

Public contracts: derogate from the rules or teach how to respect them?

di F. Decarolis e A. Heimler*

Abstract

In March 2021, the Italian Competition Authority sent the President of the Council of Ministers some suggestions on how to reform the Italian Code of public contracts. Most of these suggestions are largely acceptable. For one aspect only - the immediate replacement of the Code of public contracts with community directives, albeit limited to the management of those public contracts related the Next Generation EU community plan - we believe, unlike the Authority, that integrating the community directives of all the necessary procedural and sanctioning aspects would significantly delay the start of the investment plan. It is therefore preferable to modify some provisions of the code rather than suspend its validity. From this point of view, the Authority's proposals could be implemented immediately, both those aimed at promoting an approach less focused on ex ante regulation and more on ex post control, and those aimed at considering the incentives and competence of public administrators by contrasting the causes of defensive bureaucratic behavior and promoting the specialization of skills through the qualification of contracting authorities. On some aspects, however, the automatic exclusion of the anomalous offer and the provisions on subcontracting, it is not enough to make the rules consistent with EU directives as suggested by the Authority, but more complex and articulated corrective measures are needed. Finally, in addition to what is indicated by the Authority, we suggest to abolish the provision that suppliers invited to procurement procedures be obliged to rotate.

Keywords: Public contracts, public procurement, public tenders, subcontracting, corruption

I contratti pubblici: derogare alle regole o insegnarne il rispetto?

Sommario

Lo scorso marzo 2021 l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha inviato al Presidente del Consiglio dei Ministri alcuni suggerimenti in materia di riforma del Codice dei contratti pubblici in gran parte condivisibili. Soltanto per un aspetto, la sostituzione nell'immediato del Codice dei contratti pubblici con le direttive comunitarie sia pure limitatamente alla gestione degli appalti per gli investimenti del piano comunitario Next Generation EU, riteniamo, diversamente dall'Autorità, che integrare le direttive comunitarie di tutti gli aspetti procedurali e sanzionatori necessari ritarderebbe sensibilmente l'avvio del piano degli investimenti. E' preferibile quindi modificare alcune previsioni del codice piuttosto che sospenderne la validità. Da questo punto di vista le proposte dell'Autorità potrebbero essere recepite immediatamente, sia quelle miranti a promuovere un approccio meno focalizzato sulla regolazione ex ante e più sul controllo ex post, sia quelle volte a considerare gli incentivi e la competenza degli amministratori pubblici contrastando le cause di comportamenti di burocrazia difensiva e promuovendo la specializzazione delle competenze attraverso la qualificazione delle stazioni appaltanti. Su alcuni aspetti, però, l'esclusione automatica dell'offerta anomala e le prescrizioni sul subappalto, non basta rendere le norme coerenti con le direttive comunitarie come suggerito dall'Autorità, ma occorrono interventi correttivi più complessi e articolati. Infine, oltre a quanto indicato dall'Autorità, suggeriamo che il principio della rotazione degli invitati alle procedure di appalto sia abolito.

Parole chiave: Appalti pubblici, contratti pubblici, subappalti, corruzione

* Francesco Decarolis, Università Bocconi e IGIER. Alberto Heimler, Scuola Nazionale dell'Amministrazione.

JEL: K23, L51, L90

1. Le caratteristiche degli appalti in Italia e gli incentivi delle imprese; 2. La segnalazione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato e le proposte in materia di appalti pubblici; 3. Come riformare il settore degli appalti per assicurare procedure più veloci e più efficaci; 4. Conclusioni

Lo scorso 23 Marzo l’Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) ha inviato al Presidente del Consiglio dei Ministri una segnalazione contenente numerose proposte volte a eliminare ingiustificati ostacoli all’operare dei meccanismi concorrenziali nell’economia italiana. Nei mesi successivi il dibattito in materia di appalti è stato particolarmente intenso dato il nesso strettissimo tra la normativa sugli appalti pubblici e la concreta implementazione delle misure previste dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) in materia di investimenti pubblici. Allo stato attuale, le riforme del sistema appalti legate all’attuazione dei progetti del PNRR sono quelle contenute in un primo insieme di **misure urgenti**, adottate con il decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, (che per quanto qui interessa prevedono un aumento della quota ammissibile del subappalto e che estendono le possibilità dell’appalto integrato) e di **misure previste a regime**, che, stando a quanto deliberato dal Consiglio dei Ministri del 30 giugno 2021 dovranno essere adottate utilizzando un disegno di legge di delega al Governo in materia di contratti pubblici.

In questo studio, ci concentriamo sulla serie di proposte contenute nel documento dell’Agcm. Una parte di queste proposte riguarda il settore degli appalti pubblici. In questo ambito anche i suggerimenti dell’Autorità sono rivolti sia all’immediato, e in particolare sono proposti alcuni interventi-tampone per una più efficiente gestione degli appalti per la realizzazione degli investimenti del piano comunitario *Next Generation EU*, che al più lungo periodo per il quale è prefigurata, sia pure a grandi linee, una riforma più sostanziale della normativa e delle prassi applicative.

Preliminarmente alla trattazione più specifica, vorremmo ricordare che l’obiettivo di ogni legge sugli appalti è far sì che le scelte di acquisto della Pubblica Amministrazione conducano alla migliore soddisfazione possibile per gli utilizzatori e con costi i più bassi possibili. Sulla base di questa logica discuteremo le principali previsioni della normativa degli appalti in Italia e le modalità con cui esse vengono applicate e interpretate. Inoltre verificheremo se gli incentivi che imprese e Amministrazioni fronteggiano sono coerenti con gli obiettivi perseguiti. Sarà più facile a questo punto commentare le proposte dell’Autorità e suggerire opportune modifiche e ulteriori suggerimenti, in una logica costruttiva di completamento e di affinamento.

1. Le caratteristiche degli appalti in Italia e gli incentivi delle imprese

Il problema principale della gestione complessiva degli appalti in Italia non è soltanto l’eccessiva burocrazia o la lentezza delle procedure. Peraltro queste caratteristiche, tipiche delle procedure di appalto, accumulano l’Italia a tanti altri Paesi. Quello che invece connota negativamente il nostro paese rispetto alla gestione degli appalti è la generalizzata assenza di una vera cultura del mercato, da parte del legislatore e delle stazioni appaltanti. Infatti, l’approccio esclusivamente giuridico finora seguito nell’impostazione delle norme e nella gestione delle gare, conduce a un’assenza di attenzione agli aspetti sostanziali, venendo spesso ignorati gli incentivi degli operatori a fornire beni e servizi della qualità promessa. Per esempio, l’imposizione per legge del principio di rotazione e le norme che consentono l’esclusione

automatica dell'offerta anomala prescindono completamente dalle reazioni degli operatori alla loro introduzione e conducono a danni rilevanti per l'intero sistema degli appalti.

Il punto, all'apparenza semplice, è in realtà tanto complesso quanto fondamentale: la costruzione di un sistema di regole tra loro coerenti che producano l'ottenimento degli obiettivi posti dal decisore pubblico non può prescindere dalla comprensione di come gli operatori privati e gli amministratori pubblici adattino il loro comportamento alle regole stesse. Questo è particolarmente vero quando la molteplicità di obiettivi crea palesi conflitti negli incentivi. Quindi, ad esempio, l'introduzione di una norma sulla rotazione negli affidamenti ispirata a principi sia di equità che di prudenza nel ridurre rischi di future concentrazioni di mercato produce effetti deleteri sulla qualità dei beni e servizi acquistati perché toglie al fornitore l'incentivo di assicurarsi contratti futuri attraverso la buona esecuzione dei contratti in essere. Analogamente, escludere automaticamente, ossia sulla base di una formula matematica, le offerte anormalmente basse persegue l'obiettivo di semplificare le procedure e giungere rapidamente all'aggiudicazione. Tuttavia le imprese, sapendo che le offerte anormalmente basse sono escluse automaticamente, cercheranno con offerte tra loro coordinate di predeterminare la soglia di anomalia e aumentare la probabilità che una impresa del gruppo ottenga l'aggiudicazione. Inoltre il meccanismo tende a scoraggiare offerte particolarmente aggressive nella consapevolezza che rischiano di essere escluse.

Le previsioni normative che conducono a queste storture non nascono dal caso, ma sono la diretta conseguenza di una nozione di concorrenza molto peculiare, emigrata nel diritto italiano degli appalti dall'esperienza comunitaria in materia e non dall'ormai cospicua giurisprudenza italiana e comunitaria nel diritto della concorrenza.

Il diritto comunitario degli appalti trae infatti origine dal perseguimento degli obiettivi principali dei Trattati comunitari: il rafforzamento e l'estensione delle quattro libertà fondamentali, la libera circolazione di beni, servizi, capitali e persone, volta a favorire l'integrazione tra Paesi e a facilitare l'ingresso in ciascun Stato membro delle imprese localizzate altrove. Le norme comunitarie in materia di mercato interno non intervengono direttamente sull'efficienza: in altri termini, le norme comunitarie ignorano le condizioni volte a favorire l'ottimalità dell'equilibrio del mercato e non intervengono per garantire l'efficienza degli acquisti da parte delle Amministrazioni Pubbliche.

Ciò che rileva per l'Unione europea è che in ciascun mercato nazionale la partecipazione delle imprese degli altri Stati membri non sia artificialmente impedita. In questo contesto, per giustificare un intervento comunitario non è necessario dimostrare che l'eliminazione degli ostacoli all'ingresso aumenti effettivamente l'efficienza a beneficio dei consumatori. Secondo il paradigma comunitario l'esistenza di qualsiasi vincolo, diretto, indiretto o potenziale, agli scambi comunitari è di per sé vietata. Come conseguenza di tutto questo si è quindi sviluppata nell'Unione europea una nozione di concorrenza intesa soprattutto come partecipazione al mercato, indipendente da qualsiasi giustificazione in termini di efficienza e, soprattutto identificata come l'obiettivo ultimo dei Trattati.

Non è questa la nozione di concorrenza dell'antitrust e neanche quella degli economisti. In questi ambiti si discute e si promuove la concorrenza esclusivamente in termini di rivalità tra concorrenti, non come diritto alla partecipazione al mercato. Inoltre la concorrenza non è un obiettivo ma uno strumento volto a realizzare un ambiente che fornisca alle imprese gli incentivi necessari a realizzare beni e servizi che soddisfino sempre meglio le esigenze dei consumatori. Ciò che conta è la soddisfazione degli utenti e la presenza di incentivi adeguati allo scopo. Da questo punto di vista, promuovere la partecipazione delle imprese al mercato non necessariamente conduce alla massimizzazione della soddisfazione. Per esempio, eliminare la clausola di fissazione verticale del prezzo in un contratto di distribuzione (ossia la

clausola che consente al fornitore di stabilire il prezzo al dettaglio del prodotto che esso vende al dettagliante) può aumentare il numero di concorrenti nel commercio al dettaglio, ma ridurre l'incentivo dei distributori esistenti a fornire servizi preventivi di qualità, a scapito dell'impresa fornitrice e dei consumatori. In ultima analisi promuovere la partecipazione può condurre a una riduzione, non a un aumento, del benessere complessivo¹.

Questa nozione di concorrenza come partecipazione influenza in maniera molto ampia la normativa in materia di appalti. Per esempio, uno dei principi fondamentali che il legislatore ha adottato per favorire la "partecipazione" delle imprese alle gare pubbliche è il principio di rotazione degli inviti alle gare sotto la soglia comunitaria previsto dall'art. 36 del Codice dei contratti pubblici. Certamente, attraverso il meccanismo di rotazione, si garantisce che a ogni nuova gara partecipino imprese diverse, potenzialmente anche di altri Stati membri. Tuttavia, come detto prima, così si elimina l'incentivo di ciascun fornitore che si sia aggiudicato una gara a far bene il suo lavoro. Infatti, sapendo che non potrà essere riconfermato come fornitore e neanche invitato a partecipare alla gara successiva, l'incentivo di chi si aggiudica un appalto è di fare il meno possibile, naturalmente senza incorrere in penali. Mentre infatti le penali puniscono un fornitore per aver violato alcune clausole contrattuali, la loro presenza non incentiva il fornitore a introdurre miglioramenti qualitativi che soprattutto nei servizi sono particolarmente importanti. Per questo, il poter semplicemente invitare il fornitore esistente alla gara successiva costituisce già, anche senza prevedere un premio esplicito associato alla reputazione, un forte incentivo a far bene. Il principio di rotazione ha quindi un effetto positivo sulla partecipazione delle imprese, ma riduce l'efficienza complessiva degli appalti anche considerevolmente e danneggia irrimediabilmente l'efficacia dell'azione amministrativa.

La previsione dell'obbligo di rotazione spiega meglio di ogni altro esempio l'equivoco che talvolta esiste tra concorrenza e partecipazione. Tuttavia, esistono altri casi in cui è chiaro che promuovere la partecipazione delle imprese entra in contrasto con l'efficienza e con la soddisfazione della stazione appaltante.

Si prenda ad esempio una gara del Ministero della Giustizia volta ad acquistare magliette per il personale della polizia penitenziaria: il fatto che l'Amministrazione avesse posto come base per la fornitura il campione di maglietta oggetto di una fornitura passata è stato giudicato illegittimo dal Consiglio di Stato (Sez. IV sentenza 30 maggio 2013, n. 2976). In particolare, pur potendo i concorrenti presentare campioni con migliori di funzionalità e confort, è stato ritenuto che il fatto che l'aggiudicataria avesse già fornito prodotti di foggia, colore e rifiniture identiche la avvantaggiasse di per ciò stesso, con una violazione del principio della parità di trattamento.

Tuttavia, la parità di trattamento non può essere l'unico principio di riferimento negli appalti. Se l'Amministrazione è soddisfatta della fornitura precedente deve poter continuare a beneficiare di una qualità testata, sollecitando il mercato a replicarla ed eventualmente a migliorarla. Consentire comunque un miglioramento in sede di gara (e la procedura del Ministero della Giustizia lo prevedeva), non contrasta con l'obiettivo ultimo di conseguire valore in cambio di denaro. Peraltro, questa era stata la tesi del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio che aveva rigettato l'impugnazione del bando di gara, sentenza poi ribaltata dal Consiglio di Stato. Eliminare il riferimento al passato, e ristabilire sempre una concorrenza nuova, come suggerisce il Consiglio di Stato, può favorire la partecipazione delle imprese, ma riduce gli incentivi a fornire beni e servizi di qualità e può condurre a un

¹ Per una trattazione più ampia di questi aspetti cfr. Heimler, A. (2015), "Appalti pubblici, vincoli comunitari e prassi applicative: quale spazio per gli aspetti sostanziali?", *Mercato, concorrenza e regole e*, più recentemente, Heimler, A. (2021), *Il segno più. Come riformare la regolazione a sostegno della crescita*, Luiss University Press

progressivo deterioramento qualitativo dei beni e servizi acquistati dall'Amministrazione.

Nella definizione del prodotto occorre certo evitare i finti monopoli, ma non è indispensabile perseguire un'inaccettabile riduzione della qualità. Ciò che si richiede alle Amministrazioni è di promuovere il confronto competitivo, ma non a scapito della propria soddisfazione.

Simili considerazioni valgono per come è declinata nel nostro paese l'offerta anomala. Come detto, l'obiettivo che la normativa persegue nell'individuare e poi escludere l'offerta anomala è assicurarsi che il prezzo sia sufficientemente elevato da incentivare l'impresa a completare l'opera e non lasciare l'Amministrazione senza la fornitura o senza terminare lavori già iniziati. In altre parole, la normativa evita la selezione avversa (non scegliere l'impresa che è in grado di fornire il bene alle condizioni migliori), l'azzardo morale (scegliere l'impresa più efficiente, ma incentivare comportamenti opportunistici nella fase di esecuzione del contratto) o la "maledizione del vincitore" (l'impresa che vince la gara necessariamente subirà delle perdite). Al riguardo esiste un'abbondante letteratura economica volta soprattutto a studiare quelle situazioni, tipiche soprattutto nel settore delle costruzioni, nelle quali l'offerente non conosce con certezza i costi della (futura) fornitura. In tali casi, può essere conveniente per un'impresa scommettere che le condizioni di costo si riveleranno *ex post* come favorevoli e proporre in sede di gara un prezzo particolarmente basso. Se poi queste previsioni si rivelassero sbagliate e i costi dell'opera risultassero superiori, all'impresa converrebbe provare una rinegoziazione dei termini contrattuali e non completare la fornitura come inizialmente promesso.

Ciò implica che le offerte particolarmente basse non debbano essere escluse, come peraltro argomentato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato fin dal Rapporto del 1992², ma che in questi casi debba essere richiesta alle imprese una giustificazione della loro offerta volta a verificare se nel corso della fornitura possa essere conveniente per l'impresa non completare l'opera. A maggiore garanzia, potrebbe poi essere chiesta una copertura assicurativa aggiuntiva tale da tutelare ulteriormente l'Amministrazione.

In generale, stabilire che i ricavi dell'impresa coprano i suoi costi variabili dovrebbe essere sufficiente, soprattutto considerando l'esistenza delle garanzie fideiussorie volte a garantire l'Amministrazione che effettivamente l'opera venga realizzata o la fornitura consegnata. Naturalmente, se fosse particolarmente facile per un fornitore ottenere dall'Amministrazione la rinegoziazione dei termini contrattuali, le fideiussioni risulterebbero inutili dato che, tramite la rinegoziazione, il rischio di sostenere costi superiori ai ricavi verrebbe assunto dall'Amministrazione. Pertanto, ogni rinegoziazione di un contratto di appalto dovrebbe essere soggetta a controlli particolarmente rigorosi, volti a verificare l'effettiva necessità della rinegoziazione, ossia accertando che i maggiori costi che giustificano la rinegoziazione non potevano essere effettivamente previsti *ex ante*. Il controllo andrebbe realizzato all'interno delle stazioni appaltanti o della loro Amministrazione di appartenenza e, a campione, dall'Autorità di controllo. Per le stazioni appaltanti più piccole e sprovviste delle risorse tecniche necessarie, andrebbe prevista la centralizzazione del processo di controllo ad un livello superiore in modo da ottimizzare l'uso delle risorse pubbliche.

Peraltro, un controllo rigoroso sulle rinegoziazioni si configura come un ottimo strumento nella lotta contro la corruzione. Infatti, una delle modalità più semplici per favorire un contraente che ha vinto una gara a un prezzo particolarmente basso è rassicurarlo attraverso la certezza della rinegoziazione successiva. In ogni caso, un modo per rendere ancora meno conveniente la pratica di offerte anomale è quella prevista dalla normativa di escludere dalle gare l'operatore

² Cfr. Autorità garante della concorrenza e del mercato (1992), "Appalti pubblici e concorrenza" Rapporto al presidente del Consiglio dei Ministri ex art. 24 legge 10 Ottobre 1990, n. 287, disponibile su [https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12563290035806C/0/1B26CF5A07259B0AC12578A9003E2FBD/\\$File/AS005.PDF](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12563290035806C/0/1B26CF5A07259B0AC12578A9003E2FBD/$File/AS005.PDF)

economico che è incorso in gravi errori professionali nell'esecuzione di un precedente contratto. Posto che la durata della sanzione dell'esclusione è rimessa all'ANAC e può arrivare sino a 2 anni (art. 80, comma 12, del Codice), sembra ragionevole che questo tipo di sanzione sia sufficiente come deterrente e renda quindi possibile allentare il controllo, oggi così stringente, sull'anomalia dell'offerta.

La giurisprudenza sull'anomalia delle offerte è molto ampia in Italia e mostra che anche in questo caso esiste un equivoco di fondo, ossia che le norme vengono interpretate utilizzando nozioni di equità estranee ai principi di un'economia di mercato e, peraltro, senza tenere conto dei veri obiettivi che le norme in materia di anomalia effettivamente perseguono.

Da questo punto di vista, l'orientamento espresso dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture nella determinazione n. 6 dell'8 luglio 2009 (e non modificato dall'ANAC) individua obiettivi e finalità che vanno oltre quanto necessario, suggerendo che occorre «aggiudicare l'appalto a soggetti che abbiano presentato offerte che, avuto riguardo alle caratteristiche specifiche della prestazione richiesta, risultino complessivamente proporzionate sotto il profilo economico all'insieme dei costi, rischi ed oneri che l'esecuzione della prestazione comporta a carico dell'appaltatore con l'aggiunta del normale utile d'impresa affinché la stessa possa rimanere sul mercato». In altre parole, il prezzo di aggiudicazione deve essere superiore ai costi medi totali dell'impresa e prevedere un profitto d'impresa «normale» affinché non sia anomalo, un livello del prezzo ben superiore a quello che la disciplina antitrust individua come predatorio e peraltro vietato solo per un'impresa dominante.

E l'orientamento giurisprudenziale si adegua, affermando che «un utile di impresa esiguo non denota di per sé l'inaffidabilità dell'offerta economica (v. Cons. St., Sez. IV, n. 882/2002; Tar Lazio, Sez. III, n. 7338/2004; Tar Lazio, Sez. I-bis, n. 6200/2006), (ma) è altrettanto vero che, secondo l'opinione generale, l'utile non può ridursi ad una cifra meramente simbolica». E infatti, secondo la Sezione III del Consiglio di Stato, «gli appalti debbono pur sempre essere affidati ad un prezzo che consenta un adeguato margine di guadagno per le imprese, ritenendosi che le acquisizioni in perdita porterebbero gli affidatari ad una negligente esecuzione, oltre che ad un probabile contenzioso».

Pur nella consapevolezza che «in astratto qualunque soglia minima fissata convenzionalmente in modo troppo rigido potrebbe essere opinabile [...]», il Collegio non esita ad affermare come «appare tuttavia incontrovertibile, nel caso concreto in esame, che la misura indicata [...] – pari ad appena 15.000,00 euro per l'intero triennio, rapportati ad un appalto la cui base d'asta era di euro 2.451.843,03 – sollevi più di qualche dubbio sull'affidabilità della sua offerta economica», imponendo comunque «almeno in questo caso una motivazione più accurata da parte della stazione appaltante».

La teoria economica considera invece incontrovertibile che un prezzo uguale ai costi medi variabili sia del tutto accettabile e valutazioni sull'inadeguatezza dei profitti analoghe a quelle proposte dal Consiglio di Stato sembrano più dettate dal buon senso di un padre di famiglia che da una valutazione tecnica. Non si tratta di argomenti, quelli del Consiglio di Stato, che giustificano una spesa maggiore per l'Amministrazione Pubblica.

È l'interesse dell'Amministrazione a dover essere maggiormente tutelato, non quello dei partecipanti alle gare. Proprio per questo, lo standard di riferimento che il Consiglio di Stato dovrebbe utilizzare per individuare l'anomalia è la capacità effettiva dell'impresa di coprire i propri costi variabili con il fatturato, anziché addentrarsi in ipotetiche suddivisioni dei costi

fissi e in altrettanto ipotetiche indicazioni sui livelli «equi» di profitto.³

Tuttavia particolarmente esemplificativo dello stato patologico in cui versa la regolazione del settore appalti è la possibilità dell'esclusione automatica dell'offerta anomala come meccanismo di gestione del rischio di affidabilità delle offerte. La normativa, nelle sue varie incarnazioni dal 1998 ad oggi, è stata più volte oggetto di veementi critiche per gli effetti perversi prodotti in termini di incentivi alla collusione tra le aziende, aumento dei costi d'acquisto e del ricorso al subappalto e, più in generale, causa della bassa produttività delle aziende operanti nel settore appalti in quanto fonte di una scissione tra efficienza produttiva delle aziende e probabilità di vincere gare⁴. Nonostante ciò, sistematicamente il legislatore torna a puntare sul meccanismo dell'esclusione automatica, da ultimo con la riforma del Codice del 2019, non trovando metodi migliori per rispondere all'esigenza, questa più che giustificata, di affidabilità delle offerte. Il problema della scarsa affidabilità dell'offerta deve tuttavia essere soprattutto affrontato tramite strumenti diversi, quali le sanzioni per la mancata fornitura e la possibilità di escludere da gare successive fornitori che non abbiano rispettato i contratti precedenti.

2. La segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e le proposte in materia di appalti pubblici

Il 23 Marzo 2021 l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha inviato al Presidente del Consiglio dei Ministri una segnalazione contenente numerose proposte volte a eliminare ingiustificati ostacoli all'operare dei meccanismi concorrenziali nell'economia italiana in vista dell'emanazione della Legge annuale della concorrenza per il 2021. Una parte di queste proposte riguarda il settore degli appalti pubblici. In particolare l'Autorità distingue le procedure da adottare per la realizzazione degli investimenti associati al piano comunitario "Next generation EU" e inoltre individua alcuni elementi per una riforma più strutturale del sistema degli appalti.

Come già accennato nella sezione precedente, l'obiettivo del diritto comunitario è garantire la libera circolazione di beni, servizi, capitali e persone nell'Unione europea rimuovendo le restrizioni agli scambi tra Stati Membri nelle norme e nelle prassi applicative nazionali. In materia di appalti pubblici pertanto, le direttive comunitarie si occupano solo della fase dell'aggiudicazione⁵ (perché senza l'intervento dell'Unione europea le procedure potrebbero essere strategicamente volte a favorire le imprese localizzate nello Stato Membro che bandisce la gara), lasciando alle norme nazionali il compito di stabilire le modalità attraverso le quali pianificare, eseguire e controllare gli appalti. Peraltro tutti gli aspetti amministrativi, inclusi i poteri sanzionatori, sono lasciati alla discrezionalità degli Stati membri e non rientrano nella

³ Si noti che i costi fissi sono i costi generali dell'impresa che si cerca di allocare all'appalto, ma purtroppo non esiste un metodo unico con cui effettuare questa ripartizione e quindi i risultati che si ottengono sono sempre ipotetici. Peraltro può essere conveniente per un'impresa allocare solo una minima parte (anche zero) delle spese generali sulle commesse pubbliche, per definizione caratterizzate da una domanda particolarmente elastica.

⁴ Cfr. Conley, T. e F. Decarolis, "Detecting Bidders Groups in Collusive Auctions," *American Economic Journal: Microeconomics*, Vol. 8, No. 2 May 2016, pp. 1-38; F. Decarolis, "Comparing Procurement Auctions," *International Economic Review*, Vol. 59, No. 2, pp. 391-419, May 2018; F. Decarolis, "Cronaca di un fallimento annunciato: l'impiego dell'esclusione automatica negli appalti di lavori pubblici" *Giornale di Diritto Amministrativo*, Nov, 2011, pp 1246-125.

⁵ L'interesse comunitario si estende anche all'esecuzione, ma solo nelle circostanze in cui quanto avviene in quella fase, per esempio revisioni dei termini dell'aggiudicazione, incida sulla validità dell'aggiudicazione stessa (che non risulti pertanto falsata da decisioni successivi che magari erano state già promesse prima dell'aggiudicazione all'impresa "amica").

giurisdizione comunitaria. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato suggerisce di "sospendere temporaneamente l'applicazione del codice dei contratti pubblici", sia pure solo per gli appalti previsti per la realizzazione degli obiettivi perseguiti dai fondi europei del *Next Generation EU*. L'Autorità propone al riguardo di sostituire il codice con le "direttive europee del 2014 in materia di gare pubbliche, (ma) con le dovute integrazioni" laddove le direttive comunitarie non siano direttamente applicabili. Il problema, come si argomenta in seguito, è che le integrazioni da effettuare sarebbero enormi.

L'Autorità elenca nella segnalazione alcune previsioni, per esempio in materia di subappalto o di avvalimento in cui le norme nazionali hanno effettivamente imposto vincoli ulteriori rispetto a quelli esistenti nelle direttive del 2014 e che, peraltro, sono già oggetto di un contenzioso comunitario e che verranno descritte nei successivi paragrafi. Inoltre l'Autorità suggerisce di eliminare la previsione per cui il peso dell'offerta economica, nel caso di offerta economicamente più vantaggiosa, non possa superare i 30 punti, misura questa introdotta dal Correttivo al Codice dei contratti pubblici del 2017⁶. L'Autorità propone anche di vietare il ricorso all'esclusione automatica delle offerte anomale, di eliminare l'obbligo di porre a gare il progetto esecutivo (e non, invece, il progetto definitivo). Infine, l'Autorità suggerisce di eliminare i vincoli attualmente esistenti a bandire gare al prezzo minimo, per esempio per i servizi ad alta intensità di mano d'opera, e che non trovano riscontro nel diritto comunitario.

Sono tutte proposte da accogliere positivamente, ma sarebbe molto più opportuno intervenire su queste poche previsioni normative disallineate rispetto alla normativa comunitaria, ma non per questo necessariamente causa di ritardi nella gestione degli appalti pubblici italiani, piuttosto che cancellare un intero codice in cui le previsioni non pertinenti all'aggiudicazione sono di gran lunga prevalenti.

Se infatti seguendo il suggerimento dell'Autorità, l'applicazione del Codice dei contratti pubblici venisse sospesa (e bene ha fatto il Decreto legislativo 31 Maggio 2021, n.77 a non seguirlo), le norme procedurali in esso contenute e relative alla gestione delle varie fasi dell'appalto (aggiudicazione, esecuzione, controllo) nonché agli aspetti sanzionatori dovrebbero tutte essere reintegrate. Praticamente per evitare il blocco totale degli appalti, il codice andrebbe riproposto pressoché identico. Uscito dalla porta il codice rientrerebbe quindi in pieno dalla finestra, ma dopo un enorme lavoro di rilettura e ricostituzione. Riteniamo quindi che l'impianto del codice debba essere mantenuto intatto, modificando soltanto le previsioni individuate dall'Autorità e, peraltro per tutti gli appalti, non solo per quelli associati alla realizzazione degli investimenti previsti nel piano comunitario.

Oltre agli interventi immediati, l'Autorità individua poi alcuni elementi per una riforma più complessiva del settore degli appalti che in parte si sovrappongono a quelli già individuati ma che coinvolgono più direttamente la sfera degli incentivi degli amministratori pubblici coinvolti. Innanzitutto l'Autorità suggerisce che il responsabile della procedura di appalto sia responsabile del danno erariale solo nel caso di dolo, ossia quando la violazione procedurale produce risultati (sfavorevoli per l'Amministrazione) esplicitamente voluti da chi li pone in essere. Inoltre, l'Autorità auspica che sia data attuazione agli articoli del codice che prevedono l'identificazione di criteri per pervenire a una generalizzata classificazione delle Amministrazioni Pubbliche in relazione al grado di complessità degli appalti che esse sono

⁶ Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56 "Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50."

autorizzate a gestire. Infine, l’Autorità individua il bisogno di promuovere e accelerare il processo di transizione verso la transizione digitale dei processi inerenti alle gare pubbliche.

In generale si tratta di proposte in gran parte condivisibili. Tuttavia alcune meriterebbero specificazioni alternative e alcune altre andrebbero aggiunte.

3. Come riformare il settore degli appalti per assicurare procedure più veloci e più efficaci

Nella Segnalazione, l’Autorità non si occupa in maniera esplicita degli appalti di valore inferiore alle soglie comunitarie e per le quali il diritto comunitario non si applica. Per rendere queste procedure più efficaci andrebbe abolito il principio di rotazione degli inviti ed eliminate le previsioni che consentono l’esclusione in automatico dell’offerta anomala (peraltro quest’ultimo aspetto è effettivamente richiamato anche dall’Autorità). Al loro posto, la via più semplice per evitare che l’eliminazione dell’esclusione automatica si traduca o in affidamenti a prezzi irrealistici o in un severo aggravio per le Amministrazioni nella gestione del processo in contraddittorio di valutazione dell’anomalia sarebbe quello in una fase iniziale di centralizzare questo processo, ad esempio a livello delle centrali d’acquisto regionali che dovrebbero terminarlo in tempi rapidi. In un’ottica più di lungo periodo, invece, la soluzione migliore è quella legata ad un doppio binario: una premialità legata alla buona esecuzione contrattuale per gli appalti ripetuti nel tempo (c.d., rating dei fornitori) e un rafforzamento del sistema delle garanzie finanziarie ed assicurative per quelli in cui la scarsa frequenza di gare non permette l’individuazione di un rating fornitori affidabile.

Rispetto alle proposte dell’Autorità, innanzitutto è più che condivisibile la proposta di abolire il vincolo introdotto dal correttivo al Codice dei contratti pubblici del 2017⁷ che il peso massimo della parte economica nell’offerta economicamente più vantaggiosa non possa superare 30 punti sui 100 complessivamente previsti. La misura contenuta nel Correttivo traeva probabilmente origine dall’errata convinzione che ridurre il peso della parte economica riduce sempre l’importanza del prezzo nella scelta dell’offerta migliore. In realtà non è così e il peso della parte qualitativa, imposto appunto a un livello mai inferiore a 70/100, dovrebbe più o meno riflettere l’importanza relativa che riveste il costo di fornire questa qualità addizionale rispetto al valore complessivo di quanto posto a gara.

Peraltro, se è vero che per alcune prodotti o servizi le proposte dei partecipanti possono effettivamente essere molto diverse tra loro in relazione alle caratteristiche qualitative dei prodotti o servizi che essi intendono fornire ed è quindi relativamente facile nel bando stabilire come articolare i 70 punti dell’offerta tecnica, per altri prodotti/servizi più omogenei, non solo è difficile individuare caratteristiche così importanti da assegnare loro 70 punti, ma la stazione appaltante rischia che tutti i partecipanti ottengano il medesimo punteggio nella parte tecnica e quindi la gara comunque verrebbe aggiudicata sulla base dell’offerta economica. Assegnare 70 punti a caratteristiche irrilevanti non riduce affatto il peso del prezzo, anzi lo esalta. Peraltro, essendo le stazioni appaltanti costrette a “inventarsi” un confronto molto articolato sulla qualità, si rischia che individuino caratteristiche che incidono quasi per nulla sulla qualità effettiva dell’offerta, ma individuino un concorrente che “casualmente” possessa quella

⁷ Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56 “Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.”

ricercata⁸. Eliminare il vincolo dei 30 punti massimi all'offerta economica è quindi una proposta totalmente condivisibile.

In materia di subappalto l'Autorità suggerisce di mantenere quanto previsto dalle direttive comunitarie che consentono agli Stati membri di imporre all'aggiudicatario di informare le stazioni appaltanti della parte di lavori/forniture che intendono demandare ad altri e anche imporre obblighi informativi sull'identità dei sub-appaltatori. Ciò che è in contrasto con il diritto comunitario è l'imposizione di una quota massima del valore dell'appalto suscettibile di essere sub-appaltata. L'articolo, comma 18 del decreto-legge n. 32/2019⁹ prevede infatti che il sub-appalto non possa "superare la quota del 40 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture". Eliminare questo vincolo è ciò che suggerisce l'Autorità e, sebbene la proposta sia da vedere con favore, è utile sottolineare una qualifica importante per calare la normativa sui subappalti nel contesto italiano. È noto e documentato tanto in casi di cronaca giudiziaria quanto in studi scientifici recenti che i subappalti sono spesso associati al rischio di fenomeni corruttivi, se non addirittura al rischio di infiltrazioni criminali: le imprese possedute o amministrate da soggetti sotto indagine per reati di corruzione concedono in subappalto una fetta più ampia degli appalti ottenuti e scelgono per questi subappalti principalmente ditte a loro volta possedute o amministrate da altri soggetti sotto indagine per reati di corruzione.¹⁰ Il rischio di fenomeni corruttivi è insito nella natura dei contratti pubblici che, necessariamente, sono gestiti da amministratori pubblici che operano acquisti non per loro stessi ma come agenti della collettività. Pertanto, non è sbagliato che la normativa sugli appalti sia modulata anche in base al rischio di corruzione e quindi che, nello specifico, possano esistere in Italia norme più restrittive sui subappalti rispetto ad altri paesi europei dove tale rischio è più basso. Tuttavia, l'evidenza empirica più completa ed aggiornata non sembra indicare che il rischio di fenomeni corruttivi negli appalti pubblici sia generalmente alto ed è, invece, vero che esistono aree del paese dove tale rischio è marcatamente più alto che in altre. Pertanto, una soluzione auspicabile sarebbe quella di modulare la rigidità della normativa sui subappalti a misure oggettive di rischio di corruzione. Esiste una tradizione giuridica a riguardo legata alla formulazione nelle leggi regionali sugli appalti di norme più o meno rigide in materia di subappalti a seconda del rischio presente nella specifica regione e questa sembra quindi una via percorribile.¹¹ In aggiunta, data la maggior concentrazione dei rischi di corruzione nelle procedure di affidamento meno competitive, si potrebbero associare solo a queste procedure i limiti più stringenti per il subappalto. Ad esempio, questo dovrebbe essere il caso per le procedure negoziate dove il numero di invitati è particolarmente esiguo oppure per quelle senza previa pubblicazione del bando.

Il rischio di corruzione è stato plausibilmente quello che ha ispirato nella stesura del Codice appalti del 2016 il divieto di ricorrere all'appalto integrato. Questa rigidità, tuttavia, ha causato difficoltà sia alle Amministrazioni, richiedendo una capacità di produrre progetti esecutivi di elevata qualità che non tutte hanno, sia alle imprese che, specialmente per gli appalti più complessi, beneficiano della possibilità di adattare il progetto esecutivo alla loro specifica tecnologia produttiva. L'Autorità suggerisce di consentire la possibilità di bandire gare sulla

⁸ Per esempio se assegno punti per pietrastrada a chilometro zero, do un vantaggio a chi possiede la cava in zona senza in vero ed effettivo impatto sulle condizioni ambientali, essendo l'inquinamento soprattutto prodotto in fase di carico e scarico e molto meno durante il trasporto.

⁹ Decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici", convertito con modificazioni dalla legge 14 giugno 2019, n. 55.

¹⁰ Si veda Decarolis, F., R. Fisman, P. Pinotti e S. Vannutelli (2020), Rules, Discretion, and Corruption in Procurement: Evidence from Italian Government Contracting, *NBER Working Paper 28209*.

¹¹ Per i dettagli sulla normativa regionale si veda F. Decarolis e C. Giorgiantonio (2015) Local public procurement regulations: The case of Italy, *International Review of Law and Economics*, 43, pp209-226.

base del progetto definitivo, il che è effettivamente previsto dalle direttive comunitarie, ma un suo esteso utilizzo determina significativi effetti negativi sulla concorrenza e sul prezzo di aggiudicazione. La differenza fra progetto definitivo ed esecutivo è il livello di dettaglio, con il progetto esecutivo che, ai sensi dell'articolo 23 del Codice, "determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare, il relativo costo previsto, il cronoprogramma coerente con quello del progetto definitivo, e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale che ogni elemento sia identificato in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo". In altre parole col progetto esecutivo le imprese sanno esattamente su cosa competono, mentre con il progetto definitivo esistono numerosi ambiti di incertezza e la concorrenza può quindi risultare falsata in termini della specificità relativa delle offerte presentate. Quale è la soluzione ideale? La letteratura economica a riguardo, sviluppata soprattutto da Patrick Bajari e Steven Tadelis partendo dalla letteratura sui "contratti incompleti" è chiara nel sostenere che non esiste una soluzione ideale ma che questa dipende dal contesto: mettere a gara il progetto esecutivo è ottimale per gli appalti più semplici, dove la produzione di un progetto esecutivo è ottenibile senza incorrere in costi troppo elevati, mentre può essere preferibile mettere a gara il progetto definitivo, potenzialmente attraverso procedure più flessibili come il dialogo competitivo, per quelle tipologie di appalti dove la complessità del lavoro o servizio o l'elevata specificità tecnica rendono difficile per l'Amministrazione specificare ex ante i dettagli del progetto. In sostanza, possiamo leggere questa raccomandazione della letteratura come un invito a tornare a quelle che erano le previsioni sull'appalto integrato precedenti alla riforma del 2016. Inoltre, possiamo aggiungere che se, come afferma l'Autorità, il problema che si cerca di risolvere sono le difficoltà amministrative delle stazioni appaltanti più piccole nel redigere i progetti esecutivi, è anche opportuno cercare di aiutarle a colmare queste difficoltà con linee guida, con la formazione e con l'esperienza.

Inoltre l'Autorità suggerisce di limitare la responsabilità erariale del responsabile di un procedimento di appalto all'esistenza di dolo, ossia in quelle situazioni in cui, ad esempio, il funzionario pubblico ha la precisa intenzione di escludere ingiustificatamente un concorrente dalla gara¹². L'obiettivo dell'Autorità sembra essere quello di rendere più rapide le procedure evitando ritardi e sospensioni in autotutela, la così detta amministrazione difensiva.¹³ Nel caso di impugnazione di un provvedimento di aggiudicazione infatti, temendo di essere poi accusato di danno erariale per aver ingiustificatamente escluso un'offerta migliore di quella poi scelta, il responsabile del procedimento generalmente sospende in autotutela la procedura attendendo l'esito del giudizio di merito di fronte al giudice amministrativo. Se il giudice effettivamente annullasse la procedura eventualmente sospesa in autotutela, l'Amministrazione ne bandirebbe un'altra, ma non ci sarebbe alcun danno da risarcire.

Se in presenza di un'impugnazione il danno erariale fosse configurabile solo nel caso di dolo, non ci sarebbe ragione di sospendere la gara in autotutela. Se al momento del giudizio di merito l'appalto fosse ancora in corso di esecuzione, il giudice annullerebbe comunque la procedura. La gara andrebbe quindi ribandita, con evidenti ritardi per la conclusione completa dell'appalto in tempi ragionevoli. Tuttavia, quando il giudice non ritiene di dover egli stesso ordinare la sospensione della procedura (il che avviene quando l'errore commesso è immediatamente evidente ed è particolarmente grave), meglio sarebbe impedire al giudice amministrativo di annullare una procedura e prevedere semplicemente la possibilità del risarcimento del danno dell'impresa ingiustificatamente esclusa. La proposta dell'Autorità andrebbe quindi

¹² Cfr. al riguardo, Heimler, A. (2021), "Il Segno più. Come riformare la regolazione a sostegno della crescita", Roma: Luiss University Press.

¹³ Si veda, Decarolis, F. e Battini, S. "L'amministrazione si difende," *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* (2019), e, degli stessi autori, "Indagine sull'Amministrazione Difensiva," *Rivista Italiana di Public Management - Studi e Proposte per Innovare la Pubblica Amministrazione* (2020).

accompagnata da una previsione che consenta al giudice amministrativo (e non al giudice ordinario per evitare rimbalzi di giurisdizione) di stabilire l'ammontare del risarcimento dovuto all'impresa ingiustificatamente esclusa da una gara. Ciò comporta naturalmente anche una valutazione della stessa necessità di un risarcimento. Per esempio, se l'impugnazione fosse basata sul fatto che l'offerta dell'aggiudicatario fosse stata anomala e se al momento del giudizio sull'eventuale risarcimento l'aggiudicatario avesse già completato l'opera o consegnato la fornitura alle condizioni stabilite in sede di gara, non ci sarebbe alcun danno da risarcire (visto che le norme sull'offerta anomala hanno l'obiettivo di escludere imprese che magari non troverebbero conveniente completare la fornitura). In pratica questo cambiamento di prospettiva renderebbe più evidente che nelle procedure di appalto (e anche nel contenzioso a esse connesso) viene perseguito l'interesse dell'Amministrazione, non quello delle imprese a partecipare alla gara.

Eccetto che per il caso di dolo, l'Amministrazione appaltante sarebbe pertanto responsabile dell'onere di risarcire un eventuale danno subito dal ricorrente. Il funzionario responsabile verrebbe poi "punito" in termini di mancata progressione di carriera.

Infine, l'Autorità auspica che sia data attuazione agli articoli del codice che prevedono l'identificazione di criteri per pervenire a una generalizzata classificazione delle Amministrazioni Pubbliche in relazione al grado di complessità degli appalti che esse sono autorizzate a gestire. La proposta è totalmente condivisibile e l'esperienza pregressa indica che Consip e e, più in generale, l'impiego di centrali di committenza producono benefici sostanziali sugli acquisti pubblici. Tuttavia, preoccupa oggi il proliferare di centrali di committenza che si dotano di piattaforme informatiche diverse e tra loro non comunicanti rendendo quindi uno dei pilastri della riforma della PA, la digitalizzazione, una fonte di barriere all'ingresso piuttosto che non di apertura mercato e di semplificazione delle procedure.

Inoltre, la qualificazione delle stazioni appaltanti andrebbe necessariamente accompagnata da una parallela classificazione dei fornitori, così da poter escludere fornitori particolarmente poco attenti alla qualità e al rispetto delle clausole contrattuali. La direttiva comunitaria prevede all'articolo 101 infatti che le stazioni appaltanti possano generalmente escludere dalla gara imprese che in occasione dell'esecuzione di precedenti appalti pubblici abbiano gravemente mancato relativamente a "obblighi sostanziali, per esempio mancata fornitura o esecuzione, carenze significative del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto o comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico". Viceversa, "lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali. Tuttavia, casi ripetuti di lievi irregolarità possono far nascere dubbi sull'affidabilità di un operatore economico che potrebbero giustificare l'esclusione".

Nel Codice dei contratti pubblici il legislatore italiano ha ritenuto di non seguire completamente l'apertura comunitaria al criterio della reputazione. Invece di consentire l'esclusione per numerose lievi irregolarità, il Codice all'articolo 80, comma 5 prevede l'esclusione solo se l'impresa si è resa colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, un evento molto più raro ed eccezionale delle numerose lievi irregolarità previste dalla direttiva. È chiaro che la norma italiana garantisce più di quella comunitaria che un'impresa di un altro Stato membro non venga esclusa ingiustificatamente, e quindi non è in contrasto con lo spirito delle direttive comunitarie e del mercato interno. Tuttavia, da un punto di vista sostanziale, la norma non incentiva la qualità delle forniture quanto potrebbe, e si pone quindi in contrasto con i principi di qualità e di efficienza che dovrebbero essere perseguiti da una normativa nazionale.

Il Codice prevede all'articolo 83, comma 10, il sistema del rating d'impresa sia pure limitatamente ad alcuni aspetti, quali il rispetto dei tempi di consegna e dei costi pattuiti in sede di gara, il mancato ricorso al soccorso istruttorio e l'assenza litigiosità. Esso andrebbe esteso a comprendere soprattutto la soddisfazione delle stazioni appaltanti come elemento principale di valutazione dell'operato delle imprese. Un rating d'impresa inferiore a un determinato punteggio dovrebbe comportare l'esclusione dalle gare. Questo tipo di sistema ben si presta al tipo di monitoraggio dettagliato della performance dei fornitori che dovrebbe essere uno degli aspetti innovativi che la digitalizzazione può introdurre nel settore appalti. Lascia ben sperare l'esperienza dei paesi anglosassoni che già da metà degli anni '90 hanno rivisto con successo i loro sistemi di appalti pubblici alla luce dell'impiego sistematico di meccanismi di rating dei fornitori come caposaldo della scelta dei contraenti privati. Da quelle esperienze, tuttavia, è fondamentale apprendere come questo tipo di riforme così radicali necessitino di una loro introduzione graduale e in via sperimentale per poter al meglio disegnare attraverso regolamenti emanati dall'Autorità di settore quei dettagli che definiscono in modo cruciale la "messa a terra" della riforma garantendone il successo.

4. Conclusioni

Prendendo spunto dai suggerimenti in materia di riforma del Codice dei contratti pubblici che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha inviato al Presidente del Consiglio dei Ministri nel marzo 2021, questo saggio ha proposto sia una disamina di questi suggerimenti che alcune proposte aggiuntive. Nell'immediato, ci sembra opportuno il suggerimento di intervenire con interventi-tampone per una più efficiente gestione degli appalti per la realizzazione degli investimenti del piano comunitario *Next Generation EU*, ma senza ipotizzare un completo congelamento dell'attuale Codice dei contratti pubblici e la sua sostituzione con il dettato della direttiva europea appalti. Infatti, questo scenario richiederebbe l'adozione di molteplici norme per regolare le fasi dell'appalto diverse rispetto a quella dell'aggiudicazione su cui si concentra la direttiva con il rischio che ciò possa ulteriormente rallentare gli investimenti pubblici.

Relativamente alle proposte dell'Autorità, sono condivisibili sia le proposte più generali che molte di quelle più specifiche. In particolare, nel primo gruppo rientrano sia quelle miranti a promuovere un approccio meno focalizzato sulla regolazione *ex ante* e più sul controllo *ex post*, sia quelle volte a considerare gli incentivi e la competenza degli amministratori pubblici contrastando le cause di comportamenti di burocrazia difensiva e promuovendo la specializzazione delle competenze attraverso la qualificazione delle stazioni appaltanti.

Riguardo alle proposte specifiche, è importante agire su molti dei fronti segnalati dall'Autorità e in particolare sull'eliminazione del tetto ai punti prezzo nelle aggiudicazioni all'offerta economicamente più vantaggiosa e sulle riforme della normativa sui subappalti e sull'esclusione automatica delle offerte anomale. Tuttavia, in entrambi questi ultimi due casi, non sembra auspicabile una semplice eliminazione delle norme relative, piuttosto serve una riforma più sofisticata. Quindi, nel caso dei subappalti, l'abbassamento dei vincoli deve essere modulato rispetto ai rischi di corruzione. In pratica, questo si può tradurre in limiti ai subappalti differenziati tra regioni oppure legati alle procedure di aggiudicazione, ad esempio limiti meno stringenti quando le aggiudicazioni sono plausibilmente competitive in quanto basate su procedure ordinarie. Nel caso dell'esclusione automatica, invece, il suo superamento si deve accompagnare a riforme che permettano comunque di garantire l'affidabilità delle offerte, ad esempio attraverso la centralizzazione in stazioni appaltanti qualificate del processo di valutazione in contraddittorio dell'anomalia delle offerte oppure con un rafforzamento del

sistema delle garanzie a corredo dell'offerta. Similmente, la raccomandazione relativa alla reintroduzione della possibilità di ricorrere all'appalto integrato formulata dall'Autorità andrebbe comunque limitata a quei casi di appalti particolarmente complessi o innovativi dove l'amministrazione non potrebbe produrre progetti esecutivi, se non con significativi aggravii di costo. Da ultimo, tra le riforme non menzionate nel documento dell'Autorità ma che, invece, meriterebbero un rapido intervento legislativo c'è il superamento dell'obbligo di rotazione negli inviti e nelle aggiudicazioni che si scontra in modo lampante con quello che il Codice dovrebbe invece assicurare, ovvero allineare gli incentivi dell'impresa aggiudicatrice a quello della stazione appaltante e promuovere così un'esecuzione contrattuale di elevata qualità.

Infine, andando oltre le specifiche raccomandazioni di singole riforme, la tesi fondamentale di questo saggio è che nella normativa appalti italiana vi sia un vizio di fondo che nasce da una nozione di concorrenza molto peculiare e mutuata dall'approccio delle direttive appalti europee che si sono susseguite negli anni. Secondo questa accezione, la concorrenza è intesa come diritto alla partecipazione al mercato, e non, invece, come rivalità tra concorrenti. Il saggio ha illustrato con molteplici esempi concreti le distorsioni e i paradossi prodotti da una visione della concorrenza intesa come diritto alla partecipazione. Questi problemi sono plausibilmente all'origine del perché il sistema di regole che governa gli appalti pubblici sia così profondamente instabile con riforme nell'ordinamento italiano tanto frequenti quanto poco risolutive. La proposta di fondo di questo saggio è quindi una riforma organica che si basi sul perseguimento di un obiettivo chiaro, il conseguimento di "valore in cambio di denaro," e che per raggiungerlo sfrutti le potenzialità della concorrenza tra imprese intesa nel suo senso ortodosso di sana rivalità tra concorrenti.