

ASTRID - RESOCONTI DI CONVEGNI

La regolazione efficiente dei contratti pubblici

*Roma, 20 novembre 2017
Università degli Studi “Roma Tre”
Dipartimento di Giurisprudenza*

Resoconto a cura di Alessandra MIRAGLIA

Il 20 novembre 2017 si è svolto, a Roma, un convegno sul tema *La regolazione efficiente dei contratti pubblici*, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi “Roma Tre”. L’incontro, aperto dall’introduzione di Giulio Napolitano, si è articolato in due parti. Nella prima si sono susseguite le relazioni di Francesco Decarolis, Marcello Clarich, Mario P. Chiti, Andrea Zoppini e Ferruccio Auletta. Nella seconda, si è svolta una sorta di dialogo tra Luisa Torchia e Raffaele Cantone.

Il settore degli appalti pubblici e delle concessioni, come evidenziato nella relazione introduttiva del prof. **Giulio Napolitano**, ha ricevuto particolare attenzione nel dibattito pubblico soprattutto in concomitanza di scandali o di gravi anomalie di funzionamento. Non sembra casuale, infatti, che il legislatore italiano abbia deciso di attribuire la vigilanza sul settore proprio all’Autorità nazionale anticorruzione (Anac). Sono rimasti, invece, in secondo piano, almeno nell’attenzione collettiva, non invece nella riflessione scientifica, altri elementi e fattori che condizionano il buon funzionamento del mercato dei contratti pubblici: le problematiche attinenti la capacità amministrativa delle stazioni appaltanti, le dinamiche competitive del settore e la capacità economica delle imprese.

Come noto l’intera disciplina del settore ha un solido fondamento nell’ordinamento europeo. Le ragioni e le finalità alla base delle direttive del 2014 sono molteplici, come si evince dai considerando: assicurare il buon funzionamento del mercato interno, la libertà di circolazione e, soprattutto, la tutela della concorrenza.

Dal punto di vista della teoria economica, tuttavia, nel settore si manifesta una sorta di paradosso: è uno dei rari casi in cui sono puntualmente regolate le condotte di ambedue le parti della relazione di mercato. Questa peculiarità della regolazione lascia dei margini significativi di

discrezionalità agli Stati, ma rende anche più difficile la valutazione dei successi della disciplina stessa.

Una delle scelte più originali dell'ordinamento italiano è stata proprio l'attribuzione di una nuova missione istituzionale all'Anac. Dal d.lgs. n. 50 del 2016, tuttavia, non emerge in modo chiaro quale sia la finalità primaria che quest'ultima debba perseguire nel settore. L'Anac sembrerebbe aver interpretato la vigilanza sui contratti pubblici come un capitolo della sua missione generale di prevenzione e di contrasto alla corruzione. L'analisi economica sull'andamento del mercato, sui difetti di capacità dell'amministrazione e sull'affidabilità economica delle imprese sembrerebbero essere in secondo piano.

In relazione, quindi, al peculiare ruolo dell'Anac vengono posti tre principali interrogativi. Esistono i margini per restituire centralità ai valori della concorrenza, dell'efficienza e dell'economicità? Non sarebbe opportuno separare funzionalmente e contabilmente l'attività dell'Anac di regolazione e di vigilanza sui contratti pubblici da quella di lotta alla corruzione, di tutela della trasparenza? È possibile, infine, rafforzare la dimensione economica e integrare, di conseguenza, le competenze dell'Autorità, ad esempio attraverso la nomina di un *chief economist* e l'individuazione di indici di misurazione della *performance* anche economica dell'Autorità?

Il prof. **Francesco Decarolis** ha incentrato il suo intervento sull'analisi delle carenze del mercato dei contratti pubblici. Quest'ultimo, come noto, produce un impatto rilevante sia a livello macroeconomico sia a livello microeconomico. In relazione al primo aspetto, il settore degli appalti pubblici ha forti implicazioni a livello strutturale (politiche degli investimenti) e a livello congiunturale (domanda pubblica come stimolo alla ripresa economica, vincoli di bilancio, ecc.). In relazione al secondo, rilevano soprattutto le asimmetrie informative doppie, dovute, da una parte, alla necessaria delega ad un agente pubblico da parte della cittadinanza e, dall'altra, al fatto che i costi di realizzazione di un appalto pubblico non sono facilmente individuabili.

Il settore dei contratti pubblici presenta, quindi, numerosi rischi: rischi relativi alla qualità dell'opera, rischi di corruzione e rischi di collusione.

In economia il concetto di efficienza risulta ben definito e non è sinonimo di buon funzionamento. È strettamente legato, invece, all'identificazione dei costi. Nel settore degli appalti pubblici c'è inefficienza quando i costi associati ad un tipo di regolazione eccedono quelli potenzialmente ottenibili attraverso una regolazione alternativa. Nello specifico, i costi cui ci si è riferiti sono quelli a carico delle P.A. (indizione gara, realizzazione del progetto, ecc.), delle imprese e della cittadinanza (tempi di realizzazione dell'opera, mancata fruibilità, scarsa qualità, ecc.). Le cause all'origine di questi sprechi sono molteplici. Dal lato della domanda rileva il problema delle asimmetrie informative: c'è quindi un'oggettiva difficoltà a disegnare regole che

sappiano selezionare le imprese più efficienti. Dal lato dell'offerta, una fonte di costi è la collusione tra imprese. Esistono, infine, inefficienze di "contesto", legate, ad esempio, alla lentezza della giustizia civile.

Secondo Decarolis, analizzare l'efficienza della regolazione nel settore dei contratti pubblici è un'operazione molto complessa, poiché occorre misurare quelli che sono i comportamenti prodotti da un certo tipo di regole, e non quelli presupposti. Si pone, quindi, anche un problema di metodo di misurazione. Occorrerebbe, infatti, disporre innanzitutto di banche dati di qualità, prevedere adeguati meccanismi di analisi quantitativa, nonché introdurre forme di sperimentazione delle regole.

Il prof. **Marcello Clarich** ha affrontato, invece, il tema degli interessi curati dalla disciplina dei contratti pubblici. L'evoluzione legislativa della disciplina in materia, come noto, ha inevitabilmente comportato un ampliamento degli interessi in gioco. In passato, infatti, gli interessi preminenti erano l'efficienza e la corretta gestione del denaro pubblico, cui si accompagnava di riflesso il contrasto alla corruzione e alla collusione. Con il tempo ci si è resi conto che, data la consistenza delle risorse movimentate, con il mercato degli appalti pubblici si possono perseguire anche delle vere e proprie politiche pubbliche. Questa dimensione macro della politica degli appalti pubblici ha evidenziato, quindi, la possibilità di perseguire e curare anche interessi ulteriori, quali la promozione dell'innovazione e della ricerca, la tutela dell'ambiente, ecc.

Vengono poste, quindi, quattro questioni: 1) l'identificazione dei fini e degli interessi pubblici; 2) le relazioni tra i vari interessi pubblici (gerarchia o coesistenza paritaria?); 3) l'incidenza degli interessi nelle procedure di gara; 4) i soggetti cui si imputa la cura di tali interessi.

In relazione al primo punto, si è evidenziato come dalla lettura del codice dei contratti si evincono interessi pubblici spesso non ben definiti o confusi con obiettivi, principi e criteri. Sicuramente tra gli interessi perseguiti si annoverano gli interessi sociali, la tutela dell'ambiente, il patrimonio culturale, lo sviluppo sostenibile. Mentre uno dei principi che al tempo stesso risulta essere anche un interesse pubblico è il principio di economicità. In relazione al secondo, il criterio di ponderazione non sembrerebbe essere univoco. In alcuni casi, infatti, si può evidenziare una sorta di gerarchia tra i vari interessi: si pensi, ad esempio, alla divisione in lotti di gara e, quindi, alla prevalenza dell'interesse alla promozione e allo sviluppo delle PMI (quasi un obiettivo di politica industriale) rispetto al principio di economicità. In altri casi, invece, sembrerebbe più opportuno parlare di coesistenza paritaria: l'interesse alla legalità e alla lotta alla corruzione, infatti, sembrano permeare l'intera disciplina. Per quanto concerne il terzo punto, si è ricordato che gli interessi hanno un'influenza sia esterna (prima della gara) sia interna (in corso di gara) sulle procedure di evidenza pubblica. In relazione al primo aspetto si pensi, ad esempio, all'incidenza delle varie

discipline settoriali esterne al codice preposte alla cura di interesse rilevati per la società (in materia ambientale, sociale, del lavoro), al rating di legalità delle imprese o ai principi di trasparenza e partecipazione che ispirano l'istituto del dibattito pubblico; in relazione al secondo, ai criteri di aggiudicazione delle gare, alla valutazione di anomalie delle offerte o agli obblighi di salvaguardia dei livelli occupazionali per i contratti ad alta intensità di manodopera. Per quanto attiene, infine, la quarta questione sopra menzionata, si è ricordato che i soggetti deputati alla cura degli interessi in gioco sono innanzitutto le stazioni appaltanti e l'Anac, cui spetta anche la promozione dell'economicità e dell'efficienza, la diffusione di *best practices* e il ruolo di vigilanza collaborativa.

Il prof. **Mario P. Chiti** nella sua relazione ha evidenziato le forti differenze riscontrate nelle tecniche di attuazione della disciplina dei contratti pubblici in Europa, nonostante inizialmente si pensasse che il recepimento sarebbe avvenuto in modo tempestivo ed omogeneo. Tali differenze, ad un primo bilancio, sembrano riguardare sia i contenuti sia i tempi di recepimento (in alcuni Stati le direttive non sono ancora state recepite).

Il Regno Unito è stato il primo Paese a recepire le direttive, tramite la tecnica del *copy out*. Tale scelta presumibilmente si è giustificata in virtù della forte influenza esercitata proprio in sede di elaborazione delle direttive stesse. Gli strumenti legislativi utilizzati sono di secondo livello (*regulations*). La Francia è stata molto tempestiva nel recepimento formale delle direttive, ma ha previsto la completa attuazione solo per la fine del 2018. Ha colto l'occasione del recepimento per realizzare un riordino complessivo della materia, tramite l'adozione di un codice. La Spagna da poco ha adottato una legge organica sui contratti pubblici dalla forte impronta "domestica" (ad esempio, non ha previsto il PPP e il partenariato per l'innovazione), costituita da numerosi articoli, che ha sostituito il codice del 2006. La Germania, invece, si è dotata della disciplina sicuramente più coerente con il quadro europeo, con poco spazio a scelte "domestiche". Ha concluso l'iter di attuazione nel novembre 2016. L'Italia, infine, è stata indubbiamente molto tempestiva nel recepimento delle direttive e ha colto anch'essa l'occasione per un riordino della materia.

In tutti i Paesi europei, invece, la direttiva concessioni è stata intesa in modo differenziato. I procedimenti sono tutti da configurare di volta in volta. Si tratta, quindi, di una direttiva che lascia poco spazio al legislatore e molto alle amministrazioni concedenti.

Per quanto riguarda il tema della vigilanza e della regolazione, si è ricordato che le direttive non contengono un riferimento esplicito alla lotta alla corruzione, ma prevedono solo degli avvertimenti indiretti, dei *warnings*. Non sussiste, infatti, alcun obbligo comunitario a istituire Autorità specifiche. Non ci sono neanche riferimenti a particolari procedure di regolazione (ad esempio Linee guida). Rispetto agli altri Paesi europei, l'Italia è l'unica ad avere un'Autorità di

contrasto alla corruzione con una pluralità di funzioni, tra cui quella di vigilanza e di regolazione sui contratti pubblici. La previsione e la disciplina di questa particolare funzione nel codice dei contratti per certi aspetti appare fuori posto. In Europa la politica anticorruzione è molto attiva ed esistono diversi network. Si potrebbe a tal proposito pensare ad uno spaccettamento dell'Anac, così da poter distinguere le varie funzioni e dar maggior risalto a quella di vigilanza economica.

Il prof. **Andrea Zoppini** nel suo intervento si è concentrato soprattutto sugli effetti e sui rischi di un *over deterrence* nel sistema di vigilanza sui contratti pubblici. Si è interrogato, in particolare, sul livello di sanzione ottimale. La deterrenza ottima, per definizione, si determina moltiplicando il costo sociale individuale del valore della pena per la possibilità che la pena stessa sia comminata. La previsione, quindi, di sanzioni molto gravose, potrebbe avere come primo effetto un comportamento particolarmente prudente, che, esasperando il concetto, potrebbe tradursi in immobilismo.

Nel nostro ordinamento, secondo Zoppini, un problema di *over deterrence* si determina perché si sono sovrapposti livelli di regolazione senza considerare gli effetti aggregati. Il problema, quindi, è in generale di ingegneria normativa.

L'eccesso di regolatori e di regolazione, infatti, genera inevitabilmente dei conflitti di competenza e dei costi.

In luogo di un'eccessiva regolazione, spesso stratificata ed incoerente, occorrerebbe, quindi, pensare ad una maggiore responsabilizzazione dei diversi attori e ad un maggior bilanciamento tra gli strumenti di tutela *ex ante* e quelli *ex post*.

Il prof. **Ferruccio Auletta** nella sua relazione ha posto in evidenza le peculiarità delle controversie sui diritti soggettivi in materia di contratti pubblici riservate all'autorità giudiziaria e le possibili alternative di risoluzione.

Viene innanzitutto segnalata una oggettiva anomalia del sistema, per cui nelle materie di giurisdizione esclusiva, dove ci sono giudizi su diritti soggettivi che si riferiscono a obbligazioni, responsabilità e contratti, il controllo della Corte di Cassazione è limitato ai motivi di giurisdizione e non si estende alla violazione delle regole di diritto.

Fermo il riparto di giurisdizione, il legislatore ha operato in termini di competenza una scelta per certi aspetti incoerente, ossia quella di affidare le controversie aventi ad oggetto contratti pubblici di appalto di lavori, servizi o forniture di rilevanza comunitaria al Tribunale per le Imprese. Si tratta quindi di un criterio di selezione che implica una possibile frammentazione delle competenze e di una scelta divergente rispetto a quella che il legislatore del codice dei contratti pubblici ha fatto in materia di arbitrato.

Da un'osservazione empirica si è rilevato che l'onere di iniziativa in primo grado è stabilmente riservata al privato, mentre l'onere dell'impugnazione tendenzialmente è imputato al soggetto pubblico. C'è inoltre un frequente ricorso all'*outsourcing* verso un soggetto terzo rispetto al giudice, ossia il Consulente Tecnico d'Ufficio. Nella giurisprudenza si è rilevato, inoltre, un atteggiamento quasi esclusivamente *pro* erario, volto, quindi, a salvaguardare il patrimonio pubblico.

Si è registrata, infine, un'assoluta insignificanza dell'apporto della Corte di Cassazione per due ragioni: per il numero molto contenuto di procedimenti giunti al suo esame e perchè il contenzioso ha sviluppato soprattutto questioni di fatto e quindi il contributo del Giudice di legittimità è stato geneticamente escluso. Il contenzioso, in generale, riguardava essenzialmente i lavori e non i servizi e le forniture.

Per quanto concerne, infine, la risoluzione alternativa delle controversie, vengono ricordati due modelli antitetici: quello francese che tendenzialmente nega la possibilità che per le *collectivité publique* si possa ricorrere ad una convenzione di arbitrato e quello inglese, di contro, estremamente favorevole. Si segnala, infine, che, a seguito del correttivo del codice degli appalti, nel nostro ordinamento è stato introdotto il meccanismo della decadenza in caso di non accettazione dell'accordo bonario.

Nella seconda parte del convegno, la prof.ssa Luisa Torchia e il Presidente dell'Anac Raffaele Cantone si sono confrontati, in una sorta di dialogo, sull'attività dell'Anac quale autorità di regolazione e vigilanza sui contratti pubblici.

La prof.ssa **Luisa Torchia** nel suo primo intervento si è soffermata su tre punti: la disciplina della regolazione, il regolatore e la cultura.

In relazione al primo aspetto, è stato ribadito che il codice, oltre a recepire le direttive, rappresenta un tentativo di riordino della disciplina in materia. Contiene, infatti, alcune novità ma anche alcuni elementi di pregiudizio. Tra le novità è stata ricordata la qualificazione delle stazioni appaltanti, seppur ancora inattuata. Tra i pregiudizi, la tipizzazione degli adempimenti in maniera formale e il meccanismo dell'esclusione automatica in caso di offerte anomale. La disciplina, in generale, sembrerebbe riflettere una scarsa cultura economica. Uno degli obiettivi politici perseguiti con determinazione è stato l'abolizione del regolamento, che ha determinato come effetto la sostituzione della precedente regolazione, piuttosto rigida, con una flessibile ad opera dell'Anac. La disciplina, come già evidenziato, a differenza di quanto avviene in altri Paesi europei, affida ad un unico soggetto, ossia all'Anac, molteplici funzioni, dal contrasto alla corruzione alla tutela della concorrenza.

In relazione al secondo punto, viene auspicato un maggior impegno da parte del regolatore soprattutto nella costruzione di una cultura tecnica condivisa, ad oggi carente. Uno sforzo in questa direzione è rinvenibile nelle Linee guida. Per quanto riguarda, invece, i compiti di vigilanza, il regolatore potrebbe scegliere di sfruttare i margini di flessibilità che il codice consente piuttosto che optare per un rigore formalistico.

In relazione al terzo aspetto, infine, si è ricordato che le procedure di gara, essendo amministrative, sono permeate dalla cultura della legalità e non da una cultura tecnica. Il nostro ordinamento giuridico, infatti, sembra riflettere la diffusa mancanza di fiducia e il prevalere quasi esclusivo della logica della legalità. Ciò ha portato ad una sorta di irrigidimento delle relazioni tra i vari soggetti e quindi ad una iper-regolazione e ad un eccesso di contenzioso. Occorrerebbe forse individuare delle aree in cui sperimentare una cultura tecnica condivisa, basata anche su rapporti fiduciari.

Il Presidente **Raffaele Cantone**, condividendo molti degli spunti emersi nel corso del convegno e, in particolare, la necessità di una regolazione in grado di garantire in modo bilanciato efficienza e legalità, ha ribadito l'assenza di chiarezza sul ruolo e sui fini dell'Anac. Quest'ultima, nata con funzioni sostanzialmente di anticorruzione, si è dovuta trasformare radicalmente in virtù della nuova missione affidata dal codice. L'istituto della vigilanza collaborativa è stato pensato proprio al fine di accrescere il clima di fiducia, attraverso raccomandazioni non vincolanti. In materia di appalti, l'Autorità ha provato ad inventarsi un ruolo consultivo che prescindesse dal precontenzioso. Ma come sta avvenendo ad oggi la regolazione? Le Linee Guida, frutto di un lungo e non formale confronto con tutti gli *stakeholders*, hanno sostituito il regolamento del 2010, ritenuto fallimentare. Sulla loro natura e soprattutto sui loro effetti vincolanti molto si è dibattuto. Secondo Cantone sono uno strumento di regolazione che tiene molto conto delle indicazioni provenienti dal mercato. Si è ricordato, inoltre, che le Linee Guida ad oggi adottate sono state riscritte a seguito del correttivo e riflettono le indicazioni ricevute dal Consiglio di Stato che, in alcuni casi, hanno prodotto un eccesso di rigore.

Per quanto concerne la relazione tra vigilanza collaborativa e regolazione, secondo Cantone la vigilanza collaborativa è essa stessa uno strumento di regolazione, perché individua i problemi su cui si può intervenire con la regolazione. Sicuramente finora è prevalsa l'ottica dell'anticorruzione. Ma come è stato evidenziato nel rapporto Ocse 2016 in materia di appalti il problema principale è proprio la corruzione. Promuovendone il contrasto, secondo Cantone si possono quindi ottenere molteplici effetti indiretti positivi sul mercato.

La prof.ssa **Torchia**, nel prosieguo del dialogo, ha posto due quesiti: 1) la vigilanza collaborativa intesa come una sorta di controllo preventivo non rischia di generare confusione di

ruoli, dati anche i poteri sanzionatori dell'Anac verso le P.A.?; 2) la regolazione dei contratti pubblici deve essere interamente improntata alla prevenzione della corruzione o dovrebbe, invece, favorire una cultura economica?

Secondo la prof.ssa Torchia sembrerebbe, infatti, più opportuno operare una distinzione tra le regole per disciplinare la gara e le regole per evitare che ci siano occasioni di corruzione, per scongiurare il rischio che prevalga solo la cultura della legalità. Il mercato dei contratti, infatti, dovrebbe fungere anche da leva economica.

In replica al primo quesito il Presidente **Cantone** ha ricordato, da una parte, le difficoltà oggettive dell'Autorità nel costruire una regolazione attraverso lo strumento delle Linee guida, e, dall'altra, come molto spesso siano le stesse pubbliche amministrazioni a chiedere come debbano comportarsi, per essere, per certi aspetti, sollevate dall'onere di decidere, e come, in sede di vigilanza collaborativa, non sia mai stata comminata una sanzione a seguito di una prescrizione non osservata. In relazione al secondo quesito, infine, ha concordato sul fatto che la costruzione di una cultura economica attraverso una regolazione effettivamente di mercato rappresenta un obiettivo da raggiungere e che richiede certamente ancora molto lavoro da fare.