro *trade off* tra obiettivi di efficienza e integrità.

passim; M. CAFAGNO-A. BOTTO-G. FIDONE-G. BOTTINO, *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, *passim*; G.D. COMPORI, *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Dir. econ.*, 2/2007; G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986; ID., *I contratti ad evidenza pubblica*, in AA.VV., *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 1990, cap. V, p. 67 ss.; F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in AA.VV., *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. I, *Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1982, p. 317 ss.; G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; G. PERICU-M. GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, vol. II, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Bologna, 2005, p. 283 ss.; E. PICOZZA, *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in AA.VV., *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. FRANCHINI, Torino, 2010, p. 29 ss.; M. CAFAGNO, *Lo stato banditore*, Milano, 2001.

La faccenda si complica ulteriormente se si considera che il primo approccio (quello fondato sulla flessibilità dei modelli) almeno dal 2004 è perseguito dal legislatore europeo, attraverso le direttive di settore, che si preoccupano di fornire alle Amministrazioni strumenti flessibili per pervenire ad acquisti efficienti. Al contrario, le direttive europee (tanto quelle del 2004 come quelle del 2014) non si preoccupano del tema della corruzione, se non in poche norme finalizzate ad evitare i conflitti di interesse. Obiettivo della procedura di aggiudicazione è quello di individuare la migliore offerta.

Al contrario, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, a seguito dei fatti di Tangentopoli, l'approccio del legislatore interno è stato quello di irrigidire le procedure di aggiudicazione con il dichiarato intento di impedire la corruzione. La gara veniva, dunque, ad assumere il duplice obiettivo di selezionare la migliore offerta ma anche di impedire il verificarsi di fenomeni corruttivi e, anzi, in taluni momenti tale ultimo obiettivo poteva considerarsi prevalente sul primo.

La scelta del legislatore interno si è fondata su due discutibili presupposti: in primo luogo, quello che i fenomeni corruttivi riguardassero per lo più l'assegnazione degli appalti, con sottovalutazione della fase dell'esecuzione del contratto e di quella precedente all'aggiudicazione; in secondo luogo, quello che la discrezionalità amministrativa fosse occasione di corruzione e che, al contrario, meccanismi automatici di aggiudicazione, a seguito di procedure di affidamento ingessate, potessero ridurla.

Per usare una metafora, il diritto comunitario immagina che l'amministrazione possa assumere il ruolo di un sarto incaricato di confezionare un abito (procedura di aggiudicazione) su misura rispetto all'oggetto dell'affidamento. Il legislatore interno contrappone il modello dei «*grandi magazzini*» in cui sono disponibili una molteplicità di taglie preconfezionate (procedure pre-determinate). Tuttavia, soprattutto in relazione a contratti complessi, modelli rigidi (taglie preconfezionate) non potranno mai soddisfare pienamente le esigenze del caso concreto come, invece, potrebbe avvenire nel caso del corretto esercizio della discrezionalità amministrativa (abito sartoriale). Il problema del legislatore italiano è, evidentemente, che non si fida dell'abilità del sarto-amministrazione (capacità di esercitare la discrezionalità amministrativa) e della sua onestà (ovvero, teme che l'esercizio della discrezionalità possa tramutarsi in corruzione).

A conferma di quanto si è detto, si può fornire il dato italiano dell'incidenza percentuale delle procedure flessibili (dialogo competitivo e procedura negoziata) in riferimento al totale dei bandi pubblicati per importi superiori alla soglia comunitaria, in comparazione con altri Paesi europei per il periodo 2009-2013²: in Italia la somma dei dialoghi competitivi e delle procedure negoziate è pari al 3,83% dei bandi pubblicati a fronte del 10% in Francia, del 16,79% in Germania e del 9,95% nel Regno Unito.

²Per l'analisi di questi dati, si confronti il lavoro di M. CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Riv. dir. pubbl. comunit.*, 2013, pp. 991-1020. L'Autore ha ricavato i dati dagli archivi del servizio TED (*Tenders Electronic Daily*) – la versione online del Supplemento alla *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea*, per gli appalti pubblici (<http://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do>).

1.2. Ancora sulla relazione tra flessibilità ed efficienza: l'apprendimento dell'amministrazione attraverso le procedure di aggiudicazione

Si può brevemente illustrare perché modelli flessibili consentono di pervenire ad aggiudicazioni e esecuzioni contrattuali più efficienti.

Nel rapporto tra pubblica amministrazione e contraente privato, in quanto operatori razionali, vi sono interessi divergenti poiché la prima tende alla realizzazione dell'interesse pubblico, consistente in buone opere e servizi ad un prezzo congruo, mentre il secondo ha interesse a massimizzare il profitto d'impresa. Tale divergenza di interessi deve considerarsi fisiologica nei rapporti di contrattazione pubblica ed è compito delle regole contenute nei documenti di gara e nei contratti tentare, quanto più possibile, di limitarla.

La caratteristica centrale dei rapporti in questione, tanto nella fase di aggiudicazione che in quella di esecuzione del contratto, è quella che l'amministrazione è un soggetto meno informato del suo contraente sulle condizioni offerte dal concorrente e sull'oggetto del contratto da stipulare con l'aggiudicatario. Vi è, dunque, un'asimmetrica distribuzione delle informazioni tra le parti, a svantaggio del committente pubblico che può condurre ad un fallimento del mercato e ad una allocazione inefficiente delle risorse della pubblica amministrazione³.

³ Il rapporto tra amministrazione pubblica e impresa può essere ricondotto al modello economico *principal-agent*, tipico della teoria economica dell'agenzia (o teoria dei costi di agenzia), nel quale ci sono un soggetto denominato *principal* ed un altro soggetto, l'*agent*, remunerato dal primo per assumere decisioni nell'interesse dello stesso principale. In sostanza, si tratta di un rapporto di committenza ove una parte affida all'altra parte l'incarico di soddisfare un suo bisogno o, più in generale, di effettuare una prestazione nel proprio interesse. In tale contesto, in presenza di asimmetria distribuzione delle informazioni, che rende impossibile al principale di controllare l'operato dell'agente, quest'ultimo ha la possibilità di perseguire interessi privati e confliggenti con quelli del *principal*. In riferimento alle motivazioni differenti dei due soggetti, principale e agente, con riferimento all'agente si deve osservare che tra le azioni disponibili egli sarà indotto alla scelta che, secondo il suo calcolo razionale, massimizza la sua utilità. Nella determinazione di tale risultato, l'utilità dell'agente dipenderà dall'azione intrapresa e dalla remunerazione corrisposta dal principale. Il committente, diversamente tende a massimizzare la sua utilità in relazione al risultato conseguito e alla remunerazione che deve erogare all'agente. Il problema dell'agenzia, in presenza di una carenza informativa del *principal*, è quello, pertanto, di individuare le condizioni ed i meccanismi che consentano di massimizzare l'utilità complessiva del sistema principale-agente.

La genericità dello schema della teoria dell'agenzia ne ha permesso l'applicazione a vari rapporti di natura differente, da quelli contrattuali a quelli di immedesimazione organica (ad esempio, tra società ed amministratori), a molti altri. Si riporta di seguito una bibliografia internazionale su tale teoria: C. ALTHAUS, *The application of agency theory to public sector management*, in G. DAVIS-B. SULLIVAN-A. YEATMAN (eds.), *The New Contractualism?*, Centre for Australian Public Sector Management, 1997, pp. 137-153; A. ACKERE, *The principal/agent paradigm: Its relevance to various functional fields*, in *European Journal of Operational Research*, 1993, vol. 70, pp. 83-103; S.J. GROSSMAN-O.D. HART, *An analysis of the principal-agent problem*, in *Econometrica*, 1983, vol. 51, pp. 7-46; K.J. ARROW, *The economics of agency*, in J. PRATT-R. ZECKHAUSER (eds.), *Principals and agents: The Structure of business*, Boston, 1985, pp. 37-51; J. BOSTON-J. MARTIN-J. PALLOT-P. WALSH, *Public management: The New Zealand model*, NY, Oxford University Press, 1996; J. DILULIO, *Principle agents: The cultural bases of behavior in a federal government bureaucracy*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 4, 1994, pp. 277-318; M. HARRIS-A. RAVIV, *Some results on incentive contacts with applications to education and employment, health insurance, and law enforcement*, in *American Economic Review*, 68, 1978, pp. 20-30; M.J. HORN, *The political economy of public administration: Institutional choice in the public sector*, Cambridge, UK, 1995; M.C. JENSEN-W.H. MECKLING, *Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure*, in *Journal of Financial Economics*, 1976, vol. 3, pp. 303-360; R. BALDWIN-M. CAVE, *Understanding Regulation*, Oxford, 1999; L.

Lo svantaggio informativo dell'amministrazione può, ad esempio, dipendere dal fatto che essa non ha il personale e gli strumenti per poter accedere correttamente alle informazioni e per verificarne il contenuto; dal fatto che coloro i quali sono preposti alla ricerca e al controllo delle informazioni non hanno un interesse proprio a tale verifica; dal fatto che dotarsi di tecnici esterni o di commissioni tecniche e consultive è spesso troppo oneroso e non conveniente.

Tale asimmetria informativa, deve considerarsi fisiologica ed inevitabile, anche se ovviamente può variare di intensità in riferimento al caso concreto. Essa, in primo luogo, dipende dal tipo di pubblica amministrazione, dalla sua struttura e dal suo grado di specializzazione: grandi committenti pubblici specializzati (si pensi ad ANAS, CONSIP, ecc.) sono certamente più informati di quelli piccoli e generalisti (piccoli comuni, ecc.). In secondo luogo, deve considerarsi tanto maggiore quanto maggiori sono le attività demandate al privato e la complessità delle stesse (c.d. *contratti complessi*): è evidente che per l'effettuazione di acquisti pubblici banali e standardizzati (ad esempio, acquistare aghi e siringhe) le informazioni necessarie sono minori rispetto a quelle che occorrono per grandi progetti complessi (ad esempio, costruire un grande ospedale).

I problemi per l'amministrazione sono essenzialmente riconducibili a due: il primo è quello della scelta del contraente privato attraverso un'opportuna procedura di selezione, idonea ad evitare che la cattiva informazione dell'amministrazione possa condurre ad una cattiva scelta dell'impresa, qualora si verificassero fenomeni riconducibili alla c.d. *selezione avversa*⁴; il secondo è quello di ottenere un soddisfacente adempimento

HANCHER-M. MORAN, *Organising the Regulatory Space*, in L. HANCHER-M. MORAN (a cura di), *Capitalism, Culture and Economic Regulation*, Oxford, 1989; G. MAJONE-A. LA SPINA, *Lo Stato Regolatore*, Bologna, 2000; S. PELTZMAN, *The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation*, in R. BALDWIN-C. UNDERSTANDING, *Regulation*, Oxford, 1989; R.A. POSNER, *Theories of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management Science*, 5/1974, pp. 335-358; J. PRATT-R. ZECKHAUSER, *Principals and agents: The structure of business*, Boston, 1985; E. PROUST, *Implementing the contract state*, in *Australian Journal of Public Administration*, 1997, vol. 56, n. 3, pp. 132-134; R. RESS, *The theory of principal and agent*, in *Bulletin of Economic Research*, 1985, vol. 37, n. 1; J.A. ROBINS, *Organizational economics: Note on the use of transaction-cost theory in the study of organisations*, in *Administrative Science Quarterly*, 1987, vol. 32, pp. 68-86; S.A. ROSS, *The economic theory of agency: The principal's problem*, in *American Economic Review*, 63(2), 1973, pp. 134-139; D. SAPPINGTON, *Incentives in principal agent relationships*, in *Journal of Economic Perspectives*, 3(2), 1991, pp. 45-66; G.J. STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2/1971, pp. 3-21; J. STIGLITZ, *Principal and agent*, in J. EATWELL-M. MILGATE-P. NEWMAN (eds.), *The new Palgrave: A dictionary of economics*, London, 1987; W.D. WHITE, *Information and the control of agents*, in *Journal of Economic Behavior and Organization*, 1992, vol. 18, pp. 111-117.

⁴ Si definisce effetto di selezione avversa (*adverse selection*) quell'effetto per il quale hanno più probabilità di partecipare allo scambio volontario quei soggetti [compratori o venditori] che meno possiedono le qualità preferite, che si verifica nel caso di sottoscrizione di un contratto con una parte la cui qualità è ignota all'altra e tale quindi che le condizioni del contratto stesso riflettono solo la qualità media dell'universo delle possibili controparti. In un siffatto mercato, vi sarebbe un chiaro incentivo, per i venditori e produttori di prodotti di qualità migliore, a non accettare lo scambio, perché le condizioni non risultano vantaggiose. Infatti, il prezzo a cui i compratori sarebbero disposti a comprare sarebbe commisurato, come detto, ad una qualità media e, pertanto, più basso di quello al quale i produttori sarebbero disponibili a vendere un bene di alta qualità. Al contrario, sarebbero incentivati a vendere a quel prezzo (commisurato ad una qualità media) quei venditori che siano in possesso di beni di qualità scadente. L'effetto di selezione avversa, però, in presenza di asimmetrie informative, può essere indotto anche dal comportamento di una delle parti. Essa, infatti, può offrire condizioni contrattuali che ingenerano l'adesione di soli contraenti di cattiva

mento del contratto, evitando che si verificano comportamenti nascosti dell'appaltatore che, traendo vantaggio dall'insufficiente controllo pubblico, possa perseguire il proprio interesse anziché quello del committente (c.d. *moral hazard*)⁵.

Con riferimento alla scelta del contraente privato, il problema del committente è quello di scegliere il contraente più affidabile e la migliore offerta tra quelle presentate.

È stato dimostrato che, in presenza di uno svantaggio informativo dell'amministrazione nei confronti del privato appaltatore, una selezione che si fondi solo su criteri automatici quali il prezzo conduce ad una scelta inefficiente (ovvero si verificano fenomeni riconducibili alla c.d. «*selezione avversa*»).

A titolo esemplificativo, si può fare riferimento al «*mercato dei limoni*» («*market for lemons*») del premio Nobel George Akerlof⁶. Tale lavoro dimostra che il criterio del prezzo più basso, nel presupposto di uno svantaggio informativo del compratore sulle caratteristiche qualitative del bene offerto, porta l'amministrazione ad effettuare una cattiva scelta (che trascura gli aspetti qualitativi). Tale criterio, inoltre, può determinare l'accostarsi allo scambio solo degli offerenti che, dato il prezzo basso, sono disponibili ad offrire beni di cattiva qualità (in buona sostanza, chi possiede un bene di buon livello, non è disposto a cederlo ad un prezzo troppo basso).

Anche dal «*teorema di equivalenza*» dell'altro premio Nobel William Spencer

qualità. Ad esempio, qualora l'amministrazione non sia in grado di controllare la qualità del bene da acquisire, criteri di aggiudicazione fondati esclusivamente sul prezzo più basso rischiano di selezionare offerte di concorrenti offerenti beni di scarsa qualità, non essendo conveniente, dato il prezzo troppo basso, lo scambio per i soggetti venditori di beni di alta qualità. La selezione avversa, dunque, si ha quando un lato del mercato non è in grado di controllare il tipo o la qualità dei beni offerti. Per questo è descritta anche come un fenomeno ad informazione nascosta. Si confronti, ad esempio: R.H. FRANK, *Microeconomia*, Milano, 2004.

⁵ Il *moral hazard* è legato all'imperfetta conoscenza ed osservazione di uno dei due lati del rapporto *principal-agent* dei comportamenti dell'altro lato. Esso è chiamato dagli economisti un problema di azione nascosta. In un rapporto di agenzia, cioè, può accadere che l'*agent*, se non adeguatamente controllato dal *principal* possa perseguire il proprio interesse, anziché quello dello stesso *principal*. Comportamenti di azzardo morale possono verificarsi anche nell'esecuzione del rapporto contrattuale tra amministrazione e contraente privato, laddove il soggetto pubblico non abbia gli strumenti e le risorse per controllare l'operato della controparte privata. Per tale motivo, nei contratti pubblici (come in quelli privati) si inseriscono penali e incentivi. Si veda, ad esempio, G. CHIRICHELLO, *Corso di Economia Politica di Base*, Torino, 2000, pp. 286-288.

⁶ G. ACKERLOF, *The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1970. La parola «*lemon*» è usata nel gergo americano per indicare un'automobile che è scoperta difettosa solo dopo che è stata comprata e potrebbe essere tradotta in italiano con il termine, altrettanto gergale, di «*bidone*». George Akerlof, Michael Spence e Joseph Stiglitz hanno ricevuto nel 2001 il Premio Nobel per l'Economia per le loro ricerche sulle asimmetrie informative. Si immagini un mercato ad alta asimmetria informativa a danno del compratore rispetto al venditore, quale è quello delle automobili usate, nel quale solo i venditori conoscono esattamente la qualità dell'automobile in loro possesso mentre i compratori non hanno strumenti adeguati per risconrarla. In tale mercato, se il compratore fissasse come criterio di scelta il solo prezzo (anche chiamando ribassi su tale prezzo), si accosterebbero alla vendita solo i venditori che posseggono un'automobile di qualità corrispondente o inferiore al prezzo fissato dal venditore. Non aderirebbero allo scambio i venditori che posseggono automobili di qualità superiore a quella corrispondente al prezzo indicato dal compratore. Poiché il compratore non è in grado di riconoscere la qualità dell'automobile offerta, egli accetterebbe lo scambio con il venditore disposto a cedere la sua vettura al prezzo più basso, che però è anche quello che possiede una macchina di qualità più scadente, corrispondente a quel prezzo (dal momento che chi è consapevole che la sua automobile vale più del prezzo di scambio non sarebbe disponibile a cederla per quel prezzo). Si avrebbe dunque un meccanismo di gara che finirebbe col selezionare il bene di peggiore qualità, ricorrendo un classico esempio di selezione avversa.