

I contratti pubblici*

Maria Alessandra Sandulli e Arturo Cancrini

1. *Il rilievo dato dalla normativa europea e nazionale al reato di corruzione negli appalti pubblici.*

Il tema che ci viene chiesto di affrontare presenta profili di grandissima complessità, che non è evidentemente possibile analizzare nei ridotti margini consentiti a questo contributo.

Ci limiteremo pertanto a tracciare un quadro estremamente sintetico delle principali problematiche che la materia presenta, tentando di ipotizzarne qualche possibile soluzione.

E' indubbia l'attenzione che tanto l'Unione Europea che il Legislatore nazionale italiano hanno rivolto al fenomeno della corruzione connesso alla contrattualistica pubblica. Tale sensibilizzazione si è concretizzata con una serie di misure normative finalizzate ad azzerare il fenomeno criminoso; specialmente in Italia, dopo la cd. "tangentopoli", sono state individuate diverse misure restrittive che, soprattutto, ma non soltanto, attraverso la normativa di settore, hanno inteso arginare l'accordo illecito negli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Concentrando l'analisi sugli anni più recenti, il sistema normativo europeo e nazionale si presenta variegato e così riassumibile.

Innanzitutto, la Direttiva 2004/18/CE, avente ad oggetto il coordinamento delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, all'art. 45 (Situazione personale del candidato o dell'offerente), nell'individuare le cause di esclusione dalle gare di appalto, indica la condanna definitiva per il reato di corruzione fra le circostanze in presenza delle quali gli ordinamenti nazionali non possono ammettere la partecipazione; così l'art. 45, paragrafo 1, lett. b): "*È escluso dalla partecipazione ad un appalto pubblico il candidato o l'offerente condannato, con sentenza definitiva di cui l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza; per una o più delle ragioni elencate qui di seguito: (...) b) corruzione, quale definita rispettivamente all'articolo 3 dell'atto del Consiglio del 26 maggio 1997 ed all'articolo 3, paragrafo 1, dell'azione comune 98/742/GAI del Consiglio*".

In sede di attuazione della suddetta Direttiva, il Legislatore nazionale delegato, nel d.lgs. n. 163/06 (cd. Codice degli appalti pubblici)¹ ha incluso all'art. 38, comma 1 lett. c), fra i reati che

* Il saggio è in corso di pubblicazione nel Volume ASTRID, *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di F. Merloni e L. Vandelli, Passigli, 2010

¹ Fra le Opere scritte in materia di contratti pubblici, vedi: A. Angeletti (a cura di), *La riforma dei lavori pubblici. Commentario*, 2000; A. Bargone, S. Richter (a cura di), *Manuale del diritto dei lavori pubblici: la riforma e i procedimenti di attuazione*, 2001; S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*; L. Carbone, F. Caringella,

certamente comportano la mancanza di requisiti generali del partecipante alla gara, anche il reato di corruzione, recependo letteralmente l'intero paragrafo 1 del surrichiamato art. 45.

Da tale previsione, in ambito ermeneutico la giurisprudenza ha più volte desunto il carattere vincolante delle predette fattispecie ipotesi di reato ai fini dell'esclusione dalle gare d'appalto. In particolare, è stato peraltro affermato che nel caso in cui il bando e il disciplinare di gara non contengano alcuna espressa prescrizione di indicare in modo specifico le eventuali sentenze di condanna per i reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, con correlata comminatoria di esclusione, ma si limitino ad un generico riferimento alle condizioni di cui all'art. 38 comma 1 lett. da a) a m-quater),² del Codice, è illegittima l'esclusione dell'impresa

G. De Marzo (a cura di), *L'attuazione della Legge quadro sui lavori pubblici: il D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554; D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 e D.M. 19 aprile 2000, n. 145. Commentario*, 2000; F. Caringella, G. De Marzo, M. Bella (a cura di), *La nuova disciplina dei lavori pubblici: dalla Legge quadro alla Merloni-quater, le norme speciali e la nuova potestà regionale*, 2003; A. Carullo, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, 2005; A. Carullo, A. Clarizia, *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, 2004; A. Carullo, G. Iudica, ed altri, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, 2009; V. Cerulli Irelli (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo. Commento alla l. 21 luglio 2000 n. 205, 2000*; M.P. Chiti, G. Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, volumi II, parte generale e parte speciale; A. Cianflone, G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, 2003; De Nictolis, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, volumi III, 2007; L. Fiorentino, C. Lacava, *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, 2004; C. Franchini (a cura di), *I Contratti con la Pubblica Amministrazione*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, UTET, volumi II, 2007; C. Franchini, F. Tedeschini, (a cura di), *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, (volume in ricordo di M. Pallottino), n. 18 della collana diretta da E. Picozza e R. Lener, 2009; F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*; R. Garofoli, ed altri, *La tutela in tema di appalti pubblici: il contenzioso alla luce del D.Lgs. 163/2006*, 2007; R. Garofoli, V. De Gioia, *Codice degli appalti di lavori pubblici: annotato con giurisprudenza, determinazioni dell'autorità di vigilanza LL.PP. e riferimenti bibliografici*, 2004; R. Garofoli, G. Ferrari, *Codice degli appalti pubblici annotato con la dottrina, giurisprudenza e formule*, 2009; R. Garofoli, M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella Legge comunitaria n. 62/2005*, 2005; L. Giampaolino, M.A. Sandulli, G. Stancanelli (a cura di), *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla <Merloni-ter>*, 1999; L. Giampaolino, M.A. Sandulli, G. Stancanelli (a cura di), *Commento al regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici*, 2001; M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, tomi 1-2, 1993; Giurdanella, *Commento al Codice dei contratti pubblici*, 2008; M. Greco, A. Massari, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, 2006; idem, *Il secondo decreto correttivo al codice dei contratti pubblici. Commento al D.Lgs. 31 luglio 2007, n. 113*, 2007; M. Mazzone, C. Loria, *Manuale di diritto dei lavori pubblici*, 2005, M. Pallottino (a cura di), *Saggi e materiali di diritto pubblico dell'economia*, 2005; E. Picozza, *Processo amministrativo e diritto comunitario*, 1997; D. Rubino, *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, 1980; G.L. Rota, G. Rusconi (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, volumi II, 2007; F. Saitta (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, 2008; M. A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (diretta da), *Trattato sui contratti pubblici*, 2008; M. A. Sandulli, *L'azione amministrativa: commento alla L. 7 agosto 1990, n. 241 modificata dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15 e dal D.L. 14 marzo 2005, n. 35*, 2005; M. Sanino, *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, 2006; G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. VII, S. Buscema, A. Buscema, *I contratti della pubblica amministrazione*, 2008; F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, 2008; F. Titomanlio (a cura di), *Codice dei Contratti pubblici e norme correlate*, IGI, ottobre 2008; R. Villata (a cura di) *L'appalto di opere pubbliche*, 2004; P. Virga, *Diritto amministrativo*, tomi 1-2, 2001; G. Zgagliardich, *Subappalto e leggi antimafia nei lavori pubblici*, 1996; A. Cancrini e V. Capuzza, *Lezioni di Legislazione delle Opere Pubbliche*, 2009; A. Cancrini, P. Piselli, V. Capuzza, *La nuova legge degli appalti pubblici. Commentario al codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, VI edizione, 2010.

² Cfr. sul tema dell'art. 38 del Codice: R. Greco, *Le cause soggettive di esclusione*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella Legge Comunitaria n. 62/2005*, (a cura di R. Garofoli e M. A. Sandulli), 2005, pp. 575 e ss.; M. Ragazzo, *I requisiti di partecipazione alle gare e l'avvalimento*, 2008, pp. 145 e ss.; V. Capuzza,

che non ha specificato l'inesistenza di sentenze di condanna per i predetti reati, in quanto anche tali tipologie di reati sono riconducibili alla previsione generale della stessa norma in tema di reati ostativi della partecipazione ai pubblici appalti, salva soltanto l'esclusione di qualunque valutazione discrezionale da parte della p.a.³.

La giurisprudenza amministrativa ha invero affermato che laddove l'art. 38 comma 1 lett. c) dispone che è comunque causa di esclusione la condanna per i reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, non sta ad indicare tipologie di reati diversi da quelli genericamente indicati nella prima parte della norma ("*reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale*"), quanto piuttosto, nell'ambito di questi, i reati, in ordine ai quali la stazione appaltante è priva di qualsiasi potere discrezionale di valutazione, nel senso che alle sentenze di condanna per uno o più degli stessi si connette un effetto automatico di preclusione della partecipazione ai pubblici appalti⁴.

Da ultimo, va precisato che il Consiglio dell'OCSE il 16 ottobre 2008 ha adottato una Raccomandazione con la quale ha individuato alcuni principi per la valorizzazione dell'integrità negli appalti pubblici. La Raccomandazione invita i Paesi Membri a rafforzare la lotta contro la frode e la corruzione nelle varie fasi dell'appalto, affrontando i rischi che hanno un enorme peso economico. Tra le indicazioni formulate, in particolare: per contrastare la corruzione le amministrazioni devono necessariamente migliorare la *governance* mediante l'effettiva trasparenza delle procedure ad evidenza pubblica e attraverso una concreta garanzia della *par condicio* dei concorrenti alla gara; è raccomandata la supervisione dei progetti da parte degli organismi indipendenti, anche con l'applicazione delle sanzioni; i Governi devono garantire meglio l'informazione sui contratti e prevedere meccanismi di più rapida soluzione delle controversie relative alle gare di appalto; è fissato nel 2011 un *follow-up* per i Paesi membri della OCSE per valutare e confrontare l'applicazione dei principi fissati dalla Raccomandazione⁵.

C'è da precisare che per quanto riguarda i punti due e tre della Raccomandazione OCSE, in attuazione della Direttiva cd. ricorsi (n. 2007/66/CE), il Legislatore delegato italiano ha emanato il decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53, che prevede modifiche nel senso sopra indicato negli artt. 11 e 79 del Codice appalti, inserendo anche l'art. 243-bis relativo alle informative circa l'intento di proporre ricorso giurisdizionale.

2. *La normativa italiana sugli appalti: caratteri della Legge Merloni. Automatismo e garanzia*

Considerazioni di diritto penale in materia di appalti pubblici alla luce del D.Lgs. n. 163/06, in Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, n. 1/2007; V. Capuzza, Figure di procedura penale negli appalti pubblici, in Rivista Amministrativa R.I., 3-4/2007.

³ T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 15 giugno 2009, n. 1076.

⁴ *Idem.*

⁵ Vedi per la fonte www.itaca.org; vedi anche in www.edilportale.com

Come già accennato, nel 1994 l'emergenza del fenomeno c.d. di *tangentopoli* aveva creato la necessità di prevedere nelle gare d'appalto pubblico il meccanismo che attraverso l'*automatismo* garantisse la minore discrezionalità possibile alle diverse figure chiamate a disciplinare le singole gare (Responsabile del procedimento, membri delle Commissioni, etc).

In tale ottica, si pensi a quanto era previsto nella Legge n. 109/1994:

come criterio di aggiudicazione il solo massimo ribasso offerto dai concorrenti sull'importo fissato a base di gara; il divieto di operare varianti in corso d'opera al progetto esecutivo oggetto del contratto d'appalto, tranne che in ristretti casi previsti tassativamente dalla legge stessa; la non ammissione della trattativa privata, se non in pochissime ipotesi stringenti e previste dall'art. 24 della L. n. 109/94; l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse.

Si può, dunque, dire che con la Legge Merloni era stata scelta la via del c.d. *meccanicismo*, al fine: di evitare di ricadere nella condotte delittuose commesse nell'allora recente passato e di consentire ai funzionari (obiettivamente impauriti nell'agire) di poter operare e provvedere in garanzia.

3. *La sempre maggiore discrezionalità tecnica dell'amministrazione appaltante*

In generale, l'esercizio del potere amministrativo è caratterizzato dalla cosiddetta discrezionalità che, come è noto, non si sostanzia nell'autonomia bensì viene ad essere vincolata nel fine e nella ragionevolezza dell'agire stesso⁶; e in tal senso, ne è consentito il sindacato esterno. In tale cornice viene alla luce un problema, quello cioè dei fatti per i quali la scelta dell'amministrazione è esercitata fra più soluzioni, eventualmente anche "tecniche" possibili; tali ipotesi che si caratterizzano per lasciare al soggetto decidente larghi margini di opinabilità, sono state definite dalla dottrina come esercizio della cd. discrezionalità tecnica, cui si riconnette in parte il sindacato giurisdizionale.

Ed è proprio su tale aspetto che la materia degli appalti, caratterizzata *in nuce* dall'interferenza con le materie ingegneristiche e di architettura e comunque da scelte di natura economica e tecnica, si è aperta nel tempo all'attuazione di scelte discrezionali in ottemperanza a norme, soprattutto speciali di gara, che lasciano quegli ampi margini di opinabilità in capo alla stazione appaltante o alla commissione giudicatrice.

Nello specifico, superata l'emergenza, sono stati, infatti, man mano reintrodotti dal Legislatore⁷ nella stessa Legge Merloni quegli istituti che erano stati di fatto sospesi, facendosi strada una nuova stagione caratterizzata sempre più dalle *scelte discrezionali* dell'amministrazione appaltante.

⁶ V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, II edizione, Torino, 2010, p. 286.

⁷ Si pensi soprattutto alle normative di fonte primaria che, per i lavori pubblici, nel tempo si sono succedute: L. 2 giugno 1995, n. 216 (c.d. Merloni-bis); L. 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. Merloni-ter); L. 1° agosto 2002, n. 166 (cd. Merloni-quater); il D.Lgs. n. 163/06 (c.d. codice dei contratti pubblici), nato su impulso delle Direttive U.E. n. 17 e 18/2004 (cfr. art. 25 della l. n. 62/2005 – Comunitaria 2004).

In tale direzione rilevano: la reintroduzione del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁸; la previsione della valutazione dell'offerta anomala⁹; l'introduzione generalizzata delle Ordinanze della protezione civile che consentono di operare in deroga; il ritorno e l'ampliamento delle ipotesi della trattativa privata¹⁰; la figura del contraente

⁸ L'art. 81 del Codice degli appalti è norma descrittiva dei due criteri di scelta dell'offerta migliore: il criterio del prezzo più basso (art. 82) ed il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 83); la norma apre le disposizioni sulla procedura di aggiudicazione, così come nel dettaglio hanno operato i successivi articoli. L'amministrazione può scegliere senza più i vincoli normativi preesistenti (previsti nella passata disciplina per l'offerta economicamente più vantaggiosa) quale dei due criteri adottare nella singola gara. La disposizione è valida per ogni tipologia di appalto pubblico.

In relazione all'offerta economicamente più vantaggiosa va precisato che nel sistema previgente, una delle innovazioni della Legge Merloni-quater è stata quella di aver introdotto (sebbene con particolari limitazioni) il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa anche per gli appalti sotto soglia comunitaria. Prima della l. n. 166/2002 l'utilizzo di tale criterio d'aggiudicazione era ammesso solo per le concessioni e per l'appalto-concorso, cioè per quelle procedure in cui risulta indispensabile l'apporto progettuale dei concorrenti, quale che fosse l'importo dei lavori.

Con la Merloni-ter e la Merloni-quater il quadro era stato ulteriormente modificato ed ampliato; in particolare, la l.n. 415/98 aveva reso non tassativo l'elenco degli elementi di valutazione, mentre la l.n. 166/02 aveva ampliato la possibilità di utilizzo del criterio in oggetto. In particolare, ai sensi dell'attuale art. 21 della Legge Quadro, comma 1-ter, aveva consentito l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa anche per il pubblico incanto e per la licitazione privata, al ricorrere però dei seguenti presupposti: a) che si trattasse di appalti di importo superiore alla soglia comunitaria; b) che si trattasse di appalti in cui, per la prevalenza della componente tecnologica o per la particolare rilevanza tecnica delle possibili soluzioni progettuali, si ritenesse che la progettazione avrebbe potuto essere utilmente migliorata con integrazioni tecniche proposte dall'appaltatore (cfr. V. Capuzza, *Profili giuridici su: la Commissione giudicatrice nell'appalto-concorso; il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Applicabilità all'asta pubblica ed alla licitazione privata alla luce della Sentenza della Corte di Giustizia CE C-247/02*, Quaderni I.G.O.P., n. 02, Roma 2005). Per le procedure di scelta mediante pubblico incanto o licitazione privata aventi i suddetti connotati, tale criterio di aggiudicazione rimaneva facoltativo in luogo di quello del prezzo più basso. Sull'illegittimità di tali limitazioni per adottare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa aveva interloquito la sentenza della Corte di Giustizia della CE del 2004, C-247/02. Dopo l'emanazione della direttiva 2004/18/CE, il legislatore nazionale con la Legge 18 aprile 2005, n. 62 all'art. 25 ha obbligato espressamente il Governo al rispetto dei principi e criteri direttivi esistenti ed in particolare alla compilazione di un unico testo normativo e soprattutto (art. 25, comma 1 lett. d) all'adeguamento della normativa proprio alla sentenza della Corte di Giustizia della CE datata 7/10/2004 C-247/02.

⁹ Dopo l'intervento del D.Lgs. n. 152/2008 (c.d. III Decreto Correttivo del Codice appalti), la disciplina attuale (art. 122, comma 9) stabilisce che per lavori d'importo inferiore o pari a 1 milione di euro quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia.

¹⁰ Attualmente vigente sono l'art. 57 e l'art. 122 comma 7 del D.Lgs. n. 163/06, che recependo le Direttive Comunitarie ha ampliato le ipotesi in cui è legittimo il ricorso dalla procedura negoziata. Da ultimo, con l'art 1, comma 10-quinquies della legge n. 201 del 2008, il Legislatore ha inserito nell'art. 122 del Codice (che disciplina il sotto-soglia comunitario) il comma 7-bis in cui è previsto che i lavori di importo complessivo pari o superiore a 100.000 euro e inferiore a 500.000 euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito deve essere rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono aspiranti idonei in tale numero.

generale nella Legge obiettivo¹¹; l'utilizzo dell'appalto concorso e dell'appalto integrato, che nella Legge Merloni erano stati di fatto quasi completamente eliminati¹².

Si tratta in altri termini di elementi che depongono per una sostituzione dell'automatismo con regole sempre più fortemente discrezionali.

A ciò deve anche aggiungersi che la gran parte delle Amministrazioni opera in concreto ex art. 125 del Codice appalti con contratti *in economia* (non di rado determinando condotte illecite mediante i frazionamenti illegittimi degli importi), che per loro natura si contraddistinguono per il fatto di non prevedere una gara formale. Da ciò emerge che gran parte dei contratti stipulati nel nostro Paese sembra estranea alle regole dell'evidenza pubblica con tutte le conseguenze che se ne possono trarre in ordine alla *legittimità* e alla *liceità* dei procedimenti esperiti.

Importante è precisare che la giurisprudenza amministrativa ha più volte riconosciuto che nelle procedure indette per l'aggiudicazione di appalti pubblici in capo all'Amministrazione residua sempre, a prescindere da una regola esterna dettata da disposizioni di legge, di regolamento o rinvenibile nella disciplina speciale di gara, un margine di discrezionalità tecnica che, nel prudente apprezzamento della stazione appaltante, può investire le componenti dell'offerta nella loro serietà e congruità, in relazione all'oggetto della gara ed alle modalità di esecuzione del contratto, e che consente di disporre l'esclusione di offerte che presentino all'evidenza aspetti di inattendibilità.¹³

In tal senso, allora, l'automatismo delle scelte affermato dalla prima Legge Merloni, da un punto di vista patologico ha visto affermarsi i fenomeni corruttivi con accordi illeciti che si sono basati proprio sulla matematicità dei risultati.

L'evoluzione della disciplina degli appalti, determinata dalle esigenze d'innalzamento dei livelli progettuali e ingegneristici, ha sempre più lasciato spazio alla discrezionalità della stazione appaltante nell'ambito della quale, dal versante negativo, il controllo e la verifica hanno assunto più indefiniti margini. Anche in questo modello il rischio risiede allora nella possibile presenza di accordi illeciti che rimangano nascosti nelle valutazioni di merito; appare necessario, perciò, imporre un più effettivo obbligo di motivazione di ogni provvedimento secondo i criteri dettati dalle norme di azione.

Più in generale, i suddetti rischi possono essere analizzati nell'ambito di due dei principali istituti che dopo l'entrata in vigore del Codice sono stati interamente rivisitati e ampliati.

3.1. Criteri di aggiudicazione negli appalti e discrezionalità tecnica della P.A.

¹¹ La normativa che era contenuta nel D.Lgs. n. 190/2002 è oggi contenuta, con modifiche, nel Codice appalti, dall'art. 161.

¹² L'appalto integrato previsto dal Codice degli appalti è privo delle limitazioni previste nell'art. 19 della L. n. 109/94 e s.m.i., ma l'articolo che disciplina tale procedura nel Codice (art. 53, comma 2 lett. b) è stato sospeso nella sua vigenza, per i settori ordinari, fino dell'entrata in vigore del nuovo regolamento ex art. 5 del D.Lgs. n. 163/06.

¹³ Consiglio Stato, sez. V, 18 settembre 2009, n. 5597.

Nella nuova normativa nel d.lgs. n. 163/06 i criteri di aggiudicazione sono il prezzo più basso e l'offerta economicamente più vantaggiosa, criterio, quest'ultimo, che è stato reso facoltativo dal codice degli appalti, senza più alcuna limitazione¹⁴.

Con riferimento alla scelta del criterio di aggiudicazione, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, nella Determinazione dell'8 ottobre 2008, n. 5, ha riconosciuto che *“rientra nella discrezionalità tecnica delle stazioni appaltanti che devono valutare l'adeguatezza rispetto alle caratteristiche oggettive e specifiche del singolo contratto, applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza”*.

Come già rilevato, i fenomeni corruttivi fino a tali modifiche sono emersi maggiormente nella valutazione con il massimo ribasso (unitamente ad altre fattispecie penali minori, quali la turbativa d'asta e le false dichiarazioni)¹⁵. In proposito, va pure precisato che, secondo la più recente giurisprudenza, non rientra nei poteri del giudice amministrativo vagliare nel merito la bontà del giudizio di anomalia effettuato dalla stazione appaltante, dal momento che, nell'ambito delle procedure per l'affidamento degli appalti pubblici, il subprocedimento inerente all'accertamento dell'anomalia dell'offerta costituisce esplicitazione paradigmatica proprio della discrezionalità tecnica, suscettibile di sindacato giurisdizionale solo sotto i profili della manifesta illogicità e/o irragionevolezza, del difetto di istruttoria, della carenza motivazionale ovvero del travisamento dei fatti.¹⁶

Pertanto, come già accennato, fatta salva la maggiore adeguatezza che, per tanti profili, presenta il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (si pensi all'innalzamento della qualità e delle garanzie nelle progettazioni), i pericoli che anche tale criterio presenta non vanno comunque sottovalutati, proprio per non rischiare di azzerarne i vantaggi (abbraccia legati ad una valutazione dell'offerta che abbraccia, oltre al prezzo, altri elementi, qualitativi e quantitativi). Come ribadito anche dalla recentissima giurisprudenza in riferimento alle procedure in cui è obbligatoria l'adozione di tale criterio di scelta, la natura non vincolante della progettazione preliminare e la possibilità per i concorrenti di proporre soluzioni alternative migliorative comporta l'ampia discrezionalità della Commissione di gara nell'esame e nella valutazione delle proposte, con

¹⁴ Cfr. Corte di Giustizia C-247/02 e art. 25 della L. n. 62/05. Vedi l'art. 81 e l'art. 83 del Codice De Lise

¹⁵ Come conseguenza, è stato affermato come dalla percezione, da parte di agenti pubblici, di tangenti in attuazione di un patto corruttivo per spartire, mediante la rivelazione dei prezzi base delle gare, appalti pubblici tra un ristretto gruppo di appaltatori, escludendone gli altri mediante fittizi inviti alle aste, emergono sia danni correlati all'aumento dei prezzi di aggiudicazione e dei costi delle opere, sui quali gli appaltatori trasferivano gli oneri della corruzione, che danni all'immagine e alla reputazione dell'ente pubblico appaltante (C. Conti Sez. I, 03-04-2002, n. 102).

¹⁶ T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 08 ottobre 2009, n. 5207; conforme: T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 29 gennaio 2009, n. 525.

Inoltre, è stato affermato dai giudici che, implicando il giudizio di anomalia valutazioni di carattere tecnico, tale giudizio ben può essere sindacato dal giudice, anche con il supporto di un c.t.u. o di un verificatore, onde verificare la correttezza dell'iter logico, dell'impianto motivazionale, l'esattezza dei presupposti di fatto e dell'applicazione delle regole tecniche; ove, tuttavia, la regola tecnica non sia univoca, essendo altrettanto valide diverse soluzioni tecniche, il giudice e il c.t.u. (o verificatore) non possono sostituirsi all'amministrazione che sia pervenuta ad una soluzione tecnica che, ancorché opinabile, sia tuttavia accettabile secondo lo stato dell'arte e della tecnica (Consiglio Stato, sez. VI, 20 aprile 2009, n. 2384).

conseguente insindacabilità della scelta effettuata, sempre che la scelta delle soluzioni tecniche alternative non contrasti con i criteri fondamentali fissati nel bando e che la valutazione tecnica del progetto sia immune da vizi logici.¹⁷

Il pericolo di questo modello è tuttavia in ciò che il fenomeno criminale, anche della corruzione, possa inserirsi, con meno evidenza, nella maggiore discrezionalità che la legge attribuisce in questo caso ai componenti della Commissione (art. 84 del Codice) Il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa è, infatti, caratterizzato da una valutazione complessa e di più voci a cui viene attribuito un peso espresso in centesimi e il prezzo è uno dei diversi elementi su cui viene formulata l’offerta del concorrente.

In altri termini il rischio è in questo caso che la gara bandita con il metodo dell’offerta economicamente più vantaggiosa si trasformi in una vera e propria trattativa privata in cui la stazione è in grado di scegliere a prescindere dall’offerta, chi sarà l’aggiudicatario.

3.2. La negoziazione nella trattativa privata: ampliamento delle ipotesi e discrezionalità nelle scelte mediante gara informale. Obbligo della motivazione

E’ noto che l’art. 24 della Legge n. 109/94 e s.m.i. è stato abrogato dal D.Lgs. n. 163/06 e s.m.i., il quale disciplina la procedura negoziata negli artt. 56, 57 e 122.

In linea generale, nella trattativa privata - a differenza di quanto si verifica per le altre procedure di scelta del contraente pubblico, aperte o ristrette (già asta pubblica o licitazione privata) - il legislatore non ha tipizzato alcun procedimento amministrativo né una particolare modalità di individuazione dell’affidatario: essa avviene quindi con caratteri per molti versi analoghi a quelli delle trattative intercorrenti tra privati.

A fronte dell’eccezionalità del ricorso alla procedura negoziata (e della scarsezza degli importi entro i quali tale istituto è ammissibile), il legislatore accorda, appunto, ampia libertà e discrezionalità di scelta dell’*iter* e delle regole da seguire e, per l’effetto, del soggetto con cui contrarre.

In altri termini, la procedura negoziata è un procedimento mediante il quale l’amministrazione decide di concludere il contratto e sceglie il contraente secondo la disciplina estremamente ridotta contenuta nel Codice, per il resto regolandosi come farebbe qualsiasi altro operatore sul mercato.

La stessa gara informale accennata dall’art. 57, comma 6 non è connotata da una disciplina articolata e compiuta; si svolge mediante un invito che è rivolto alle imprese che sono maggiormente gradite, sotto il profilo delle capacità tecniche ed operative, alla P.A. e al responsabile del procedimento. Questo significa che normativamente l’invito si caratterizza come libera scelta esercitata della stazione appaltante, la quale è tenuta solamente ad invitare imprese risultanti da informazioni desunte dal mercato. Inoltre, la negoziazione svolta mediante gara

¹⁷ T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 24 febbraio 2009, n. 399.

informale è comunque permeata dalla massima libertà di forma; nonostante la norma nulla dica in più, la giurisprudenza ha peraltro correttamente ritenuto legittimo che l'amministrazione "*con apposita previsione nella lettera d'invito, si riservi di espletare la negoziazione finale non soltanto con l'impresa migliore offerente, ma, per es., con le migliori due o tre classificate*", sottolineando che "*anzi, è auspicabile, perché per tale via si attua anche nella negoziazione finale una concorrenza effettiva, mentre nel caso della negoziazione con un unico soggetto questo è scarsamente indotto a migliorare significativamente le condizioni da lui proposte con l'offerta*"¹⁸.

In definitiva, si può quindi affermare che l'Amministrazione è comunque libera di rinegoziare i termini con le migliori imprese invitate e, in definitiva, di aggiudicare discrezionalmente la gara all'impresa ritenuta – alla fine – la miglior offerente.

In una procedura aperta o ristretta l'Amministrazione non ha alcun margine di negoziazione con le imprese e, con il criterio del massimo ribasso, deve aggiudicare obbligatoriamente l'appalto a chi ha presentato il ribasso più elevato; viceversa, in una procedura negoziata ben può l'amministrazione "legittimamente" affidare la gara all'impresa che ritiene discrezionalmente la migliore dopo la negoziazione tra le due o tre imprese rimaste in competizione. Ciò che si vuol mettere in evidenza è che la possibilità di negoziazione - tipica di ogni procedura negoziata, sempre che sussista un'adeguata, logica motivazione che cristallizzi l'*iter* logico-giuridico seguito dall'amministrazione - sminuisce la rilevanza dei ribassi e prima ancora l'idea di influenzarne eventualmente la stima. Pertanto, il fenomeno corruttivo può incunarsi nelle pieghe delle scelte e della negoziazione dell'amministrazione, specie per le gare informali, pur in presenza delle condizioni che ne legittimano il ricorso.

4. *Alcune linee per tracciare possibili soluzioni*

Dallo scenario e dalle problematiche che qui si è tentato sinteticamente di delineare, appaiono alcune linee che, *de iure condendo*, potrebbero contribuire all'arginamento delle evidenziate patologie, specie di corruzione, presenti nell'ambito della contrattualistica pubblica.

Innanzitutto, appare evidente la necessità, in assoluta controtendenza con quanto sta avvenendo, di una riappropriazione all'interno della P.A. delle funzioni che oggi sono quasi completamente delegate ai privati. Specularmente, v'è la necessità di garantire una effettiva formazione dei quadri della P.A.. Come recentemente auspicato dalla miglior dottrina, in forza del fatto che ogni iniziativa di rinnovamento degli apparati amministrativi presuppone che a cominciare dalla classe dirigente vi sia chiara preparazione sia tecnica che professionale, la figura soprattutto del dirigente deve essere ridefinita e costruita "*in modo da esaltarne le capacità decisionali, la responsabilità e l'autonomia*

¹⁸ Mazzone-Loria, *Manuale di diritto dei lavori pubblici*, ed. 2005, pp. 273-274.

operativa”¹⁹ e aderente, come impronta teorica solida, ai “*valori di imparzialità, di merito e di responsabilità propri della dirigenza pubblica*”.²⁰

Nemmeno va sottovalutato l’obiettivo vantaggio che si trarrebbe dall’utilizzo effettivo delle Centrali di committenza (anche se il modello della CONSIP non ha completamente funzionato, va pur detto, tuttavia, che è stato avversato spesso ingiustificatamente).

Ciò in quanto trasferire su una centrale di committenza pubblica la gestione della gara potrebbe garantire alta professionalità (che oggi solo alcune stazioni appaltanti possono avere) e terzietà di giudizio (rispetto al favore che talune stazioni appaltanti tentano oggi di attribuire all’imprenditoria locale).

In altri termini pochi organismi si occuperebbero delle gare ed alle stazioni appaltanti sarebbe lasciato il compito (oggi affrontato inadeguatamente) di gestire il contratto in fase esecutiva una volta individuato mediante gare l’aggiudicatario.

In quest’ottica, andrebbe evidenziata l’effettiva utilità di dare maggior rilievo alla fase dell’esecuzione e della gestione dei contratti pubblici, cui si dovrebbe associare una obiettiva intensificazione del controllo di gestione.

Si noti a tale proposito che, fino ad ora, le Direttive dell’U.E., e quindi l’interesse della Commissione europea nei contratti pubblici, si sono interessate unicamente al coordinamento delle procedure di affidamento; nessuna normativa ha riguardato, invece, la fase della gestione contrattuale vera e propria, che in buona sostanza è il vero obiettivo, sia delle stazioni appaltanti sia delle imprese.

A monte, come è stato sottolineato anche in diversi articoli del Codice dei contratti pubblici con prescrizioni vieppiù sanzionatorie, deve sussistere una maggiore rigidità nel pretendere un’effettiva qualificazione delle imprese e al contempo una nuova normativa, coordinata semmai fra i diversi Stati membri, anche per la fase d’esecuzione del contratto, nella quale ancora sussistono regole giuridiche indubbiamente risalenti nel tempo. Per questo, si attende, altresì, il nuovo regolamento ex art. 5 del Codice, che singolarmente, dopo ormai quattro anni, non ha ancora visto la luce.

¹⁹ G. D’Alessio, *Accesso, formazione e assetto unitario della dirigenza*, in *L’amministrazione come professione. I dirigenti pubblici tra spoils system e servizio ai cittadini* (a cura di G. D’Alessio), Quaderni di ASTRID, Bologna 2008, p. 93.

²⁰ G. D’Alessio, *Accesso*, *op. cit.*, p. 95.