

## Premessa

A dieci anni dall'approvazione delle direttive appalti del 2004, il legislatore europeo è tornato a disciplinare la materia dei contratti pubblici. L'ha fatto per due ragioni: per completare un processo solo abbozzato con la precedente regolazione e, allo stesso tempo, per segnare un nuovo indirizzo di politica generale.

Il progetto incompiuto della vecchia normativa è quello dell'introduzione delle dinamiche di flessibilità nelle procedure di aggiudicazione degli appalti. Una strada che la direttiva n. 18 del 2004 percorreva attraverso il riconoscimento di strumenti di aggiudicazione più elastici, come il dialogo competitivo, e attraverso una generale tendenza all'antiformalismo. L'idea era quella di superare un modello di scelta del contraente nel quale il rigore delle forme e delle procedure comportasse scelte automatiche, per favorire, invece, prassi di affidamento capaci di adattarsi alle esigenze del caso, a partire dalle ragioni specifiche che muovevano la pubblica amministrazione a cercare il contraente privato.

Quello che nel 2004 era un auspicio, una linea di tendenza, diventa, con la direttiva n. 26 del 2014, un imperativo. Tra le due fonti passa un decennio, ma soprattutto passa, e forse stagna, una crisi economica. Alleggerire l'impianto formale dell'evidenza pubblica, consentire la sperimentazione di nuovi modelli procedurali, attrarre il privato nel mercato degli appalti pubblici diventano precise risposte di politica economica anticrisi. In un tempo in cui la soluzione non la si può trovare nell'intervento pubblico diretto, non lo consente il diritto europeo, non lo permettono le scarse risorse finanziarie a disposizione degli Stati nazionali, l'unica risposta possibile consiste nell'agire sulle procedure.

È per questa via che il progetto abbozzato della flessibilità torna di attualità e restituisce sostanza a quell'indirizzo di politica generale cui abbiamo fatto riferimento. Un indirizzo che, peraltro, viene nel frattempo strutturandosi lungo una pluralità di sfaccettature. La nuova consapevolezza che ispira il diritto europeo passa, infatti, per la considerazione del mercato degli appalti pubblici non solo come luogo nel quale far funzionare la regola della concorrenza, anche per una auspicata ripresa economica, ma come mercato che svolga un ruolo determinante ai fini della realizzazione di un modello sociale compiuto. Da qui la crescente attenzione per la protezione e valorizzazione, anche attraverso le procedure a evidenza pubblica, delle istanze sociali, occupazionali e ambientali, secondo una linea di sviluppo che, nella precedente disciplina, trovava timidi riferimenti e che adesso incontra meccanismi di attuazione cogenti e originali.

Le moderne procedure di aggiudicazione sono, dunque, strumenti ambiziosi, che il diritto europeo vuole al passo con i tempi e capaci, si spera, di svolgere una funzione sociale complessa, fino a intercettare quel processo di innovazione, ricerca e sviluppo che la strategia Europa 2020 assume come centrale per una crescita intelligente, sostenibile e solidale.

Questi obiettivi ambiziosi postulano, inoltre, un nuovo modello di amministrazione aggiudicatrice, chiamata al governo di procedure di aggiudicazione nelle quali il canone della flessibilità si sposa con la necessità di favorire percorsi di negoziazione con il privato.

È, infatti, la prima volta che il diritto europeo degli appalti pubblici guarda con reale attenzione a tutti i soggetti della gara. Finora il *trend* dell'evoluzione normativa era nella direzione di creare regole che consentissero di tutelare i protagonisti della gara. Così, alla principale preoccupazione di proteggere la pubblica amministrazione che, nelle procedura di scelta del contraente, sconta un naturale ritardo sul piano dell'asimmetria informativa rispetto agli operatori economici, ha fatto seguito la preoccupazione di proteggere anche le parti private attraverso l'imposizione di obblighi di pubblicità e trasparenza nel ciclo della valutazione e attraverso la stabilizzazione di dinamiche concorrenziali. Guardare con reale attenzione ai protagonisti della gara significa, invece, ricalibrare gli equilibri della relazione di gara e, con le direttive del 2014, siamo finalmente al cospetto di una rete di regole che guarda al rapporto che si instaura tra amministrazioni e privati nelle gare d'appalto come a un rapporto da coltivare, e da vedere sviluppare al netto di ogni rigidità e della costruzione di steccati tra le parti, pena il mancato raggiungimento di risultati che siano proficui per l'interesse pubblico, per l'interesse privato, per la società e per l'economia.

Ne viene fuori la possibilità di ridisegnare i contorni dell'evidenza pubblica assumendo come centrale la dimensione della collaborazione tra pubblico e privato, secondo una linea evolutiva che caratterizza da tempo le regole di ingaggio della funzione amministrativa, nell'ambito della quale il principio di collaborazione tra pubblico e privato è stato variamente declinato, e che nella disciplina degli appalti pubblici ha trovato qualche applicazione a partire dall'affermarsi delle pratiche di partenariato pubblico-privato.

Quella partenariale è, tuttavia, una dimensione che non esaurisce la rilevanza del modello della collaborazione nella scansione delle procedure di aggiudicazione, perché la necessità di un dialogo tra parte pubblica e operatori privati rappresenta, nel nuovo diritto europeo degli appalti pubblici, una costante di disciplina.

Le finestre di dialogo e di collaborazione si moltiplicano, le prime aprendosi quando la gara non ha raggiunto ancora la soglia del bando, per cominciare a sondare il mercato o, più ambiziosamente, per coinvolgere i cittadini intorno alle scelte strategiche sulle grandi opere. Le ultime, in ordine di apparizione nella serie procedimentale, riguardano, invece, le nuove modalità di aggiudicazione a spinta negoziale e pongono delicati problemi: di architettura a chi le conia; di corretta conduzione a chi le sperimenta. Nel mezzo, le regole della collaborazione riven-

dicano spazi per l'integrazione documentale e, tradizionalmente, per la verifica in contraddittorio dell'anomalia dell'offerta, a conferma che il modello del dialogo, tra i protagonisti delle gare d'appalto, non ha più nulla di episodico.

Considerazioni che suggeriscono, allora, un approfondimento che parta dall'esistente, dall'individuazione di un tessuto di regole di riferimento per la nuova pubblica amministrazione che aggiudica commesse collaborando e negoziando.

Le regole della collaborazione e della negoziazione serviranno poi da cartina di tornasole per verificare che rispondenza esse trovino nel concreto degli istituti della nuova evidenza pubblica, come descritti dal diritto europeo e di recente riprodotti nel nostro diritto interno. La speranza è, poi, che eventuali errori di misura del regolatore possano essere corretti, nella pratica, da una pubblica amministrazione virtuosa e provvista di cultura negoziale, l'unica in grado di tenere il passo al cospetto di sfide così importanti.



## Capitolo I

# Flessibilità, collaborazione, negoziazione. Nuovi paradigmi per l'evidenza pubblica

SOMMARIO: 1. Evidenza pubblica e funzione amministrativa. L'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni e la regola della procedimentalizzazione. – 2. L'evoluzione storica della disciplina dell'evidenza pubblica nell'ordinamento giuridico italiano. – 3. L'influenza del diritto europeo sulla disciplina dell'evidenza pubblica. La regola della gara dal rigore alla flessibilità. – 4. Flessibilità e negoziazione nelle direttive europee sui contratti pubblici del 2014. La regolazione multifunzionale del mercato e il nuovo ruolo delle amministrazioni aggiudicatrici. – 5. Il principio di collaborazione nella disciplina dell'evidenza pubblica. Dalla partecipazione/contraddittorio alla collaborazione come obiettivo e dato di sistema. – 6. Il principio di collaborazione tra buona fede e solidarietà sociale. Il contributo della giurisprudenza e le applicazioni in materia di contratti pubblici. – 7. Le regole della negoziazione. Negoziazione integrativa e contratti pubblici. Le prospettive dell'indagine.

### 1. *Evidenza pubblica e funzione amministrativa. L'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni e la regola della procedimentalizzazione*

La tradizionale definizione di Massimo Severo Giannini di “contratti ad evidenza pubblica”<sup>1</sup> sottolinea, come è noto, la necessità di un segmento di attività

---

<sup>1</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 363 e ss., il quale ne descrive la struttura come di fattispecie che “consta di due procedimenti paralleli: l'uno è il procedimento di formazione della volontà contrattuale quale disciplinato, con alcune varianti, dalle norme di diritto privato; l'altro è un procedimento amministrativo che si sviluppa tra l'autorità che intende concludere e/o ha concluso il contratto (l'autorità contrattante) e l'autorità che su di essa esercita il controllo. In tale procedimento l'autorità contrattante spiega le ragioni di pubblico interesse per le quali vuol addivenire o è addivenuta a quel contratto avente quel certo contenuto, e perché vuol scegliere o sceglie o ha scelto quella controparte; la seconda controlla i giudizi le decisioni e le procedure a cui la prima intende addivenire o è addivenuta”. Per un approfondimento sul tema dei contratti della pubblica amministrazione: C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze, 1937; A.M. SANDULLI, *Spunti sui contratti di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Foro It.*, 1953, I, 1585; G. ROEHRSEN, *I contratti della pubblica amministrazione*, Bologna, 1959; A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1974; P. VIRGA, *I contratti della pubblica amministrazione*, Palermo, 1971; F. DI RENZO, *I contratti della pubblica amministrazione*, Milano, 1975; S.A.

amministrativa a precedere la stipula dei contratti di diritto privato da parte della pubblica amministrazione. La scelta del contraente privato avviene infatti, da parte del soggetto pubblico, all'esito di una fattispecie procedimentale che consenta di *evidenziare*, dandovi per l'appunto pubblico rilievo, le ragioni sottese alla scelta<sup>2</sup> e le metodiche seguite per giungere alla stessa, anche nella non trascurabile prospettiva di permetterne il sindacato esterno<sup>3</sup>, in particolare il sindacato del giudice amministrativo, non esauendo le possibilità di tutela giurisdizionale dinanzi al solo magistrato ordinario<sup>4</sup>.

Il procedimento ad evidenza pubblica occupa pertanto lo spazio che, nelle relazioni negoziali private, è lasciato alla libera autonomia delle parti, libere<sup>5</sup>, per l'appunto, di scegliere se contrattare e con chi contrattare<sup>6</sup>. Quando una delle parti del rapporto diventa una pubblica amministrazione, la piena capacità negoziale<sup>7</sup>

---

ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979; A. CROSETTI, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione. Aspetti evolutivi*, Torino, 1984; G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986; F.P. PUGLIESE, *Contratto*, V) *Contratti della pubblica amministrazione* (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, 1988; G. BERTI, *Il principio contrattuale*, in AA.VV., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, 60; A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999; . Più di recente: G. PERICU e M. GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005, II, 292 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008; C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Torino, 2010; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012.

<sup>2</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 4, 663, sottolinea come alla base dell'evidenza pubblica ci sia "la necessità di superare la reciproca irriducibilità degli interessi che costituiscono l'oggetto del regolamento contrattuale".

<sup>3</sup> V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato*, cit., 50.

<sup>4</sup> G. PERICU, M. GOLA, *L'attività consensuale*, cit., 297, laddove si sottolinea come la possibilità che, in materia di appalti, viga una doppia giurisdizione, ordinaria e amministrativa, "è sicuramente causa di disfunzioni" ma permette "una tutela giurisdizionale ampia" nella quale ciascun giudice dispone di poteri circoscritti "ma che reciprocamente si integrano".

<sup>5</sup> La dimensione dell'autonomia contrattuale come espressione di libertà è ben spiegata da F. LEDDA, *Il problema del contratto*, in Id., in *Scritti giuridici*, Milano, 2002, 49-50: "i soggetti del contratto non si muovono soltanto su un piano di eguaglianza giuridica, ma almeno nel loro reciproco rapporto si presentano come portatori di interessi che possono formare oggetto d'una disposizione libera, cioè non vincolata nello scopo o nel criterio. I limiti che la legge stabilisce al loro potere di disposizione sono prevalentemente esterni, e negativi: il regolamento adottato entro tali limiti è pur sempre espressione di libertà".

<sup>6</sup> R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 6: "il diritto comune è indifferente al modo in cui i privati formano la propria volontà; di norma non impone procedimenti, forme, l'assunzione di pareri, non organizza sistemi di controllo. Il diritto privato dei contratti rimane un diritto di libertà".

<sup>7</sup> G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008, 395, "l'ente pubblico ... dispone di tutti i poteri privatistici che sono propri delle persone giuridiche, salvi quelli che la legge espressamente esclude". G. PERICU, M. GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, cit., 292-293: tra l'altro, "ipotizzare, in rapporto a singole figure negoziali, una capacità giuridica speciale, motivata da esigenze di rispetto del pubblico interesse, è privo di significato, ove si consideri che il

di quest'ultima incontra, però, limiti<sup>8</sup> di carattere generale in funzione di ordinare le scelte amministrative nel senso della selezione del miglior contraente possibile, del minor dispendio di risorse pubbliche, della celebrazione di procedure competitive che siano trasparenti e realmente aperte alle dinamiche concorrenziali<sup>9</sup>.

La necessità, e non superabilità, di un momento di evidenza pubblica nell'ambito della scelta del contraente privato è stata giustificata in dottrina in considerazione di una serie di ragioni, le quali tutte discendono, nondimeno, dalla ormai pacifica considerazione relativa all'appartenenza della attività contrattuale pubblica agli spazi della funzione amministrativa<sup>10</sup>.

Se l'utilizzabilità degli strumenti di diritto privato per la cura dell'interesse

---

singolo negozio giuridico, in sé considerato, è di per sé neutro rispetto al pubblico interesse normativamente determinato che ogni P.A. deve perseguire". In tema di estensione dell'autonomia privata degli enti pubblici, C. CICERO, *I principi di diritto privato nel contratto pubblico*, in *Riv. notar.*, 2009, 5, 1173, "non si può non notare un'evidente incomunicabilità fra autonomia privata e perseguimento del pubblico interesse. In particolare, il necessario espletamento dell'evidenza pubblica prima di addivenire alla stipulazione del contratto produce per così dire una «ingessatura» dell'autonomia privata, perché questa non è soltanto il poter scegliere liberamente, il poter concordare liberamente con la controparte il tipo contrattuale; l'autonomia privata è ancora di più, e soprattutto, il poter stipulare come si vuole e alle condizioni che si vuole. Sarà allora, quella del contratto della P.A., un'autonomia privata «speciale» e pubblicizzata rispetto a quella tradizionale e fino ad oggi studiata". Sulla distinzione tra autonomia privata e capacità generale di diritto privato dell'amministrazione, vedi C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 111 e ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997, 122 e ss.

<sup>8</sup>Sui limiti che incontra la capacità di agire della pubblica amministrazione nei rapporti contrattuali e per i relativi approfondimenti giurisprudenziali, si rinvia a R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 7-8.

<sup>9</sup>C. FRANCHINI, *Pubblico e privato nei contratti delle amministrazioni*, in C. FRANCHINI, F. TEDESCHINI (a cura di), *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, 2009, 1, descrive i contratti delle pubbliche amministrazioni come "un istituto caratterizzato da una spiccata ambiguità, perché, da una parte, si riconosce al contraente pubblico la qualità di soggetto di diritto comune, con relativa capacità giuridica, e, dall'altra, si afferma la necessità di una disciplina speciale di natura pubblicistica, dove predomina l'autoritarità".

<sup>10</sup>Per un approfondimento sull'evoluzione storica della nozione di funzione amministrativa e per la ricostruzione del relativo dibattito dottrinale, si rinvia ampiamente a M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, 8 e ss. Con riguardo al *proprium* dell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni, in dottrina storicamente si sottolineava la necessità di ricondurre l'attività contrattuale di stampo privatistico alla normale dialettica di svolgimento della funzione amministrativa, che, in quanto tale, richiedeva, prima del contratto, un provvedimento amministrativo in funzione di legittimazione della successiva stipula. Così O. SEPE, *Contratti della Pubblica amministrazione* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1961, vol. IX, 991: "la realizzazione di qualsivoglia negozio deve essere preceduta da un provvedimento amministrativo (o da analoga manifestazione di volontà promanante dalla pubblica amministrazione), a mezzo del quale essa dichiari quale specifico scopo persegue e come intenda realizzarlo. Tale manifestazione di volontà costituisce il presupposto del futuro negozio. Questo ultimo è perciò in rapporto di strumentalità rispetto al provvedimento, di modo che la pubblica amministrazione, pur ponendo in essere una attività di diritto privato, in realtà attua un proprio deliberato".

pubblico è oggi ritenuta applicazione di un principio di rango costituzionale<sup>11</sup>, la conseguente funzionalizzazione alla cura dell'interesse pubblico dell'attività di diritto privato<sup>12</sup> degli apparati pubblici postula, infatti, che per la stessa valgano le tradizionali regole di ingaggio della funzione amministrativa<sup>13</sup>, a partire dai canoni fondamentali che la governano. Il riferimento è innanzitutto ai principi<sup>14</sup> fondanti la disciplina dell'attività amministrativa e delle manifestazioni del potere amministrativo funzionalizzato, dal principio di legalità<sup>15</sup>, che è “regola principale

<sup>11</sup> G. CORSO, *Manuale*, cit., 396: “la Costituzione ... indica come doverosi certi compiti pubblici (e li qualifica quindi come interessi pubblici) – sanità, istruzione, previdenza, assistenza, ecc. – ma riconosce nello stesso tempo ai privati la libertà o il diritto di perseguirli. In questo modo ammette che interessi pubblici possano essere soddisfatti da soggetti privati, e quindi con strumenti di diritto privato”.

<sup>12</sup> A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455 e ss. F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato*, cit., 668: “l'amministrazione è costituita per scopi legalmente individuati o individuabili secondo procedimenti a ciò predisposti, ed agisce utilizzando risorse della collettività; per questo, si dice, il suo agire è funzionale a scopi dati, anche quando l'azione si compie con atti di diritto privato”. Sul vincolo di scopo nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato*, cit., 143 e ss.; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, 49 e ss.; G. GRECO, *Diritto pubblico e privato nell'azione amministrativa*, in ID., *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 165 e ss.; F. LIGUORI, *La funzione amministrativa, l'autoritatività e il diritto privato*, in ID., *La funzione amministrativa*, Napoli, 2010, 40 e ss.

<sup>13</sup> F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, 1982, I, 338, il quale sosteneva la “rilevanza esterna delle regole della funzione, per cui le stesse sono “operanti come criteri di valutazione assunti dall'ordinamento generale, cioè come norme opponibili alla controparte od invocabili da terzi interessati”.

<sup>14</sup> Sulla rilevanza dei principi quale fonte di regolazione della materia, F. CINTIOLI, *L'avalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2011, 6, 1427, il quale sottolinea che “quale che sia l'intento codificatorio del legislatore, il campo d'azione dell'amministrazione rimane contraddistinto da spontaneità, continuità (della funzione) e quindi da imprevedibilità. Questo fa sì che, per un verso, le regole positive sovente abbiano vita breve, e che siano soggette a modifiche continue, ma soprattutto che siano esposte a dubbi interpretativi ulteriori rispetto a quelli che il legislatore ha inteso risolvere. E, per altro verso, fa sì che la principale regolazione sia fatta appunto dal corpo dei principi generali e dai sottoprincipi di emanazione giurisprudenziale, che orientano le scelte degli organi dell'amministrazione che agisce come stazione appaltante”.

<sup>15</sup> C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato*, cit., 143-144: “l'attività di diritto privato presenta un carattere omogeneo all'attività di diritto pubblico e dunque anch'essa entra nella sfera di applicazione del principio di legalità”. Il dato riguarda il principio considerato nella sua duplice dimensione (garanzia e indirizzo) perché “unica è la struttura base dell'ordinamento da cui scaturisce: la sovranità popolare”. In particolare, sottolinea l'A., “il principio di legalità indirizzo è canone organizzativo fondamentale dell'ordinamento repubblicano e la ‘Repubblica’ ha come compito essenziale quello di cui al 2° comma dell'art. 3 (l'eguaglianza sostanziale) ... L'attività di diritto privato, per le dimensioni ormai assunte, costituisce un settore di interventi obiettivamente e decisamente condizionante la realizzazione di quel compito”. In argomento anche A. MASSERA, *I contratti*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. CASSESE, Milano, 2000, II, 1374, il quale coglie l'operatività del principio di legalità in materia di attività di diritto privato della pubblica

sull'azione amministrativa”<sup>16</sup>, fino a quelli di imparzialità e trasparenza, che nel loro insieme descrivono il fondamento ultimo del potere della pubblica amministrazione, senza trascurare la doverosa operatività del principio di inesauribilità del potere amministrativo<sup>17</sup>. Ma il richiamo riguarda, in particolar modo, la regola fondamentale di funzionamento dell'attività di cura del pubblico interesse, che è la regola della procedimentalizzazione<sup>18</sup>.

---

amministrazione prevalentemente nella dimensione della “legalità-indirizzo; minore o quasi nulla influenza è da ritenere che eserciti invece l'altra componente ricompresa nel principio di legalità, quella denominata della legalità-garanzia, almeno ove essa venga assunta nella sua originaria configurazione, di limite al potere autoritativo delle autorità pubbliche e che semmai può essere riconsiderata oggi in una prospettiva ben diversa, non difensiva, in vista della tutela del singolo, ma pretensiva, verso l'osservanza di determinati comportamenti dell'autorità atti ad assicurare al medesimo parità di *chances*”. Nella stessa direzione, M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., 74-75. Ancora si veda F. LEDDA, *Per una nuova normativa*, cit., 338, secondo cui “la stessa regola dell'evidenza pubblica deve essere ricollegata al principio di legalità, ed anzi può essere considerata come una diretta proiezione del medesimo principio sul terreno dell'attività contrattuale, in quanto appaga la esigenza d'una previsione normativa dei momenti in cui l'autorità si può manifestare nei rapporti con il cittadino. Appunto l'evidenza pubblica intesa in questo senso determina in concreto la portata degli affidamenti, primo fra tutti quello della controparte: la quale deve essere posta in condizione di conoscere i fattori che, condizionando la legittimità del procedimento pubblicistico e del suo atto conclusivo, possono inficiare la validità del negozio concluso”. Di recente, sul tema: F. MARTINES, F. ASTONE, *Principio di legalità ed attività di diritto privato delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2016, 109.

<sup>16</sup> A. TRAVI, *Presentazione del tema del convegno*, in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, 2007), Milano, 2008, 31.

<sup>17</sup> A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti*, cit., 4: “il fatto di ammettere che gli enti pubblici si avvalgano di una capacità di diritto privato non deve avere come conseguenza un affievolimento del principio dell'autotutela. Svolgendo attività privata, invece, l'amministrazione corre il rischio di spogliarsi del potere di rimuovere, per sua semplice iniziativa, gli atti di cui accerti a posteriori l'invalidità”.

<sup>18</sup> Che, già prima della codificazione delle regole procedurali dell'azione amministrativa, aveva consentito di applicare ad alcuni comportamenti della pubblica amministrazione le regole che la giurisprudenza aveva elaborato per disciplinare l'attività amministrativa di diritto pubblico. Così, G. PERICU, *La disciplina degli appalti pubblici in Italia*, in *Quaderni reg.*, Anno IX, ottobre-dicembre, 1990, 4, ora in *Scritti scelti*, Milano, 2009, 637, il quale, tra queste regole, cataloga: “il principio di eguaglianza, altrimenti difficilmente valutabile nell'ambito di comportamenti integralmente riconducibili all'autonomia privata; la necessaria trasparenza dell'azione amministrativa, che comporta la conoscibilità dei comportamenti interni della P.A. e delle motivazioni che li determinano; più in generale il patrimonio di valori riconducibili alla legalità dell'azione amministrativa”. Sul tema, S.A. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, cit., 37. Sulla dimensione procedimentale dell'evidenza pubblica, S.S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008, 79 e ss. Di recente, F. GOISIS, *Principi in tema di evidenza pubblica e di rinegoziazione successiva del contratto: conseguenze della loro violazione sulla serie pubblicistica e privatistica, autotutela e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, 817 sottolinea come “un'ulteriore indicazione legislativa nel senso della natura pubblicistica degli atti che precedono le scelte contrattuali della Amministrazione perviene dal nuovo art. 353-bis c.p. (Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente), il quale sanziona ‘... chiunque con violenza o minaccia,

Il procedimento sappiamo essere lo spazio naturale della composizione dei fatti e degli interessi in funzione di una scelta di cura dell'interesse pubblico, l'itinerario che conduce la pubblica amministrazione alla scelta migliore in ordine alla singola vicenda di esercizio del potere. Itinerario che appare indefettibile tutte le volte in cui la pubblica amministrazione debba determinarsi al fine della stipula di un contratto di diritto privato, innescando una fattispecie destinata a produrre effetti in una pluralità di direzioni<sup>19</sup>.

La prima, scontata, direzione è quella del privato che beneficerà della commessa e che dalla stessa potrà retrarre un vantaggio economico. La seconda riguarda, invece, gli operatori economici estromessi dall'aggiudicazione e che quel vantaggio economico che garantisce la commessa non potranno assicurarsi. La terza guarda al pubblico inteso come comunità che, nella maggioranza dei casi, sarà fruitore ultimo dell'oggetto della commessa. La quarta, ma non l'ultima in punto di necessaria considerazione, intercetta il pubblico come istituzione, che reclama commesse utili, vantaggiose, ed economiche<sup>20</sup>.

---

o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione...'. Non sfugge come il legislatore penale con l'introduzione della fattispecie faccia pienamente sua l'idea che la scelta su come contrarre si realizzi attraverso un procedimento, e così un potere, amministrativo". Sulla giurisprudenza costituzionale che evidenzia la "centralità riconosciuta alla proceduralizzazione dell'attività amministrativa per il rispetto dei principi costituzionali", A. CARDONE, *Procedimento amministrativo e partecipazione: giurisprudenza amministrativa e costituzionale e concezioni dell'idea di giustizia*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 1, 258-259. In ordine al "fondamento dell'inquadramento pubblicistico degli atti di evidenza pubblica", si rinvia ampiamente a G. GRECO, *I contratti ad «evidenza pubblica»*, in *Id.*, *Argomenti di diritto amministrativo*, cit., 128 e ss., il quale sottolinea come la questione della natura pubblicistica degli atti dell'evidenza pubblica sia da risolvere alla luce del diritto positivo e trae dalla normativa vigente "precisi argomenti di qualificazione pubblicistica dei procedimenti in oggetto, sull'evidente presupposto che il regime dell'atto amministrativo sia il più adatto a tutelare le posizioni dei soggetti lesi dalla violazione della disciplina di evidenza pubblica".

<sup>19</sup> Sul punto si rinvia ampiamente a D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della P.A. e l'art. 1-bis della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in *www.giustamm.it*, 2006: "la tecnica di applicazione delle regole pubblicistiche dell'agire amministrativo all'attività contrattuale dell'amministrazione consiste sostanzialmente nel dare specifico rilievo all'attività della P.A. che precede o segue la conclusione del contratto e nel trattarla alla stessa stregua dell'attività che costituisce esercizio di potere. Mentre l'attività contrattuale in senso stretto resta disciplinata dal diritto comune, altre attività che per i privati sono libere (nel senso di non regolamentate) vengono soggette invece ad apposita disciplina speciale, di natura pubblica, diretta a dare evidenza ai profili di rilievo pubblicistico dell'agire della P.A. e, in ultima analisi, a garantire il rispetto delle regole e dei principi che presidono all'azione amministrativa, primo fra tutti il principio di legalità".

<sup>20</sup> Per un approfondimento su dimensione e consistenza degli interessi coinvolti nelle procedure di gara, si rinvia ampiamente a M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001, 119 e ss.; L. TORCHIA, *I contratti pubblici*, in *Id.*, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2010, spec. 240 e ss.

Già la mappa delle naturali direzioni degli effetti della scelta del contraente privato nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica segna, pertanto, la complessità ed eterogeneità delle posizioni e degli interessi coinvolti nelle dinamiche dell'attività contrattuale amministrativa<sup>21</sup>. Complessità e varietà che comportano, per l'effetto, la spendita di rilevanti poteri autoritativi<sup>22</sup>, che entrano in rapporto con l'autonomia privata<sup>23</sup> e che, ovviamente, non possono non transitare per il naturale alveo di scorrimento del potere autoritativo, ovvero il procedimento.

Le considerazioni che precedono spiegano in radice la necessità di una fattispecie procedimentale che regoli l'attività di scelta del contraente come serie di atti amministrativi nei quali prenda corpo la volontà "privata"<sup>24</sup> della pubblica amministrazione. Le stesse non restituiscono tuttavia la dimensione peculiare di quella dinamica procedimentale e le ragioni per le quali essa conosca declinazioni differenti rispetto al tradizionale modello procedimentale che regge e descrive l'attività amministrativa di diritto pubblico.

Sul punto allora non si potrà che procedere col metodo storico, spiegando, per quanto sinteticamente, come nel tempo quella fattispecie procedimentale si sia sviluppata, modificata, accresciuta di contenuti e strumenti, nella consapevolezza che l'assetto che la stessa palesa oggi è il frutto "della lenta evoluzione del nostro sistema di diritto amministrativo"<sup>25</sup>, una evoluzione alla quale hanno partecipato giudice, legislatore e, con un contributo via via sempre più rilevante, l'Unione Europea.

---

<sup>21</sup> Per una classificazione delle tipologie dei contratti della pubblica amministrazione, si rinvia a FP. PUGLIESE, *Contratto*, cit., 2.

<sup>22</sup> F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, cit., 324 spiega la dimensione autoritativa dell'attività di formazione del contratto pubblico come conseguenza della considerazione del contratto come "bene, rispetto al quale possono manifestarsi diverse aspirazioni: cioè come un bene del quale l'amministrazione può disporre a vantaggio di questo o quel soggetto". Pertanto, "nel momento che, sostanzialmente, dovrebbe corrispondere al perfezionamento dell'accordo, l'autorità si esprime al grado più elevato in un atto di 'aggiudicazione', di assegnazione dall'alto: materia dell'assegnazione non è l'oggetto del contratto ma il contratto stesso inteso, appunto, come bene",

<sup>23</sup> A. MASSERA, *I contratti*, cit., 1374, secondo cui "nell'agire delle pubbliche amministrazioni, anche quando fanno uso dei moduli convenzionali, sono compresenti posizioni di autonomia privata e posizioni di discrezionalità amministrativa – tipizzando dunque l'azione delle amministrazioni stesse rispetto a quella dei soggetti privati – la cui diversa combinazione vale a differenziare appunto tra di loro i vari moduli impiegati".

<sup>24</sup> A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti*, cit., 12: "la peculiarità del fenomeno è dunque questa: che la volontà dichiarata in sede di conclusione del contratto ha natura privata (e non può non essere così se si suppone privato il contratto), le diverse fasi attraverso cui si svolge l'iter di formazione di tale volontà all'interno dell'ente – o, meglio, attraverso cui i diversi organi intervengono nel processo di formazione della volontà – concretano altrettanti provvedimenti".

<sup>25</sup> G. PERICU, *La disciplina degli appalti pubblici in Italia*, cit., 634.

## 2. L'evoluzione storica della disciplina dell'evidenza pubblica nell'ordinamento giuridico italiano

La prima disciplina dell'attività contrattuale amministrativa, nel nostro sistema, era contenuta nelle leggi di contabilità generale<sup>26</sup>, nell'ambito di "un'impostazione per così dire paternalistica"<sup>27</sup>, la cui principale preoccupazione consisteva nel contenimento della spesa pubblica<sup>28</sup> e nell'impedire l'utilizzo leggero, se non deviato, delle risorse finanziarie<sup>29</sup>. La normativa era, dunque, servente a una tutela della sola amministrazione<sup>30</sup> e aveva uno "scopo prettamente aziendalistico"<sup>31</sup> che trovava sponda in una "concezione meramente strumentale dell'impiego del contratto da parte delle pubbliche amministrazioni"<sup>32</sup> che attraversava la prima dottrina e manualistica del diritto amministrativo, prevalentemente ispirate dal principio di distinzione tra l'attività amministrativa dispiegata secondo modelli pubblicistici e quella che si sviluppava per via di contratti di diritto comune.

Se le norme di contabilità perseguivano il precipuo obiettivo di cautelare il bilancio pubblico, le procedure che le stesse descrivevano in punto di attività di diritto privato delle amministrazioni consentivano (contemporaneamente facen-

<sup>26</sup> Il riferimento è alla legge 22 aprile 1869, n. 526, cd. legge Cambray-Digny, la cui genesi è descritta da R. FAUCCI, *Finanza, amministrazione e pensiero economico. Il caso della contabilità di Stato da Cavour al Fascismo*, Torino, 1975, 19 e ss.

<sup>27</sup> C.E. GALLO, *Il formalismo nelle procedure contrattuali pubbliche e il dovere di soccorso*, in Id. (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, 2014, 3.

<sup>28</sup> Dato peraltro riscontrabile anche nei recenti periodi di crisi economica e che determina la compressione del potere di scelta dell'agente amministrativo, come rileva M. OCCHIENA, *Gli appalti pubblici e la semplificazione impossibile*, in *Dir. econ.*, 2013, 2, 528.

<sup>29</sup> M. CAFAGNO, *Gare pubbliche* (voce) in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, vol. III, 2652: "le gare sono al contempo analizzabili come dispositivi atti ad impedire che gli scambi negoziali ed i meccanismi di formazione dei prezzi siano alterati da obiettivi e suggestioni eccentrici alla logica dell'efficienza, cui le stazioni pubbliche – in quanto operatori per loro natura sottratti a test di mercato – sono più facilmente esposte". L'A. cita sul punto F. SATTÀ, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. amm.*, 2003, 654.

<sup>30</sup> S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, Milano, 1901, 533, il quale rilevava come le formalità delle gare "sono in genere stabilite nell'interesse dell'amministrazione e il cui difetto quindi non può essere opposto al privato".

<sup>31</sup> V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 116.

<sup>32</sup> A. MASSERA, *I contratti*, cit., 1369, cui si rinvia per la completa ricognizione dell'approccio della prima manualistica al tema dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, con particolare riguardo ai contributi di Vittorio Emanuele Orlando e di Guido Zanobini. Sul punto si veda anche S.A. ROMANO, *Attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione* (voce), in *Dig. disc. pubblicist.*, Torino, 1987, vol. I, 534: "l'attività di diritto privato, nell'ambito storico nel quale si è andata formando la legislazione delle amministrazioni pubbliche tradizionali italiane, è stata vista essenzialmente come una attività secondaria, svolta dallo Stato nella sua veste di persona civile ed intesa a soddisfare quelle ordinarie esigenze di gestione interna comuni a tutti i soggetti giuridici, ovvero a realizzare mere attività materiali".

dosene carico) il conseguimento di un altro risultato rilevante: impedire l'accordo collusivo<sup>33</sup> tra terzo contraente e pubblica amministrazione aggiudicatrice, che è da sempre l'altra fondamentale preoccupazione che ha ispirato il legislatore dell'evidenza pubblica, sin dalle sue prime forme di manifestazione nella normativa contabile. Obiettivo che veniva perseguito per il tramite di una procedura formale e rigoristica<sup>34</sup>, che smarriva "i caratteri di agilità ed efficacia tipici dell'attività negoziale"<sup>35</sup> nell'intento di mettere in piedi una "ben adatta contolleria, sussidiata da un sistema chiaro e razionale di registrazioni contabili"<sup>36</sup>.

Il sistema si mantiene stabile nel tempo e trova conferma nella norme di contabilità nazionale degli anni Venti del Novecento<sup>37</sup>, nell'ambito di un meccanismo che continua a puntare alla tutela dell'interesse finanziario dell'amministrazione e che si articola in procedure competitive che, sul piano pratico, siano idonee a mettere al riparo gli enti pubblici aggiudicatori<sup>38</sup> dagli "abusi dei fornitori dello Stato, specie militari"<sup>39</sup> mentre, su quello teorico, evidenzino una linea di coerenza con

<sup>33</sup> G. CORSO, *Manuale*, cit., 398.

<sup>34</sup> M. CAFAGNO, *Gare pubbliche*, cit., 2652: "la regolazione rigida e preventiva dei procedimenti selettivi tende ad ovviare alle difficoltà che incontrerebbe un sistema di controllo dell'operato dei funzionari basato sull'osservazione postuma dei risultati contrattuali conseguiti; l'abbattimento della discrezionalità assicurato da una procedimentalizzazione dei meccanismi di scelta si erge così a virtuale argine ai pericoli di arbitrio e corruzione". Sull'utilizzo delle gare come strumento di controllo dei funzionari, dello stesso A., si veda anche *Lo Stato banditore*, cit., 170 e ss., laddove si chiarisce che il costo connesso all'apprestamento di un sistema di controllo dei funzionari pubblici che passi per attività di monitoraggio e irrogazione di sanzioni non appare sostenibile e pertanto viene sostituito da procedure amministrative che determinano una "riduzione della libertà di movimento dei funzionari, che sappia contenere il pericolo di loro errori o di comportamenti scorretti" (173).

<sup>35</sup> S.A. ROMANO, *Attività di diritto privato*, cit., 535, il quale parallelamente descrive la diffusione delle concessioni amministrative come "fuga verso ipotesi alternative di tipo nettamente pubblico, paradossalmente dovuta al tentativo delle pubbliche amministrazioni di acquistare maggior libertà d'azione, affrancandosi dalla farraginosità della attività contrattuale pubblica, divenuta una delle procedure amministrative più formalizzate e minutamente regolate del diritto pubblico".

<sup>36</sup> Sono le parole utilizzate dal relatore della legge, Restelli, nel presentarla alla Camera, che riprendiamo da F.P. PUGLIESE, *Sulla normazione contrattuale pubblica dopo l'unificazione*, in *Quaderni Storici*, 1971, 731.

<sup>37</sup> M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 2, 298, il quale sottolinea l'analogia del caso francese: "le norme degli anni Ottanta del secolo XIX e poi degli anni Quaranta del Novecento prevedono diverse procedure competitive per la formazione dei *marchés publics*, come l'*adjudication* e l'*appel d'offres*. Alla base vi è sempre la tutela dell'interesse pubblico: sia l'interesse 'finanziario' della pubblica amministrazione, a che il contratto si concluda alle condizioni più economiche con l'impresa meno esigente; sia l'interesse 'amministrativo' del soggetto pubblico, a che il contratto sia affidato all'impresa più adatta e più abile ad eseguirlo". Sul punto l'A. rinvia a A. DE LAUBADÈRE, J.C. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, tome 1, Paris, 1990, 629 e ss.

<sup>38</sup> Il processo di progressiva estensione delle regole dell'evidenza pubblica a tutti gli enti pubblici nazionali è accuratamente spiegato da F.P. PUGLIESE, *Contratto*, cit., 1.

<sup>39</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 363.

l'impianto dogmatico del diritto amministrativo e, "in particolare, con il principio di legalità"<sup>40</sup>.

Per ovviare al rischio di collusione tra funzionario e privato, il legislatore ha pertanto, da subito, immaginato di trovare la soluzione nella neutralizzazione della scelta del contraente e nella predeterminazione del contenuto contrattuale, operando quindi su un duplice piano: stabilire che la scelta avvenga sulla base di sistemi di selezione meccanici e oggettivi; individuare, già prima della stipula, e in un atto diverso dal contratto (cd. capitolato), le clausole fondamentali dello stesso<sup>41</sup>.

L'antidoto veniva dunque rintracciato nel rigore delle forme<sup>42</sup> e passava per il non facile tentativo di adattare il modello contrattuale privatistico, libero per definizione, alle rigidità del controllo pubblico, "fino al limite – e talora oltre il limite – della compatibilità con il canone dell'efficienza"<sup>43</sup>.

L'approdo e il sigillo della dottrina conducevano allora all'iscrizione del contratto pubblico nella specie dei "contratti per adesione"<sup>44</sup>, catalogazione che restituiva la misura della dimensione burocratico-formale che attraversava la determinazione del contenuto contrattuale, tutta destinata a esaurirsi nelle stanze dell'amministrazione, che vi provvedeva in forma unilaterale.

Parallelamente, e per l'effetto, l'istituto dell'appalto pubblico veniva articolato come congegno negoziale nel quale l'amministrazione eserciti una forza trainante e il privato ne esegua i comandi, relegando il contributo di volontà di quest'ultimo a mera "condizione di efficacia dell'atto col quale l'amministrazione dispone di procurarsi in un determinato modo i mezzi materiali per soddisfare alle esigenze di un pubblico servizio"<sup>45</sup>.

Emerge sin d'ora una doppia contraddizione. Quella che consiste nel plasmare modelli dell'evidenza pubblica sulla pubblica amministrazione come figura do-

<sup>40</sup> M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 363.

<sup>41</sup> G. CORSO, *Manuale*, cit., 398.

<sup>42</sup> F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, cit., 330, parlava al riguardo di "garantismo formalistico", per descrivere un sistema nel quale "il controllo verte essenzialmente sulle forme, la garanzia perde valore sostanziale". Un sistema nel quale "è garantito l'interesse generale astratto (cioè un'ipotesi e nient'altro); è garantita almeno in apparenza l'imparzialità, ma intesa anch'essa come posizione formale, nella migliore ipotesi come 'neutralità'; è garantita ancora la formale eguaglianza dei soggetti interessati alla 'concessione del contratto', ma senza alcun riferimento a quei fattori che possono falsare il gioco della concorrenza. Infine è garantita con notevole efficacia – e non è questo, a ben considerare, un paradosso – la irresponsabilità dei funzionari inetti o poco scrupolosi".

<sup>43</sup> A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti*, cit., 29.

<sup>44</sup> G.D. COMPORI, *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Dir. econ.*, 2007, 2, 237, cui si rinvia diffusamente anche per tutti i riferimenti bibliografici in materia di inquadramento dei contratti pubblici come contratti di adesione.

<sup>45</sup> R. RESTA, *Sulla natura speciale del contratto di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche e sulla proponibilità di azione giudiziaria per inadempimento dell'Amministrazione*, in *Foro amm.*, 1932, II, 187. Il corsivo è tratto da G.D. COMPORI, *Lo Stato in gara*, cit., 238.

minante della procedura e allo stesso tempo come soggetto da controllare per impedire che la spendita del suo potere ridondi in abuso, *sub specie* di collusione col privato contraente. Ma anche quella che risiede nell'affidare la selezione del contraente all'operatività di meccanismi, in aspirazione, automatici e, proprio perché automatici e meccanici, che finiscono con l'essere svincolati dalla cura dell'interesse pubblico del caso concreto<sup>46</sup>. Meccanismi che, nel loro ingessato procedere, rischiano di tradire, e spesso lo fanno<sup>47</sup>, sia la funzionalizzazione alla cura dell'interesse pubblico<sup>48</sup>, dalla quale abbiamo visto muovere ogni spazio di attività dell'amministrazione, che assuma le vesti del diritto pubblico come del diritto privato, sia la stessa "funzionalità"<sup>49</sup> dell'attività consensuale di diritto pubblico.

Nondimeno, il quadro normativo di riferimento non muta per lunghi anni e, all'opposto, trova una sponda inattesa nella Costituzione repubblicana e nei prin-

---

<sup>46</sup>G.D. COMPORTE, *Problemi e tendenze dell'assetto regolatorio degli appalti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2012, 3, 576, il quale, descrivendo la posizione della pubblica amministrazione nella relazione contrattuale con il privato, sottolinea "l'assenza di una delle parti del rapporto negoziale e la presunzione che la sua capacità di cogliere le migliori occasioni del mercato e di compiere la scelta più conveniente possa essere surrogata dall'automatica operatività di regole e piani precostituiti e operanti *ab externo*".

<sup>47</sup>M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, cit., 361: "il favore per i modelli concorsuali più meccanici, disposti a sacrificare l'efficienza contrattuale al rigore, non solo è costoso, ma rischia spesso di fallire proprio gli obiettivi che pretenderebbe di prediligere e, soprattutto, non costituisce garanzia di un rafforzamento della competizione".

<sup>48</sup>Rischio per tempo segnalato da F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, cit., 328-329, laddove si legge che: "l'illusione che la legalità sia per se sola sufficiente ad attestare la convenienza della soluzione, ma al tempo stesso l'imparzialità e la correttezza, può dirsi ormai completamente tramontata; sarebbe adesso ingeneroso ed anzi ingiusto rappresentare le costruzioni che ne sono frutto come dimostrazioni di vera e propria ingenuità, o peggio ancora come mistificazioni consapevoli. Certo è comunque che nella prospettiva dell'attuale disciplina *il grande assente è proprio l'interesse pubblico* così frequentemente e talvolta fuor di luogo richiamato: o meglio, e più precisamente, l'interesse pubblico concreto, cioè quello che può cogliersi nella vicenda storica in quanto trova origine nei fatti, e che la conoscenza degli stessi fatti concorre a definire come una relazione o posizione compiutamente individuata. La puntigliosa disciplina dell'attività contrattuale non serve a garantire l'interesse collettivo o sociale inteso in questo senso: la legge non può infatti dare ad esso una 'conformazione' o una misura rispondenti alla realtà dei fatti, e quindi dei rapporti con altri interessi privati o collettivi".

<sup>49</sup>C. MARZUOLI, *Principio di legalità*, cit., 133, con riguardo all'attività di diritto privato della pubblica amministrazione distingue i concetti di funzionalizzazione e funzionalità: "il carattere funzionale dell'attività di diritto privato deriva dalla posizione fatta all'amministrazione nel nostro ordinamento, dall'essere l'amministrazione mezzo a disposizione del popolo, attività di attuazione della legge e degli obiettivi indicati dagli organi politico-rappresentativi ... La funzionalità dell'attività dell'amministrazione non deve essere confusa con la funzionalizzazione, che è vicenda diversa. La funzionalizzazione presuppone che l'attività di diritto privato sia una attività libera e comporta la sottoposizione dell'attività di diritto privato non alla legge, ma a poteri autoritativi attribuiti all'amministrazione".

cipi di imparzialità<sup>50</sup> e buon andamento<sup>51</sup> che la stessa evoca all'articolo 97. Quei canoni generali dell'azione amministrativa sembravano trovare una declinazione non perfetta ma efficace nelle già vigenti regole dell'evidenza pubblica. Il richiamo alla regola del concorso pubblico per il reclutamento del personale amministrativo come presidio dell'imparzialità offriva poi nuovo supporto concettuale rispetto alla validità di sistemi di scelta del contraente fondati su procedure selettive formali e burocratizzate.

Lungi dall'immaginare percorsi di semplificazione, le multiformi possibilità applicative del principio del buon andamento consentivano di forgiare nuovi strumenti dell'evidenza pubblica che, almeno all'apparenza, servissero da garanzia per il privato e per l'amministrazione.

La tutela dell'amministrazione passava principalmente per la costruzione di "dispositivi di emulazione controllata delle dinamiche concorrenziali"<sup>52</sup>, ovvero strumenti in grado di coprire la cosiddetta asimmetria informativa<sup>53</sup>, il *deficit* di

---

<sup>50</sup> Sulla peculiare valenza del principio di imparzialità con riguardo all'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni, si veda ancora F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, cit., 344 e ss., il quale descrive l'imparzialità "come posizione d'un soggetto che si impegna, che si misura con la realtà e con i problemi posti dalla realtà di tutti i giorni: cioè come posizione che si deve esprimere in valutazioni e determinazioni consapevoli, non nella semplice registrazione dell'esito di un gioco svolto secondo certe regole rituali". In questa declinazione, il principio, secondo l'A., appare pertinente con riguardo all'attività amministrativa autoritativa, che passa per la ponderazione dell'interesse di soggetti "estranei", mentre comporta dei distinguo "quando il regolamento non debba essere dall'amministrazione imposto ma, al contrario, *pattuito* o *concordato*: giacché in tal caso l'amministrazione è necessariamente parte, e l'onere di valutare gli interessi individuali 'implicato' da quel regolamento ricade sui soggetti che ne son portatori, secondo un criterio di autoreponsabilità non dissociabile dallo stesso concetto di autonomia. Di questi interessi l'amministrazione può certo tener conto (come qualsiasi altro avveduto contraente) ma ancora nella prospettiva dell'interesse da essa perseguito, al fine di determinare almeno in modo approssimativo qual *ragionevole rapporto* tra oneri e vantaggi che in ultima analisi può condizionare in ragguardevole misura la possibilità di ottenere un appagante risultato" (345). Conclusivamente: "il principio di imparzialità assolve un ruolo di primaria importanza, come principio riduttivo dell'autorità: ma con riferimento alle procedure contrattuali, esso viene talvolta richiamato soltanto al fine di giustificare invece la riaffermazione dell'autorità in funzione della garanzia ... o, ancora, per rendere ragione di quel regime formalistico che rappresenta solo un simulacro dell'imparzialità amministrativa" (347).

<sup>51</sup> Su valenza e significato della regola del buon andamento in rapporto all'attività contrattuale pubblica, C. PINELLI, *Offerte anomale e buon andamento*, in *Giur. cost.*, 1998, 507.

<sup>52</sup> M. CAFAGNO, *Gare pubbliche*, cit., il quale (sulla scia di P. KLEMPER, *Auction Theory: A guide to the Literature*, in AA.VV., *The Economic Theory of Auctions*, I e II, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 1999, 3 e ss.) definisce le gare pubbliche come "processi decisionali che, stilizzando un mercato competitivo, consentono alla committenza pubblica di servirsi della concorrenza tra i candidati per mitigare le proprie debolezze informative, nel rapporto con le imprese, a beneficio di una maggior efficienza e convenienza del contratto".

<sup>53</sup> Vedi G. FIDONE, *Dalla rigidità della legge Merloni al recepimento del dialogo competitivo: il difficile equilibrio tra rigore e discrezionalità*, in *Foro amm.-TAR*, 2007, 3983: "l'amministrazione può essere un soggetto meno informato del suo contraente sull'oggetto del contratto da affidare: tale carenza informativa deve considerarsi tanto maggiore quanto maggiori sono, da un lato, le attività demandate

conoscenze sul funzionamento del mercato e sui contenuti delle commesse che l'amministrazione inevitabilmente sconta nel momento in cui si trova a contrattare con l'operatore economico, ma anche di abbattere alcuni "costi di transazione"<sup>54</sup> che pagano le parti nell'attività contrattuale.

Un *gap* che, illusoriamente, non veniva coperto irrobustendo i muscoli della macchina amministrativa, ma aumentando il distacco tra le parti della relazione contrattuale e costruendo un meccanismo meramente documentale, opportunamente descritto come "matrimonio per corrispondenza"<sup>55</sup>. Una dimensione formale che, peraltro, rappresenta per l'amministrazione anche uno strumento per dotarsi di un apparente surrogato di strategia negoziale<sup>56</sup>, posta la limitatezza delle opzioni a disposizione dell'agente pubblico rispetto all'ampio ventaglio di tattiche e tecniche sperimentabili dalle parti nelle "normali relazioni d'affari"<sup>57</sup>, che le consenta, in ogni caso, quanto meno il "vantaggio della prima mossa"<sup>58</sup>.

---

al privato e, dall'altro, la complessità delle stesse. Essa può dipendere da carenze o cattiva qualificazione del personale o dalla mancanza di strumenti idonei a poter accedere alle informazioni".

<sup>54</sup> M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, cit., 130 e ss., il quale, sulla scorta della letteratura economica sull'argomento, individua ostacoli alla negoziazione lungo tre direttrici. In primo luogo, il ricorso a contratti "relazionali" o "procedurali", ovvero "accordi che non si prefiggono una definizione dettagliata dell'intero piano d'azione dei contraenti, quanto piuttosto l'individuazione di procedure, di regole generali, o di criteri di metodo per affrontare evenienze impreviste", utilizzati dalle parti "nel tentativo di bilanciare limiti cognitivi e previsionali" rispetto alle complesse e onerose attività imposte dai processi di scambio, a partire dalla "definizione dei compensi e dei dettagli delle transazioni" (134-135). In secondo luogo, il "differente grado di informazione" che corre tra le parti (137). In ultima istanza, "l'imperfetta capacità delle parti di assumere impegni vincolanti", tale da determinare "il timore dell'altrui inadempienza" per cui "la prospettiva di incerte rinegoziazioni o il presagio di future ritrattazioni" possono determinare un «effetto dissuasivo» rispetto alla conclusione dell'operazione" (141-142).

<sup>55</sup> G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 254.

<sup>56</sup> Che l'attuale sistema regolatorio dell'evidenza pubblica impedisca all'amministrazione di "definire una strategia negoziale adeguata alla particolarità del caso singolo" è dato rilevato da G.D. COMPORI, *Problemi e tendenze*, cit., 586.

<sup>57</sup> G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 25, il quale sottolinea che "l'amministrazione non può minacciare la perdita di affari futuri, in caso di insoddisfazione per la gestione di un precedente rapporto, perché ogni procedura di gara fa storia a sé; né può premiare il fornitore uscente con il rinnovo dell'incarico, vietato per legge (art. 23, legge n. 62/2005) ... Inoltre, non può assegnare al privato *assets* essenziali o procedere a una integrazione funzionale, se non in casi eccezionali. Infine, non può perseguire la strategia di negoziare soltanto con soggetti di fiducia, perché ciò contrasterebbe con il principio di imparzialità e con quello di concorrenza".

<sup>58</sup> M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, cit., 159, in quale ripercorre approfonditamente il dibattito sviluppatosi nella teoria economica che studia le gare come giochi e conclude che "all'interno di relazioni interattive i cui esiti sono resi incerti dall'asimmetria informativa e dalla diversa forza di mercato posseduta dalle parti – la possibilità di preventivamente impegnarsi al rispetto di regole date conferisce alla P.A. il vantaggio della prima mossa, in un contesto che si presta ad essere studiato come un gioco di strategia. È agevole constatare che la P.A., limitandosi allo sforzo modesto di passivamente ricevere offerte provenienti da imprese concorrenti in una gara, secondo regole stabilite, può ottenere risultati che, qualora decidesse invece di negoziare con una singola impresa, potrebbe

La tutela del privato, invece, restava affidata, come strumento forte, alla possibilità di reazione in sede giurisdizionale. Possibilità comunque non da poco se consideriamo la moltiplicazione degli *step* procedurali e il percorso a ostacoli nell'ambito del quale si è venuta articolando l'evidenza pubblica.

La procedura di scelta del contraente veniva emergendo, pertanto, come struttura asettica, al servizio delle parti ma distante dalle stesse. Soprattutto distante dall'interesse pubblico che, se per il privato è un "dato di contesto"<sup>59</sup>, quindi un elemento da valutare e tenere in debita considerazione perché condizionante scelte e comportamenti della pubblica amministrazione aggiudicatrice, dal lato pubblico dovrebbe sempre postulare la ricerca della migliore offerta. Obiettivo in realtà non necessariamente attingibile nella prospettiva del mero rispetto dei canoni di imparzialità e buon andamento, ma conseguibile soltanto "in un regime di libera contrattazione tra le parti, offrendo esclusivamente la garanzia di scelta della migliore tra le offerte presentate"<sup>60</sup>.

### 3. *L'influenza del diritto europeo sulla disciplina dell'evidenza pubblica. La regola della gara dal rigore alla flessibilità*

Rispetto al quadro sin qui delineato, come è noto, il diritto europeo in materia di concorrenza e appalti appare mosso da differenti "motivi ispiratori"<sup>61</sup> e, per l'effetto, ha determinato un processo di trasformazione<sup>62</sup> dell'evidenza pubblica che, nata per dar corpo ai principi di imparzialità, buon andamento ed economicità nella gestione delle commesse pubbliche, si è progressivamente posizionata in

---

conseguire solo operando nel migliore dei modi, per giunta favorita da condizioni irrealisticamente propizie" (159-160).

<sup>59</sup> A. MASSERA, *I contratti*, cit., 1377-1378.

<sup>60</sup> S.S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto*, cit., 103.

<sup>61</sup> A. MASSERA, *I contratti*, cit., 1387, che pur ritiene comune, tra i due ordinamenti, "l'ispirazione di fondo, per la quale la libera competizione (la 'gara') tra idee, progetti, offerte, è ritenuta in linea di principio la modalità più sicura di garanzia". Nel senso che i differenti principi ispiratori delle discipline interna e comunitaria non siano "necessariamente incompatibili", A. POLICE, G. GRÜNER, *Il sistema delle fonti nel codice dei contratti pubblici*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Gli appalti pubblici: profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2012, 13, laddove si cita la legge n. 109/194 come esempio della ricerca di un punto di equilibrio tra una regolazione tesa alla promozione e tutela della concorrenza e le esigenze di imparzialità amministrativa.

<sup>62</sup> R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 21, cui si rinvia anche per i riferimenti alla giurisprudenza costituzionale italiana (spec. C. cost., 23 novembre 2007, n. 401, in *Giornale dir. amm.*, 2008, 624) che registra la differenza di impostazione tra i due ordinamenti. Che la materia degli appalti possa poi rappresentare un "settore sensibile" per saggiare le trasformazioni dell'attività amministrativa è dato rilavato da E. STICCHI DAMIANI, *La nozione di appalto pubblico*, Milano 1999, 11, il quale recupera l'espressione "settore sensibile" da N. LONGOBARDI, *Le "Amministrazioni indipendenti". Profili introduttivi*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, 1774 e ss.