

Riflessioni introduttive allo studio delle decisioni del responsabile unico del procedimento, nelle gare di appalto, tra legalità e risultato*

di Bruno E. G. Fuoco

Costituisce, ormai, un dato acquisito nel diritto vivente che la responsabilità del funzionario della p.a. si esprima, non solo nel sopportare le sanzioni conseguenti alla violazione di determinate prescrizioni, ma anche nell'assumere in positivo la cura di un determinato risultato. Essere responsabile di un procedimento amministrativo vuole dire impegnarsi a concretizzare un risultato che, a ben vedere, è una proiezione concreta, in riferimento ad una determinata materia, della mission della p.a. nella realtà economica e sociale.

Questa nuova accezione della responsabilità, costituisce un *acquis* recente, in quanto la materialità dell'esistere, in senso economico e sociale, ha faticato ad entrare, *tel quel*, nell'area del giuridicamente rivelante, nonostante la Costituzione avesse imposto alla p.a., quale "entità chiamata ad entrare in contatto con gli uomini nella concretezza della loro esistenza" ⁽¹⁾ il compito di svolgere un ruolo attivo, a ben vedere, nella promozione del "risultato". Il *gap*, maturatosi nel passato, tra costituzione e legislazione ordinaria (e diritto vivente) su questo aspetto importante della vita amministrativa, non deve destare meraviglia, in quanto occorre considerare che, altrettanto complesso e lungo, è stato il percorso compiuto dalla cultura in generale (filosofica, letteraria, etc.) per arrivare ad accogliere, nel proprio orizzonte, le espressioni della realtà materiale, in termini sociali ed economici (2). Così, solo da pochi decenni, anche il diritto nazionale, ha

* Il presente testo costituisce la presentazione del volume: B. FUOCO "La cura del corretto e razionale svolgimento delle procedure di gara- Guida teorico - pratica per il r.u.p." – Maggioli, ottobre 2007.

(1) Così R. MARRAMA, I Principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica, in AA.VV. (a cura di MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI - MONACO, SCOCA) Diritto Amministrativo, Monduzzi, Bologna, 1998, vol. I. p. 417, il quale rileva che "i principi fondamentali sanciti dagli articoli da 1 a 5 della Costituzione appaiono manifestazione normativa dei valori di libertà, solidarietà, ed eguaglianza umana e della realtà dell'uomo – come singolo e come membro delle comunità intermedie diverse dallo Stato – allo sviluppo della cui personalità è finalizzata l'azione della Repubblica e per essa dell'amministrazione".

(2) Pensiamo ai movimenti di pensiero che hanno attraversato la cultura, nelle sue molteplici manifestazioni, conosciuti con il nome di realismo, verismo, materialismo. Per certi versi, è come se l'area della materialità (id est dei comportamenti umani e delle condizioni concrete di vita) tendesse a sfuggire, per ragioni ontologiche, all'area della consapevolezza e delle speculazioni intellettuali. Cfr. su questi ultimi aspetti la vasta opera del filosofo Omraam Mikhaël Aïvanhov, Edizioni Prosveta. In riferimento alle concezioni del diritto protese a superare il formalismo e a valorizzare gli elementi fattuali e gli interessi materiali e morali della comunità, cfr. ad esempio, A. TANZI (a cura di), L'antiformalismo giuridico - Un percorso antologico, Cortina, Milano 1999; G. TARELLO, Il realismo giuridico americano, Milano, 1962; G. ORRU, voce Giurisprudenza degli interessi, in Digesto IV. Torino, Utet, 1996, p. 171 e segg..

accolto, espressamente, la realtà dell'essere e cioè la nozione di risultato, varcando la soglia del dover essere. Il diritto positivo (anche con l'art. 1 della legge 241/90) si interessa, infatti, anche delle modalità tramite le quali l'efficacia giuridica ("il dover essere") deve diventare risultato ("essere"), attribuendo a questo ultimo una specifica rilevanza giuridica.

Nel passato abbiamo assistito ad una sorta di identificazione da parte di coloro che avevano il compito di curare la cosa pubblica, forse, inconsapevole, tra la realtà giuridica (la realtà del dover essere, abitata dalle nozioni di efficacia ed esecutività) e quella materiale (abitata dai risultati, cioè dai fatti materiali, sociali ed economici, quali esiti delle azioni amministrative).

V'è stata, se vogliamo, una sottovalutazione della realtà materiale- sociale, quasi che la realtà del dovere esser potesse essere automaticamente satisfattiva dei bisogni umani. La perdita di consapevolezza della mission istituzionale, cioè del senso profondo dello "stare insieme" nell'ordinamento giuridico è stata evidente. Il "pactum societatis" ⁽³⁾ sulla base del quale ciascuna delle parti (legislatore, pubblica amministrazione, apparato giurisdizionale, mondo accademico, cittadini, imprese) riconosce di avere un dovere nei confronti della collettività, quale azionista di tutte le componenti del sistema, ne è risultato indebolito ⁽⁴⁾.

Pertanto, negli anni novanta, è stato salutato con grande interesse l'ingresso del risultato nella legislazione ordinaria, quale esplicitazione concreta dei valori costituzionali. Ma l'acquisita rilevanza giuridica del risultato non ha comportato un'immediata ed automatica soluzione dei problemi che affliggono la performance della p.a. in quanto la realizzazione del risultato non richiede il perseguimento, mediante l'adozione di un atto preordinato, di un obiettivo prefigurato in tutti i suoi contenuti. La ricerca del risultato, investe, invece, il soggetto che ne è responsabile, nella sua globalità, imponendogli coerenza tra mission intellettualmente accettata e i comportamenti concreti. La ricerca del risultato implica, necessariamente, anche qualità morali, vale a dire, il dovere giuridico di essere imparziale.

La p.a. in forza dell'attuale contesto sociale e normativo, è, quindi, obbligata a prendere atto che tutta l'attività amministrativa deve essere orientata e valutata rispetto al risultato. Tutti i momenti

(3) Le norme fondamentali del nostro "stare insieme" e dei relativi valori fondanti dell'ordinamento sono contenute nella Costituzione: cfr. G. ZAGREBELSKY, La Corte in-politica, relazione 20 ottobre 2004 – Roma, Palazzo della Consulta, in www.cortecostituzionale.it: "Per riprendere antiche e venerabili concezioni, si può dire che la Costituzione fissa il pactum societatis, con il quale ci si accorda sulle condizioni dello stare insieme, nel reciproco rispetto che protegge dal conflitto all'ultimo sangue. Sulla base di questo primo accordo, può essere stipulato il pactum subiectionis, con il quale ci si promette reciprocamente di ubbidire – di assoggettarsi – alle decisioni del governo legittimo, cioè del potere della maggioranza che agisce secondo le regole e nel rispetto dei principi contenuti nel pactum societatis". Anche P. HÄBERLE, La giurisdizione costituzionale nell'attuale fase di sviluppo dello stato costituzionale, ivi, rileva che "il paradigma del patto di società, sviluppatosi da J. Locke e I. Kant fino a J. Rawls, deve includere oggi anche la giustizia costituzionale. Costituzione significa ogni giorno di nuovo "andare d'accordo".

(4) Alla base di questo approccio tradizionale, non ancora dismesso, vi è forse un'attitudine interiore, impermeabile all'accettazione del pactum societatis, votata all'autoreferenzialità caratteristica questa ultima che sarebbe ingeneroso e irrealistico voler attribuire, esclusivamente, all'apparato burocratico.

(operazioni, atti amministrativi etc.) della vita amministrativa hanno la loro rilevanza. Gli stessi silenzi hanno un costo e, in ragione di ciò, non sono neutrali. L'amministrazione deve ora perseguire i fini della legge "attraverso i criteri dell'economicità, al fine di diventare competitiva, evitando così di sprecare le risorse economiche provenienti dai contribuenti" (5)

L'attività amministrativa condotta in violazione dei valori economici sottrae, in definitiva, risorse allo sviluppo e l'amministrazione che ne è colpevole tende a marginalizzarsi e con essa i territori e le relative popolazioni. Lo spreco delle risorse materializza, in effetti, in modo tangibile, lo sviamento della mission della p.a. o se vogliamo la violazione del pactum societatis.

In questa nuova ambiente culturale, le teorie dell'organizzazione e le dottrine giuridiche sembrano unite da un comune filo conduttore. Le teorie dell'organizzazione, da tempo, valorizzano il lavoro pubblico come processo, evidenziando che quest'ultimo, a differenza delle procedure le quali sono mere sequenze rigide di atti e di azioni di cui non si verifica l'idoneità a produrre risultati, è l'insieme di sequenze di atti e azioni finalizzate a ottenere un dato risultato. La gestione per processi obbliga ad analizzare, controllare l'intero flusso delle attività al fine di verificarne il risultato e di eliminare tutte le attività che non aggiungono valore al risultato. Analogamente, la dottrina giuridica ha compiuto un percorso parallelo, evidenziando che la valutazione dell'efficacia e della economicità pone al centro dell'attenzione, non solo il singolo provvedimento, oggetto esclusivo dei tradizionali controlli burocratici, quanto l'attività amministrativa, la quale permette di comprendere, in modo esaustivo, se è stata rispettata la vocazione al risultato: "l'attività amministrativa è qualcosa di profondamente diverso dagli atti in cui essa si esprime...essa è costituita da un lato dal complesso di finalità e scopi affidati all'amministrazione dall'altro, da un continuum di iniziative, di attività materiali, organizzative, decisorie certamente, esecutive, la cui considerazione soltanto consente di individuare un rapporto tra organizzazione, attività, fini e scopi affidati (6).

Vengono, così, alla luce, nella realtà giuridica, porzioni dell'agire amministrativo eccessivamente sottovalutate nel passato: la decisione amministrativa, è ormai communis opinio, non nasce nella

(5) Cfr. S. GIACCHETTI, I nuovi confini della giustizia amministrativa, in Rassegna del Consiglio di Stato, n. 10/2003, Italedi, p. 1927 e segg..

(6) Così F. SATTA, Responsabilità della pubblica amministrazione, in Enciclopedia del Diritto, 1988, Giuffrè, p. 1376. Osserva G. F. SCOCA, Attività amministrativa, in Enciclopedia del Diritto, 2002, Giuffrè, p. 76 e segg., che accanto alle figure del provvedimento e dell'atto dobbiamo collocare, quale fattispecie giuridicamente rilevante, anche l'attività amministrativa: "con la legge 241/90...l'attività della pubblica amministrazione è diventata essa medesima oltre al provvedimento oggetto di una ormai cospicua disciplina positiva, acquisendo rilevanza giuridica sempre più marcata: si pensi al controllo di gestione o di efficienza, al controllo strategico, alla responsabilità dirigenziale e alla responsabilità dell'amministrazione verso terzi, tutte vicende che trovano nell'attività in quanto tale la loro fattispecie". Sulla scia di questo orientamento, la dottrina ha elaborato, poi, una nuova nozione di operazione amministrativa, quale attività amministrativa necessaria per conseguire un risultato unitario (cfr. D. D'ORSOGNA, Contributo allo studio dell'operazione amministrativa, Napoli, Esi, 2005).

fase costitutiva, ma si forma progressivamente a partire dalla fase dell'iniziativa e matura, soprattutto, nella fase istruttoria. In ragione di ciò, non rileva solo l'attività amministrativa che orbita attorno all'organo che esterna la decisione ma anche quella che viene svolta dai meri uffici (7).

Sia nel campo organizzativo-gestionale che giuridico (diritto positivo e teoria generale) sono portati, in evidenza, porzioni della realtà materiale ed umana, prima ignorate, e con esse, conseguentemente, compiti e persone, nonché il contributo di queste ultime al risultato. I benefici del lavoro e le relative responsabilità non possono essere più imputati, esclusivamente, a coloro che, in virtù di assetti gerarchici e della *fiction iuris* dell'organo, appaiono essere, ma nella realtà non sono, gli unici autori del provvedimento (8) o dell'azione amministrativa.

E ancora, in sintonia con il modello dell'organizzazione per processo, il quale postula moduli trasversali e orizzontali per superare il c.d. effetto regno (cioè gli spazi vuoti derivanti dalla scarsa comunicazione degli uffici organizzati, secondo i vetusti modelli gerarchici), il diritto positivo propugna, analogamente, istituti che unificano le competenze, in vista di un risultato unitario: pensiamo ai modelli dello sportello unico e della conferenza di servizi (9).

Lo stesso Codice dei contratti pubblici recepisce la filosofia del risultato unitario all'art. 10, comma 1, laddove prevede che per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici nominano un responsabile del procedimento, unico per le fasi della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione.

La nozione di risultato illumina, quindi, tutto l'agire della p.a., sul piano organizzativo-gestionale e quello dell'azione, ivi compresa l'area delle procedure di affidamento (10). La progettazione dello schema dell'appalto, la redazione degli atti di gara, la gestione della gara devono sempre essere ispirate al buon risultato che non è, semplicisticamente, quello di aggiudicare la gara al contraente ritenuto migliore dalla p.a., ma quello di aggiudicare la gara al contraente che offre la prestazione

(7) Cfr. A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996. IDEM, *Brevi riflessioni sul ruolo del responsabile del procedimento nei processi decisionali delle pubbliche amministrazioni dopo la legge 11 febbraio 2005*, n. 15, in www.giustamm.it.

(8) Il benessere organizzativo di tutti coloro che lavorano è, ora, fondamentale per il risultato. Vedasi, la direttiva Ministro della funzione pubblica, 24 marzo 2004, sulle misure finalizzate al miglioramento del benessere organizzativo nelle pubbliche amministrazioni.

(9) Cfr. l'art. 14, comma 3 della legge 241/90: "La conferenza di servizi può essere convocata Anche per l'esame contestuale di interessi coinvolti in più procedimenti amministrativi connessi, riguardanti medesimi attività o risultati".

(10) Un'altra analogia tra cultura gestionale e cultura giuridica è stata colta dall'Autorità di Vigilanza sui Il.pp., con la determinazione 23 febbraio 2001, n. 10, ove si afferma, in riferimento all'art. 7 del d. P. R. 21 dicembre 1999, n. 554, che il ruolo del responsabile unico del procedimento, all'interno dell'iter realizzativi dell'opera pubblica, è piuttosto quello del project manager e, quindi quello di fornire impulso al processo anche avvalendosi di uno staff di supporto. Giustamente, E. DALPRATO, *Il responsabile unico del procedimento dei lavori, servizi, e forniture tra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato*, in *Appalti&Contratti*, n. 3 - 4/2007, Maggioli, p. 25, osserva che il termine procedura usato nella rubrica dell'art. 10 (responsabile delle procedure di affidamento) del Codice ha un "contenuto meno formale-amministrativo di "procedimento" ed appare più vicino a "processo"...e meglio individua, sotto il profilo produttivo e sostanziale, l'evolversi di un'attività finalizzata ad un risultato concreto".

migliore sotto il profilo qualitativo, tenuto conto del prezzo, a seguito del rispetto delle regole di gara, entro i tempi ragionevoli ⁽¹¹⁾.

Il risultato, quintessenza della mission della p.a., nel settore delle procedure di affidamento, appare di facile individuazione, ma di non facile realizzazione. La scelta del migliore contraente non è, infatti, il frutto di una autonoma ricerca ed individuazione da parte della stazione appaltante: è l'esito, invece, di una gara, di una procedura improntata al rispetto di molteplici regole. Da ciò discende che il risultato direttamente imputabile al responsabile del procedimento non può essere tanto quello afferente all'individuazione del contraente, quanto quello relativo alla corretta e razionale condotta della gara. Per tale ragione, il Codice all'art. 10, comma 3, lett. b), attribuisce al responsabile del procedimento, espressamente, la cura del corretto e razionale svolgimento delle procedure ⁽¹²⁾. Infatti, l'individuazione del contraente non è il prodotto di una negoziazione in ragione della quale il risultato possa ritenersi completamente voluto dalla p.a., fatti salvi i casi eccezionali di procedure negoziate previste agli articoli 57 ⁽¹³⁾ e 125, comma 11 del Codice ⁽¹⁴⁾, ma il risultato di una procedura che deve essere idonea a garantire ex ante un buon risultato.

Se il risultato è la conseguenza di una procedura di gara, allora, è su quest'ultima che il responsabile del procedimento deve riporre la massima cura.

Nel procedimento di affidamento, il risultato rileva:

- ex ante, come idoneità della procedura a raggiungere il risultato;
- ex post, come esito concreto del procedimento suscettibile anche di non essere approvato per ragioni di interesse pubblico (pensiamo all'offerta eccessivamente onerosa) ⁽¹⁵⁾.

A questo punto, occorre chiedersi quali sono i parametri alla stregua dei quali il responsabile del procedimento deve assumere la cura della correttezza e razionalità delle procedure.

Indicazioni precise in merito, a nostro avviso, provengono dall'art.2 del Codice, laddove stabilisce che l'affidamento deve garantire la qualità delle prestazioni e deve svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, nonché dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e pubblicità.

Dalla lettura del citato art. 2 desumiamo che i principi occupano uno spazio fondamentale per la cura di una corretta e razionale procedura di gara. E ciò si spiega con il fatto che la razionale e

(11) Questa articolata nozione di risultato si evince dall'art. 2 del Codice.

(12) Già previsto in materia di lavori pubblici dall'art. 5 della legge 18.11.1998, n. 415.

(13) L'art. 57 del Codice disciplina la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.

(14) L'art. 125, comma 11, ultimo periodo, del Codice prevede che "per servizi o forniture inferiori a ventimila euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento".

(15) Cfr., ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, sentenza 18 settembre 2002, n. 4751 in www.appaltiecontratti.it. L'art. 81, comma 3, del Codice dei contratti prevede espressamente ora che "Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto". Ad esempio sull'ipotesi di mancata approvazione di una vendita comportante un ricavo inferiore al valore di mercato, vedasi TAR Piemonte, sez. II, sentenza 19 febbraio 2007, n. 706 in www.appaltiecontratti.it

corretta gestione delle procedure di gara non richiede soltanto il compimento di atti conformi a schemi precostituiti, ma anche la determinazione di regole il cui contenuto non può essere predeterminato a priori dalle fonti comunitarie e statali, ma deve essere autodeterminato dalla stazione appaltante sulla base dei propri bisogni. La conoscenza dei principi non può, allora, ritenersi riservata, alle speculazioni dottrinarie, essa si palesa necessaria anche per il responsabile del procedimento, quando deve definire l'oggetto contrattuale, introdurre requisiti di ammissione in sede di bando, decidere l'ammissione o l'esclusione di un'impresa, valutare le offerte, gestire eventuali patologie insorte nel procedimento in itinere, etc. ⁽¹⁶⁾.

Ciò detto, se analizziamo la disposizione codicistica in materia di principi, possiamo constatare che il primo elemento del risultato complessivo richiesto attiene alla qualità della prestazione.

Mentre l'abrogato art 1 della legge Merloni faceva riferimento alla qualità dell'opera ⁽¹⁷⁾, il Codice fa riferimento alla qualità della prestazione nell'ambito della quale dobbiamo includere non solo le certificazioni di qualità, ma anche la predeterminazione da parte della stazione appaltante delle caratteristiche qualitative idonee a soddisfare i bisogni individuati ⁽¹⁸⁾. Quindi l'obbligo di garantire la qualità ha questa duplice valenza.

La qualità, a ben vedere, in sede di preparazione degli atti di gara, è nella disponibilità della p.a. la quale, a seconda del metodo di affidamento prescelto, può prefigurarla in toto, e quando ciò avviene, l'unico elemento di scelta riposa sul prezzo; oppure, può prefigurarla in modo parziale, e in tal caso, gli elementi di scelta riposano non solo sul prezzo, ma anche sul progetto o sulle varianti presentate dall'impresa. In quest' ultima evenienza, però, è sempre la p.a. che prefigura i criteri di

(16) Come è noto, i principi servono, ad esempio, anche per decidere l'esclusione dalla gara pur in assenza di una previsione esplicita del bando: "l'esclusione da una gara pubblica può essere disposta, anche in mancanza di una espressa comminatoria sul punto, ogniqualvolta il concorrente abbia, comunque, violato previsioni poste a tutela degli interessi sostanziali dell'amministrazione o a protezione della par condicio tra i concorrenti...Nel caso di specie, l'articolo 5 delle norme di gara dispone espressamente il divieto di subappalto dei servizi oggetto della gara, pur senza prevedere, la comminatoria della esclusione in caso di violazione di tale divieto; tuttavia, si tratta evidentemente di una esigenza posta a tutela dell'interesse dell'amministrazione a che il servizio venga svolto direttamente dall'aggiudicatario e non possa essere subappaltato a soggetti di cui non sia stata riscontrata l'idoneità tecnica e la affidabilità, conseguentemente la sua violazione comporterebbe senz'altro l'esclusione dalla gara" così, Cons. Stato, Sez. V, sentenza 21 giugno 2006, n. 3703 in www.appaltiecontratti.it.

(17) F. CARINGELLA, *La nuova legge quadro sui lavori pubblici-commentario*, Ipsoa, 1999, Milano, p. 13, osserva che "la qualità va intesa nel senso di osservanza delle norme e prescrizioni tecniche che fissano le caratteristiche di un prodotto, nella specie dell'opera pubblica, in termini di livelli (o standard) di qualità, entità o utilizzazione, ivi compresa la terminologia, i simboli, le prove i mezzi di prova. In questi termini, l'osservanza delle regole tecniche risulta indirettamente garanzia di economicità dell'opera, funzionale alla soddisfazione di interessi pubblici, efficienza e durata". Secondo, M. R. SPASIANO, M. CALABRÒ, *Norme di garanzia della qualità*, in R. GAROFOLI - M. A. SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici dopo la direttiva unificata n. 18/2004*, Giuffrè, 2005, p. 656: "Con il termine qualità applicato nel settore degli appalti si intende oggi la capacità di soddisfare i bisogni morali e materiali sociali ed economici correlati alla realizzazione dell'attività oggetto del procedimento di gara. In tale prospettiva, oltre a garantire gli ovvii requisiti di carattere tecnico, l'operatore economico è tenuto perseguire, tra l'altro, l'ottimizzazione dei costi di realizzazione, la garanzia di sicurezza e salute dei lavoratori, il contenimento dell'impatto ambientale e dei consumi energetici, la sicurezza, l'efficienza e l'affidabilità".

(18) La nozione di qualità intercetta, in questo contesto, quella di efficacia esterna. Sulla valenza giuridica dei criteri di economicità, efficacia ed economicità nelle procedure di gara, cfr. B. FUOCO "La cura del corretto e razionale svolgimento delle procedure di gara" - Guida teorico - pratica per il r.u.p. cit.", pagina 243 e segg..

valutazione dell'offerta, tramite i quali, una apposita commissione valuterà la qualità del progetto presentato. In ragione di ciò, la qualità è un bene che effettivamente può essere garantito dalla p.a., a differenza del prezzo finale ⁽¹⁹⁾ che è rimesso, esclusivamente, alle regole della concorrenza, fatte salve le dovute valutazioni ai fini dell'offerta anomala e dell'eventuali offerte eccessivamente onerose.

La qualità e il prezzo componenti fondamentali del risultato, ai sensi dell'art. 2 del Codice, devono essere ricercate nel rispetto delle regole giuridiche improntate ai principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza etc..

La citata disposizione comprova che, nel settore delle procedure di affidamento, il risultato si presenta, allora, intimamente connesso con la legalità, in quanto quest'ultima (cioè il formalismo delle regole di gara) è in funzione del buon risultato e non può sussistere giuridicamente, per definizione, un buon risultato, senza il rispetto delle regole di gara: "Il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure per l'aggiudicazione dei contratti della pubblica amministrazione risponde, infatti, da un lato ad esigenze pratiche di certezza e celerità, dall'altro, e soprattutto, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti" (20).

Le regole sono fondamentali perché non esiste, in materia di contratti pubblici, una libera negoziazione propria di un mercato concorrenziale. Gli ordinamenti giuridici, sia a livello comunitario che nazionale, hanno imposto una contrattazione caratterizzata da regole cogenti idonee a garantire, secondo i propositi dei legislatori, un risultato finale identico o molto vicino a quello che sarebbe possibile raggiungere in un libero mercato concorrenziale.

Le limitazioni imposte alla p.a. non sono, quindi, tese a soffocare la contrattazione, ma, al contrario, a costituire un mercato libero e competitivo in una sorta di arena burocratica, divenuta oggi anche telematica ⁽²¹⁾. In altri termini, il formalismo giuridico delle gare è da un lato, una delle condizioni indispensabili per promuovere il mercato in settori di scarsa competitività, e dall'altro è esso stesso un surrogato della libera contrattazione ⁽²²⁾.

Le regole di gara percepite nella prassi, talora, come un fattore distorsivo, se ben congegnate possono, anzi, debbono costituire la garanzia del buon risultato ⁽²³⁾.

(19) Ai fini della bontà del prezzo finale rileva, evidentemente, una corretta formulazione del prezzo a base d'asta.

(20) Così, Cons. Stato, Sez. V, sentenza 20 marzo 2006, n. 1453 in www.appaltiecontratti.it.

(21) Pensiamo alle gare telematiche.

(22) Su questo punto, osserva R. GAROFOLI, Organismi di diritto pubblico, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici* cit., p. 176, che "nell'ottica del legislatore europeo il principio della competizione può essere soddisfatto in due modi tra loro alternativi, uno per così dire naturale, l'altro artificialmente imposto".

(23) Occorre evitare però i rischi di iper-regolamentazione. Infatti, il Presidente dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici ha recentemente affermato che "si è in presenza di una iper-regolamentazione, sia pure mossa dall'intento di disciplinare in modo esauriente la fattispecie per limitare le incertezze interpretative e garantire al meglio possibile le parti in causa. Questo complesso normativo, poi, viene integrato e talvolta duplicato da una eccessiva legislazione

Non possiamo, però, nascondere che la bontà del risultato effettivo della gara non è sempre nella piena disponibilità della p.a. a causa della presenza di una serie di fattori esterni che possono influenzare l'andamento della gara e il risultato finale:

- 1) presenza di imprese inefficienti o che lavorano nella illegalità, non espulse tempestivamente dal mercato ⁽²⁴⁾;
- 2) mancanza di chiarezza della legislazione ed incertezze applicative derivanti dalle interpretazioni fornite, talora, dalla stessa giurisprudenza amministrativa.

Nondimeno, la ricerca del buon risultato, vede la p.a. protagonista in quanto nella sostanza essa determina le regole di gara con una ampia discrezionalità, tecnica e amministrativa, grazie alla quale può preconstituire le migliori regole nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale (statale, regionale e locale). La costruzione delle regole è quindi fondamentale in quanto l'esame della copiosa giurisprudenza amministrativa ci insegna che vi sono buone regole e cattive regole.

La ricerca di equilibri ottimali tra legalità (regole) e risultato deve tenere in debita considerazione i principi e le relative regole elaborate dalla giurisprudenza quale supporto insostituibile per una corretta formazione dei processi decisionali caratterizzati da ampi margini di discrezionalità ⁽²⁵⁾.

L'esercizio di questi ampi poteri discrezionali da parte del r.u.p. ⁽²⁶⁾ richiede non solo il rispetto delle disposizioni puntuali, ma il rispetto dei principi vigenti in materia di affidamenti e la coerenza con i molteplici interessi pubblici che permeano la causa del potere di affidamento dei contratti: "l'amministrazione è, infatti, titolare di un ampio potere discrezionale di inserire in un bando di gara tutte quelle disposizioni ritenute più opportune, più idonee e più adeguate per l'effettivo raggiungimento dello scopo perseguito con la selezione ad evidenza pubblica indetta, purchè vengano rispettate le tassative previsioni di legge e purchè il concreto esercizio del potere discrezionale si presenti logicamente coerente con l'interesse pubblico perseguito, nel senso che le predette disposizioni discrezionali non devono essere o apparire illogiche, arbitrarie, inutili o

regionale e da un intervento regolamentare ancora più massiccio ed invasivo...attualmente sono oltre 700 le norme statali ai cui rischi di ingessamento questa Autorità, proprio in quanto organismo di gestione di regole per il mercato, si è dimostrata sensibile...questo della tecnica normativa, è un aspetto che l'Autorità segnala proprio per evitare che la regolazione, da essa – e da altri organismi nazionali – condotta, non si trovi ad operare in un contesto di disciplina ove il garantismo soffoca l'efficienza, finendo per trasferire integralmente a situazioni di mercato criteri elaborati per campi di dominio amministrativo" così Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, comunicato stampa del 25 luglio 2007 (nello stesso vedasi il comunicato stampa del 19 ottobre 2007) in www.appaltiecontratti.it.

(24) Un ottimale funzionamento del mercato è uno dei presupposti impliciti della asserita bontà sostanziale delle regole della par condicio. Ma la realtà non suffraga la predetta convinzione, se pensiamo, ad esempio, che il mercato non riesce ad espellere le imprese che per sostenere ribassi competitivi, eludono gli obblighi in materia di sicurezza.

(25) Sulla distinzione, nelle procedure di gara, tra accertamento tecnico, discrezionalità tecnica, discrezionalità amministrativa e merito, cfr. B. FUOCO "La cura del corretto e razionale svolgimento delle procedure di gara - Guida teorico - pratica per il r.u.p. cit." pagg. 43 - 58.

(26) Per una disamina dei singoli principi e delle relative regole applicative elaborate dalla giurisprudenza rinviamo nuovamente al nostro volume più volte citato.

superflue: solo sotto tale profilo, del resto, la discrezionalità può considerarsi non sottratta al sindacato del giudice amministrativo” (27). È opportuno evidenziare che la conoscenza anche tecnica del bisogno da soddisfare e della prestazione da richiedere è fondamentale al fine di progettare correttamente le clausole di gara, altrimenti queste non potranno essere tarate sull’interesse pubblico concreto da perseguire. Pertanto, non appare ragionevole concepire come attività nettamente distinte la redazione del bando e quella del capitolato tecnico, in quanto si corre il rischio di elaborare requisiti di gara in maniera acritica e cioè in contrasto con i principi di proporzionalità (se eccessivi) e/o di efficacia (se privi di utilità). La figura del responsabile unico per le fasi della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione di cui all’art. 10 comma 1 del Codice potrebbe ovviare a queste problematiche.

Per comodità espositiva nella tabella n. 1 è descritto il processo decisionale discrezionale il quale dapprima è avviato dal legislatore (che determina la causa del potere e la struttura della disposizione) e, in seguito, è portato a termine dal responsabile del procedimento mediante l’esercizio concreto del potere attribuitogli.

Tabella n. 1 - Descrizione del processo decisionale discrezionale

Causa del potere	Struttura delle disposizioni	Potere amministrativo	Procedimento logico	Parametri positivi da rispettare	Doveri del responsabile del procedimento
Interessi pubblici	Fattispecie elastiche, clausole generali	Discrezionale	Scelte e valutazioni	Interessi pubblici. Interesse pubblico specifico del contratto. Principi ex art. 2 del Codice.	Corretto e azionale svolgimento delle procedure di gara

Quindi il legislatore affida la cura degli interessi pubblici alla p.a. (28) mediante disposizioni legislative anche non dettagliate, ma aventi una struttura aperta (fattispecie elastiche) (29) al fine di

(27) Così TAR Puglia, Bari sez. I, sentenza 19 febbraio 2007, n. 475 in www.appaltiecontratti.it.

(28) Cfr., nel nostro volume, la parte prima, capitolo 1, paragrafo 1, sulla causa del potere.

(29) Cfr., nel nostro volume, la parte seconda, capitolo 1, sulla funzione dei principi generali.

consentire alla p.a. di modulare l'azione amministrativa secondo il bisogno peculiare dell'ente, ovvero, secondo le specificità del singolo contratto (30).

La p.a. deve, poi, concretamente riempire di contenuto le disposizioni predette (pensiamo ai requisiti di partecipazione e di valutazione) esercitando un potere dotato di una certa discrezionalità (31).

L'esercizio concreto del potere discrezionale, si traduce per il responsabile del procedimento in un percorso logico autonomo di scelte che devono essere immuni da vizi al fine di non invalidare la gara.

I vizi in questione possono derivare dalla violazione dei principi, indicati dall'art. 2 del Codice, afferenti:

- 1) alla corretta conduzione della procedura di gara (32);
- 2) alla razionale conduzione della procedura di gara (33). Il valore della razionalità implica anche la coerenza con gli interessi pubblici ed in particolare con l'interesse specifico della p.a. indicente la singola procedura.

Infatti, la giurisprudenza ha affermato che “la libertà della stazione appaltante di valutare discrezionalmente le esigenze da porre a base dell'affidamento dell'appalto deve essere contemperata con il rispetto dei principi fondamentali di imparzialità, di par condicio, e di proporzionalità che presidiano l'affidamento degli appalti pubblici, ai sensi dell'art. 2 secondo comma del d.lgs.12 aprile 2006 n.163 ” (34).

Sulla base di queste premesse, la prima parte del volume illustra i molteplici interessi pubblici che connotano la causa del potere di affidamento e le diverse modalità di esercizio del potere amministrativo.

La seconda parte esamina la funzione svolta dai principi generali, in particolare, nelle procedure di affidamento, nel quadro nazionale e comunitario.

La terza parte esamina (vedi tabella n. 2), analiticamente i principi afferenti alla cura della corretta conduzione della procedura di gara (evidenziandone le relative regole operative, mediante

(30) La discrezionalità dell'amministrazione appaltante “può essere esercitata rispetto a norme regolatrici che prevedono fattispecie elastiche, strutturate su concetti non tassativi, ma indeterminati, che implicano, per la loro definizione da parte dell'interprete, un rinvio alla realtà sociale” così Tar Puglia, Lecce, sentenza 6 giugno 2007, n. 2232 in www.giustizia-amministrativa.it.

(31) Cfr., nel nostro volume, la parte prima, capitolo 1, paragrafo 2, sulle modalità di esercizio del potere amministrativo di affidamento.

(32) Cfr., nel nostro volume, la parte III sui principi afferenti alla corretta conduzione della procedura di affidamento.

(33) Cfr., nel nostro volume, la parte IV sui principi afferenti al razionale svolgimento della procedura di affidamento.

(34) TAR Lazio, Roma, sez. III-quater, sentenza 25 maggio 2007, n. 4828 in www.giustizia-amministrativa.it.

l'illustrazione di casi concreti): cioè i principi di non discriminazione, di pari trattamento, di trasparenza, di pubblicità e di correttezza.

Tabella n. 2 - I principi afferenti alla corretta conduzione della procedura di gara.

La cura della corretta procedura <i>Imparzialità (art. 97 costituzione) e principi comunitari</i>
<ul style="list-style-type: none">▪ principio di libera concorrenza▪ parità di trattamento e di non discriminazione▪ trasparenza▪ pubblicità▪ correttezza

La quarta parte esamina (vedi tabella n. 3) analiticamente i principi afferenti alla cura della razionale conduzione della procedura di gara (evidenziandone le relative regole operative, mediante l'illustrazione di casi concreti): cioè i principi di economicità, di efficacia, di efficienza, di proporzionalità, del favor participationis e di tempestività. Una particolare attenzione viene anche dedicata all'incidenza dei criteri economici nel regime di responsabilità del funzionario avanti alla Corte dei conti.

Tabella n. 3 I principi afferenti alla razionale conduzione della procedura di gara.

La cura della razionale procedura <i>Buon andamento (art. 97) e principi comunitari</i>
<ul style="list-style-type: none">▪ economicità, efficienza ed efficacia▪ proporzionalità ragionevolezza▪ favor participationis▪ tempestività