

Sara Valaguzza

PROCURING FOR VALUE
GOVERNARE PER CONTRATTO

CREARE VALORE ATTRAVERSO
I CONTRATTI PUBBLICI

INDICE

<i>Prefazione</i> , di Michele Corradino	9
--	---

INTRODUZIONE

1. Come creare valore attraverso i contratti pubblici: premessa	15
2. Governare per contratto: il significato del titolo	18
3. Dalla crisi si rinasce	23

PARTE I

Capitolo I PERCHÉ L'AMMINISTRAZIONE È INEFFICIENTE

1. La cattiva amministrazione: da pregiudizio a giudizio	27
2. Le più comuni reazioni alla cattiva amministrazione	31
2.1. L'amministrazione è inefficiente perché trascura la <i>performance</i> : privatizzazione, pan-pubblicismo o nessuno dei due?	34
2.1.1. Possibili obiezioni alle teorie del <i>public management</i>	38
2.2. L'amministrazione è inefficiente perché è formalista. Il dilemma <i>goals versus constraints</i> . Il delicato equilibrio tra rispetto della forma ed esigenze di sostanza	41
2.2.1. La prevalenza fatale dei <i>constraints</i> nel mondo pubblico	45

Capitolo II
PERCHÉ LE COMMITTENZE PUBBLICHE
SONO INEFFICIENTI

1. Le committenze pubbliche sono inefficienti per via della iper-regolazione	57
2. Conseguentemente per via della prevalenza dei <i>goals</i> sui <i>constraints</i>	63
2.1. Segue: i <i>goals</i> nel mercato dei contratti pubblici. La logica del <i>procuring for value</i>	67
3. Le committenze pubbliche sono inefficienti per via del fenomeno della corruzione	69
4. Percorsi di approfondimento	74

PARTE II

Capitolo III
COME SI PRESENTA IL MERCATO
DEI CONTRATTI PUBBLICI IN ITALIA

1. Oggetto del capitolo	79
2. La riforma dei contratti pubblici del 2016, il profluvio di obiettivi e la difficoltà di perseguirli	80
2.1. I principi guida contenuti nella legge delega e il loro svilimento nella iper-regolazione della legislazione delegata	81
3. Perché il mercato dei contratti pubblici è iper-regolato	88
3.1. Il primo fattore: l'esibizionismo politico	89
3.2. Il secondo fattore: la necessità di legittimare l'introduzione di nuovi organismi pubblici e dei poteri anche regolatori a loro affidati	91
3.3. Il terzo fattore: il tentativo di ridurre gli abusi	93
3.4. Il quarto fattore: l'effetto della cultura paternalistica	94
4. Le conseguenze della iper-regolamentazione	

nel mercato dei contratti pubblici. Quando la cura è peggiore del male	95
5. La conflittualità come conseguenza della iperregolazione	104
6. Le asperità della fase esecutiva dei contratti pubblici	109

Capitolo IV PERCHÉ IL MERCATO DEI CONTRATTI PUBBLICI È STRATEGICAMENTE INADEGUATO

1. La carenza di strategia: un'occasione da riconquistare	119
2. Effetti negativi della logica dei <i>constraints</i> all'italiana	122
3. Mancanza di pragmatismo	125
4. La debolezza della dirigenza pubblica e la difficoltà del cambiamento	127

Capitolo V COME USCIRE DALLA CRISI DI EFFICIENZA DEL MERCATO DEI CONTRATTI PUBBLICI

Premessa	134
1. La prima direttrice della riforma Governare per contratto: declinare la strategia per obiettivi. Creare valore pubblico nella prospettiva <i>goals first</i>	136
1.1. La tutela della concorrenza e la corretta gestione del denaro pubblico come obiettivi formali e non qualificanti	139
1.2. Gli obiettivi collaterali: essenzialità nell'ambito della riforma Governare per contratto	145
1.2.1. Come individuare gli obiettivi so-	

	stanziali. Che cosa significa e che cosa comporta individuare un obiettivo	146
	1.2.2. Come si misurano gli obiettivi	151
2.	La seconda direttrice della riforma Governare per contratto: articolare l'esigenza di flessibilità	156
	2.1. La flessibilità nella regolazione: la previsione di norme strategiche di direzione. La regola della deroga	157
	2.1.1. L'illusione di chiarezza, esaustività ed opportunità del sistema regolatorio	160
	2.2. La regolazione flessibile affidata all'Autorità Anticorruzione e il <i>nudging</i>	164
	2.2.1. <i>Nudging</i> pubblico <i>versus</i> pubblico come strumento per una reale flessibilità nel campo della regolazione dei contratti pubblici	171
	2.2.2. Gratificazione <i>versus</i> stigmatizzazione	173
	2.2.3. La dimostrazione sintetica dei pro e dei contro	177
	2.2.4. Lo spostamento del baricentro per un modello efficiente di regolazione flessibile: dai comandi agli obiettivi	180
3.	Terza direttrice della riforma Governare per contratto: l'ingegnerizzazione dei processi e dei contratti	184
	3.1. L'utilizzo dei metodi e degli strumenti digitali: il <i>Building information modelling</i>	189
	3.2. L'importanza del contratto e la logica dell'alleanza. La via degli accordi collaborativi e il <i>Framework Alliance Contract - FAC-1</i>	196

Introduzione

SOMMARIO: 1. Come creare valore attraverso i contratti pubblici: premessa – 2. Governare per contratto: il significato del titolo – 3. Dalla crisi si rinasce.

1. *Come creare valore attraverso i contratti pubblici: premessa*

Questo libro è sulla domanda pubblica, ossia su quel decisivo momento in cui l'amministrazione si rivolge al mercato degli operatori economici potenzialmente interessati richiedendo loro offerte per ottenere determinate prestazioni di interesse comune. La regola generale vuole che ciò avvenga per il tramite di una procedura regolata per legge, detta di evidenza pubblica, nella quale imparzialità e concorrenza sono garantite¹.

Nel decidere come formulare la propria richiesta al mercato, che cosa valutare e che cosa pretendere dai concorrenti, il soggetto pubblico può essere protagonista di iniziative che indirizzano e guidano la crescita del Paese. Se, ad esempio, si premiano i candidati capaci di proporre tecnologie innovative, impegnati nella ricerca, occupati in progetti di tutela e promozione dei lavoratori o dell'ambiente, in quelle direzioni le imprese sono indotte ad investire.

In questo senso, riteniamo che le procedure di evidenza pubblica ed i contratti che ne derivano sia-

no fondamentali strumenti di governo dell'economia e della politica industriale, al pari della legge e degli atti di regolazione. Potremmo dire che Governare per contratto significa governare dal basso, perché, nel caso dell'affidamento di contratti di cui sia parte un'Amministrazione, l'iniziativa sorge dalla necessità di far fronte a precise esigenze che derivano dalle peculiarità dei casi concreti; mentre con gli atti di regolazione si governa dall'alto, cioè, disegnando a livello astratto un quadro generale, a prescindere da specifici bisogni individuali.

In questa ricerca, che ha il carattere dello studio giuridico, non ci occuperemo di indagare il rapporto tra domanda pubblica e maggiori investimenti da parte delle istituzioni². Il percorso in cui vogliamo impegnarci è un altro: senza nascondere l'inefficienza che spesso connota l'azione amministrativa, il nostro intento è proporre delle linee di indirizzo per una riforma del mercato dei contratti pubblici che permetta di acquisire maggiore consapevolezza delle opportunità in gioco e di mettere in campo strategie capaci di valorizzare l'iniziativa dei pubblici funzionari, rendendoli protagonisti e responsabili di un nuovo ciclo di vita del settore.

In tale ottica, si auspicherà un'inversione delle attuali tendenze che penalizzano le modalità di esercizio del potere amministrativo discrezionale in quanto espressione di valutazioni soggettive dell'agente, in ragione di un pregiudizio negativo meramente ideologico che oramai pervade il sistema normativo nel suo complesso. Risulterà di contro opportuno, per le numerose ragioni che saranno esposte nel prosieguo,

che l'esercizio dei poteri discrezionali, in materia di procedura di gara e contratti pubblici, sia mantenuto e che anzi sia valorizzato, non avversato. L'utilizzo ampio e coscienzioso della discrezionalità amministrativa consentirebbe, infatti, di prendersi adeguatamente in carico le esigenze peculiari dei diversi casi concreti, senza soccombere sotto il peso di un sistema normativo burocratico e formalista, troppo spesso rigido e a volte mal concepito, e di far emergere idee utili e innovative.

Ecco perché la sostituzione del giurista con figure formatesi nelle scienze matematiche e tecniche, talora auspicata nelle riflessioni dedicate a migliorare l'efficienza dell'Amministrazione non apparirà una buona soluzione; siamo però dell'idea che la trasversalità delle professionalità impiegate nell'organizzazione pubblica possa creare virtuose sinergie e, tramite esse, valore aggiunto. Nella prospettiva della riforma che verrà illustrata, il giurista – si badi, non il burocrate – ossia l'interprete del diritto e il creatore di procedure e contratti, assumerà un ruolo rilevante, sebbene non isolato e indipendente. Non va dimenticato infatti che, mantenendo il connotato discrezionale dell'azione amministrativa, le norme di funzionamento del mercato dei contratti pubblici, pur richiedendo spesso la conoscenza di diverse discipline – da qui, appunto, l'esigenza di trasversalità che si è appena riconosciuta – sono regole di azione del potere amministrativo e, pertanto, per essere correttamente intese ed applicate richiedono la perizia e la tecnica di coloro che abbiano dimestichezza con la scienza giuridica.

2. *Governare per contratto: il significato del titolo*

Government by contract è una espressione utilizzata dagli studiosi americani per indicare il fenomeno che noi definiamo con il termine esternalizzazione, *contracting out* o *outsourcing*, ossia la vicenda dell'affidamento a soggetti privati, tramite contratti, di compiti pubblici o di attività svolte nell'interesse di organismi pubblici.

La dimensione rilevante assunta oggi dall'*outsourcing*, come risposta a bisogni di interesse generale e dunque come frequente alternativa all'intervento diretto degli enti pubblici nell'economia, ha fatto nascere, dovunque, riflessioni specifiche della dottrina ed ha sollecitato il dibattito giuridico, in particolare, sui criteri per la selezione del miglior offerente e sulla capacità dei soggetti pubblici di gestire relazioni contrattuali complesse³.

Le ricerche condotte per il lavoro di cui qui si espongono i principali risultati hanno dimostrato che, nei diversi ordinamenti considerati, le problematiche affrontate sono simili e che, nonostante le risposte fornite siano eterogenee, esse sono guidate da una *ratio* comune oltre ad essere spinte dalla medesima intenzione, cioè dalla necessità di dotare il settore dei contratti pubblici di procedure e strumenti che migliorino l'efficienza dell'azione amministrativa e l'appropriatezza della domanda pubblica, con conseguente aumento della qualità della risposta ai bisogni della comunità amministrata.

La tesi che si vuole esporre in questo libro è che, a fronte dell'inevitabile ampliamento degli ambiti

interessati da procedure di evidenza pubblica, l'amministrazione, se vuole essere protagonista di iniziative volte, direttamente o indirettamente, alla crescita economica e sociale, deve riconoscere il (partire dal) ruolo essenziale del contratto, come veicolo di governo (dal basso) della cosa pubblica e come strumento capace di creare valore (pubblico) aggiunto.

È nostra convinzione, inoltre, che le committenze pubbliche, per esercitare degnamente la missione istituzionale loro affidata, debbano cogliere l'opportunità di guidare gli operatori economici in maniera che diventino, essi stessi, intelligenti promotori di progresso ed innovazione, sia attraverso la stesura di regole di gara orientate da precise prospettive per lo sviluppo dell'economia, sia tramite una disciplina contrattuale foriera di collaborazione e capace di far emergere positività in luogo di estenuanti conflitti. Se procedesse in tale modo, il mercato dei contratti pubblici diverrebbe il conduttore più adatto per una crescita reale nel campo tecnologico, dei diritti umani e dello sviluppo sostenibile. Crescita reale che oggi è rallentata, se non impedita, dalla concorrenza di diversi fattori, tra cui: l'assenza di una pianificazione a medio e lungo termine degli obiettivi collaterali che, anche attraverso la domanda pubblica, si vorrebbero raggiunti, la presenza di una legislazione eccessivamente vincolante e iper-proceduralizzante ed un eccessivo gonfiore organizzativo, che porta le amministrazioni a inciampare nelle loro stesse procedure.

Ecco perché il titolo scelto per rimarcare il risultato di questa ricerca, volta ad indicare una via di uscita dall'attuale stallo della domanda pubblica è

Governare per contratto. L'espressione non vuole solo richiamare il fenomeno delle esternalizzazioni, che certamente è comunque alla base dei ragionamenti che seguono, ma intende far riflettere sulla possibilità a cui si è appena fatto cenno, cioè sulla situazione in cui la committenza pubblica cominci ad appropriarsi, con vigore, delle potenzialità del mercato dei contratti pubblici, a partire dal contratto e dalle procedure di gara. Il che richiede, da un lato, di aver esaminato le inefficienze che inficiano l'azione amministrativa in generale e il nostro settore in particolare e, dall'altro, di percorrere nuove rotte.

A fronte della decisione di esternalizzare determinati compiti e funzioni, l'atto del governare, affinché si compia quell'effetto propulsivo e virtuoso appena accennato, fa fronte all'esigenza concreta che ha determinato la necessità di stipulare un contratto per ottenere certe prestazioni (per esempio, la costruzione di una scuola pubblica) e, al medesimo tempo, deve collocarsi in una certa strategia di promozione e sviluppo dei beni comuni.

La tecnica del *Governare per contratto* si attuerà tramite *atti legislativi* – per esempio, immaginiamo che una certa normativa richieda di effettuare efficientamenti energetici di qualche particolare tipo – *di regolazione* – una linea guida dell'Autorità Anticorruzione potrebbe contenere delle indicazioni per migliorare, attraverso proposte dei concorrenti da formularsi in fase di gara, la trasparenza dei flussi informativi nell'ambito degli appalti di lavori pubblici – e *amministrativi* – la *lex specialis* di gara, attraverso gli impegni formulati a carico dell'aggiudicatario nello

schema di contratto, potrebbe aver previsto l'obbligo di sottoscrivere con l'amministrazione un accordo collaborativo, per far fronte ad eventuali emergenze o per regolare meglio l'assetto dei rischi e così via.

Quanto prospettato implica, certamente, un mutamento significativo nell'approccio delle committenze pubbliche alle gare e ai contratti e richiede, per essere attuato, un investimento significativo di risorse, per ideare modelli di gara e di contratto che permettano agli enti pubblici di guidare, con consapevolezza, la relazione con gli operatori economici, a partire dalla fase di gara e fino al perfetto adempimento del contratto.

Va ricordato che, di recente, il legislatore italiano si è occupato del tema della fragilità della committenza pubblica, ma sotto un profilo peculiare, intervenendo per ridurre la quantità delle stazioni appaltanti, che sono state contate in un numero effettivamente esorbitante, compreso tra le 32.000 e le 40.000 unità. L'intervento legislativo è volto a centralizzare l'azione di committenza, in maniera che il sistema possa beneficiare della presenza di organismi esperti e qualificati oltre che delle economie di scala derivanti dall'assegnazione di lotti di contratti di maggiori dimensioni. A noi pare, però, che l'introduzione delle centrali di committenza non sia risolutiva per migliorare l'efficacia della domanda pubblica, rendendola realmente uno strumento di governo. Con le centrali di committenza, infatti, il tema del riqualificare la domanda pubblica non viene ancora affrontato nel merito, e il legislatore, pur dando corso ad una riforma probabilmente utile e necessaria, si concentra, per l'ennesima

volta, sulla procedura e non sui contenuti⁴. Finché la domanda pubblica, formulata dall'amministrazione interessata al singolo contratto oppure dalla centrale di committenza, non sia adeguata a promuovere una determinata e propositiva azione di governo nei termini a cui si accennava, né l'introduzione generalizzata dell'offerta economicamente più vantaggiosa come criterio di selezione del contraente, né la valorizzazione degli strumenti digitali, né l'introduzione del *rating* di impresa, né il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti saranno sufficienti per fare del mercato dei contratti pubblici un ambito di sviluppo e di crescita del Paese.

Per raggiungere il risultato che auspichiamo, non basta rispettare o migliorare le regole della procedura di selezione del contraente; occorre piuttosto modificare l'atteggiamento degli organi pubblici, che troppo spesso assumono le proprie decisioni in maniera automatica o formalista, rinunciando al protagonismo di chi colga l'opportunità di governare, anche dal basso.

Con la crisi del settore pubblico e le difficoltà dell'economia, però, non è più il tempo dell'edonismo delle forme. Per questo, la teoria del Governare per contratto non si concentra sulla forma né sulla procedura, ma si dedica alla sostanza della domanda pubblica, ritenendo che le energie degli organismi pubblici debbano essere spese per riempirla di contenuti e di prospettive, interpretando l'interesse pubblico per creare valore attraverso i contratti. Perché ciò accada, l'attività dei pubblici ufficiali non deve esaurirsi nel rispetto meccanico delle norme di legge; le procedure devono essere ricollocate al posto che a loro si addice,

ossia al novero degli strumenti, non dei fini; le regole procedurali devono essere funzionali ai risultati che tramite esse si intendono raggiungere.

Studiando le logiche e i processi di formazione della domanda pubblica, cercheremo di riconfigurarli entrambi, in termini efficienti e positivi, nella convinzione che Governare per contratto possa anche dare nuova fiducia nell'azione delle amministrazioni come veicolo di progresso⁵.

Attualmente, invece, contenziosi, difficoltà esecutive, dissesti economici e finanziari, dispendio improprio di risorse e corruzione rendono la domanda pubblica debole e non sufficientemente reattiva alle potenzialità del mercato. Si insinua anche il dubbio che molte delle stazioni appaltanti, pur agendo in assoluta buona fede e con intenti lodevoli, non siano all'altezza del compito loro affidato, non essendo realmente capaci di selezionare i migliori.

3. Dalla crisi si rinasce

Avviamo, allora, la nostra indagine dall'inquadramento della situazione attuale e osserviamo il mondo della pubblica amministrazione per come si presenta oggi, rifiutando ogni approccio autoreferenziale della ricerca giuridica e con l'oggettività di chi intenda fotografare una situazione per come essa è, senza giudicarla; quindi senza timore di rappresentarla nel modo in cui appare. In assenza di un contesto generale di riferimento concreto, le nostre proposte di riforma sarebbero inutili, perché decontestualizzate.

Come si può immaginare, il quadro che segue dall'analisi è piuttosto desolante; del resto, ogni riforma nasce da un bisogno di cambiamento, dunque da una crisi. Ma la crisi che rappresenteremo non segna la condanna a morte del nostro modello di amministrazione; essa è piuttosto l'inevitabile punto di inizio dal quale ripartire.

Trattandosi di un lavoro di ricerca, ci impegneremo a dimostrare la logica dei nostri ragionamenti; mentre il successo o l'insuccesso delle teorie esposte sarà verificabile solo ove di esse venga data concreta applicazione.

¹ Sul significato di evidenza pubblica, la prima e completa definizione si deve a M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, p. 363 ss.. Il rispetto dell'imparzialità, la ricerca dell'economicità delle prestazioni e la selezione del miglior contraente ispirano da sempre la normativa sull'evidenza pubblica, determinandone i contenuti. La necessità di disciplinare la spesa pubblica e di rendere efficace e trasparente il procedimento di aggiudicazione dei contratti conclusi dalle amministrazioni ha comportato il sorgere di un quadro normativo composto da procedure sempre più dettagliate. All'origine, l'intenzione del legislatore era principalmente consentire una compiuta organizzazione dell'attività degli organismi pubblici (prevalentemente statali) oltre ad un razionale utilizzo del denaro pubblico, beneficiando dei risparmi ottenuti grazie al confronto tra diverse offerte. Impossibile riassumere qui i moltissimi scritti sull'evidenza pubblica, *ex multis*: G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986; G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Vol. II, Milano, 1988, p. 49 ss.; N. GIOFFRÈ, *L'evidenza pubblica nell'attività di diritto privato della P.A.*, Napoli, 1995, spec. cap. I; F. TRIMARCHI BANFI, *Questioni in tema di contratti di diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, IV, Modena, 1996, p. 1675 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo al principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997; A. ANGIULI, *Consenso e autorità nell'evidenza pubblica*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, 1998, p. 115 ss.; A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2004, p. 661 ss.; G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 481; AA.VV., *I contratti con la pubblica amministrazione*, a cura

di C. FRANCHINI, Torino, 2007; V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008; F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2016 e, se si vuole, S. VALAGUZZA, *Normativa sull'evidenza pubblica e sull'anticorruzione: prospettive a confronto*, in *Atti del LXI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, 2016, pp. 701-710. Se interessa, sull'*outsourcing* dei servizi pubblici, L. BERTONAZZI, R. VILLATA, *Servizi di interesse economico-generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, IV, diretto da M.P. CHITI, G. GRECO, Milano, 2007, p. 1791 ss.

² Importanti riflessioni, nella prospettiva che non verrà trattata nel testo in quanto maggiormente attinente alle scienze economiche, sono state svolte, per esempio, da G. PIGA, T. TATRAI, *Public Procurement Policy (The economics of Legal Relationships)*, Londra, 2015, a cui si rinvia.

³ Interessante il dibattito sorto negli Stati Uniti sulle modalità di attuazione, nei casi di esternalizzazione, dei valori democratici di governo e di partecipazione pubblica, nonché sul concetto di *accountability* e sulla *rule of law*, documentato, per esempio, nel corposo volume a cura di J. FREEMAN, M. MINOW, *Government by contract. Outsourcing and American democracy*, Londra, 2009.

⁴ Va anche considerato che le centrali di committenza, data la dimensione degli interessi che toccano, possono essere aggredite da fenomeni criminosi.

⁵ Sull'importanza del ruolo dei soggetti pubblici come promotori di condotte virtuose nel mercato cfr., per cominciare, P. DE GRAUWE, *The limits of the market. The pendulum between the government and the market*, Oxford, 2017.

Parte I

Capitolo I

Perché l'amministrazione è inefficiente

SOMMARIO: 1. La cattiva amministrazione: da pregiudizio a giudizio – 2. Le più comuni reazioni alla cattiva amministrazione – 2.1. L'amministrazione è inefficiente perché trascura la *performance*: privatizzazione, pan-pubblicismo o nessuno dei due? – 2.1.1. Possibili obiezioni alle teorie del *public management* – 2.2. L'amministrazione è inefficiente perché è formalista. Il dilemma *goals versus constraints*. Il delicato equilibrio tra rispetto della forma ed esigenze di sostanza – 2.2.1. La prevalenza fatale dei *constraints* nel mondo pubblico.

1. *La cattiva amministrazione: da pregiudizio a giudizio*

C'è un sentire generalizzato quando si parla di pubblica amministrazione. Non solo nella vulgata comune, ma anche nei discorsi tecnici, degli studiosi del diritto, degli operatori pratici e perfino nelle decisioni giurisdizionali e negli atti del legislatore. La pubblica amministrazione è un organismo incorreggibile, che tende alla inefficienza, che spende troppo e male¹; facile da corrompere, che contrappone alla razionalità dell'impresa una burocrazia sovrabbondante e mal governata; è lenta e imprevedibile; imbrigliata in formalità di cui, ai più, sfugge il senso.

In un recente studio americano, condotto da autorevoli esponenti della *Harvard University* proprio sui contratti della pubblica amministrazione, si ritrova una affermazione che potremmo generalizzare: «*government agencies often lack the capacity to enforce contractual terms or keep up with contractors who know how to exploit gaps in the legal framework*»².

Più in generale, la cattiva amministrazione è un'esperienza comune, che chiunque può toccare con mano; capita a tutti di finire ingarbugliati in richieste poco comprensibili di qualche organo amministrativo oppure di assistere, impotenti, all'indolenza di un impiegato pubblico, per esempio, un dipendente dell'università che guardi una serie Tv chiuso in una guardiola anziché sistemare una biblioteca; un segretario generale che non rilasci il proprio parere trincerandosi dietro ad una previsione ambigua di un determinato regolamento edilizio, per evitare di assumersi la responsabilità connessa alla valutazione richiesta; un cancelliere di tribunale che non ordini i fascicoli delle cause della sezione a cui è assegnato, preferendo dedicarsi ad altro.

Nel rapporto economico dell'OCSE sull'Italia del febbraio 2017³, si è attestato che «*L'inefficienza della pubblica amministrazione rende ancora più difficoltoso il fare impresa, ostacolando gli investimenti e la crescita della produttività. In Italia, circa un occupato su sette lavora nel settore pubblico e l'efficienza di quest'ultimo è un fattore fondamentale della produttività del settore privato*»⁴.

Il cattivo funzionamento della macchina amministrativa riguarda non solo il comportamento dei fun-

zionari pubblici, ma anche l'attività provvedimentale dell'amministrazione: talvolta, l'analisi di certi atti amministrativi o di determinate procedure suscita sconcerto per l'inadeguatezza o per la contraddittorietà dei contenuti e perfino per l'assenza della motivazione a supporto delle determinazioni adottate⁵.

Non vi è da stupirsi, che in un recente documento di analisi della Commissione Europea sull'attività contrattuale della pubblica amministrazione, l'Italia venga presentata come un Paese in cui «*the procurement system is prone to corruption and inefficiency, due in part to the lack of administrative capacity of the public administration and to weaknesses in the legislative framework*»⁶: da un lato, si registra una debolezza organizzativa, radicata e strutturale, che genera inefficienza e favorisce fenomeni corruttivi e, dall'altro, si denuncia la debolezza del nostro sistema normativo.

Le analisi dell'OCSE sono confermate da studi di organizzazioni private e di centri universitari, che giungono a risultati simili. Una recente ed interessante elaborazione⁷ ha rilevato che, in Italia, l'incapacità, gli sprechi e la cattiva gestione amministrativa hanno un peso, in termini economici, che risulta superiore al mancato gettito fiscale. In particolare, è emerso che il *deficit* logistico-infrastrutturale penalizza il nostro sistema economico per un importo che viene stimato in 42 miliardi di euro all'anno; che i debiti della pubblica amministrazione nei confronti dei fornitori ammontano a 64 miliardi di euro, di cui 34 ascrivibili ai ritardi nei pagamenti; che il peso della burocrazia grava sulle piccole e medie imprese per un importo di 31 miliardi di euro all'anno; che gli sprechi in sanità

ammontano a circa 23,6 miliardi di euro all'anno e la lentezza della giustizia civile costa al Paese 16 miliardi di euro all'anno.

In un contesto di questo genere, l'ossessionante riferimento alla necessità di non incidere sulla spesa pubblica, enunciata in molte delle previsioni legislative recenti, pur là dove esse impongano delle attività che difficilmente possono svolgersi senza costi (si pensi, per esempio, alla normativa che richiede alle amministrazioni di dotarsi del piano triennale anti-corruzione senza maggiori oneri per gli enti pubblici) è la conseguenza della convinzione, comprovata dai fenomeni di inefficienza che sono sotto gli occhi di tutti, che le amministrazioni, ove non si vieti loro di maneggiare denaro, ne farebbero un uso improprio.

La legislazione italiana, in altri termini, è il riflesso del pregiudizio – talmente radicato e riscontrabile nella realtà dei fatti da poter essere ormai considerato un giudizio vero e proprio – secondo cui l'azione delle amministrazioni pubbliche è pigra, inconcludente e frena il progresso e lo sviluppo. Pertanto, non è un ambito sul quale investire o spendere energie.

Prendendo a mo' di esempio un caso su tutti, si pensi alla restrizione della possibilità per gli enti pubblici di costituire o partecipare a società⁸; essa è il simbolo della presa d'atto del legislatore di un sistema, quello delle società a partecipazione pubblica, dispendioso e poco qualificato, per contrastare il quale vengono introdotte norme che ridimensionino il fenomeno, senza un'apparente coerenza teorica. Ma, appunto, non sono ragioni teoriche ad imporre la regola per cui le amministrazioni non possono partecipare a

società se non in casi limitati; sono piuttosto motivi di opportunità politica a rendere necessario un intervento che riduca gli sprechi.

Risponde alla medesima logica, ossia a quella di ridurre la spesa a fronte di una gestione della cosa pubblica spesso inefficiente, l'insistenza di una parte della magistratura contabile sul tentativo di assoggettare al regime della responsabilità erariale (per il momento riuscita solo con riferimento alle società *in house providing*) l'attività di tutti gli amministratori di società pubbliche (incluse le società miste).

Ebbene, il legislatore e le corti, ritenendo che, in media, l'azione amministrativa non sia soddisfacente in termini di efficacia ed economicità, finiscono con l'intervenire per correggere tale incapacità, riducendo i margini del potere discrezionale in mano ai pubblici ufficiali ed ampliando l'ambito del controllo sulla spesa che utilizzi risorse pubbliche.

La generalizzazione, d'altra parte, penalizza i soggetti pubblici virtuosi, che risentono, al pari dei responsabili di condotte negligenti, della riduzione della discrezionalità e di una normativa particolarmente restrittiva che tarpa loro le ali. Tale penalizzazione, però, è oggi intesa come il male minore.

2. *Le più comuni reazioni alla cattiva amministrazione*

Si è detto che l'inefficienza dell'amministrazione rappresenta un fenomeno di portata globale, oggetto di attenzione non certo solo in Italia; il problema è comune e il modo di affrontarlo simile.

Gli studiosi delle organizzazioni pubbliche, quale che sia l'ambito territoriale preso in esame, dagli Stati Uniti all'Europa, dall'Africa alla Cina e al Giappone⁹, discutono del motivo di tale inefficienza e *mala gestio* e convergono nel porre al centro del dibattito, alternativamente, due fattori: da un lato, la mancata applicazione, nella conduzione di organismi e apparati pubblici, dei parametri di efficienza del *management* privato, e, dall'altro, il fatto che l'attenzione dei pubblici funzionari sia concentrata sulla forma piuttosto che sulla sostanza, con scarsa sensibilità per la concreta attuazione degli obiettivi, quali che essi siano.

Il primo fattore preso in esame per approfondire le ragioni dell'inefficienza del settore pubblico concerne, quindi, le peculiari modalità di azione dei soggetti pubblici, che tendono ad essere diverse da quelle dei privati. Ci si domanda, in particolare, se siano esse la causa della inefficienza di cui si è detto. A questo primo aspetto dedicheremo i paragrafi seguenti, cercando, in particolare, di estrapolare dall'analisi delle teorie sul *public management* elementi che possano essere utili per definire, nella parte finale del lavoro, delle direttrici di una riforma del mercato dei contratti pubblici¹⁰.

L'alternanza di entusiasmo e di ritrosia nel proporre l'adozione dei canoni propri della managerialità imprenditoriale privata per il governo della cosa pubblica, anzitutto storica – nel senso che, nella comunità scientifica, le teorie si avvicendano nel sostenere, prima, una linea di pensiero e, poi, quella opposta – è il primo elemento che consideriamo rilevante. In linea di massima, nei periodi in cui sono poco utilizzati i crite-

ri e i meccanismi ritenuti simbolo di efficienza dell'imprenditorialità privata, ecco che di essi si invoca l'uso per reagire alle incapacità della pubblica amministrazione; viceversa, ove gli strumenti del *management* privato siano impiegati massicciamente, si teme che l'azione dell'amministrazione possa allontanarsi dal genuino e disinteressato perseguimento dell'interesse pubblico. In senso assoluto, perciò, non è possibile affermare se siano o meno le speciali modalità di azione degli enti pubblici e il loro isolamento dai criteri della managerialità di impresa la vera causa dell'inefficienza rilevata: l'avvicendamento delle tecniche di azione pubblica, dal pan-pubblicismo alla privatizzazione, è fonte di insoddisfazione in entrambi i casi. Il fatto è che, comunque sia, la gestione burocratica ed amministrativa della cosa pubblica e l'organizzazione degli uffici di governo sono e saranno, fisiologicamente, bersaglio di critiche.

Per questo motivo, ai fini della ricerca che stiamo conducendo, intendiamo rifiutare un'impostazione di tipo ideologico – pan-pubblicistica o pan-privatistica che sia – e riteniamo utile, invece, appoggiare la nostra prospettiva di riforma del mercato dei contratti pubblici a quelle analisi, siano esse svolte dai sostenitori del *public management* o da quelli della teoria della cosiddetta *public choice*, che abbiano dimostrato, con elementi concreti, di riuscire a migliorare la risposta dell'amministrazione alle funzioni ad essa assegnate.

Quanto al secondo dei fattori individuati in esordio al paragrafo come causa di *mala gestio* dell'amministrazione e con riferimento, dunque, al rapporto tra rispetto della forma ed esigenze di sostanza, l'ineffi-

cienza si annida, secondo le opinioni perlopiù convergenti degli studiosi del diritto e dell'economia, nella eccessiva legiferazione, nella procedimentalizzazione e burocratizzazione, alle quali consegue, come effetto patologico inevitabile, la distorsione dell'azione pubblica dai suoi obiettivi sostanziali.

Nei paragrafi seguenti, articoleremo la nostra analisi sui due rilevati fattori di inefficienza, anzitutto approfondendoli; poi individueremo alcune possibili reazioni che permettano di annientare l'effetto negativo che da essi si propaga.

2.1. L'amministrazione è inefficiente perché trascura la performance: privatizzazione, pan-pubblicismo o nessuno dei due?

Gli studi sulle organizzazioni, pubbliche e private, mettono in evidenza che il primo obiettivo di qualsiasi entità che voglia operare in un certo contesto è l'efficienza. A proposito, seguendo l'evoluzione della dottrina americana, la più attenta del mondo a studiare il fenomeno organizzativo pubblico¹¹, si scopre che nei primi anni del Novecento¹² *economy and efficiency* comparivano come principi guida dell'azione e dell'organizzazione pubblica così come di quella privata. Espressioni come *the business side of government* o *efficiency as a basic good for public authorities* erano comuni¹³.

Solo dopo la seconda guerra mondiale, il mondo pubblico e quello privato hanno cominciato a connotarsi, rispettivamente, in maniera differenziata, in reazione alla crisi economica e alla necessità che i

governi, dunque i soggetti pubblici, si impegnassero per ottenere una veloce ripresa dell'economia; in quel momento, serviva attribuire un ruolo importante agli organismi pubblici, affidando ad essi l'erogazione di beni e servizi essenziali, nella cura e nel perseguimento degli interessi della comunità. Nell'ambiente economico e politico appena ricordato, era naturale istituire e consolidare grandi enti pubblici nazionali, accettare la presenza di posizioni monopolistiche anche a discapito della libertà di iniziativa economica privata.

È forse superfluo ricordare che di lì ad oggi molto è cambiato e che, come sempre accade nei corsi e ricorsi della storia, la prevalenza della presenza pubblica, dall'essere inizialmente accolta con favore, è stata poi oggetto di scontenti diffusi, in tutte le parti del mondo in cui il meccanismo appena descritto ha avuto luogo.

In particolare, per migliorare l'efficienza e la prontezza dell'azione pubblica, non sempre all'altezza delle aspettative, e per riequilibrare il rapporto tra diritto pubblico e diritto privato, dagli anni Ottanta¹⁴, partendo da Nuova Zelanda, Australia e Regno Unito, si è diffusa una teoria denominata *New Public Management*, capace di avvicinare, per la presenza di una logica ispiratrice comune, il governo conservatore della Thatcher alla politica democratica di Clinton. Il *New Public Management* si basava principalmente su tre ambizioni: ridurre la spesa pubblica, valorizzare il cittadino inteso come utente di un servizio e, infine, privatizzare le grandi aziende pubbliche.

Negli Stati Uniti, le teorie del *New Public Manage-*

ment, durante la presidenza Clinton, nei primi anni novanta, hanno spinto il cambiamento del sistema amministrativo¹⁵ e guidato una importante riforma anche nel campo del *public procurement*, sul quale gravava pesantemente l'inefficienza di cui si è detto. Come ha ricordato uno dei principali protagonisti di quella fase di riforme, il professor Steven Kelman: «*the fact remains, however, that government often underachieves. (...) The gap between aspiration and reality suggests a need for government to change*»¹⁶.

Gli assunti di base della teorizzazione del *New Public Management*, le cui diramazioni sono ormai numerose (si pensi, per esempio, al *performance movement*) e costellano ancora gli studi sull'organizzazione pubblica, sono semplici e facilmente condivisibili. Anzitutto, l'organizzazione pubblica, pur avendo obiettivi di interesse generale, è pur sempre una organizzazione: essa è retta cioè dalle regole e dai principi di azione che determinano il funzionamento delle istituzioni, come enti dotati della capacità di agire in un determinato sistema giuridico, a prescindere dal fatto che siano pubblici o privati. Inoltre, qualsiasi organizzazione, per essere efficiente, deve perseguire i propri scopi, ridurre le spese, cercare di attrarre le migliori professionalità, distribuire i propri servizi con soddisfazione dell'utenza e così via. Di conseguenza, anche per le amministrazioni pubbliche diventa rilevante la *performance*: «*the concept of performance came to rival accountability as a standard for evaluating executive branch agencies. On its own merits, performance is important in democratic institutions, as the public is well served by government organizations that operate effectively and produce gen-*

*erally acceptable results»*¹⁷. Di contro, perde di peso la legittimazione formale, che non è sufficiente perché gli enti pubblici siano accettati con favore dalla comunità nel cui interesse devono agire.

Così, cercando nella capacità di raggiungere obiettivi di pubblico interesse (cosiddetta logica della *performance*) una nuova (forte) fonte di legittimazione dei poteri pubblici, nel 1993, per esempio, la legge federale americana, sempre sotto l'egida del Presidente Clinton, ha lanciato un progetto denominato *Government Performance and Result Act* (GPRA), tutt'oggi attivo e ricordato come simbolo del cosiddetto *performance movement*. Tramite il *Government Performance and Result Act* è stata avviata una strategia di controllo delle attività delle *agencies*, tenute ad adottare dei piani strategici e di *performance* di medio e lungo termine (5 anni), da sottoporre alla verifica del governo degli Stati Uniti, con conseguenze sul *budget* destinato alle autorità amministrative, ridotto o eliminato ove si accerti il fallimento del raggiungimento delle finalità dichiarate¹⁸.

La logica della *performance* ha ispirato poi diverse ulteriori iniziative del governo statunitense. Il *Federal Office of Management and Budget* (OMB), per esempio, nel 2001, sotto la presidenza di J. W. Bush, ha dato vita al *Program Assessment Rating Tool* (PART), basato su quattro pilastri per la valutazione dei progetti da sottoporre a finanziamento pubblico, al fine di procedere a distribuire il *budget* a disposizione del governo: misurazione e diagnosi della *performance*; valutazione dei programmi in maniera sistematica, trasparente e coerente; coordinamento con il *Federal*

Office of Management and Budget per questioni regolatorie e di *budget*; confronto dei risultati acquisiti con la situazione pregressa. Tra gli obiettivi oggetto di misurazione potevano allora rientrare, per esempio, la riduzione delle gravidanze di minorenni, come risultato di una certa politica socio-sanitaria, oppure, l'innalzamento del reddito pro-capite, come verifica del successo delle politiche economiche di sviluppo di una certa area geografica, oppure l'aumento delle occupazioni per persone appartenenti a minoranza etniche, per verificare l'effettiva riduzione delle discriminazioni razziali¹⁹.

Sarà interessante, nella parte finale del libro, verificare la possibilità di migliorare le *performances* delle amministrazioni italiane nel campo dei contatti pubblici e recuperare alcuni dei ragionamenti svolti nel contesto delle teorie appena ricordate, rimeditandoli dopo aver accennato alle critiche ad essi rivolte e dopo aver esaminato anche le teorie della *public choice* che valorizzano invece la specialità degli organismi pubblici e delle loro regole di azione.

2.1.1. Possibili obiezioni alle teorie del public management

La linea di pensiero del *new public management* e quella del *performance movement*, come del resto le altre che le hanno precedute, hanno raccolto tanti consensi quanti dissensi.

Le critiche di taglio politico hanno messo in evidenza²⁰ che un'eccessiva attenzione al *managerialism* – termine impiegato per riferirsi, in chiave negativa,

alla managerialità²¹ – allontana i soggetti pubblici dalla loro missione, che dovrebbe prescindere dall’obiettivo di trarre profitto – traguardo tipicamente privatistico – per perseguire ed attuare il benessere della comunità amministrata, senza condizionamenti derivanti dalla remuneratività delle iniziative intraprese o dalla facilità di raggiungere i risultati attesi, ed essere animata esclusivamente dai valori etici e morali che il governo intenda promuovere, in un’ottica cosiddetta pan-pubblicistica.

In uno studio particolarmente interessante²² si è messa in evidenza l’esigenza di non insabbiare la complessità del settore pubblico, ravvisando nelle teorie del *New Public Management* un eccesso di semplificazione, favorito dallo scontato consenso attorno alla importanza delle *performances*.

È stata anche denunciata un’ambiguità retorica del *public management* e delle regole di misurazione della *performance* se applicate ai soggetti pubblici, mettendo in evidenza che si rivela particolarmente difficoltoso individuare dei parametri di misurazione oggettivi delle *performances* del soggetto pubblico in termini di benessere sociale; che i criteri appaiono facilmente illusori; che, nel misurare le *performances*, si trascurano i valori pubblici condivisi della comunità; che il rispetto delle *performances*, nel contesto pubblico, non dovrebbe comunque essere considerato come un fine in se stesso; che la soggettività delle analisi sui risultati raggiunti è inevitabile, data la presenza di diverse prospettive politiche su ciò che possa essere considerato o meno un buon risultato ottenuto nell’interesse della comunità amministrata²³.

Se, come si è detto nel paragrafo precedente, ove prevale l'idea del *public management*²⁴, sono indicate, quali principali cause dell'insuccesso dell'azione delle amministrazioni, le regole di diritto pubblico e l'allontanamento dai criteri per la valutazione dell'efficienza utilizzati dalle aziende private, invece, secondo le teorie della *public choice*, l'incapacità dell'amministrazione di raccogliere la fiducia dei cittadini è ricondotta (non alla mancata applicazione dei canoni dell'impresa, ma) alla scarsa attitudine a rispondere adeguatamente alla missione di servizio pubblico, che si vorrebbe esercitata in un contesto di norme e di strumenti speciali, del tutto indipendenti da quelli che presidiano e supportano le attività lucrative²⁵.

Per quanto riguarda il settore che prendiamo in considerazione in questo libro, cioè il mercato dei contratti pubblici, gli studi più interessanti sono stati elaborati nell'ambito della *public choice theory*²⁶.

In linea generale, la *public choice theory* promuove, nel campo delle organizzazioni pubbliche, uno *strategic management* articolato sui tre seguenti livelli: l'individuazione, da parte dell'organizzazione pubblica, degli obiettivi che riflettono un determinato *public value* da perseguire; la scelta delle modalità per raggiungere gli obiettivi selezionati e l'identificazione della relazione tra tali obiettivi e l'ambito di azione considerato; la stesura del progetto organizzativo necessario per traguardare gli obiettivi programmati²⁷.

Per il momento, nel rispetto della linea argomentativa di sviluppo di questo lavoro, limitiamoci a prendere atto che entrambe le tesi raccolgono ancora consensi e sono argomentate da autorevoli ed emi-

nenti studiosi, specialmente nel contesto americano, ambito nel quale la scienza dell'amministrazione vede impegnati protagonisti della vita accademica, spesso destinatari di incarichi politici ed amministrativi di alto rango.

2.2. L'amministrazione è inefficiente perché è formalista. Il dilemma goals versus constraints. Il delicato equilibrio tra rispetto della forma ed esigenze di sostanza

Descritto, sia pure per sommi capi, il rapporto tra strumenti della managerialità privata e azione dell'amministrazione e accennato alle critiche di area pan-pubblicista, possiamo ora soffermarci su quello che abbiamo indicato come il secondo fattore da comprendere per andare alla ricerca delle ragioni dell'attuale inefficienza delle istituzioni pubbliche, ovvero il depotenziamento della sostanza a vantaggio della forma. Accennavamo nei paragrafi precedenti al fatto che i pubblici funzionari dimostrano scarsa sensibilità per la concreta attuazione delle finalità sottese all'attività amministrativa.

Ebbene, per affrontare l'argomento del rapporto tra perseguimento degli obiettivi sostanziali dell'agere pubblico (*id est* creazione di valore pubblico) e rispetto dei vincoli imposti dall'ordinamento giuridico, occorre inquadrarlo nel contesto più generale della dinamica che gli studi americani riassumono con l'espressione *goals versus constraints*²⁸. Approfondire ed intendere correttamente tale dinamica ed i suoi effetti è molto rilevante ove si voglia governare per contratto e, soprattutto, ove si tenti di proporre delle direttrici

per una riforma del mercato dei contratti pubblici e delle sue regole.

Ebbene, i *goals* sono il risultato che le organizzazioni perseguono nella loro azione: il profitto di un'azienda, la soddisfazione dei consumatori, la tutela dell'ambiente etc.; i *constraints* sono i limiti che un sistema giuridico prevede, creando vincoli all'azione delle organizzazioni, sia pubbliche sia private, e dunque rappresentano i confini entro i quali si può legittimamente operare nel perseguimento dei propri *goals*. Proprio perché introducono dei limiti, i *constraints* esprimono esigenze di carattere generale, attuano principi generali dell'ordinamento, esprimono dei valori che il legislatore e il regolatore riconoscono e promuovono.

Enti pubblici e privati hanno entrambi sia *goals* sia *constraints*, ma, nei due casi, il modo di approcciarsi agli uni e agli altri è significativamente differente.

La traduzione che proponiamo dell'espressione usata dagli studiosi americani, *goals versus constraints*, affinché possa rendere l'idea del dibattito in argomento, non è strettamente letterale. Se così fosse dovremmo dire: obiettivi *versus* vincoli. Avendo in mente le categorie concettuali del diritto nazionale, preferiamo invece usare una diversa terminologia per sintetizzare la problematica in questione, utilizzando il binomio antitetico sostanza *versus* forma.

Per districare i termini del rapporto tra sostanza e forma, e cogliere la propensione del settore oggetto del nostro studio verso l'una (sostanza) e verso l'altra (forma) occorre riflettere su una catena di interrogativi: quale è l'obiettivo principale per un'organiz-

zazione pubblica? Attenersi ai vincoli posti alla sua azione? Perseguire l'interesse pubblico e soddisfare gli interessi della comunità²⁹? Realizzare comunque gli obiettivi assegnati? Rispettare la legge può rappresentare un fine in sé? Ottemperare al meglio alla missione affidata dall'ordinamento ad un ente pubblico può giustificare un'azione eccezionale, in deroga alle regole ordinarie?

Anzitutto, si deve riconoscere che è fisiologico che le organizzazioni pubbliche siano tese a dare corretta ed intera applicazione ai *constraints*, in quanto la loro stessa attività è ispirata dalla medesima intenzione che giustifica l'introduzione dei vincoli, ossia l'attuazione di esigenze di carattere generale, la realizzazione di valori etici e morali, il perseguimento del benessere delle comunità amministrate. Addirittura, ove la legge non abbia posto limiti, non è infrequente che sia il soggetto pubblico stesso a decidere di auto-vincolarsi, per articolare al meglio i principi pubblicistici che ne guidano l'azione. Perciò, nel riflettere sul rapporto tra *goals e constraints* nel mondo pubblico, si è autorevolmente sostenuto che «*a fair process may be seen as a goal, not a constraint*»³⁰.

Gli obiettivi di una impresa privata non riguardano mai la procedura o i *constraints*; ciò che è essenziale è il raggiungimento dei risultati attesi, per ottenere profitto, mantenere l'equilibrio di bilancio e sviluppare le strategie aziendali. L'impresa soffre delle limitazioni alla propria azione, cerca di svincolarsi dalla rigidità delle norme, riconosce valore alla velocità di azione e alla *performance*, tramite le quali si guadagna una posizione all'interno di un determinato mercato.

Del resto, il fatto che le imprese si confrontino all'interno di un mercato concorrenziale, le obbliga a performare al meglio; viceversa, notano gli studiosi delle organizzazioni pubbliche, le amministrazioni agiscono, di per sé, in una dimensione sostanzialmente monopolista, perciò l'inefficienza non è fatale.

La profonda differenza nella propensione delle due sfere organizzative, pubblica e privata, verso i *goals* ed i *constraints*, si coglie chiaramente attraverso una simulazione che a taluni potrebbe sembrare assurda: se un'impresa si limitasse solo a rispettare le regole, senza raggiungere gli obiettivi dei soci o degli azionisti, fallirebbe e dovrebbe smettere la propria attività; se invece un'amministrazione pubblica seguisse, scrupolosamente e rigidamente, tutte le regole ed i principi di diritto pubblico, impliciti ed espliciti, pur non raggiungendo gli obiettivi che si era prefissata, la sua azione, paradossalmente, sarebbe considerata corretta, legittima e potrebbe perfino venire plaudita.

Per questa via, anche nell'ambito dei contratti pubblici, la prevalenza dei *constraints* sui *goals* è entrata pericolosamente nella mentalità comune: così, per esempio, a fronte della scoperta di fatti che possano comportare la risoluzione di un certo contratto per cattiva esecuzione dell'appaltatore, non ci si domanda tanto come evitare la risoluzione e proseguire le opere per realizzarle nei termini contrattuali, obbligando la controparte privata ad un'esecuzione più puntuale, ma ci si insospettisce ove l'amministrazione non eserciti l'azione di risoluzione per inadempimento, senza cura del perseguimento dell'obiettivo sostanziale sotteso alla procedura, come se quest'ultimo fosse irrilevante.

A ben vedere, quindi, l'inefficienza amministrativa è spesso la diretta conseguenza del fatto che le amministrazioni non prestano sufficiente attenzione ai *goals*, concentrandosi sulle regole e sulla burocrazia dei processi (*constraints*) invece che sulla capacità di apportare valore con la propria azione.

Così presentata la questione, essa appare come l'altra faccia della stessa medaglia rispetto alle riflessioni, condotte nei paragrafi precedenti, sulla rilevanza della *performance* al fine di determinare una efficiente organizzazione pubblica.

Una eccessiva attenzione alla forma si trasforma facilmente in un burocratico formalismo, cioè in un ossessivo ossequio alle regole, capace di allontanare l'azione degli enti pubblici dai suoi obiettivi sostanziali.

2.2.1. *La prevalenza fatale dei constraints nel mondo pubblico*

Tra le motivazioni che la dottrina ha individuato per trovare giustificazioni alla prevalenza dei *constraints* sui *goals* ve ne sono alcune particolarmente suggestive, di cui daremo brevemente conto.

Innanzitutto, coloro che si impegnano in una carriera pubblica spesso sono ispirati dall'interesse ad incidere, a titolo personale, sulle politiche di governo e sul benessere delle comunità amministrate, più che sulla *performance* della organizzazione a cui appartengono³¹. Perciò, il fallimento dell'organizzazione pubblica è accettato fintantoché è tenuto lontano dalla sorte del singolo, preposto all'esercizio della fun-

zione amministrativa. Il distacco che talvolta si nota tra funzionari pubblici e amministrazione di appartenenza ha dunque un significato anche in quest'ottica: permette di distinguere successi e insuccessi del dipendente pubblico da quelli della realtà organizzativa a cui egli appartiene. Così, un professore che abbia ricevuto un premio Nobel può trovarsi ad insegnare in un'università in cui i concorsi sono truccati, senza che per questo egli si senta identificato con il mal costume dell'organizzazione a cui appartiene; l'attività di ricerca del primo non verrà confusa con le procedure di selezione della seconda, perché il professore (buono) starà ben attento a non identificarsi con la organizzazione (cattiva) a cui appartiene, sulla quale non ha potere di incidere. Viceversa, non potendo un solo essere umano, pur di buona volontà, mutare da solo una organizzazione complessa, il tentativo di un pubblico impiegato di portare la logica dell'efficienza nella organizzazione amministrativa in cui opera, immedesimandosi con essa e ritenendo che i successi o gli insuccessi dell'ente siano i propri, rischierebbe di rivelarsi fatale, per il coraggioso funzionario, sotto diversi profili, trasformando la sua ambizione in una battaglia alla Don Chisciotte.

In secondo luogo, ciò su cui si concentra più facilmente l'attenzione dei funzionari pubblici è la tensione che deriva dal sistema politico e dagli organi di comunicazione di massa, non il desiderio verso la *performance*.

Ne segue che, se la vulgata comune stigmatizza chi non rispetti le regole più di chi non raggiunga gli obiettivi, inevitabilmente il rispetto delle regole di-

venta esso stesso un obiettivo per coloro che cerchino l'approvazione della maggioranza.

Tuttavia, quale che sia la motivazione per cui ciò accade, la tendenza a riconoscere la prevalenza dei *constraints* genera indubbiamente pesanti inefficienze del settore pubblico, fino a rendere concreta e plausibile perfino quella ipotesi che, negli scritti di Kelman, veniva presentata come un surreale paradosso e cioè il fatto che un'amministrazione possa determinarsi di non agire perché, così facendo, rispetterebbe i propri *constraints* e di certo non incorrerebbe in fenomeni di corruzione né commetterebbe errori, disparità di trattamento, ecc.. Ora, nell'ipotesi di Kelman, quell'amministrazione inerte certo non sarebbe stata qualificabile come una buona organizzazione.

Se consideriamo il primo anno a partire dall'adozione del nuovo Codice dei contratti in Italia, ciò che Kelman immaginava, per escluderlo, è invece esattamente quello che è accaduto. Dopo che l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha avviato il suo percorso di vigilanza, censurando il lavoro di svariate amministrazioni per violazione delle regole e dei principi della materia, e dopo che è entrato in vigore il D.Lgs. n. 50/2016, alcune stazioni appaltanti si sono paralizzate. Hanno preferito fermare le procedure di affidamento piuttosto che rischiare di sbagliare. Così facendo nessuno ha potuto censurarle; la non azione, in altri termini, è stata utilizzata come forma di tutela del soggetto pubblico, che non sempre agisce scegliendo la strada più razionale, perché non confida che essa sarà valutata positivamente, specialmente ove esista anche un'ipotesi irrazionale, ma coerente con le

regole e le procedure vigenti. Al contrario «*non bureaucratic organizations emphasize discretion over rules (making decisions based on judgment about the most appropriate response to a situation)*»³².

Va detto che, in una relazione equilibrata ed efficiente, *goals* e *constraints* non si troverebbero a combattere per ottenere la prevalenza l'uno sull'altro, ma convivrebbero assumendo ruoli complementari; nel senso che i *constraints* (o meglio, il rispetto dei) dovrebbero essere dati per garantiti, senza che costi tempo ed energie individuarli o interpretarli, trattandosi di strumenti che conducono ad altro e dovrebbe, perciò, essere possibile concentrarsi sul perseguimento degli obiettivi, essendo i *goals* il vero fine pure dell'azione pubblica, il traguardo cui mirare.

¹ In argomento, per avere una visione ampia e generale con riferimento al sistema italiano, si possono consultare, *ex multis*, i seguenti volumi: AA.VV., *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, in *Atti del Convegno preliminare Aipda* (Università degli Studi di Bergamo, 7 giugno 2016), a cura di M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI, Torino, 2016; AA.VV., *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, in *Atti del convegno AIPDA* (Roma, 7-8 ottobre 2016), Napoli, 2017. Sempre sulle caratteristiche del sistema italiano: M. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione*, Bologna, 2004; AA.VV., *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, a cura di A. RALLO, A. SCOGNAMIGLIO, Napoli, 2016. Con intento narrativo, interessante, per le storie raccontate, il libro di M. CORRADINO, *È normale. Lo fanno tutti*, Milano, 2016 e quello di R. CANTONE, G. DI FEO, *Il male italiano. Liberarsi dalla corruzione per cambiare il Paese*, Milano, 2016.

Una recente elaborazione dell'ufficio studi della Confederazione Generale Italiana degli Artigiani di Mestre (Associazione Artigiani e Piccole Imprese), dell'agosto 2017, che ha avuto ampia risonanza mediatica, ha messo in risalto un divario importante nella efficienza e nella qualità dell'amministrazione all'interno del nostro Paese, presentando esempi virtuosi al nord (in particolare, è risultata efficiente l'amministrazione trentina) e invece situazioni di inefficienza specialmente nel mezzogiorno e al sud del Paese. Cfr. *L'inefficienza della pa ha dimensioni economiche superiori all'evasione fiscale*, rapporto pubblicato dall'Ufficio Studi della CGIA di Mestre, 14 Agosto 2017, e consultabile all'indirizzo <http://www.cgiamestre.com/wp-content/uploads/2017/08/14-agosto.pdf>

² J. FREEMAN, M. MINOW, *Governing by contract. Outsourcing and American Democracy*, op. cit. p. 3. L'inefficienza dell'amministrazione è, dunque, un male comune, come risulta dallo studio appena citato, nel quale si ricordano anche gli scandali nel-

la gestione delle risorse pubbliche che hanno riguardato l'Iran, l'Afghanistan e anche gli Stati Uniti, con riferimento ai contratti affidati per la ricostruzione successiva all'Uragano Katrina.

³ Consultabile all'indirizzo <https://www.oecd.org/eco/surveys/italy-2017-OECD-economic-survey-overview-italian.pdf>. Il sistema amministrativo e burocratico spesso grava le imprese di oneri sproporzionati. In argomento, uno sguardo ai limiti imposti dalla legislazione vigente volti a evitare oneri amministrativi inutili, cfr. S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni. Un bilancio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, p. 21 ss.

⁴ Tuttavia, non tutto è negativo: nel documento citato, pur rilevando l'inefficienza della macchina amministrativa, particolarmente grave considerato che l'Italia risulta essere uno dei Paesi che riceve il maggior numero di fondi strutturali e di coesione dell'Unione Europea, che rischiano di venire gestiti male o di non essere impiegati affatto, si mettono in evidenza anche alcuni elementi positivi, che denotano miglioramenti rispetto al passato, derivanti dalle misure adottate dal Paese per attuare le raccomandazioni contenute nei precedenti rapporti sul tema; tra questi compaiono le iniziative assunte per la lotta alla corruzione e per migliorare la fiducia dei cittadini verso le istituzioni, compresa l'istituzione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.

⁵ Tanto che la dottrina ha denunciato la gravità della carenza della motivazione dei provvedimenti, ritenendo che «la mancanza di motivazione costituisce il tramite essenziale dell'esercizio arbitrario del potere», M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 894 ss.

⁶ Report della Commissione Europea, *Public procurement – Study on administrative capacity in the EU. Italy Country Profile*, in *Stock-taking of administrative capacity, systems and practices across the EU to ensure the compliance and quality of public procurement involving European Structural and Investment (ESI) Funds*, 13 aprile 2016, consultabile all'indirizzo http://ec.europa.eu/regional-policy/sources/policy/how/improving-investment/public-procurement/study/country_profile/it.pdf.

⁷ Ci si riferisce al documento della Confederazione Generale Italiana degli Artigiani di Mestre citato in n. 1. Anche i dati di recente elaborati dal *World Economic Forum* all'interno del *Global Competitiveness Index 2017-2018* dimostrano che il fattore che

influenza più negativamente la capacità di fare impresa è l'*inefficient government bureaucracy*. Il rapporto completo del World Economic Forum - *Doing Business* è consultabile al link http://www3.weforum.org/docs/GCR2017-2018/03CountryProfiles/Standalone2-pagerprofiles/WEF_GCI_2017_2018_Profile_Italy.pdf.

⁸ La restrizione della possibilità per gli enti pubblici di costituire società è scolpita nella legislazione vigente. Significativo, in linea generale, l'art. 4, comma 1, del Testo Unico delle Società a partecipazione pubblica, D.Lgs. n. 175/2016.

⁹ In argomento, anche con una prospettiva diversa da quella esposta, è possibile consultare, *inter alia*: G. RUBAKULA, *The New Public Management and its Challenges in Africa*, in *Public Policy and Administration Research*, Vol. 4, n. 4, 2014, pp. 85-96; L. B. DZIMBIRI, *Experiences in New Public Management in Africa: The Case of Performance Management Systems in Botswana*, in *Africa Development*, Vol. XXXIII, n. 4, 2008, pp. 43-58; H.S. CHAN, K. W. CHOW, *Public Management Policy and Practice in Western China*, in *American Review of Public Administration*, vol. 37, 2007, pp. 479-498; P.N.S. LEE, C. WING-HUNG LO, *Remaking China's Public Management*, Westport, 2001; O. KOIKE, *New Public Management in Japan and Southeast Asian Countries: A Magic Sword for Governance Reform?*, in *IIAS/Japan Joint Panel on Public Administration*, Bologna, 21 giugno 2000.

¹⁰ Date le finalità che questo studio si propone di realizzare, utilizzeremo nel prosieguo l'espressione contratti pubblici in maniera generica, cioè per riferirci ai contratti stipulati da una amministrazione pubblica, che siano disciplinati dalle regole del cosiddetto mercato dei contratti pubblici, ora individuate nel D.Lgs. n. 50/2016.

¹¹ Del resto, va ricordato che le organizzazioni più grandi del mondo, sono proprio le agenzie costituite dal governo degli Stati Uniti.

¹² Tra i primi studi sull'argomento, si possono consultare i seguenti contributi: F. J. GOODNOW, *Politics and administration*, Londra, 1914; L.D. WHITE, *Introduction To The Study of Public Administration*, New York, 1926; L.H. GULICK, *Sciences, values and public administration*, in L.H. GULICK, L. URWICK (a cura di), *Papers on public administration*, New York, 1982, pp. 189-195; H. SIMON, *Can Multiple activities be measured?*, in *The Municipality*, n. 32, 1937, pp. 281-282; H. SIMON, *Administrative Behaviour*,

New York, 1947; D. WALDO, *The administrative state: a study of the political theory of American public administration*, New York, 1948.

¹³ La parola *efficiency*, infatti, è stata spesso utilizzata dai primi studiosi di scienze dell'amministrazione come L.D. WHITE, *Introduction to the study of public administration*, op. cit., p.2: «The object of public administration is the most efficient utilization of the resources at the disposal of official and employees» e L. GULICK, *Science, values and public administration*, op. cit., pp. 191-192 «in the science of administration, whether public or private, the basic 'good' is efficiency».

¹⁴ Sui caratteri generali del *new public management* sono utili gli scritti di D. OSBORNE, T. GAEBLER, *Reinventing government: how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*, Reading, 1992; L.D. TERRY, *Why we should abandon the misconceived quest to reconcile public entrepreneurship with democracy*, in *Public Administration Review*, n. 53, 1993, pp. 393-395; D.F. KETTL, J.J. DI IULIO JR., *Inside the reinvention machine: appraising government reform*, Washington D.C., 1995; D.F. KETTL, *The transformation of governance: public administration for the 21st century*, Baltimora, 2002; D.F. KETTL, *The global public management revolution*, Washington D.C., 2005.

¹⁵ Grazie ad una iniziativa politica che ha preso il nome di *re-inventing government*, D. OSBORNE, T. GAEBLER, *Reinventing government: how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*, op cit., *passim*.

¹⁶ S. KELMAN, *Unleashing Change. A study of Organizational Renewal in Government*, Washington D.C., 2005, citazione a pp. 1-2.

¹⁷ W.T. GORMLEY, S. BALLA, *Bureaucracy and Democracy: Accountability and Performance*, Washington D.C., 2004, p. 14.

¹⁸ Per un quadro generale sul GPRA, si possono consultare, tra gli altri: R.S. KRAVCHUK, R.W. SCHACK, *Designing effective performance-measurement systems under the Government Performance and Results Act of 1993*, in *Public administration review*, n. 56, 1996, pp. 348-358; il report del 2001 della *Committee of Sciences, Engineering and Public Policy, Implementing the Government Performance and Results Act for Research: A Status Report*, Washington D.C., 2001; E. LONG, A.L. FRANKLIN, *The Paradox of Implementing the Government Performance and Results Act:*

Top-Down Direction for Bottom-Up Implementation, in *Public Administration Review*, n. 64, 2004, pp. 309-19. In chiave particolarmente critica sulle conseguenze dell'applicazione del metodo introdotto con il GPRA, B.A. RADIN, *Challenging the performance movement. Accountability, complexity and democratic values*, Washington D.C., 2006, spec. p. 118 ss..

¹⁹ Per esempio, con lo *Strategic Plan 2014-2018* del Dipartimento per l'Energia americano, l'ente si è impegnato a fornire soluzioni innovative e tecnologiche alle problematiche energetiche, ambientali, sociali e di sicurezza degli Stati Uniti per raggiungere, tra l'altro, i seguenti obiettivi:

- scienze ed energia: rinnovare le tecnologie energetiche e informare gli utenti delle politiche basate sulla raccolta dati, per aumentare la crescita economica e la creazione di posti di lavoro e per implementare le politiche di sicurezza energetica e qualità ambientale, in linea con il *Climate Action Plan* approvato dall'ex Presidente degli Stati Uniti Barack Obama, per mitigare i rischi e aumentare la resilienza contro i cambiamenti climatici;

- sicurezza nucleare: rinforzare la sicurezza nazionale e modernizzare le riserve e le infrastrutture nucleari, riducendo la minaccia nucleare globale, migliorare la sicurezza informatica e rinforzare le capacità scientifiche, tecnologiche e ingegneristiche;

- gestione e prestazione: utilizzare metodi di gestione efficienti e ridefinire le capacità operazionali e di supporto per perseguire le missioni dipartimentali.

²⁰ In particolare, se si vuole, si suggerisce la lettura dei seguenti contributi: C. POLLITT, *Managerialism in the public services: the Anglo-American experience*, Oxford, 1990; A.O. HIRSCHMANN, *The rhetoric of reaction: perversity, futility, jeopardy*, Cambridge, 1991; D.J. SAVOIE, *Thatcher, Reagan, Mulroney: in search of a new bureaucracy*, Pittsburgh, 1994; H.G. FREDERICKSON, *The spirit of public administration*, San Francisco, 1997; P. DU GAY, *In Praise of bureaucracy: Weber, organization and ethics*, Londra, 2000; B.G. PETERS, *The future of governing*, Lawrence, 2001; R.A.W. RHODES, *The new public administration of the British state*, in *British Politics Today*, a cura di C. HAY, Cambridge, 2002, pp. 101-126; B.G. PETERS, J. PIERRE, *Handbook of public administration*, Londra, 2003; E. FERLIE, L. LYNN, C. POLLITT, *Oxford University Press Handbook of Public Management*, Oxford, 2005; L.E. LYNN JR., *Public Management*, in B.G. PETERS, J. PIERRE (a cura di), *Handbook of Public*

Administration, Londra, 2006, pp. 14-24; B.A. RADIN, *Challenging the performance movement. Accountability, complexity and democratic values*, op. cit.

²¹ «The transfer... of managerialism from private-sector corporations to welfare-state services represents the injection of an ideological 'foreign body' into a sector previously characterized by quite different traditions of thought», C. POLLITT, *Managerialism and the Public Services: Cuts or Cultural Change in the 1990s?*, Oxford, 1993, pp. 1-2.

²² B. A. RADIN, *Challenging the performance movement. Accountability, complexity and democratic values*, op. cit., *passim*.

²³ Sempre in B.A. RADIN, *Challenging the performance movement. Accountability, complexity and democratic values*, op. cit., p. 93: «like so many other aspects of the performance movement, balancing conflicting goals and values set up a paradoxical situation. Program managers are attempting to achieve multiple and often antithetical goals. When they move in one direction to achieve particular goals, they diminish their ability to achieve other goals».

²⁴ Sempre di S. KELMAN, *Procurement and Public management: The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance*, Washington D.C., 1990; S. KELMAN, *Reinventing government – 25 years later*, in *The Business of Federal Technology*, 6 dicembre 2017, versione online; in argomento, M.H. MOORE, *Creating Public Value. Strategic Management in Government*, Cambridge, 1995; K. SCHEDLER, I. PROELLER, *New Public Management*, Wien, 2009; K. A. ELIASSEN, N. SITTER, *Understanding public management*, Los Angeles, 2008; C. POLLITT, G. BOUCKAERT, *Public management reform: a comparative analysis – new public management, governance, and the neo-Weberian state*, Oxford, 2011; AA.VV., *New public management in Europe: adaptation and alternatives*, a cura di C. POLLITT, S. THIEL, V. HOMBURG, New York, 2007. Sulla nozione di *public management*, in generale, v. C. HOOD, *A public management for all seasons?*, in *Public Administration*, n. 69, 1991, pp. 3-19; M. BARZELAY, *Breaking through bureaucracy: a new vision for managing in government*, Middletown, 1992; L.D. TERRY, *Administrative Leadership, Neo-Managerialism, and the public management movement*, in *Public Administration Review*, no. 58, 1998, pp. 393-395; P. VERMEULEN, *The civil servant, society and the citizen in quest of*

good ethical behaviour, in ANNIE HONDEGHEM (a cura di), *Ethics & Accountability in a Context of Governance & New Public Management*, Loviano, 1998; E. BARDACH, *Getting agencies to work together*, Washington D.C., 1998; R.D. BEHN, *Rethinking democratic accountability*, Washington D.C., 2001; N. M. RICCUCCI, *The Old Public Management versus the New Public Management: Where does Public Administration Fit in?*, in *Public Administration Review*, n. 61, 2001, pp. 172-175; G. GRUENING, *Origin and theoretical basis of new public management*, in *International Public Management Journal*, n. 4, 2001, pp. 1-25; K.J. MEIER, L.J. O'TOOL JR., *Public Management and Educational Performance: the impact of managerial networking*, in *Public Administration Review*, n. 63, 2003, pp. 689-699; S. HORTON, *New Public Management: Its Impact on Public Servants' Identity*, Bradford, 2006.

²⁵ B.A. RADIN, *Challenging the performance movement. Accountability, complexity and democratic values*, op. cit., p. 95 ss.

²⁶ La *public choice theory* è stata elaborata per la prima volta da J. M. BUCHANAN, G. TULLOCK, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, 1962; sull'argomento, M.H. MOORE, *Public value as the focus of strategy*, in *Australian Journal of public administration*, vol. 53, n. 3, 1994, pp. 296-303.

²⁷ Questa strategia organizzativa, sviluppata dalla Kennedy School of Government, è stata definita *strategic triangle*, cfr., M.H. MOORE, *Creating public value. Strategic management in government*, op. cit., p. 71. Importanti, al fine di definire la nozione di *public value*, anche gli scritti di J. ALFORD, *Defining the Client in the Public Sector: A Social Exchange Perspective*, in *Public Administration Review*, n. 62, 2002, pp. 337-346; G. KELLY, G. MULGAN, S. MUERS, *Creating Public Value: An Analytical Framework for Public Service Reform*, saggio pubblicato dal Cabinet Office Strategy Unit, Regno Unito, 2002; A. HEFETZ, M. WARNER, *Privatization and Its Reverse: Explaining the Dynamics of the Government Contracting Process*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, n. 14, 2004, pp. 171-190; R.F.I. SMITH, *Focusing on Public Value: Something New and Something Old*, in *Australian Journal of Public Administration*, n. 63, 2004, pp. 68-79; A. CARMELI, L. KEMMET, *Exploring Fit in Public Sector Organisations*, in *Public Money and Management*, n. 26, 2006, pp. 73-80; J. HARTLEY, *Innovation in Governance and Public Services: Past and Present in Public Mon-*

ey and Management, n. 25, 2005, pp. 27-34; L. HORNER, L. HAZEL, *Adding Public Value*, Londra, 2005; A. PINNOCK, *Public Value or Intrinsic Value? The Arts-Economic Consequences of Mr Keynes*, in *Public Money and Management*, n. 26, 2006, pp.173–179.

²⁸ Cfr., tra i primi studiosi in argomento, S. EILON, *Goals and Constraints in Decision-Making*, in *Operational Research Quarterly* (1970-1977), Vol. 23, n. 1, 1972, pp. 3-15; e, tra gli altri, R. SIMONS, *Control in the age of empowerment*, in *Harvard Business Review*, n. 74, 1995, pp. 80-88; Q.J. WILSON, *Bureaucracy: What government agencies do and why they do it*, New York, 1989; J. BORKNER, B.M. WIESENFELD, *An integrative framework for explaining reactions to decisions: The interactive effects of the outcomes and procedures*, in *Psychological Bulletin*, n. 120, 1996, pp. 189-208; T.R. TYLER, *Why people obey the law*, New Haven, 1990; J. THIBAUT, L. WALKER, *Procedural Justice; a psychological analysis*, Hillsdale, 1975; C.H. LOVELOCK, *Are services really different?*, in C.H. LOVELOCK (a cura di), *Managing services: marketing, operations, and human resources*, Upper Saddle River, 1992, pp. 1-16.

²⁹ È interessante osservare che il termine spesso utilizzato dalla dottrina Americana per contestualizzare interrogativi simili non è *citizens o community*, ma quello, maggiormente enfatico dato l'argomento, di *taxpayers*.

³⁰ S. KELMAN, *Public Administration and Organization Studies*, in AA.VV., *The Academy of Management. Annals*, vol. 1, a cura di J.P. WALSH, A.P. BRIEF, New York-Londra, 2008, p. 225 ss., secondo Kelman: «All organization should seek to maximize attainment of goals while respecting constraints. For firms, goal focus increases the probability that they will perform well and the risk that they will ignore constraints. For government, the problem is less that constraints are violated (although the way the media cover government may produce the misimpression of common misbehavior) and more that they perform poorly.», p. 229.

³¹ Cfr., ancora, S. KELMAN, *Public Administration and Organization Studies*, op. cit., 225 ss.: «Traditionally, in government, the tail wags the dog – constraints loom larger than goals, inhibiting good performance», p. 228.

³² Sempre S. KELMAN, *Unleashing Change. A Study of Organizational Renewal in Government*, op. cit., 11.

Capitolo II

Perché le committenze pubbliche sono inefficienti

SOMMARIO: 1. Le committenze pubbliche sono inefficienti per via della iper-regolazione – 2. Conseguentemente per via della prevalenza dei *goals* sui *constraints* – 2.1. Segue: i *goals* nel mercato dei contratti pubblici. La logica del *procuring for value* – 3. committenze pubbliche sono inefficienti per via del fenomeno della corruzione – 4. Percorsi di approfondimento.

1. *Le committenze pubbliche sono inefficienti per via della iper-regolazione*

Bisogna rilevare che le committenze pubbliche sono inefficienti, anzitutto, per via della iper-regolazione.

Il punto di partenza descritto nelle pagine precedenti, che abbiamo assunto come dato di fatto appartenente alla realtà odierna, è la constatazione che l'amministrazione è spesso inefficiente. Il che si riverbera, inevitabilmente, anche sul mercato dei contratti pubblici, all'interno del quale essa assume il ruolo del committente. In tale specifico contesto, il primo fattore che, a nostro avviso, devia il sistema e rende difficili azioni rivolte alla creazione di valore pubblico è la complessità del quadro normativo di riferimento, per affrontare la quale le energie dei funzionari pub-

blici si disperdono, concentrandosi nell'evitare l'errore piuttosto che nel governare per contratto.

Subiscono gli effetti negativi delle contorsioni delle forme giuridiche e dell'incespicare dell'azione amministrativa oltre che dei contenziosi che ne derivano, gli operatori economici, disincentivati a partecipare alle procedure di evidenza pubblica, e i cittadini, che più di tutti risentono dei ritardi nella realizzazione di opere e nella erogazione di servizi pubblici e, in generale, sopportano le conseguenze delle condotte inefficienti delle amministrazioni.

Ancora più profondamente, è il Paese nel suo complesso a soffrire di tale situazione: la credibilità internazionale diminuisce, il potere economico e quello politico si impoveriscono, gli investitori stranieri scelgono altri contesti, la politica industriale perde di credibilità, la ricerca perde stimoli perché le teorie suggerite non vengono attuate.

L'incapacità dell'ordinamento di resistere all'iper-trofia normativa, la tendenza a trasformare i principi in procedure e in discipline di dettaglio, perfino l'utilizzo, talvolta fuorviato, della cosiddetta regolazione flessibile¹ – che si trasforma in uno strumento che introduce nuovi vincoli cogenti, ulteriormente restrittivi della discrezionalità amministrativa – sono tutti il segnale di un circuito vizioso, all'interno del quale anziché agevolare le committenze pubbliche le si induce a focalizzarsi sui *constraints* piuttosto che sui *goals*.

L'inefficienza, a cui spesso consegue l'immobilità dell'azione amministrativa, non dipende solo dalla complessità e dalla durezza del sistema normativo, ma è anche l'inevitabile effetto dell'elevato livello di

responsabilità, amministrativa e civile, del pubblico agente, spesso ossessionato da una caccia all'errore, che coinvolge vari e potenti protagonisti: la magistratura, impegnata in indagini lunghe e talvolta avulse dal contesto dell'azione amministrativa, che si concludono a distanza di anni dalla commissione dei fatti, con un impatto deflagrante sull'immagine e sulla carriera delle persone coinvolte; gli organi di controllo e vigilanza, che impongono proprie restrittive interpretazioni della normativa in materia di contratti pubblici alle amministrazioni che siano di diverso avviso, tra l'altro, con raccomandazioni, sanzioni, pareri o deliberazioni esito di indagini, monitoraggi e ispezioni; i mezzi di comunicazione di massa, che prospettano scandali o denunciano violazioni prima ancora che gli interessati ne siano a conoscenza; la comunità degli amministrati e degli oppositori politici, che, attraverso gli strumenti della trasparenza come l'accesso civico, attivano denunce di vario genere, alle quali seguono istruttorie compromettenti che possono avere l'effetto di bloccare l'azione amministrativa o di coprirla di accuse che, nella maggior parte dei casi, si rilevano poi ingiuste.

Tutto questo, ove non generi una paralisi dell'azione amministrativa, comporta che sia strutturalmente fisiologico governare la cosa pubblica in maniera conservativa, specialmente quando si tratta di decidere questioni complicate, con inevitabile sacrificio del valore aggiunto che una committenza pubblica forte, sicura, consapevole e creativa potrebbe apportare al Paese.

Alcuni potranno subito rifiutare il nostro punto di partenza, ritenendo, per esempio, che sia sacrosan-

ta la presenza di quante più leggi e regole possibili, per costringere entro limiti chiari e precisi l'azione dell'amministrazione, a rischio di errore e a volte anche di corruzione, a maggior ragione in un campo tanto minato come quello dei contratti pubblici. I nostri contraddittori sosterranno che la previsione di vincoli cogenti riduca opportunamente l'ambito della discrezionalità amministrativa, nella quale possono trovare spazio favoritismi o errori oltre che comportamenti illegali. Coloro che commentassero positivamente l'ampiezza del sistema normativo attuale rifiuteranno, quindi, il collegamento che abbiamo individuato tra proliferazione di regole → eccessiva complessità del sistema → sovraesposizione dei pubblici agenti a responsabilità amministrativa, civile e penale → sistematica e patologica prevalenza di condotte conservative → inefficienza degli apparati pubblici.

Anche costoro, però, dovranno essere d'accordo con noi nell'osservare che il rispetto delle leggi non può essere un fine in sé; il rispetto delle leggi è doveroso per tutti i soggetti di un ordinamento, pubblici e privati, e l'infrazione dei vincoli imposti dal legislatore è difficilmente perdonabile, specialmente se chi li infrange rappresenta un'articolazione soggettiva dei poteri pubblici.

Tuttavia, scontato il rispetto della legge, le amministrazioni, diversamente dagli altri componenti dell'ordinamento, sono chiamate, sopra a tutto, a rendere concreto l'interesse pubblico che la legge affida loro (in astratto). È per questo che ad esse è attribuito un potere imperativo, autoritativo ed unilaterale. Affinché si possa attuare l'interesse pubblico concreto², l'amministrazione non può essere vincolata in ogni

sua mossa, altrimenti non si capirebbe come possa effettuare valutazioni di alcun tipo e tanto meno come possa tenere conto del contesto o esprimere scelte di *policy*. Non si capirebbe, in altri termini, come l'amministrazione potrebbe governare, se le sia sottratto di individuare regole specifiche per considerare le peculiarità dei casi della vita reale.

Vincolare eccessivamente l'attività dei soggetti pubblici significa disconoscere il collegamento tra attività amministrativa e perseguimento, in concreto, dell'interesse pubblico e trasformare il lavoro dei funzionari pubblici nella esegesi dei testi normativi e nella conoscenza degli orientamenti giurisprudenziali. Tra l'altro, è inevitabile che un'amministrazione che agisca senza creatività ed ambizioni, come una macchina che dia acriticamente applicazione a regole rigide preconfezionate da altri, non attiri brillanti professionisti, interessati a proporre e sperimentare progetti di sviluppo, almeno finché quei progetti non siano auspicati invece che cassati nella battaglia contro la discrezionalità e l'autonomia delle amministrazioni³.

Nel mercato dei contratti pubblici, la dinamica del rapporto padrone-servo, che in questo caso vede nelle vesti del padrone, contemporaneamente, la legge, gli atti di regolazione, le magistrature e gli organismi di controllo (*in primis* l'Autorità Nazionale Anticorruzione) e, nelle vesti del servo, le committenze pubbliche, toglie autonomia, creatività, potere e prospettive all'intera organizzazione pubblica.

Se la normativa indica, sia pure a titolo esemplificativo, i parametri dell'offerta economicamente più vantaggiosa e delle linee guida dell'Autorità Anticor-

ruzione si occupano di chiarirne i metodi di applicazione, le stazioni appaltanti si limiteranno a darne applicazione e saranno poco incentivate a studiare e porre in essere dei criteri di valutazione dell'offerta che valorizzino, prendendo spunto da esperienze straniere, il perseguimento dello sviluppo sostenibile, piuttosto che la promozione dei diritti umani. Oppure, ancora, se, declinando il principio di trasparenza, la legge o gli atti di regolazione identificano le forme di pubblicità ritenute accettabili e i principi vengono trasformati in procedure, è ovvio che ciò annulli o comunque riduca la discrezionalità dell'amministrazione, sacrificata sull'altare dell'ipertrofia normativa.

Più in generale, se tutto viene fatto oggetto di previsioni cogenti e vincolanti, rischia di perdere di significato il potere amministrativo complessivamente inteso, orientato al perseguimento dell'interesse pubblico nel caso concreto, che ha senso di esistere finché vi siano spazi per le valutazioni dell'amministrazione. Se invece la legge e l'attività delle autorità di regolazione riempiono tali spazi, allora la funzione pubblica viene a perdere, nel profondo, la sua essenza.

Se poi il rispetto delle norme diventa l'elemento cruciale nella preparazione dell'azione amministrativa, perché è il dato in ragione del quale un ente pubblico viene considerato positivamente dalle altre istituzioni (magistratura e organismi di regolazione) e dalla comunità (mettendo, per altro, i funzionari pubblici al riparto da denunce di vario genere), vi è da chiedersi che ne è del raggiungimento del risultato dell'azione amministrativa, inteso come creazione di pubblico valore.

Insomma, il rapporto tra le regole e l'azione amministrativa è una questione istituzionale, che attiene all'equilibrio tra i poteri dello Stato e che, pertanto, non può essere determinato dalle tendenze compulsive a legiferare o a regolamentare di cui qualche apparato, in taluni momenti storici (solitamente in momenti storici caratterizzati da debolezze istituzionali) si approprii.

In questo senso, l'affidare il futuro dell'efficienza amministrativa e del governo dei contratti pubblici all'iper-regolazione ci pare effetto di un'illusione ottica piuttosto che di un piano strategico che tenga conto del corretto assetto del rapporto tra legge, amministrazione ed interesse pubblico concreto.

2. *Conseguentemente per via della prevalenza dei goals sui constraints*

Le committenze pubbliche sono inefficienti per via della prevalenza dei *goals* sui *constraints* ⁴.

Ove si prenda in esame il mercato dei contratti pubblici, la regolamentazione è tale e tanta che già l'individuarela, per rispettarla, rischia di divenire un fine in sé. Invece, il rispetto delle norme, per non ostacolare il perseguimento degli obiettivi leciti e portatori di valore aggiunto di un qualunque soggetto pubblico o privato, dovrebbe essere diretto ed immediato; dovrebbe appartenere ad un'azione automatica, che non necessita di particolare concentrazione o di una speciale attitudine a districare problematiche complesse.

In generale, dunque senza ancora concentrarci sui dettagli e sulle peculiarità del caso italiano (al quale

dedicheremo il capitolo che segue), possiamo affermare che, nel campo dei contratti pubblici, il dilemma sul rapporto tra forma e sostanza è cruciale se non si voglia lasciare che si radichi (nell'azione della committenza pubblica) un fisiologico disinteresse per il raggiungimento degli obiettivi strategici che i contratti pubblici dovrebbero (o, quantomeno, potrebbero) perseguire e, tanto più, è un aspetto da esaminare con attenzione se si accetti la logica del governare per contratto.

La ricerca di un equilibrio tra i due poli (forma e sostanza) dovrebbe essere il primo compito, nei rispettivi ambiti di azione, del legislatore, del regolatore indipendente e del funzionario incaricato di predisporre la documentazione necessaria per formulare la domanda pubblica e di indire la procedura per la selezione del miglior contraente.

Gli studi di Kelman⁵ hanno messo in evidenza che vi sono tre fattori che rendono il mercato dei contratti pubblici un contesto in cui i *constraints* facilmente prevalgono rispetto ai *goals*. Anzitutto, l'autorevole studioso ritiene rilevante quella che egli definisce la *path dependence*, ossia la tendenza a restare incagliati nel sistema per come è definito e la correlata abitudine a confermarlo, eventualmente sovrapponendo a esso altri strati. Così, per esempio, se viene introdotta una articolata regolamentazione per prevenire la corruzione, quella disciplina, una volta divenuta parte del sistema e tradotta in regola di azione e in prassi determinate, fatica ad essere modificata anche ove l'esigenza per la quale sia stata adottata venga meno o muti. Ne segue una inevitabile stratificazione di vincoli, che appesantisce il quadro giuridico.

In secondo luogo, è più facile creare il consenso politico e della comunità enfatizzando il rispetto dei *constraints*, piuttosto che concentrandosi nel selezionare determinati *goals*: secondo il principio del «*everybody can agree*», mentre la previsione di norme che introducano limiti basati su principi generalmente riconosciuti è oggetto di immediata comprensione e condivisione da parte della comunità, l'individuazione dei *goals* può creare tensioni ed opposizioni. In altri termini, i *goals* richiedono di argomentare e dibattere attorno alle preferenze della comunità, dibattito invece non necessario ove ci si attenga alla logica dei vincoli e dei divieti.

Infine, sempre secondo Kelman, i *constraints* fanno sì che si possa alimentare la logica dello scandalo (se si infrangono i divieti), dirigendo, nel verso più conveniente al potere del momento, l'opinione pubblica.

Dunque, sulla premessa della tendenza generale all'iper-regolazione e ad orientarsi verso i *constraints* piuttosto che verso i *goals*, emerge, anzitutto, il bisogno che il legislatore e gli organi dotati del potere di regolazione del settore si attengano ad introdurre poche, sintetiche e chiare regole uniformanti, che lascino spazio alla flessibilità richiesta dalla disomogeneità dei casi che il mercato dei contratti pubblici affronta.

Kelman suggerisce, ancora più radicalmente, che il legislatore, nel campo dei contratti pubblici, non introduca mai norme cosiddette negative, volte cioè a stabilire vincoli per l'azione amministrativa, dedicandosi, piuttosto, ad enunciare e disciplinare solo le finalità dell'azione pubblica e gli obiettivi che alla stessa vengono affidati.

In un'ottica simile, ma ragionando con le nostre categorie nazionali, vi sarebbe da auspicare che si ritorni ad apprezzare la concezione del principio di legalità dell'azione amministrativa intesa come legalità-spettanza⁶, valorizzando il segmento con cui la legge si limita ad attribuire un potere al soggetto pubblico, il quale, per ruolo istituzionale, ha l'iniziativa e la responsabilità di utilizzarlo per rispondere al meglio alle molteplici esigenze di interesse pubblico incluse nel proprio ambito di competenze. Se si desse credito alla legalità-spettanza, la regolazione dei contratti pubblici dovrebbe limitarsi ad introdurre principi e regole di massima, ma non dovrebbe certo, alla luce delle esigenze di efficienza di cui si è detto nelle pagine precedenti, dettagliare ogni aspetto delle procedure di evidenza pubblica e dei relativi contenuti.

Non a caso, come si anticipava fin dall'Introduzione del libro, l'esigenza di conservare ed ampliare la discrezionalità dell'azione amministrativa è ritenuta un elemento essenziale per migliorare l'efficienza del mercato dei contratti pubblici nei contributi della più autorevole dottrina straniera, perché essa è un importante strumento nella battaglia *goals versus constraints*, che oggi, quasi ovunque, segna preoccupanti punti a favore di una logica formalista che allontana le amministrazioni dal perseguimento degli obiettivi strategici su cui dovrebbe concentrarsi, con tutte le forze, l'azione pubblica⁷.

In quest'ottica, per rispettare la discrezionalità dell'amministrazione, si è espressa una chiara preferenza per un sistema di *soft regulation*⁸, non costellato da previsioni puntuali e inderogabili: «*if the purpo-*

se of a rule is to import knowledge, give the rule the form of suggestion, advice, or guidance, not a binding requirement. If the rule is designed to help employees, have it be available for those who want the help. Make the rule enabling, not coercive.»⁹.

Nella prospettiva della *soft regulation*, il regolatore dei contratti pubblici ha il compito di guidare la condotta delle amministrazioni limitandosi a suggerire determinate azioni invece che imporle. Sollecitati da questo modo di concepire il rapporto tra legislazione e potere amministrativo, nel capitolo finale proponremo una valorizzazione delle tecniche di *nudging*, applicandole alla regolazione pubblico – pubblico, e, nello specifico, all’attività regolatoria che compete all’Autorità Nazionale Anticorruzione e che ha, come principali destinatari, le stazioni appaltanti.

2.1. Segue: i goals nel mercato dei contratti pubblici. La logica del procuring for value

Nell’intenzione di sconfiggere la prevalenza della forma sulla sostanza e di costruire una strategia di medio periodo con la quale creare valore attraverso i contratti stipulati dalle amministrazioni aggiudicatrici, merita di essere ricordata una teorizzazione apparsa nel contesto anglosassone, nell’ambito degli studi economici sui contratti pubblici, sintetizzata nell’espressione *procuring for value*¹⁰, che trova eco anche nel titolo di questo lavoro.

Il *procuring for value* enfatizza i principi di trasparenza, efficienza e misurazione delle competenze, con lo scopo di permettere al committente di raccogliere

tutti i dati necessari per scegliere il miglior operatore presente nel mercato.

Nella prospettiva del *procuring for value* assume valore principale non l'*input* – nel nostro caso la procedura di gara o i dati di partenza sulla base dei quali si costruiscono gli impegni delle parti in relazione all'oggetto del contratto – quanto l'*output* cioè il risultato, in termini di valore aggiunto, che una determinata azione produce. Nella prospettiva di Ann Bentley, rinomata per aver svolto alcuni tra gli interventi più importanti nel settore che stiamo considerando, *procuring for value* comporta: *use outcome-based procurement to drive capital delivery and lifetime performance; increase transparency on the performance of suppliers and assets; improve procurement efficiency and get the basics right.*

La tesi illustrata è piuttosto simile a quella proposta in questo libro, che intenderebbe liberare il dialogo sui contratti pubblici dalle procedure e dai lacci e laccioli della forma per rilanciarne i contenuti. Per esempio, ha ricordato la studiosa in un suo recente intervento «*To capture the maximum benefit that projects or programmes can achieve, the definition of Value must be expanded to include elements [among others] such as: whole-life value, digital effectiveness, BIM and data capture, and capital and operational carbon emissions. To build on best practice and to eradicate the worst practice, public comparisons must be available. Therefore, government must put in place a framework to collect and publish cost and performance benchmark data for publically funded construction and infrastructure projects...*»¹¹.

Più in generale, è particolarmente efficace collegare il fatto in sé dell'azione che porta al contratto – *procuring* – con l'obiettivo di creare valore – *for value*: si chiarisce così, in poche parole che, per identificare il valore o la qualità di un certo contratto pubblico non è sufficiente concentrarsi sulla procedura, ma occorre soffermarsi sulle modalità e sui contenuti della domanda che il committente pubblico formula al mercato, affinché le prestazioni affidate all'operatore privato e da quest'ultimo eseguite rispondano a scelte razionali della stazione appaltante e consentano di ottenere risultati interessanti nel settore dello sviluppo sostenibile, di risparmiare emissioni di anidride carbonica, di impiegare il linguaggio e i metodi digitali, etc..

I sostenitori del *procuring for value* mettono in luce, infine, un ulteriore aspetto, che fa riflettere: per verificare le *performances* della committenza pubblica, ossia per capire se essa crea o meno valore con la sua azione, è essenziale prevedere, eventualmente (questa volta sì) attraverso norme di legge *ad hoc*, che le amministrazioni mettano a disposizione dati e informazioni, in un contesto trasparente e chiaro, in cui sia possibile effettuare confronti e sviluppare considerazioni, in maniera che si possano correggere le disfunzioni e ripetere comportamenti i cui effetti risultino positivi.

3. *Le committenze pubbliche sono inefficienti per via del fenomeno della corruzione*

Le committenze pubbliche sono inefficienti per via della corruzione.

Quando l'inefficienza assume il carattere dello sviamento degli organi pubblici rispetto ai bisogni per la cui esclusiva soddisfazione sono stati creati – ossia l'interesse generale della comunità amministrata, se pensiamo agli enti territoriali, oppure l'interesse pubblico specifico affidato dalla legge ad un certo soggetto pubblico, per esempio, la tutela dell'ambiente o della salute – entra nel discorso, inevitabilmente, il dilagare della corruzione e di reati affini¹².

La corruzione genera rifiuto, provoca disgusto; al di là della reprimenda morale delle condotte corruttive, quello che non viene tollerato è che parte del denaro dei cittadini, devoluto agli organi di governo tramite i prelievi fiscali sull'onesto lavoro dei membri della comunità, venga utilizzato per foraggiare condotte illecite¹³.

La corruzione, al pari della inefficienza, non è certo una esperienza solo nazionale. Negli ultimi anni interi Paesi, come Panama, Brasile, Argentina¹⁴, Perù¹⁵, Iraq¹⁶, sono stati colpiti da scandali che hanno riguardato le più alte cariche dello Stato e le magistrature supreme.

In Italia anche la corruzione della pubblica amministrazione ha assunto una dimensione rilevante, se non in termini numerici rispetto a quanto accada altrove, per l'alto livello di percezione sociale del fenomeno e per l'attenzione mediatica ad esso dedicata. Tuttavia, una importante ricerca¹⁷ di qualche anno fa già metteva in evidenza che la corruzione rappresenta solo il 13% degli sprechi della pubblica amministrazione, dovuta per il restante 87% alla cattiva gestione degli enti pubblici¹⁸. Il che, per altro verso, aumenta

la preoccupazione sulle cause di inefficienza illustrate nei paragrafi precedenti e rende urgente intervenire su di esse, persino in chiave prioritaria rispetto alle politiche anti-corruzione.

È bene comunque rammentare, pur senza dedicarci ad approfondire qui il fenomeno in chiave analitica, che la corruzione, generando sfiducia nella correttezza e nella imparzialità dell'azione amministrativa, attiva un circolo vizioso complessivamente molto negativo, che porta i cittadini a non essere fieri del proprio governo, a disaffezionarsi alla politica e, in generale, a non credere nella capacità delle istituzioni di essere rappresentative dell'elettorato e di rispondere alle necessità della società; la corruzione induce gli interlocutori dei soggetti pubblici a mettere in atto meccanismi di relazione (se non dotati di rilevanza penale, comunque) poco trasparenti, e volti ad approfittare, ove possibile, delle sacche di inefficienze, con danno e discriminazione di coloro che si attengano al rigore delle regole, penalizzati oltre che dall'inefficienza anche da coloro che di quest'ultima approfittino furbescamente.

Per spiegare il fenomeno, ricorriamo ad un esempio che può essere replicato per altre molteplici situazioni: se una lunghissima fila per le prenotazioni ospedaliere viene scavalcata da chi ottiene un canale preferenziale grazie ad un parente o ad un amico che lavori allo sportello, oppure da chi estorca ad una persona in coda il biglietto per una chiamata precedente a quella cui avrebbe diritto secondo il proprio ordine di arrivo, l'utente bisognoso non solo sarà penalizzato per l'inefficienza in sé del servizio, ma sarà costretto

anche a subire una ingiustizia per via del comportamento dell'utente che approfitti della situazione aggirandola a proprio vantaggio.

Il punto più dolente è che il dilagare della corruzione delle istituzioni è un fenomeno difficilmente correggibile, dal momento che non è isolabile: secondo alcuni non si può eliminare nemmeno attraverso una riforma delle istituzioni, essendo la conseguenza di una attitudine dell'essere umano. Denuncia questo profilo, nella drammaticità delle sue conseguenze, la Chiesa cattolica¹⁹, che soffre della crisi dell'umanesimo, sconfitto dall'utilitarismo, lacerato dal culto del potere e del denaro, e invoca, di contro, la necessità di recuperare il vero ruolo sociale delle istituzioni pubbliche, che hanno il nobile compito di cooperare alla ricerca del bene comune, per combattere la corrosione della persona (etimologicamente corrotto: *cuore-rotto*), che nega la libertà degli individui, rendendoli merce. Dalla Chiesa stessa proviene il monito verso chi ci governa, a ritornare ad essere *minister*, cioè servitore: chi serve non usa la prepotenza e l'imposizione, ma è alla ricerca dei bisogni della comunità e trova la sua espressione nel de-centrarsi, nel senso di allontanarsi dalla idolatria della autoreferenzialità.

La corruzione, portatrice di conflitto, sottosviluppo, disuguaglianze e mal governo, dall'Africa all'Italia, dalla Cina alla Germania, è dunque un fenomeno globale, che interessa sia le organizzazioni pubbliche come le istituzioni sia le persone che le governano in quanto esseri umani, capace di distruggere, in poco tempo e in pochi eclatanti episodi, il ciclo della rappresentanza politica, rompendo il presupposto sul

quale essa si basa, ossia che chi agisce come ente pubblico sia fedele ai reali bisogni di una data comunità. Essa, minando all'origine la credibilità delle istituzioni, lascia spazio a forme di legittimazione che ricordano il passato, come quella dei gruppi corporativi, degli enti privati costituiti per reagire all'inerzia dei governanti. Il potere pubblico, cioè, perdendo autorevolezza, non è più riconosciuto come interprete della comunità amministrata, che si riorganizza, reagendo alla crisi dell'amministrazione, per far fronte ai propri bisogni con le proprie forze.

Va tenuto presente – come fenomeno – per altro verso, non necessariamente negativo – che meno l'amministrazione è in grado di rispondere adeguatamente alla missione per cui si giustifica, negli ordinamenti contemporanei, la presenza del potere pubblico, più conquista spazio l'impresa, perché sorge il dubbio che i compiti tradizionalmente di pertinenza pubblica possano essere, più proficuamente, privatizzati (nel senso di affidati a organizzazioni o soggetti privati). È così che le forme di partenariato tra pubblico e privato diventano una risorsa utile, perché permettono di reagire alla scarsa aderenza delle istituzioni rispetto ai bisogni reali della comunità, mutando la metodologia con la quale si attribuisce significato all'interesse generale, che non parte, negli schemi partenariali, dall'enunciazione formale espressa da una decisione (che potrebbe essere corrotta) dell'amministrazione, ma si basa sulla concretezza dell'immedesimazione, sostanziale, tra il mondo da cui una certa necessità sorge (il privato) e chi, quella necessità, la riconosce e si propone di realizzarla (ancora una volta, il privato).

4. *Percorsi di approfondimento*

In Italia, dunque, inefficienza dovuta ad iper-regolazione, prevalenza dei *constraints* sui *goals* e corruzione minano l'adeguatezza della risposta dell'amministrazione nel perseguire l'interesse pubblico e nel formulare una domanda qualificata nel mercato dei contratti pubblici. Di questo dobbiamo prendere atto indagando anzitutto le motivazioni per cui, in particolare, la iper-regolazione e la prevalenza dei *constraints* sui *goals* sono una costante che potremmo ormai definire strutturale al mercato dei contratti pubblici e non solo al sistema dell'organizzazione amministrativa nel suo complesso. Tenendo a mente la descrizione e l'analisi che precede, nella nostra ricerca ci domanderemo che cosa dovrebbe prevedere la legge per favorire il perseguimento di obiettivi sostanziali che permettano di creare valore pubblico, e studieremo, nei prossimi capitoli, quei meccanismi che consentono di migliorare il rapporto tra *goals* e *constraints*, che, alla luce di quanto emerso sinora, appare travisato nell'attuale sistema italiano dei contratti pubblici.

Non ci soffermeremo, invece, sul fenomeno della corruzione, accertato che si tratta di un aspetto marginale per quanto riguarda la sua incidenza sulla attuale situazione di inefficienza delle amministrazioni pubbliche e nella convinzione che, essendo pertinente in larga parte alle attitudini umane, esso, da un lato, non si possa combattere con una riforma istituzionale e, dall'altro, sarebbe comunque arginato a fronte di una amministrazione efficiente e di una domanda pubblica qualificata che attiri i migliori operatori economici a contendersi i contratti pubblici.

¹ Sulla regolazione flessibile ci soffermeremo nel Capitolo V a cui, per il momento, si rimanda.

² Missione, quella di attuare l'interesse pubblico concreto, di esclusiva pertinenza degli enti pubblici, per i quali infatti non è invocabile l'autonomia del volere che connota la libertà in senso privatistico.

³ Fa riflettere, a questo proposito, l'articolo di B.G. MATTARELLA, *Il principio del concorso e la sua parodia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, pp. 417-418; in cui lo studioso si interroga sulla funzione da attribuire al concorso pubblico. Attraverso la procedura di selezione si vogliono eliminare le discriminazioni tra i candidati togliendo all'amministrazione la possibilità di scelta oppure si vogliono selezionare i candidati migliori? L'impressione dell'Autore è che il sistema si sia concentrato ad eliminare i favoritismi dai concorsi dimenticandone però la funzione principale, ovvero quella di selezionare i candidati migliori.

⁴ Sul rapporto tra *goals* e *constraints* nel mercato dei contratti pubblici è di insegnamento lo studio della Swedish Competition Authority, i cui esiti sono stati pubblicati nel 2012 in un fascicolo intitolato *The Cost of Different Goals of Public Procurement*, avviato attorno a questo interrogativo: *What should be the goal of public procurement?* Consultabile all'indirizzo <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/english/publications-and-decisions/the-cost-of-different-goals-of-public-procurement.pdf>

⁵ S. KELMAN, *Reinventing government – 25 years later*, cit., *passim*.

⁶ Principio di legalità dell'azione amministrativa, infatti, significa anche che, nell'ambito dei poteri che la legge attribuisce al soggetto pubblico, ad esso spettano le valutazioni che permettono di perseguire l'interesse pubblico. Sul principio di legalità-spettanza, se si vuole, cfr. S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008, p. 121 ss.

⁷ Cfr., S. KELMAN, *Procurement and public management: The*

fear of discretion and the quality of government performance, op. cit., p. 28: «Government officials deprived of discretion which could produce misbehaviour are at the same time deprived of discretion that could call forth outstanding achievement». Del complesso bilanciamento tra *goals* e *constraints* si è occupata anche S. ARROWSMITH, *Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform*, in *The different Costs of Different Goals of Public Procurement*, Swedish Competition Authority, cit., p. 44 ss.: «It is in fact one of the most difficult issues for procurement policy to determine the appropriate balance between using rules to control the behaviour of individual agents of the procurement system (the procuring officers) and allowing them discretion», p. 64, e ancora «even were the directives to aim in principle at ensuring that awards are made to the best supplier it would be appropriate to leave a broad discretion to Member States on how this it to be achieved within their national systems in accordance with EU principles of proportionality and subsidiarity», p. 80.

Più in generale sull'argomento si possono consultare, tra gli altri, S. ARROWSMITH, J. LINARELLI, D. WALLACE, *Regulating Public Procurement: National and international perspectives*, Alphen aan den Rijn, 2000; J. EDLER, L. GEORGHIOU, *Public Procurement and innovation – Resurrecting the demand side*, in *Research Policy*, vol. 36, n. 7, 2007, pp. 949-963; M. TRYBUS, *Improving the Efficiency of the Public Procurement Systems in the context of the European Union Enlargement process*, in *Public Contract Law Journal*, vol. 35, n. 3, 2006, pp. 409-425; K.V. THAI, G. PIGA, *Advancing Public Procurement: Practices, Innovation and Knowledge Sharing*, Boca Raton, 2007.

⁸ Si rimanda al Capitolo V per chiarimenti sul significato dell'espressione e sulla rilevanza del concetto espresso nel contesto della regolazione del mercato dei contratti pubblici.

⁹ S. KELMAN, *Goals, Constraints, and the Design of a Public Procurement System*, in *The different Costs of Different Goals of Public Procurement*, cit., p. 18 e p. 53. Nel contesto culturale americano questa impostazione, che protegge l'ambito di azione dei soggetti pubblici, è anche strettamente connessa alla valorizzazione degli incarichi pubblici: servire il Governo degli Stati Uniti è inteso come una missione nobile e affidata ai soggetti più meritevoli. Lì, l'impiego pubblico non è il luogo dei fannulloni o dei burocrati, ma il campo di prova dei più dotati organizzatori, di teorici lungimiranti,

di professionisti autorevoli, di economisti ispirati, di *manager* instancabili, di psicologi sociali, di giuristi colti e concreti.

¹⁰ Cfr., sul *procuring for value*, D. KASHIWAGI, J. SAVICKY, *The cost of 'best value' construction*, in *Journal of Facilities Management*, Vol. 2, 2003, pp. 285-297; A. STORTEBOOM, P. WONDIMU, J. LOHNE, O. LÆDRE, *Best value procurement – the practical approach in The Netherlands*, in *Procedia Computer Science*, vol. 121, 2017, pp. 398-406.

¹¹ A. BENTLEY, *Hitting the sweet spot: value for clients delivered by valued suppliers*, intervento del 10 novembre 2017 alla JCT Povey Lecture 2017.

¹² Per una visione globale del fenomeno della corruzione *cfr.*, tra gli altri: F. STAPENHURST, P. LANGSETH, *The role of the public administration in fighting corruption*, in *International Journal of Public Sector Management*, Vol. 10, n. 5, 1997, pp. 311-330; M. GAINSBOROUGH, D.N. DINH, T.T. PHUONG, *Corruption, Public Administration Reform and Development: Challenges and Opportunities as Viet Nam moves towards Middle-Income*, in *Public Administration Reform and Anti-Corruption A series of Policy Discussion Papers*, The United Nations Development Programme Viet Nam, 2009, pp. 379-430; C.W. ANDREWS, *The Evil and Its Cure: Clientelism, Corruption, and Their Institutional Remedies in Latin America*, in *Value and Virtue in Public Administration IIAS Series: Governance and Public Management*, a cura di M.S. DE VRIES, P.S. KIM, Londra, 2011, pp. 208-227; E. OSEI-TUTU, E. BADU, D. OWUSU-MANU, *Exploring corruption practices in public procurement of infrastructural projects in Ghana*, in *International Journal of Managing Projects in Business*, Vol. 3, n. 2, 2010, pp. 236-256; S. WILLIAMS-ELEGBE, *Fighting Corruption in Public Procurement. A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures*, Oxford, 2012; M. F. JENSEN, *The question of how Denmark got to be Denmark – Establishing rule of law and fighting corruption in the state of Denmark 1660-1900*, Stoccolma, 2014; D. CLARK, *Fighting Corruption with Con Tricks: Romania's Assault on the Rule of Law*, Londra, 2017; B. NAG, *Combating Corruption in Indian Public Procurement – Some exploratory Case Studies*, in *The Journal of Institute of Public Enterprise*, n. 1&2, 2017. Con una prospettiva di ampio respiro, particolarmente interessante il volume di G.M. RACCA, C. YUKINS, *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Bruxelles, 2014.

¹³ Non si dimentichi, infatti, che il denaro pubblico proviene,

in larga parte, dalla tassazione di cittadini e imprese, che in Italia è tra le più alte del mondo.

¹⁴ Nel 2014 la polizia federale brasiliana ha avviato l'indagine «*Operação Lava Jato*» inizialmente per investigare un sistema di riciclaggio di denaro che si è successivamente trasformata in un'indagine sulla corruzione all'interno dell'azienda petrolifera statale brasiliana *Petrobras* che ha coinvolto numerosi personaggi del mondo politico del Paese tra cui l'ex Presidente brasiliano Lula, condannato a nove anni e mezzo di prigione per aver accettato tangenti per un valore di 1.2 milioni di dollari e il direttore dell'Agenzia Federale d'Investigazione argentina Mauricio Marci. Cfr. J. WATTS, *Operation Car Wash: is this the bigger corruption scandal in history?*, in *The Guardian*, versione online, 1 giugno 2017.

¹⁵ Nel 2017 è stato emesso un mandato di arresto per l'ex presidente peruviano Alejandro Toledo per aver presumibilmente accettato una tangente da 20 milioni di dollari americani dal gigante delle costruzioni brasiliano *Odebrecht* in cambio di contratti per la costruzione di un'autostrada transoceanica tra la costa del Brasile a quella del Perù, cfr. M. AQUINO, *Perù prosecutors seek new arrest warrant for ex-President Toledo*, in *Reuters*, versione online, 5 luglio 2017.

¹⁶ Nel 2016 è scoppiato lo scandalo *Unaoil*, società energetica monegasca che ha sistematicamente corrotto i funzionari di paesi ricchi di petrolio per assegnare alle società petrolifere internazionali importanti contratti. In Iraq, *Unaoil* ha versato circa 25 milioni di tangenti in favore di potenti esponenti del governo per dirottare le gare d'appalto, cfr. N. MC.KENZIE, R. BAKER, M. BACHELARD, D. QUINLAN, *How the world's biggest bribe scandal unfolded in Iraq*, in *Huffington Post*, versione online, 30 marzo 2016.

¹⁷ Interessante ricerca sugli sprechi attivi e passivi della pubblica amministrazione italiana a cura di O. BANDIERA, A. PRAT, T. VALLETTI, *Active and passive waste in government spending: evidence from a policy experiment*, in *American Economic Review*, n. 99, 2009, pp. 1278-1308.

¹⁸ Dati simili a quelli di recente confermati dalla ricerca citata alla nota 1 del Capitolo I, dove si fa riferimento allo studio elaborato dalla Confederazione Generale Italiana degli Artigiani di Mestre dell'agosto del 2017.

¹⁹ Le riflessioni riportate nel testo sono il risultato dello studio di un volume particolarmente fecondo di riflessioni, di cui si suggerisce la lettura: P. K. A. TURKSON, *Corrosione. Combattere la corruzione nella chiesa e nella società*, Milano, 2017.

Parte II

Capitolo III

Come si presenta il mercato dei contratti pubblici in Italia

SOMMARIO: 1. Oggetto del capitolo – 2. La riforma dei contratti pubblici del 2016, il profluvio di obiettivi e la difficoltà di perseguirli – 2.1. I principi guida contenuti nella legge delega e il loro svilimento nella iper-regolazione della legislazione delegata – 3. Perché il mercato dei contratti pubblici è iper-regolato – 3.1. Il primo fattore: l'esibizionismo politico – 3.2. Il secondo fattore: la necessità di legittimare l'introduzione di nuovi organismi pubblici e dei poteri anche regolatori a loro affidati – 3.3. Il terzo fattore: il tentativo di ridurre gli abusi – 3.4. Il quarto fattore: l'effetto della cultura paternalistica – 4. Le conseguenze della iper-regolazione nel mercato dei contratti pubblici. Quando la cura è peggiore del male – 5. La conflittualità come conseguenza della iper-regolazione – 6. Le asperità della fase esecutiva dei contratti pubblici.

1. *Oggetto del capitolo*

In questo capitolo ci dedicheremo ad indagare come il mercato dei contratti pubblici appare oggi e da che cosa, a nostro avviso, è caratterizzato. Emergerà che l'iper-regolazione è un dato particolarmente significativo, di cui cercheremo di intendere le cause e le conseguenze, e che la conflittualità è preoccupante non

solo quando porta al contenzioso vero e proprio, ma anche quando ha le sembianze della resistenza passiva del contraente (privato) ostile e non collaborativo.

2. *La riforma dei contratti pubblici del 2016, il profluvio di obiettivi e la difficoltà di perseguirli*

Nel 2016, in Italia, il mercato dei contratti pubblici è stato oggetto di una importante riforma, indotta dalla necessità di implementare le direttive UE nrr. 23, 24 e 25 del 2014, che ha portato all'adozione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, contenente l'attuale codice dei contratti pubblici.

Il recepimento del diritto europeo ha rappresentato la felice occasione per un ripensamento complessivo della disciplina del settore, grazie al quale, per quanto interessa ai fini della nostra ricerca, sono stati anche attribuiti importanti compiti all'Autorità Anticorruzione, dotata ora del potere di adottare linee guida, bandi e contratti tipo, per promuovere la qualità dell'attività delle stazioni appaltanti.

Il dichiarato spirito della riforma è stato, tra l'altro, quello di semplificare il quadro normativo, tanto che mentre nel sistema previgente la disciplina di dettaglio era affidata ad un regolamento attuativo contenente le regole più operative (l'allora decreto del Presidente della Repubblica n. 207/2010 di attuazione del D.Lgs. n. 163/2006), il nuovo assetto si è basato sulla autosufficienza del codice dei contratti pubblici, come strumento tradizionale di legislazione, al quale sono stati affiancati, come si è anticipato, strumenti *flessibili* di regolazione.

Vedremo in questo capitolo che, nonostante l'intenzione, il risultato atteso in termini di semplificazione ancora non si è realizzato e si potrebbe pure discutere, analizzando la sovrapposizione tra le fonti tipiche e atipiche del diritto dei contratti pubblici e i contenuti del nuovo ciclo regolatorio, se le norme di recente introdotte e il potere affidato all'Autorità Anticorruzione stiano davvero riuscendo nell'intenzione di promuovere l'efficienza delle committenze pubbliche.

Resistiamo, per il momento, dal fornire ulteriori valutazioni al riguardo, rimandando le osservazioni critiche al momento in cui avremo offerto al lettore una adeguata illustrazione della riforma a cui si è ora appena accennato.

2.1. I principi guida contenuti nella legge delega e il loro svilimento nella iper-regolazione della legislazione delegata

Cominciamo con il precisare che, nel nostro caso, il legislatore (che sarebbe stato comunque obbligato ad intervenire per implementare le direttive europee entro il 18 aprile 2016) non solo si è fatto carico di dotare il mercato dei contratti pubblici di nuove norme, ma lo ha fatto dettagliando con dovizia di particolari, a partire dalla legge delega, i principi ispiratori della riforma e molti, moltissimi, contenuti, che il legislatore delegato avrebbe poi dovuto sviluppare. Così, proprio il testo della legge delega, sul quale ci soffermeremo tra breve, appare un documento particolarmente interessante per capire (grazie anche un incedere un

poco ridondante e talvolta ripetitivo) quali siano state le intenzioni del legislatore delegante rispetto alle prospettive di sviluppo del mercato che stiamo esaminando e con che modalità la legislazione va a disciplinare il territorio delle procedure di evidenza pubblica.

Ebbene, le linee ispiratrici della riforma si ritrovano puntualmente enunciate nella legge 28 gennaio 2016, n. 11, che ha delegato il Governo ad adottare il Decreto Legislativo contenente quello che appelliamo “il nuovo codice dei contratti pubblici”, *nomen* appunto evocativo di un cambiamento radicale della cornice di riferimento rispetto al passato.

Si riportano di seguito, per stralci in citazioni testuali, i principi più rilevanti enucleati dalla legge delega¹:

semplificazione attraverso un unico decreto di riordino del settore; previsione di specifiche tecniche nei criteri di aggiudicazione di un appalto, nelle condizioni di esecuzione del medesimo nonché nei criteri per la scelta delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione tali da assicurare l'accessibilità delle persone con disabilità, conformemente agli standard europei; semplificazione e riordino del quadro normativo vigente, al fine di conseguire una drastica riduzione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni vigenti e un più elevato livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti; semplificazione e riordino del quadro normativo vigente allo scopo di predisporre procedure non derogabili riguardanti gli appalti pubblici e i contratti di concessione e di conseguire una significativa riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara e alla realizzazione delle opere pubbliche; re-

cepimento degli strumenti di flessibilità previsti dalle tre direttive; previsione di una disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria e di una disciplina per l'esecuzione di lavori, servizi e forniture in economia ispirate a criteri di massima semplificazione e rapidità dei procedimenti, salvaguardando i principi di trasparenza e imparzialità della gara; puntuale indicazione, in materia di affidamento dei contratti nei settori speciali, delle disposizioni ad essi applicabili, anche al fine di favorire la trasparenza nel settore e la piena apertura e contendibilità dei relativi mercati; semplificazione, armonizzazione e progressiva digitalizzazione delle procedure in materia di affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, attraverso la promozione di reti e sistemi informatici, anche al fine di facilitare l'accesso delle micro, piccole e medie imprese mediante una maggiore diffusione di informazioni e un'adeguata tempistica, e di soluzioni innovative nelle materie disciplinate, con particolare riguardo allo sviluppo delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici di preminente interesse nazionale, nonché all'innovazione tecnologica e digitale e all'interconnessione della pubblica amministrazione; previsione di una specifica disciplina per i contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza; individuazione dei contratti esclusi dall'ambito di applicazione del decreto di recepimento delle direttive e del decreto di riordino in coerenza con quanto previsto dalle direttive; riordino e semplificazione della normativa specifica in materia di contratti relativi a beni culturali, ivi inclusi quelli di sponsorizzazione; previsione di misure volte a

garantire il rispetto dei criteri di sostenibilità energetica e ambientale nell'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, facendo ricorso anche al criterio di aggiudicazione basato sui costi del ciclo di vita e stabilendo un maggiore punteggio per i beni, i lavori e i servizi che presentano un minore impatto sulla salute e sull'ambiente; armonizzazione delle norme in materia di trasparenza, pubblicità, durata e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi ad essa prodromiche e successive, anche al fine di concorrere alla lotta alla corruzione, di evitare i conflitti d'interesse e di favorire la trasparenza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione²; definizione dei requisiti di capacità economico-finanziaria, tecnica, ivi compresa quella organizzativa, e professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, che gli operatori economici devono possedere per partecipare alle procedure di gara; revisione della disciplina in materia di pubblicità degli avvisi e dei bandi di gara; definizione di indirizzi generali da parte del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, d'intesa con l'Autorità Nazionale Anticorruzione, al fine di garantire adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità prevedendo, in ogni caso, la pubblicazione su un'unica piattaforma digitale presso l'ANAC di tutti i bandi di gara; attribuzione all'Autorità Nazionale Anticorruzione di più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e san-

zionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa; riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti, con attribuzione a questi ultimi della piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda, purché non attenga agli elementi oggetto di valutazioni sul merito dell'offerta, e semplificazione delle procedure di verifica da parte delle stazioni appaltanti, con particolare riguardo all'accertamento dei requisiti generali di qualificazione, costantemente aggiornati, attraverso l'accesso a un'unica banca dati centralizzata; razionalizzazione delle procedure di spesa attraverso l'applicazione di criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle stazioni appaltanti, prevedendo la riorganizzazione delle funzioni delle stazioni appaltanti, con particolare riferimento alle fasi di programmazione e controllo, nonché prevedendo l'introduzione di un apposito sistema, gestito dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, di qualificazione delle medesime stazioni appaltanti, teso a valutarne l'effettiva capacità tecnica e organizzativa, sulla base di parametri obiettivi; revisione del sistema di qualificazione degli operatori economici, introducendo anche misure di premialità, regolate da un'apposita disciplina generale fissata dall'Autorità Nazionale Anticorruzione con propria determinazione e connesse a criteri reputazionali basati su parametri oggettivi e misurabili e su accertamenti definitivi concernenti il

rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e la gestione dei contenziosi, nonché assicurando gli opportuni raccordi con la normativa vigente in materia di rating di legalità; revisione della disciplina vigente in materia di avvalimento, razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale e altro ancora.

Il motivo per cui, nelle pagine precedenti, si è forse ecceduto nel riscrivere ampie citazioni testuali dei contenuti della legge delega del nuovo codice dei contratti pubblici è il voler trasmettere al lettore quante siano le previsioni dedicate già solo ai principi della regolazione del mercato dei contratti pubblici.

Tuttavia, va subito ricordato che quello sopra riportato è il testo – non già del nuovo codice dei contratti pubblici, ma ancora solo – della legge delega, ossia dell'atto con il quale vengono individuate le direttrici per la riforma che dalla delega legislativa deriva.

Alla legge delega è seguito il decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016, che ha rielaborato i principi e i contenuti ivi formulati, trasformandoli in una nuova legislazione proceduralizzante (nel senso di preoccupata di definire procedimenti) che, a sua volta, ha rinviato all'adozione di ulteriori atti – in particolare, decreti ministeriali e atti di competenza dell'Autorità Anticorruzione e di altri enti pubblici – specifiche discipline di dettaglio. Per esempio, il progressivo utilizzo obbligatorio degli strumenti digitali negli appalti pubblici di lavori, è stato affidato ad un decreto ministeriale; l'individuazione dei requisiti del responsabile unico del procedimento è stata delegata ad apposite

linee guida dell’Autorità Anticorruzione; la regolamentazione degli istituti di partenariato sociale è stata affidata ai comuni.

Quindi, nel passaggio dalla legge delega al codice, i macro obiettivi, enunciati a livello generale, hanno perso molta della loro potenziale efficacia, dal momento che sono stati tramutati in regole di azione e, di conseguenza, hanno, in buona parte, smarrito la forza dei *goals* per assumere la più modesta prospettiva dei *constraints*.

Invero, il depotenziamento della catena di obiettivi enunciati dal legislatore delegante era prevedibile fin dalla lettura del testo della legge: infatti, il modo più efficace per ottenere il raggiungimento delle finalità attese consiste nell’identificare pochi obiettivi, formulati sinteticamente ed in maniera precisa; viceversa, elencazioni troppo ambiziose, generiche e affollate di finalità diverse – come quelle contenute nella legge delega che abbiamo riportato – a prescindere dal tipo di fonte del diritto che le enunciano, non riescono ad essere incisive e non hanno la capacità di guidare le committenze pubbliche. Anche ove i principi enunciati nella legge delega fossero stati riportati, tutti e testualmente, nella legislazione delegata, la loro generalità, quantità e ampiezza avrebbe comunque reso facilmente impraticabile per le amministrazioni intendere con esattezza quale fosse l’azione ritenuta corretta e sarebbe stato comunque difficile porre in essere una reale e trasparente misurazione delle *performances*. In altri termini, la generalizzazione di troppi *desiderata* finisce per svilire il significato dei principi generali, destinati così a

restare mere enunciazioni astratte e ad essere assorbiti da norme di procedura.

Dunque, tornando al filone principale del nostro ragionamento, bisogna riconoscere che l'Italia è un Paese in cui il mercato dei contratti pubblici non è affatto regolato in maniera semplice né la disciplina del settore è di facile lettura. Al contrario, il mondo dei contratti pubblici continua ad essere iper-regolato e, fisiologicamente, altamente conflittuale³. Chiarito quanto premesso sulla scarsa capacità persuasiva degli obiettivi enunciati dalla legge delega, ci interrogheremo allora di seguito sul motivo della iper-regolazione, anche per intendere se vi siano degli antidoti alla complessità che ne deriva e alla ineffabile tendenza alla prevalenza dei *constraints* sui *goals*, le cui conseguenze negative sono già state rilevate.

3. *Perché il mercato dei contratti pubblici è iper-regolato*

Il mercato dei contratti pubblici, in Italia, è un ambito in cui la presenza considerevole di norme e la loro stratificazione non si può certo nascondere. A ciò segue che le committenze pubbliche sono, e ove non lo siano si sentono di esserlo, fortemente limitate, nella loro azione, da disposizioni e procedure che ne scandiscono l'azione.

L'«*extensive use of rules*» è, secondo gli studiosi, uno dei principali elementi che inducono a vituperare il mondo della regolazione pubblica e dell'azione amministrativa: troppe regole, troppo complicate, spesso inutili e finanche dannose⁴.

Inevitabilmente, la presenza di vincoli introduce elementi di rigidità e appesantisce l'attività amministrativa, perciò è essenziale accertare che essi siano utili.

Non sempre il principio del «*more laws because of more issues*» corrisponde alla realtà: nel senso che non sempre la necessità di risolvere problemi sopravvenuti (alla normativa in essere) è la ragione che giustifica l'adozione di nuove leggi o di correttivi alla legislazione vigente. Anticipiamo subito che, a nostro avviso, la sovrabbondanza di norme, nel mercato dei contratti pubblici, non è solo l'effetto della necessità di affrontare nuove criticità che richiedono una disciplina *ad hoc*. Talvolta, la produzione normativa è la conseguenza di fattori diversi rispetto al bisogno di regolare insorte problematiche. Analizziamo di seguito le ragioni che riteniamo essere la causa dell'ipertrofia normativa che contraddistingue l'attuale sistema dei contratti pubblici.

3.1. Il primo fattore: l'esibizionismo politico

Anzitutto, l'organo politico può avere interesse a mostrare all'elettorato l'attenzione prestata nel trattare talune tematiche, per documentare i propri intenti e cercare, attraverso di essi, l'approvazione della comunità. Per esempio, considerando il mercato dei contratti pubblici, l'affermare che si combatte la corruzione o il rivendicare la paternità di una normativa ispirata al principio della trasparenza dell'azione amministrativa o alla valorizzazione delle piccole e medie imprese esprime un messaggio preciso in termini di *policy making*.

L'attenzione a promuovere una buona immagine di sé è del tutto comune alle realtà organizzative i cui rappresentanti sono scelti in esito a competizioni elettorali.

Esiste cioè una ragione politica all'ipertrofia normativa, che chiameremo, per intenderci, esibizionismo politico⁵. Il termine impiegato ha una connotazione volutamente negativa, perché esso si riferisce a quelle situazioni in cui l'eccesso di legislazione non è la conseguenza della necessità di regolare determinati aspetti critici, ma è il risultato della mera esigenza di apparire degli organi coinvolti nel processo deliberativo delle leggi.

Come effetto dell'esibizionismo politico, il tessuto normativo, oltre a dettare regole specifiche per determinate procedure o attività, è popolato di enunciazioni di principio dalla portata generale, che esprimono scelte di massima, allo scopo di ottenere con più facilità (senza cioè esporsi a contestazioni) il favore degli elettori⁶.

Del resto, è inevitabile l'uso politico (nel senso appena chiarito) dei principi nei testi normativi. Invocare il principio è già un'azione in sé, perché colloca il legislatore entro un clima di promozione (politica appunto) di alcuni valori rispetto ad altri.

Di esibizionismo politico è intrisa la regolazione del mercato dei contratti pubblici.

In ipotesi, la decisione di rendere protagonista del mercato dei contratti pubblici, in un certo momento storico, la protezione dei diritti umani, oppure la digitalizzazione, è propriamente una valutazione strategica (nel senso di ideologica) ed elettorale (nel senso

che ogni governo tende a comportarsi in maniera da consolidare la propria posizione per il futuro intercettando le preferenze dei propri elettori). Per fare un esempio concreto, pensiamo all'art. 30 del nuovo codice, rubricato *Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni*. Lì si ritrovano alcune previsioni di carattere più valoriale che prescrittivo: si afferma così, tra l'altro, che i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese e si ammette che il principio di economicità possa essere subordinato, nei limiti in cui altre norme (preceptive) lo consentano, a criteri ispirati da esigenze sociali, nonché alla tutela dell'ambiente, della salute, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile anche dal punto di vista energetico.

3.2. Il secondo fattore: la necessità di legittimare l'introduzione di nuovi organismi pubblici e dei poteri anche regolatori a loro affidati

Pure la necessità di accreditare nuovi poteri o affidare determinati compiti ad enti già esistenti è spesso motore di importanti interventi normativi, talvolta ispirati da intenti riformatori.

Avendo in mente il caso italiano, ciò è evidente se si pensa all'attribuzione del ruolo di organismo regolatore del mercato dei contratti pubblici all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, trasformata ora, dal Decreto Legge n. 90/2014, con una terminologia certamente simbolica, in Autorità Nazionale Anticorruzione⁷. La decisione

di istituire una Autorità dedicata al mercato dei contratti pubblici ha comportato l'adozione di diverse norme di legge, allo scopo, ovvio, di disciplinare i poteri dell'Autorità e, di recente, anche per legittimare la produzione di fonti atipiche⁸ che permettessero l'esercizio di un nuovo potere regolatorio, qualificato come regolazione flessibile. In altri termini, il ruolo affidato dal nuovo codice all'Autorità Nazionale Anticorruzione e la riconfigurazione dei suoi poteri hanno comportato un aumento della regolazione sia in via preliminare all'istituzione del nuovo organismo e per disciplinarne i poteri, sia nella fase successiva come effetto dell'esercizio del potere regolatorio (atipico) che all'Autorità è stato delegato⁹.

Astrattamente, disegnare attraverso norme di legge, un modello istituzionale fedele alle intenzioni della politica di un governo è essenziale perché si possa congiungere il livello ideologico con quello operativo.

Perciò, negli studi che si occupano di questi temi, la scelta organizzativa, intesa come la decisione frutto della strategia di creare un nuovo soggetto giuridico investito di potere pubblico o di aumentare le competenze di un organismo già esistente, è indicata come un'opzione carica di significato politico nell'interpretazione dell'interesse generale: «*Institutions are themselves products of choice*»¹⁰.

Del resto, quando la legge non si limita a disciplinare una materia ma crea anche un nuovo soggetto istituzionale, incide nell'ordinamento giuridico in maniera particolarmente profonda, perché genera un altro interlocutore, che agisce investito di una pubblica missione. Se poi all'organismo nuovo o rinvigorito

con l'attribuzione di ulteriori compiti si conferiscono pure funzioni regolatorie, l'effetto della sua presenza è aumentare le fonti di produzione del diritto e, progressivamente, le norme che compongono il sistema.

3.3. *Il terzo fattore: il tentativo di ridurre gli abusi*

La lotta alla corruzione e la *mala administration* sono considerati, dal nostro legislatore, motivi sufficienti per legiferare, con l'obiettivo di tracciare un percorso il più possibile obbligato, che limiti un cattivo uso del potere discrezionale e riduca l'adozione di soluzioni che si rivelino, nei fatti, dannose per la concorrenza e fertili per assecondare condotte criminose in danno al perseguimento dell'interesse pubblico.

È un fenomeno comune che, nel mercato dei contratti pubblici, le regole siano giustificate dal tentativo di contenere abusi di vario genere: «*they (n.d.r., the rules) often grow out of a focus on abuse rather than substantive achievement*»¹¹. La proliferazione della normativa che descrive procedimenti, modelli, requisiti, criteri, si poggia su questa logica, che è frutto della tensione generata dal cosiddetto metodo del controllo, a sua volta attivato dalla sfiducia verso la capacità delle amministrazioni di operare correttamente; si presume, cioè, che se gli organi pubblici fossero lasciati a loro stessi, le loro decisioni sarebbero fuorviate.

Combattere i fenomeni patologici ricorrendo alla legge e ad una dettagliata proceduralizzazione delle attività amministrative come accade in Italia, però, non sempre ha risultati virtuosi per il sistema. La nor-

mativa repressiva non raccoglie, infatti, le speranze di una politica strategica di sviluppo: la regolazione che parte dal negativo finisce col perdere l'occasione di introdurre obiettivi sostanziali e distrugge la flessibilità di azione.

In altri termini, la stesura di regole ispirate dal presupposto che tutte le amministrazioni, se non costrette ad agire bene da un quadro normativo cogente, specifico e onnicomprensivo, agirebbero male, può avere effetti tanto negativi quanto quelli delle condotte che si vogliono scongiurare. Scegliere di introdurre una regola per evitare abusi, dunque sulla base di una situazione patologica isolata ed eccezionale, può comportare che vengano sacrificate buone prassi che, nella normalità dei casi, avrebbero esiti positivi.

A tale proposito, devono far riflettere i dati esposti in precedenza¹², dai quali risulta che contrariamente a quanto si potrebbe pensare, in Italia, i fenomeni corruttivi, che l'attuale iper-regolazione mira a combattere, rappresentano solamente il 13% delle cause di cattiva amministrazione che, per la restante percentuale, si identificano con inefficienze endemiche all'organizzazione pubblica, probabilmente conseguenti anche al meccanismo vizioso indotto dalla prevalenza dei *constraints*, ossia, *in primis*, dall'eccesso di leggi.

3.4. Il quarto fattore: l'effetto della cultura paternalistica

Infine si deve osservare che la presenza di una iper-regolazione è quasi inevitabilmente connessa ad una ideologia di stampo paternalistico, in cui lo Stato

intende guidare i soggetti pubblici e privati, indistintamente, adottando un approccio invasivo e dirigista.

Specialmente nel campo dei contratti pubblici, la presenza di regole puntuali e dettagliate è intesa, in chiave paternalistica, come una responsabilità facente capo agli organi politici, da cui ci si attende un intervento capace di disciplinare al meglio gli ambiti più complessi e delicati, come è quello di nostro interesse.

In Italia, ancora oggi e nonostante si abbia la consapevolezza, grazie ad esperienze straniere, degli effetti positivi di una regolazione leggera e basata sul suggerimento anziché sull'obbligatorietà, lo spirito paternalistico pervade la legislazione, nell'illusione che tramite un sistema onnisciente di norme disciplinanti sia possibile organizzare al meglio ogni aspetto dell'attività delle stazioni appaltanti pubbliche. Una normativa completa ed esaustiva è percepita come la risposta più adeguata alle esigenze di trasparenza e controllo dell'azione amministrativa.

Come vedremo diffusamente nel capitolo conclusivo, perfino nella *soft regulation* affidata all'Autorità Nazionale Anticorruzione si nasconde un intento paternalistico, che spinge il regolatore ad intervenire in ogni pertugio della procedura di evidenza pubblica.

4. *Le conseguenze della iper-regolazione nel mercato dei contratti pubblici. Quando la cura è peggiore del male*

Trovarsi in un contesto iper-regolato per ragioni di esibizionismo politico, per motivi organizzativi,

per evitare abusi o per il semplice radicamento della cultura paternalista, comporta la rinuncia alla semplificazione del quadro normativo e la riduzione della discrezionalità amministrativa.

Ciò provoca complessità e introduce inutili rigidità, oltre ad aumentare la possibilità di contrasti o ambiguità interpretative che, all'occorrenza, possono dare adito a contenziosi dall'esito imprevedibile.

Il combattere la corruzione e gli abusi, anche al costo di aumentare i tempi delle procedure e di allontanare gli operatori economici più qualificati, può essere ritenuto essenziale dal legislatore, ma ha effetti negativi parimenti non trascurabili in una prospettiva sistematica, in quanto si rinuncia a fare del mercato dei contratti pubblici un ambito nel quale sperimentare innovazione, trasformando il settore di nostro interesse in un contenitore di regole precauzionali, ideate presupponendo che verranno applicate con malizia e con l'intenzione di eluderle.

Ebbene, la proliferazione di regole, specialmente se forgiate a partire da una logica repressiva, introduce distorsioni rilevanti nel sistema.

Per rappresentare meglio i termini della questione e, in particolare, per dimostrare come sia una pura illusione che una normativa potenzialmente onnicomprensiva migliori l'azione dell'amministrazione nel campo dei contratti pubblici e risponda più efficacemente agli obiettivi del settore rispetto ad un esercizio coscienzioso del potere discrezionale, analizzeremo alcune previsioni normative, con i relativi istituti, facendo riferimento al nuovo codice dei contratti pubblici.

Si avverte che gli esempi che seguono non devono essere considerati in sé e per sé, valendo come meri tentativi di evidenziare le criticità di una legislazione eccessivamente rigida e onnicomprensiva; ove le norme esaminate venissero modificate, il ragionamento, nei suoi termini astratti, non dovrebbe mutare, perché esso consiste nella esemplificazione di un concetto che può essere applicato ad infinite e differenti fattispecie: nel momento in cui una certa regola viene generalizzata e codificata è facile che perda parte della sua razionalità, se applicata indistintamente per la disciplina di qualsiasi caso concreto.

Primo esempio.

L'insistenza sul sopralluogo, che era previsto come obbligatorio per i lavori dall'art. 106 D.P.R. n. 207/2010, stabilito per responsabilizzare le imprese a formulare offerte consapevoli e per poter diminuire le possibili eccezioni formulate in corso d'opera al fine di pretendere dalla committenza pubblica il riconoscimento di extra costi rispetto all'offerta iniziale, giustificati eventualmente dalla non completa conoscenza dei luoghi, sottende un intento lodevole. Tuttavia, i sopralluoghi sono il momento in cui i rappresentanti delle imprese possono incontrare il personale dedicato ad una procedura di gara per conto dell'amministrazione e cercare di carpire informazioni ulteriori rispetto a quelle fornite e lì i pubblici funzionari, al pari dei rappresentanti dei concorrenti, hanno l'occasione di porre in essere condotte illecite. Ove poi i sopralluoghi siano organizzati con possibilità di presenza contestuale di delegati di diversi concorrenti, essi sono l'occasione in cui le imprese prendono coscienza

dei loro potenziali competitori e, volendo porre in essere cartelli per controllare i prezzi offerti o azioni per ripartirsi i mercati, sono facilitate dall'incontro fissato dalla stazione appaltante per dare seguito a quanto previsto dalla legge.

Va anche detto che, per affrontare l'esigenza di completezza delle informazioni raccolte dai concorrenti in merito all'oggetto della gara, prima, e del contratto, poi, anche al fine di proteggere il denaro pubblico da eventuali contestazioni in fase di esecuzione, a nostro avviso, il sopralluogo non è, comunque, uno strumento sufficientemente adeguato. Meglio sarebbe, per raggiungere lo scopo indicato, che l'amministrazione fosse libera di illustrare compiutamente le difficoltà tecniche di progetti complessi e le proprie aspettative più in generale, con o senza sopralluogo, attraverso modalità concepite tenendo conto delle singolarità del caso concreto.

Si vuol dire, con ciò, che generalizzare le modalità di presa visione del sito sul quale l'intervento oggetto di gara vada ad essere eseguito non sempre apporta valore aggiunto: talvolta il sopralluogo non è sufficiente per avere una reale consapevolezza dei luoghi, talaltra può essere controproducente. In tutti i casi, il sopralluogo non serve certo a garantire che venga evitato il contenzioso con l'esecutore, in quanto non è con il sopralluogo che si superano difetti del progetto a base di gara che danno spunto a doglianze durante l'esecuzione, né il sopralluogo può sopperire ad una architettura contrattuale non sempre adeguata a difendere le ragioni del committente.

Passando ad un altro esempio, la necessità di ren-

dere nota alla committenza pubblica la filiera delle imprese che saranno coinvolte nell'esecuzione del contratto fin dalla fase di selezione dei concorrenti ha indotto il legislatore a richiedere che venga data indicazione, già durante la procedura di evidenza pubblica, almeno per i contratti sopra soglia, di una rosa dei subappaltatori (la cosiddetta terna dei subappaltatori) che saranno eventualmente impiegati in talune fasi delle lavorazioni. L'importanza di conoscere la filiera delle imprese che collaborano con gli offerenti è considerata essenziale nel mercato dei contratti pubblici, perché consente di avere, fin dal momento dell'offerta, l'evidenza (e dunque anche il controllo, sotto varie forme) dei soggetti che contribuiranno all'espletamento delle attività affidate all'aggiudicatario. Peraltro, indicare nell'offerta se si intenda poi ricorrere al subappalto, e per quali attività, aumenta certamente la trasparenza del rapporto dei concorrenti con la stazione appaltante. Il ragionamento, di per sé, è condivisibile e le novità introdotte dal nuovo codice a tale riguardo si prestano facilmente ad essere apprezzate in positivo in termini generali. Tuttavia, nel momento in cui il meccanismo descritto viene declinato, generalizzato ed irrigidito nella normativa che lo attua, se approfondito con le tecniche dello studio del diritto, esso perde molta della ipotizzata sua virtuosità. La nuova normativa, infatti, non esclude, per esempio, che uno stesso subappaltatore possa essere indicato da due o più concorrenti. Anzi, l'ipotesi è espressamente ammessa in uno dei bandi tipo redatti dall'Autorità Anticorruzione¹³. Il che potrebbe turbare la segretezza delle offerte e facilitare la circolazione

di informazioni riservate che possano alterare la gara. Immaginiamo questa ipotesi: l'impresa Alfa è indicata nella terna dei subappaltatori dei concorrenti Beta e Gamma, i quali formuleranno la propria offerta considerando, entrambi, i prezzi a loro riservati dall'impresa Alfa, la quale intratterrà rapporti, in vista della medesima procedura di gara, sia con il concorrente Beta sia con Gamma. La qual cosa rischia di minare alcuni degli aspetti più delicati delle procedure di gara, ossia la separazione di ciascuno dei concorrenti rispetto agli altri e la segretezza delle rispettive offerte, essenziali per evitare che si commettano azioni, relative alla procedura di affidamento di un singolo contratto o di più contratti, volte alla cosiddetta spartizione del mercato oppure a turbare la gara per ottenere a proprio favore l'aggiudicazione.

Questo rischio non può essere escluso a priori, anche considerati i fatti della cronaca giudiziaria italiana che hanno messo in risalto un ruolo ambiguo dei subappaltatori, come portatori di interessi non sempre legali. Ebbene, le nuove norme aumentano la strategicità della posizione dei subappaltatori, con tutto ciò che, è facile immaginare, ne potrebbe conseguire.

Dunque, nel proteggere l'esigenza (comprensibile) di avere un maggior coinvolgimento della filiera delle imprese, il legislatore, nel suo profluvio di regole, ha trascurato un profilo critico e introdotto una regola che, per risolvere un problema, potrebbe averne creato un altro.

Proseguendo oltre, il sistema odierno, sulla base di quanto previsto nelle direttive europee in tema di comunicazioni in fase di gara, consente che tutte le

comunicazioni e gli scambi di informazioni inerenti ad una procedura di evidenza pubblica vengano effettuati utilizzando mezzi di comunicazione digitale. Secondo la normativa italiana, la comunicazione orale non è mai permessa per le informazioni relative ai documenti di gara, alle richieste di partecipazione, alle conferme di interesse e alle offerte (cfr. art. 52 del D.Lgs. n. 50/2016). Inoltre, è stabilito che ove ad essa si ricorra nei limiti consentiti, secondo quanto previsto dall'art. 52 comma 4 del nuovo codice dei contratti pubblici, il contenuto della comunicazione deve essere sufficientemente documentato «*In particolare, le comunicazioni orali con offerenti che potrebbero incidere significativamente sul contenuto e la valutazione delle offerte sono documentate in misura sufficiente e con mezzi adeguati*». Proviamo, allora, a metterci nei panni del responsabile del procedimento per l'aggiudicazione di una importante gara, che riceva una telefonata da parte del rappresentante di un'impresa, magari straniera, interessata a partecipare, con la quale venga chiesto un chiarimento in merito al *layout* di pagina per impostare la relazione richiesta dalla legge di gara a corredo dell'offerta tecnica. Qualora nulla fosse previsto nel bando sul *layout* di pagina, il responsabile del procedimento potrebbe cavarsi dall'impiccio rispondendo che la *lex specialis* non prevede alcun *layout* specifico, rassicurando l'interessato che potrà optare per quello che ritenga più consona. Se il responsabile del procedimento operasse in questa maniera, il concorrente sarebbe indotto a procedere correttamente, senza che sia arrecato danno agli altri operatori economici interessati che, ove

avessero dubbi sul punto, interpellando il medesimo responsabile, riceverebbero la medesima istruzione. Se fossimo particolarmente addentro alla normativa nazionale ed europea in tema di gare, potrebbe venirci il dubbio che sia opportuno lasciare traccia del quesito, oralmente formulato, per ragioni di *par condicio*. Tuttavia, la comunicazione orale in questione non sarebbe in grado di incidere – riportando il contenuto dell’art. 52 citato – «*significativamente sul contenuto e sulla valutazione delle offerte*», quindi la norma non richiederebbe di documentare (in misura sufficiente e con mezzi adeguati) la nostra conversazione. Perciò potremmo considerarci esentati, in un caso come quello che abbiamo ipotizzato, dal procedere, per esempio, con una pubblicazione sul sito *web* della stazione appaltante completa della trascrizione del quesito, formulato oralmente, e della relativa risposta. Tuttavia, la condotta che la norma sembra escludere a noi sarebbe parsa, invece, molto opportuna, perché relativa ad una informazione di dominio comune tra i potenziali offerenti, anche nell’ottica dell’economicità dell’azione di committenza.

Lo scenario muterebbe del tutto se, nel nostro ruolo di pubblico ufficiale, volessimo applicare alla lettera il dettato normativo, nella parte in cui esso appare più restrittivo: l’*incipit* del comma 4 dell’art. 52 esclude, infatti, in parziale contrasto con la sua parte finale, che si possano fornire informazioni orali in merito agli elementi essenziali della procedura e, tra di essi, come documenti essenziali, la norma include, in maniera assolutamente generica e onnicomprensiva, la documentazione di gara. Se ne potrebbe dedurre, sebbene

possa risultare piuttosto irrazionale, che l'intenzione del legislatore dovrebbe portarci a non rispondere al quesito telefonico, di per sé innocuo, del concorrente bisognoso di una assicurazione che sarebbe risultata ovvia ai più, specialmente se si fosse trattato di imprese stabilite in Italia, dato che quella informazione riguarda la documentazione di gara, nella quale si fa menzione della relazione oggetto dell'interrogativo.

Ecco allora dimostrato, con pochi esempi, che la iper-regolazione, che obbliga a trattare nel medesimo modo situazioni potenzialmente differenti, non è in grado, comunque, di essere esaustiva e talvolta comporta persino che gli organi pubblici siano spinti ad adottare condotte che non necessariamente sono coerenti con quegli stessi principi che le norme intendono proteggere.

Si accenna solo, infine, uscendo dalla comoda ingenuità dietro alla quale alcuni si trincerano dichiarando di proteggere l'iper-regolazione del mercato dei contratti pubblici e invocando il sacro (verrebbe da dire, piuttosto, ovvio) rispetto della legge, che la presenza di un quadro normativo complesso va nella direzione opposta alla tutela della concorrenza tra le imprese che, tra l'altro, molte delle norme in materia affermano di tutelare e scoraggia inevitabilmente la partecipazione alle gare italiane da parte di imprese estere¹⁴. Se un operatore economico straniero volesse partecipare ad una gara in Italia dovrebbe infatti conoscere, per esempio, le regole in tema di soccorso istruttorio, dovrebbe consultare, oltre al codice dei contratti pubblici, le linee guida dell'Autorità Anticorruzione, la giurisprudenza amministrativa e in-

formarsi sugli orientamenti di quella certa stazione appaltante. Il che esclude, già di per sé, che la iper-regolazione possa essere compatibile con una reale competitività del settore.

5. *La conflittualità come conseguenza della iper-regolazione*

Proseguendo nell'analisi delle attuali caratteristiche critiche del mercato dei contratti pubblici dobbiamo anche considerare l'eccezionale conflittualità del settore.

I dati sulla diffusione del contenzioso in materia di gare pubbliche sono piuttosto impressionanti. Come si accennava in esordio al paragrafo precedente, il fatto che il mercato dei contratti pubblici sia oggetto di diversi livelli di regolazione aumenta inevitabilmente la possibilità che insorgano conflitti e che si ricorra agli organi dotati di potere giurisdizionale per risolverli¹⁵.

Partendo dall'assunto che le condotte degli operatori economici, quali sono coloro che ricorrono avverso i provvedimenti adottati nell'ambito di procedure di evidenza pubblica, sono razionali, appare utile domandarsi (non quali potrebbero essere gli strumenti più efficaci in chiave deflattiva del contenzioso, come si è soliti fare, ma) per quale motivo si agisce in giudizio e, più precisamente, perché è conveniente per le imprese farlo.

Anzitutto, in Italia, nonostante vi siano state numerose ribellioni, anche da parte di associazioni professionali, il costo della giustizia amministrativa –

dotata di giurisdizione per le controversie che riguardano atti adottati durante la procedura di gara – non è proibitivo¹⁶. Ma il costo contenuto dei processi è solo la preconditione che consente agli operatori economici di valutare sostenibilità e convenienza di muovere un'azione in giudizio.

Va in primo luogo rilevato che l'iper-regolazione e la complessità normativa rendono il contenzioso un campo in cui, nei confini incerti e basculanti dell'ambiguità interpretativa, è conveniente affrontare anche battaglie di principio, per piegare l'interpretazione delle norme in maniera che si affermi una disciplina che rispecchi l'interesse delle imprese.

Gli operatori economici che sono soliti concorrere partecipando a gare nel mercato dei contratti pubblici hanno talvolta un interesse ad agire o a resistere in giudizio che va ben oltre alle peculiarità del singolo caso. Ciò succede quando si percepisce il rischio di vedere affermato un principio che possa essere pregiudizievole in casi analoghi. In quelle situazioni, le vicende giudiziarie hanno una portata ben più ampia dell'oggetto della singola controversia¹⁷. Bisogna infatti tenere presente che le decisioni del giudice amministrativo spesso rielaborano principi generali, che poi vengono a consolidarsi come regole dell'azione amministrativa seguendo gli orientamenti giurisprudenziali.

L'azione in giudizio può anche essere una reazione ad un comportamento pubblico che si ritenga ingiusto, conseguente al fatto che il ricorrente abbia interesse ad evitare che si consolidi una decisione con cui una stazione appaltante abbia censurato il suo *modus*

operandi. Basti pensare al caso in cui siano state considerate insufficienti le motivazioni fornite dall'aggiudicatario provvisorio, nell'ambito del contraddittorio per l'anomalia di un'offerta. L'impresa, in una simile eventualità, ha la necessità che il giudice annulli le valutazioni negative dell'amministrazione, per evitare di essere penalizzata ulteriormente, da quella stessa o da altre amministrazioni, che non accettino le giustificazioni fornite a supporto del proprio metodo di lavoro.

È subito evidente quindi che, nel contesto iper-regolato dei contratti pubblici, un'impresa può essere indotta ad agire giudizialmente per diverse ragioni, dalla necessità di non perdere la *chance* di aggiudicarsi un appalto, all'interesse a che si affermino/non affermino determinati principi e fino alla necessità di dimostrare la correttezza delle proprie affermazioni, oltre che la propria buona fede.

Inoltre, è poi fisiologico che con il crescere delle norme aumenti la possibilità di trovare una motivazione per bloccare una procedura o per chiedere che venga annullato un provvedimento amministrativo dannoso per il concorrente (per esempio un provvedimento di esclusione dalla gara).

Anche la presenza di atti di regolazione flessibile dell'Autorità Anticorruzione aumenta la probabilità di individuare, nelle decisioni delle stazioni appaltanti, infrazioni alle regole del mercato dei contratti pubblici. Gli stessi atti dell'Autorità possono essere sindacati di fronte al giudice amministrativo sia dalle imprese sia degli enti pubblici che subiscano, per effetto di essi, una lesione¹⁸.

Inoltre, in un sistema di giustizia amministrativa

in cui la giurisprudenza non è fonte del diritto, esiste una possibilità di vittoria anche a fronte di orientamenti, a sé sfavorevoli, apparentemente consolidati.

Vi è poi un altro aspetto da considerare. Il mercato dei contratti pubblici è fortemente specializzato e richiede alle imprese una precisa e dettagliata preparazione settoriale. Spesso coloro che operano nel mercato dei contratti pubblici sono, potremmo dire, frequentatori abituali. Ne segue che, in un contesto in cui la spesa pubblica tende a contrarsi e le probabilità di aggiudicarsi una procedura di gara diminuiscono – perché le gare stesse diminuiscono – i concorrenti tentano la strada del contenzioso pur di aggiudicarsi il contratto.

Aggiungiamo, perché l'elemento è talmente surreale da sembrarci interessante, che la via dell'azione giudiziale talvolta conviene anche all'amministrazione resistente nel giudizio. In un sistema basato sui *constraints*, cioè sull'ossessione per le regole della procedura, oltre che sulla responsabilità erariale dei funzionari pubblici, capita che il funzionario stesso, incaricato della responsabilità di un determinato procedimento, preferisca dare seguito ad una interpretazione letterale, anche se irrazionale, del dato normativo, attendendo poi che l'irragionevolezza della sua azione nel caso concreto – e, prima ancora, della normativa a cui egli ha dato applicazione – sia fatta valere in giudizio dal privato che ne subisce gli effetti. Finché è il giudice ad annullare l'atto amministrativo che abbia interpretato in maniera rigorosa la normativa vigente, il cauto e prudente funzionario non potrà essere accusato dall'Autorità Anticorruzione oppure

dalla Corte dei Conti di non aver applicato correttamente la legge e una eventuale azione risarcitoria non vedrà coinvolto colui che abbia agito nella rigorosa applicazione di norme di legge.

Ritornando al nostro ragionamento principale, il fatto che l'immagine di un'impresa non sia danneggiata, nel mercato dei contratti pubblici, dalla facilità con cui agisce in giudizio è paradossale.

Per la verità, il nuovo codice dei contratti pubblici tiene conto della litigiosità delle imprese e tenta di punirla, là dove prevede che possano contribuire alla valutazione da svolgersi per attribuire il *rating* di impresa – una sorta di certificazione della impresa in termini reputazionali – gli esiti del giudizio sia in sede di partecipazione alle procedure di gara sia in fase di esecuzione del contratto. La disciplina del *rating* di impresa sarà oggetto di specifiche linee guida dell'Autorità Anticorruzione, che avranno il compito di chiarire in che modo le indicazioni del legislatore possano trovare concreta applicazione. È chiaro, infatti, che la possibilità di penalizzare un'impresa perché sia uscita soccombente da un certo processo può prospettare un contrasto diretto con le norme costituzionali poste a difesa della libertà di azione in giudizio. Il documento che l'Autorità ha ora posto in consultazione¹⁹ evidenzia una piena consapevolezza della criticità del tema, tanto che la proposta del regolatore è quella di prendere in considerazione il contenzioso ordinario, amministrativo o di natura arbitrale con esito negativo, ma solo in casi specifici e limitati, ossia in quelli di declaratoria giurisdizionale di manifesta inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione ad agire o carenza di interesse, cioè là

dove il ricorso sia bloccato da una sentenza a contenuto processuale, per mancanza dei presupposti processuali necessari a radicare l'azione in giudizio, oppure nel caso di accertato abuso del processo, con condanna alle spese per lite temeraria, cioè qualora sia accertato lo scopo meramente dilatorio o comunque l'avventatezza dell'azione esercitata.

Infine, il codice considera un ulteriore profilo specifico del contenzioso in materia di procedure di gara, nella norma inerente alla qualificazione delle stazioni appaltanti, nella quale indica il livello (basso) di soccombenza nel contenzioso come requisito premiante per le amministrazioni. L'introduzione di un sistema di qualificazione è uno degli aspetti più interessanti della recente riforma, perché si basa sul presupposto che possano assolvere alla funzione di stazione appaltante solo quelle realtà che abbiano dimostrato di avere i requisiti organizzativi e professionali necessari per essere enti banditori qualificati e di ottemperare agli obblighi di legge sia nei confronti degli organi pubblici che esercitano funzioni di controllo sul mercato dei contratti pubblici sia nei confronti delle controparti private (per esempio, rispettando i tempi di pagamento previsti dalla legge per imprese e fornitori). Dunque, l'idea della riforma a tale riguardo è quella di mirare ad una responsabilizzazione delle committenze pubbliche e ad un miglioramento della loro efficienza.

6. *Le asperità della fase esecutiva dei contratti pubblici*

Il conflitto può avere le forme non solo dell'azio-

ne in giudizio, ma anche di una resistenza passiva del contraente privato, che si rifiuti di collaborare con le richieste del committente. Se la fase di gara si caratterizza per la frequenza con la quale si ricorre contro gli atti adottati dalla stazione appaltante, la fase esecutiva, con conseguenze non meno destabilizzanti sul mercato nazionale dei contratti pubblici, assume facilmente le sembianze di un campo di battaglia, nel quale si sfidano due nemici giurati, impegnati in una battaglia estenuante, in cui una parte combatte per il riconoscimento di oneri, inizialmente non previsti nel contratto, e l'altra resiste, per evitare che dall'incremento dell'importo del contratto rispetto al valore offerto in gara possano insorgere responsabilità personali o, comunque, per proteggere il denaro pubblico da riconoscimenti non dovuti.

La riforma del nuovo codice si è concentrata sul contenzioso che sfocia in controversie giudiziarie, apprestando sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, introducendo riti speciali, favorendo la conciliazione. Resta invece terreno meno esplorato quello inerente alla crisi dei contratti una volta aggiudicati, provocata, appunto, dalla contrapposizione tra committente pubblico e privato esecutore, per assenza di collaborazione.

Dal momento in cui il contratto è affidato e, ancora di più, quando le attività siano iniziate, è facile per l'impresa prevalere. Del resto, è il caso di ammettere che, in termini di sana e prudente gestione del denaro pubblico, una negoziazione che riconosca delle utilità economiche in favore di un esecutore in difficoltà è certamente meglio di un atteggiamento burocratico

e rigorista che blocchi opere già avviate, provochi il fallimento delle imprese coinvolte nell'esecuzione e introduca l'amministrazione in un contenzioso dall'esito incerto.

Pensiamo alla costruzione di una infrastruttura che richieda scavi invasivi sul territorio cittadino, deviazioni del traffico, chiusura di intere strade, sacrificio per le attività commerciali e disagi per la cittadinanza. Il committente pubblico, specialmente quando rappresenta un ente politico (come un ente locale), dovrebbe comprensibilmente tendere a promuovere scelte che facilitino il ritmo dei lavori, anche ove siano onerose, per consegnare alla cittadinanza l'opera e liberare il territorio dai disagi arrecati. In ciò non vi è nulla di patologico, purché le motivazioni resistano alla prova dei fatti. Se, per esempio, un'impresa utilizzasse, per vedersi riconoscere degli ulteriori compensi, argomentazioni tratte dalla propria situazione di difficoltà aziendale, ciò non potrebbe valere come giustificazione, esplicita o tacita, di riconoscimenti economici di alcun tipo da parte di un'amministrazione comunale che voglia accelerare l'esecuzione dell'appalto.

In generale, la fase esecutiva dei contratti pubblici rappresenta un'area pervasa da insidie e rischi, che deve essere adeguatamente presidiata. Non dotandosi di adeguati strumenti per il controllo della fase esecutiva, si sottovaluta il fatto che il combattimento che consuma più risorse pubbliche (per impiego di persone e per consumo di denaro pubblico) difficilmente avviene ad armi pari. I contratti posti a base di gara raramente sono il frutto di uno studio tecnico-giuri-

dico approfondito e pure le clausole apparentemente protettive della parte pubblica sono spesso vessatorie nei confronti dei privati, apparendo anche contrarie ai principi di buona fede e, di conseguenza, non impensieriscono i privati perché esse non avrebbero *chances* di essere portate ad esecuzione in un giudizio civile. Questo accade perché, talvolta, gli enti pubblici non posseggono al proprio interno le professionalità adeguate per redigere contratti complessi ed articolati e si avvalgono spesso solo di consulenti tecnici o economico-finanziari, e meno di esperti di contrattualistica pubblica. Quando lo fanno, poi, hanno poteri di ingaggio troppo limitati dalle norme sul contenimento della spesa pubblica e tendono ad affidare, tramite procedure di evidenza pubblica, incarichi di importi ridotti e con scopi limitati. In altri termini, anche l'apparato consulenziale è spesso debole. La risposta sta nel riconoscere valore alla fase esecutiva dei contratti pubblici e permettere all'amministrazione di attrezzarsi per affrontarla, dotandola del supporto di risorse adeguate, qualificate e, dunque, ben remunerate.

¹Per una lettura completa dei principi enunciati basta consultare l'art. 1 della legge n. 11/2016.

²L'art. 1 della legge n. 11/2016 ha previsto le modalità con cui il legislatore delegato deve perseguire tali finalità: 1) individuando espressamente i casi nei quali, in via eccezionale, è possibile ricorrere alla procedura negoziata senza precedente pubblicazione di un bando di gara; 2) disciplinando le suddette procedure di gara e le relative fasi e durata, sia mediante l'unificazione delle banche dati esistenti nel settore presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione, con esclusione della banca dati centralizzata di cui alla lettera z), sia con la definizione di idonee misure quali la previsione di poteri di vigilanza e controllo sull'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici e di contratti di concessione, con particolare riguardo alla fase di esecuzione della prestazione, finalizzati ad evitare la corruzione e i conflitti d'interesse ed a favorire la trasparenza, e la promozione della digitalizzazione delle procedure stesse, in funzione della loro tracciabilità; 3) assicurando comunque la trasparenza degli atti ed il rispetto della regolarità contributiva, fiscale e patrimoniale dell'impresa appaltatrice; 4) imponendo il ricorso a conti dedicati per le imprese aggiudicatrici di appalti pubblici attraverso i quali regolare tutti i flussi finanziari dei pagamenti verso tutti i prestatori d'opera e di lavoro e verso tutte le imprese che entrano a vario titolo in rapporto con l'impresa aggiudicataria in relazione agli appalti assegnati; 5) prevedendo un sistema amministrativo, regolato sotto la direzione dell'ANAC, di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi, prevedendo altresì uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva denuncia e individuando le norme del codice la cui violazione determina la comminazione di sanzioni amministrative da parte dell'ANAC; 6) attribuendo

piena accessibilità, visibilità e trasparenza, anche in via telematica, in relazione agli atti progettuali, al fine di consentire un'adeguata ponderazione dell'offerta da parte dei concorrenti.

³ Se si vuole, altri ragionamenti in argomento sono stati sviluppati in S. VALAGUZZA, *Sustainable Development in Public Contracts. An example of Strategic Regulation*, Napoli, 2016, p. 45 ss.

⁴ Molto interessante l'analisi di S. KELMAN, *Unleashing Change. A Study of Organizational Renewal in Government*, op. cit., 13 ss., che prende spunto dalla riforma avviata sotto il governo Clinton *reinventing government*, esaminando i profili critici alla base della nuova politica; può anche ricordarsi il precedente S. KELMAN, *Procurement and Public Management: The Fear of Discretion and the Quality of Government*, cit.

⁵ L'utilizzo del termine esibizionismo si limita a descrivere il fatto in sé: la presenza di questa o quella disposizione di legge non è frutto necessariamente di uno specifico bisogno, ma è l'effetto di una strategia di comunicazione diretta a persuadere l'elettorato.

⁶ Non solo nella legge delega, ma anche nel nuovo codice si ritrova talvolta l'enunciazione di principi che richiedono poi ulteriore disciplina attuativa. Per esempio, nel codice è enunciata l'aspirazione a promuovere la diffusione dell'utilizzo di strumenti informativi e della digitalizzazione delle fasi del processo di acquisto, oppure l'intenzione di promuovere accordi di vario genere per agevolare la bancabilità delle opere pubbliche (cfr. art. 231 comma 1 del D.Lgs. n. 50/2016), oppure ancora l'obiettivo di garantire la qualità delle prestazioni e il rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza (cfr. art. 30 comma 1 del D.Lgs. n. 50/2016) o quello di assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione alle gare delle micro, piccole e medie imprese.

⁷ L'art. 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190 attribuiva il compito di Autorità Nazionale Anticorruzione alla CIVIT (Commissione Indipendente per la Trasparenza e l'Integrità delle Amministrazioni Pubbliche). Le attribuzioni di CIVIT, assieme a quelle dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture sono poi state inglobate nell'Autorità Nazionale Anticorruzione, ai sensi del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114. La presentazione ufficiale dell'Autorità Anticorruzione sul sito ad essa dedicato è la seguente: «La chiave dell'attività della nuova ANAC, nella visione attualmente espressa è quella di vigilare per prevenire la

corruzione creando una rete di collaborazione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche e al contempo aumentare l'efficienza nell'utilizzo delle risorse, riducendo i controlli formali, che comportano tra l'altro appesantimenti procedurali e di fatto aumentano i costi della pubblica amministrazione senza creare valore per i cittadini e per le imprese». Dalla semplice lettura del citato breve paragrafo è possibile cogliere l'utilizzo politico della scelta istituzionale: la decisione di istituire un certo organismo e di attribuirgli determinati compiti è veicolo di comunicazione della rotta di una certa azione di governo.

⁸ Con l'espressione fonti atipiche si intendono quelle norme che non sono frutto del procedimento nomogenetico previsto dalla legge. Riprendendo la nozione di Pizzorusso si dovrebbe dire che la distinzione fra fonti legali e fonti *extra ordinem* «si fonda sulla circostanza che una fonte sia prevista da norme strumentali proprie dell'ordinamento giuridico di cui trattasi, ovvero operi in esso in violazione delle sue fonti legali, ma in modo comunque efficace. Naturalmente, che un determinato atto o fatto operi come una fonte *extra ordinem*, oppure debba essere considerato come un fatto illecito, dipende da valutazioni che possono essere compiute soltanto a posteriori e che costituiscono compito dello storico più che del giurista (per quanto non è escluso che anche dal punto di vista strettamente giuridico vicende di questo genere diano talora luogo a problemi pratici tutt'altro che privi di importanza)», A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008 (pubblicato anche in www.associazionedeicostituzionalisti.it). Lo studioso precisa, in altro contributo, che dalle fonti *extra ordinem* «derivano norme che non sono in alcun modo sanzionate dall'ordinamento giuridico – ed anzi talvolta sono persino sconfessate da esso – ma che vengono cionondimeno applicate proprio per l'influenza persuasiva derivante dalla loro passata applicazione o da altri fattori analoghi (si pensi alla consuetudine *extra ordinem*, alle convenzioni, etc.)», A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Bologna, 2011, p. 143 ss. L'argomento è dibattuto in dottrina anche in scritti dedicati ad interrogarsi sulla natura giuridica degli atti delle autorità indipendenti, cfr., *ex multis*, anche in senso riassuntivo e senza alcuna pretesa di esaustività, N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; F. ONNIS CUGIA, *Il potere di incisione ab extra delle autorità*

di vigilanza del mercato sulle condizioni contrattuali alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte di Cassazione, in *www.giustiziacivile.com*; G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, p. 26 ss.; F. FRANCIARIO, *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti. Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada-Bartoli*, in *Atti del Convegno di Siena*, Milano, 2003, pp. 46-47; M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 80 ss.; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto. Modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Napoli, 2008.

⁹ Sui poteri e sul ruolo di ANAC, AA.VV., *L'Autorità Nazionale Anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, a cura di I. NICOTRA, Torino, 2016; AA.VV., *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, a cura di R. CANTONE, F. MERLONI, Torino, 2015.

¹⁰ Insiste con enfasi sul punto Steven Kelman, in un suo lavoro risalente a qualche decennio orsono ma ancora molto attuale: «choices about institutional design do matter, and matter a great deal. They matter for the effects of the political process on us as people. We cannot afford not to be interested in them. Choices about institutional design have an impact on what substantive policies are selected, first of all, because different rules give relative advantages and disadvantages to different participants in the process», S. KELMAN, *Making Public Policy. A Hopeful View of American Government*, New York, 1987, p. 16.

¹¹ S. KELMAN, *Unleashing Change. A Study of Organizational Renewal in Government*, cit., p. 14.

¹² O. BANDIERA, A. PRAT, T. VALLETTI, *Active and passive waste in government spending: evidence from a policy experiment*, cit., *passim*.

¹³ Si tratta del bando tipo n. 2, Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi di pulizia di importo pari o superiore alla soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

¹⁴ È un dato ben noto che il mercato dei contratti pubblici italiano, probabilmente anche in considerazione della sua complessità, è scarsamente penetrato dalle imprese straniere come risulta

dal rapporto PWC/Commissione Europea del 2016 *Stock-taking of administrative capacity, systems and practices across the EU to ensure the compliance and quality of public procurement involving European Structural and Investment (ESI) Funds*, secondo cui, in Italia, solo l'1% degli appalti viene aggiudicato ad imprese straniere. I dati sono consultabili qui http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/policy/how/improving-investment/public-procurement/study/country_profile/it.pdf.

¹⁵ Risulta, per esempio, dalla relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2018 del Presidente del TAR Lombardia che, solo con riferimento alla sede di Milano, siano stati depositati, nell'anno 2017, 254 ricorsi in materia di appalti. Un'indagine statistica sull'impatto effettivo del contenzioso sul totale delle procedure di affidamento di appalti pubblici, con riferimento al periodo 2015/2016, è contenuta nel Documento dell'Ufficio Comunicazioni del Consiglio di Stato - Roma, dicembre 2017, anche in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 249 ss. Il Presidente del Consiglio di Stato ha affermato, nella relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2018, che il contenzioso mette a fuoco le domande della società, ed è indice, oggi, di contraddizione, smarrimento e crisi, A. PAJNO, *La giustizia amministrativa nel 2018*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 9 ss. Più risalenti, ma comunque interessanti, i dati sulla giustizia amministrativa italiana, raccolti nel documento della Commissione europea *The 2017 EU Justice Scoreboard*, Lussemburgo, 2017. Ove si voglia approfondire ragioni e contenuti dei contenziosi in materia di contratti pubblici, sia consentito rinviare anche a S. VALAGUZZA, A. LA CHIMIA, *A new approach to implementing the 2014 public procurement Directives in Italy: ANAC's soft law regulatory powers amidst uncertainty and need for clarity*, in *Public Procurement Law Review*, n. 4, 2017, pp. 165-200.

¹⁶ Cfr. art. 13 comma 6 bis lett. d del D.P.R. n. 115/2002. Il contributo unificato, per le controversie in materia di appalti e concessioni, è ricompreso nel *range* tra i 2.000 euro ai 6.000 euro e va considerato che gli onorari dovuti al legale incarico, non sono paragonabili a quelli, ad esempio, del Regno Unito, in cui infatti i *claims* in materia di gare sono assai più ridotti.

¹⁷ Un esempio di battaglia di principio è rappresentato, a nostro avviso, dalla vicenda esaminata dal Cons. Stato, Ad. Plen., 6 aprile 2017, n. 1.

¹⁸ Sul contenzioso generato dal critico rapporto tra provve-

dimenti adottati dalle amministrazioni e atti dell'Autorità, è di interesse, soprattutto per la motivazione addotta a supporto della decisione giurisdizionale, che appare ricostruire coerentemente con il ruolo di ANAC, da un lato, e quello delle stazioni appaltanti dall'altro, la recente sentenza del TAR Lombardia, Milano, Sez., IV, 11 dicembre 2017, n. 2422.

¹⁹ Ci si riferisce alle linee guida sui Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese, poste in consultazione dall'ANAC con atto del 10 giugno 2016 da adottarsi ai sensi dell'art. 83, comma 10, del D.Lgs. n. 50/2016.

Capitolo IV

Perché il mercato dei contratti pubblici è strategicamente inadeguato

SOMMARIO: 1. La carenza di strategia: un'occasione da riconquistare – 2. Effetti negativi della logica dei *constraints* all'italiana – 3. Mancanza di pragmatismo – 4. La debolezza della dirigenza pubblica e la difficoltà del cambiamento.

1. *La carenza di strategia: un'occasione da riconquistare*

Per introdurre il capitolo finale, nel quale illustreremo le linee direttrici della nostra proposta di riforma, in questo non ci resta che enucleare i motivi della inadeguatezza del mercato dei contratti pubblici dal punto di vista strategico, cioè rispetto alla sua (in)capacità di promuovere sviluppo a medio o lungo termine.

Riteniamo che, a tale riguardo, debbano individuarsi almeno tre concause di inadeguatezza strategica: l'incapacità di individuare i cosiddetti obiettivi collaterali, l'assenza di pragmatismo e la difficoltà, per i funzionari pubblici, di affrontare il cambiamento.

Se ci chiedessimo quale sia la strategia di medio e lungo periodo che i soggetti dotati del potere di regolazione del nostro mercato, da un lato, e le committenze pubbliche, dall'altro, intendono realizzare, faremmo fatica a trovare una risposta precisa.

Ciò dipende da una serie di fattori concomitanti ed anche dalla particolarità del momento storico attuale, in cui prevale l'attenzione alle procedure e rischia di essere oscurato, invece, il risultato sostanziale che dall'affidamento dei contratti pubblici ci si attende.

Va anche considerato che in Italia, diversamente da quanto accade altrove, manca un programma di governo che promuova con chiari, sintetici e decisi indirizzi politici alcuni ambiti cruciali dell'economia, come quello delle costruzioni pubbliche. Tale carenza compromette significativamente le opportunità di crescita del settore in questione.

Per intendere quale sia l'occasione che il nostro Paese sta perdendo basta studiare l'esperienza del Regno Unito, in cui, da molti anni ormai, il campo delle costruzioni è oggetto di particolari attenzioni e terreno di lungimiranti sperimentazioni, che si esprimono in documenti politici e rapporti di analisi, nei quali vengono enunciate le prospettive che si intendono percorrere¹.

A cominciare dal 2011, il Governo britannico ha pubblicato la *Government Construction Strategy, 2011-2014*², nella quale ha indicato la strategia da perseguire nel settore delle costruzioni, con questo intento: «*This strategy means that the public sector will become a better client – more informed and better coordinated when its requirements are specified, designed and procured. The strategy also challenges industry business models and practices. It will replace adversarial cultures with collaborative ones; and will demand cost reduction and innovation within the supply chain*

*to maintain market position – rather than innovation that is focused on the bidding process – with a view to establishing a bargaining position for the future»³. Al termine dei quattro anni interessati dalla prima linea di azione, in un *report* di verifica delle priorità indicate in precedenza, sono stati raccolti ed analizzati i risultati raggiunti ed è stata adottata, di conseguenza, in linea con la politica prescelta, la *Government Construction Strategy 2016-2020*. Grazie alla strategia governativa per il settore delle costruzioni, per esempio, l'intento di ridurre i costi degli appalti pubblici (aggiudicati dal Governo britannico) è stato precisato da un indice percentuale del decremento atteso e da un arco temporale per raggiungere l'ottimizzazione auspicata, oltre che dall'impegno a reinvestire i risparmi ottenuti in altre politiche pubbliche, a loro volta, specificamente indicate. I piani prioritari attualmente in essere sono: «*improve central government's capability as a construction client embed and increase the use of digital technology, including Building Information Modelling (BIM) Level 2 deploy collaborative procurement techniques that: – enable early contractor and supply chain involvement – develop skills capacity and capability, including by delivering 20,000 apprenticeships through central government procurement over this Parliament – promote fair payment enable and drive whole-life approaches to cost and carbon reduction across the construction, operation and maintenance of public sector buildings and infrastructure»⁴.**

Chi avesse la curiosità di leggere i documenti appena citati e di esaminare l'interazione tra le politiche poste in atto e gli effetti che hanno prodotto, si accor-

gerebbe facilmente di quanto siano state innovative e di come sia stato utile prospettarle per orientare sia l'azione della committenza pubblica sia quella degli operatori del mercato che, conosciute le preferenze pubbliche, hanno potuto programmare e migliorare le proprie competenze in maniera razionale coordinandole con quanto richiesto dalla politica industriale del Governo britannico.

Non è un caso, allora, ma è il frutto delle energie spese per studiare e proporre iniziative di sviluppo del settore, che il Regno Unito sia il Paese in cui il mondo delle costruzioni è riuscito a promuovere, in contesti estesi e con successo, le strutture e i metodi digitali, compreso il *Building Information Modelling*, e gli accordi collaborativi, entrambi strumenti capaci di creare nuovo valore pubblico.

2. *Effetti negativi della logica dei constraints all'italiana*

«*When rules regulate most part of a person's job, it is natural to conclude that the job consists only in following rules. So a rule based system sent a signal to focus on process rather than results*»⁵: ecco perché la riforma promossa con il nuovo codice dei contratti pubblici non basta per avere una amministrazione efficiente. Il mercato dei contratti pubblici, per come descritto nei paragrafi precedenti (fortemente regolato, oggetto di costante esame e di censura da parte delle Autorità di regolazione e di controllo e altamente conflittuale) perde di vista i suoi obiettivi sostanziali.

L'obiettivo di massima a cui esso dovrebbe tendere, inteso come l'ambito regolato e completamente artificiale entro cui avvengono gli scambi tra la domanda pubblica e l'offerta dei soggetti interessati a concorrere per aggiudicarsi i contratti che le amministrazioni intendono affidare in *outsourcing*, è quello di ottenere il miglior risultato possibile per le amministrazioni e per i cittadini, nel rapporto tra qualità delle prestazioni e relativi costi. A tale obiettivo principale, se si aderisce alla dinamica del governare per contratto che stiamo proponendo, dovrebbero però essere aggregati obiettivi collaterali, che qualificano un certo indirizzo dell'azione pubblica, derivati dalle visioni strategiche che gli organismi che rappresentano il potere politico esprimono.

Dobbiamo constatare, invece, che le gare non sempre selezionano il contraente migliore, almeno stando ai risultati (negativi) che si producono di frequente in fase esecutiva e, soprattutto, che è difficile che le amministrazioni si concentrino, contestualmente, su obiettivi collaterali.

Per esempio, indire gare pubbliche per selezionare case editrici che pubblichino monografie universitarie senza prevedere che l'editore selezionato debba promuovere e diffondere il prodotto, o prendere contatti con case editrici straniere per tradurlo, significa non sfruttare al meglio la procedura di gara, pur avendo rispettato tutte le numerose regole in materia. Oppure, l'indire una gara per la progettazione di un'opera pubblica e non prevedere che sia obbligatorio l'uso del *Building Information Modelling* è possibile e legittimo, ma significa ottenere un progetto vecchio

e far competere soggetti che il mercato privato rifiuta, ritenendoli non adeguati agli attuali parametri di qualità.

In questo senso abbiamo rilevato che l'ossessione per le procedure porta con sé conseguenze eccezionalmente negative, focalizzando l'attenzione dei pubblici dipendenti sugli strumenti invece che sugli obiettivi attesi dal contratto che si va ad aggiudicare. Finisce così per essere più importante lo studio delle modalità con cui celebrare una gara, nel rispetto della normativa vigente, piuttosto che il contenuto della gara stessa.

Il rischio è che questa impostazione, in cui lo sforzo intellettuale dell'agente è diretto a comprendere e tradurre le regole applicabili per la selezione del contraente e non ad indagare ed elaborare le esigenze sottese alla domanda pubblica, venga ancora più a radicarsi nel mercato italiano dal momento che bandi tipo e contratto tipo stanno per imporsi come obbligatori per le committenze pubbliche. Infatti, il dipendente pubblico sarà esentato dall'approcciare criticamente la legge di gara e, ove non si affermi una logica simile a quella anglosassone nella quale i modelli tipo funzionano come *vademecum* di supporto, da implementare, e sono modificabili a piacimento (non con una espresa motivazione per consentire all'Autorità di controllo di verificare il perché della mancata applicazione del modello, come è previsto oggi in Italia) le specificità del caso concreto verranno ad essere ancora più gravemente trascurate.

3. *Mancanza di pragmatismo*

La generalizzazione, inevitabilmente connessa ad un mercato costruito da un profluvio di norme astratte, comporta il venir meno, nei meccanismi che presidiano il funzionamento dei contratti pubblici, del pragmatismo, ossia della capacità di rispondere alle situazioni complesse mettendo in atto una reazione che trasformi presto il pensiero in azione, introducendo regole che si adattino alla imprevedibilità delle circostanze concrete.

Perdere pragmatismo significa abbandonare anche l'abitudine all'autonomia e alla creatività del lavoro. Si tratta di una carenza che attiva un pericoloso circolo vizioso: negli studi di Kelman⁶, volti ad analizzare la propensione del personale alle dipendenze dell'amministrazione al cambiamento, il bisogno di un lavoro creativo è emerso essere il motivo principale di simpatia per i moti riformisti nel campo del *public procurement*, più di quanto lo fosse l'insofferenza per le troppe regole.

Se il legislatore e l'Autorità di regolazione si muovono non solo nel campo della ideologia, dettando principi (per esempio, il principio della concorrenza nei contratti pubblici) e regole di massima (per esempio, stabilendo che è necessario che, nelle procedure di gara, si eviti il conflitto di interessi), ma anche in quello dell'azione, indicando ai dipendenti pubblici ogni adempimento cui sono tenuti per rispettare quei principi e quelle regole e riducendo drasticamente i margini delle valutazioni discrezionali, si impoverisce la *job autonomy* dei funzionari pubblici e, con essa,

sono sacrificate creatività, responsabilizzazione e possibilità di crescita.

Dalle ricerche che Kelman ha condotto è emerso che laddove il lavoro richiesto agli impiegati pubblici, nel campo dei contratti, è prevalentemente burocratico (nel senso negativo del termine) consistendo nel dare attuazione a regole già scritte, si genera scontento e si innescano meccanismi che frenano l'ingresso di soggetti particolarmente qualificati, con ambizioni professionali di crescita e carriera.

Pensando al nostro Paese, va inoltre tenuto presente che, almeno nel campo del *public procurement*, è difficilmente praticabile quell'idea, talora presente nel dibattito politico, di affidarsi a soggetti qualificati per svolgere funzioni manageriali. Quali sarebbero i contenuti della managerialità pubblica, nel campo dei contratti, se sono la legge, da una parte, e l'Autorità Anticorruzione, dall'altra, a dire in quanti giorni deve essere pubblicata una gara, quali sono le situazioni in cui un soggetto non può parteciparvi, come devono essere tarati i requisiti tecnici ed economico-finanziari per la partecipazione, quali previsioni devono essere contenute in un contratto, quando si può ricorrere al dialogo competitivo, come funziona il partenariato per l'innovazione, in che maniera si deve articolare un partenariato cosiddetto sociale?

È più frequente che un amante della burocrazia, più che un *manager*, sia attratto dal contesto attuale.

4. *La debolezza della dirigenza pubblica e la difficoltà del cambiamento*

Uno dei principi più importanti della dirigenza privata è che il *manager* sia messo alla prova rispetto ai risultati positivi che, grazie alla sua azione, l'azienda consegue. A buoni risultati raggiunti consegue riconoscimento economico, gratificazione e soddisfazione personale. Nel mondo pubblico, ciò difficilmente accade.

Nel mercato dei contratti pubblici, considerati i limitati spazi di autonomia decisionale individuale, il successo o l'insuccesso di una linea di azione difficilmente, però, dipende dall'organizzazione pubblica e da chi la compone o la dirige. Esso è spesso (si badi, non sempre) il risultato di fattori contingenti: per esempio, l'assenza di ricorsi, la scarsa appetibilità di un certo contratto, la selezione di un'impresa qualificata e con un atteggiamento collaborativo invece che belligerante, l'interesse e la capacità dell'aggiudicatario di eseguire un lavoro. Il successo, poi, è subito preda della parte politica, che se ne impossessa per dare dimostrazione della bontà del proprio agire all'elettorato.

Ci verrà obiettato che la differenza, invece, la fanno le persone e che, dunque, un leale e devoto dirigente pubblico, con una visione strategica, può cambiare le cose. Siamo d'accordo con una tale affermazione, che non consideriamo, però, una obiezione, ma un argomento *ad adiuvandum*, nel senso che ci permette di chiarire il concetto esposto, affinché non sia frainteso. A parità di regole del gioco e di condizioni di con-

testo, un dirigente pubblico può certamente essere meglio di un altro sulla base della propria intelligenza strategica, della propensione ad assumersi responsabilità, della capacità di valutazione etc.. In questo senso, è vero che le persone possono fare la differenza.

Cosa potrà fare, però, un brillante *manager* apicale che viene posto a capo di una struttura pubblica, inclusi gli uffici dedicati ai contratti pubblici, composta da centinaia di persone di cui una buona parte non è interessata al cambiamento? Incentivare le persone a cambiare mentalità? Sì, ma con che strumento? Riconoscendo premi legati al raggiungimento di determinati obiettivi? Sì, ma spesso gli obiettivi dipendono dal gruppo e, comunque, non potrà trattarsi di premi tanto incentivanti da cambiare l'abitudine. Potrà proporre degli avanzamenti di carriera? Sì, ma con alcune cautele. Nel senso che la promozione di un funzionario a dirigente, per esempio, non è possibile, perché l'accesso alla dirigenza deve avvenire per pubblico concorso, salvo che per i cosiddetti dirigenti *ad interim*, che assumono cioè l'incarico dirigenziale per un periodo al massimo pari alla durata di un certo mandato politico. Potrà spingerli a seguire la logica *goals versus constraints*? Certo, ma cosa succederebbe se un funzionario venisse poi accusato di aver commesso danno erariale per non aver applicato con rigore le norme di legge? Il nostro brillante *manager* potrà promettere ai suoi sottoposti più fedeli riconoscenza per il futuro? No, certo! Questo romperebbe le regole della *par condicio*. E nemmeno potrà ordinare ai funzionari o ad altri dirigenti, non convinti delle indicazioni della loro guida, data la scarsità di incentivi

prospettati, di agire secondo le sue valutazioni, perché chi si assume la paternità di un atto amministrativo, firmandolo, si assume la responsabilità dell'atto sottoscritto, che, dunque, deve essere frutto delle proprie autonome valutazioni.

Quando il sistema con cui si ha a che fare è tanto complesso, macchinoso e etero-diretto come quello delle amministrazioni pubbliche in generale, e dei contratti pubblici in particolare, il mutamento della mentalità non può dipendere solo da una guida, pure illuminata, perché anch'essa dovrà accettare e dare applicazione a quelle stesse regole, portatrici di inefficienza, entro cui l'organizzazione pubblica è costretta a giocare.

¹ Molto interessante, a questo proposito, il recente documento redatto dal MH *Treasury and Cabinet Office* del Governo britannico dal titolo *Government Construction Strategy 2016-2020*, consultabile all'indirizzo https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/510354/Government_Construction_Strategy_2016-20.pdf.

² La *Government Construction Strategy 2011-2014* è consultabile qui: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/61152/Government-Construction-Strategy_0.pdf. Anche in Francia, nel 2015, è stato lanciato dal *Ministère du Logement et de l'Habitat durable* il *Plan Transition Numérique dans le Bâtiment* (PTNB) consultabile qui <http://www.batiment-numerique.fr/PTNB/presentation.htm>.

³ Significativo il modello ideale di committenza che il Governo britannico va prefigurando: «The right model for public sector construction procurement in the UK is one in which: clients issue a brief that concentrates on required performance and outcome; designers and constructors work together to develop an integrated solution that best meets the required outcome; contractors engage key members of their supply chain in the design process where their contribution creates value; value for money and competitive tension are maintained by effective price benchmarking and cost targeting, by knowing what projects should cost, rather than through lump sum tenders based on inadequate documentation; supply chains are, where the programme is suited, engaged on a serial order basis of sufficient scale and duration to incentivize research and innovation around a standardized (or mass customized) product; industry is provided with sufficient visibility of the forward programme to make informed choices (at its own risk) about where to invest in products, services, technology and skills; and there is an alignment of interest between those who design and construct a facility and those who subsequently occupy and

manage it.», cfr., *Government Construction Strategy 2011-2014*, spec. *Executive summary*.

⁴ Il BIM è un elemento centrale anche di un altro recente documento redatto dal Governo britannico, lo *Strategy – Government and Industry in partnership. Construction 2025*: «Government will mandate BIM for all centrally procured Government contracts from 2016. Industry must therefore meet the challenge – only through the implantation of BIM will we be able to deliver more sustainable buildings, more quickly and more efficiently. BIM is also critical to the successful implementation of a wider offsite manufacturing strategy», consultabile qui https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/210099/bis-13-955-construction-2025-industrial-strategy.pdf. Anche *Balfour Beatty*, gruppo leader del settore delle infrastrutture, ha pubblicato un suo documento, il *Digital Future for the Infrastructure Industry*, con una visione improntata verso un futuro completamente digitale: «The construction site of 2050 will be human-free. Robots will work in teams to build complex structures using dynamic new materials. Elements of the build will self-assemble. Drones flying overhead will scan the site constantly, inspecting the work and using the data collected to predict and solve problems before they arise, sending instructions to robotic cranes and diggers and automated builders with no need for human involvement. The role of the human overseer will be to remotely manage multiple projects simultaneously, accessing 3D and 4D visuals and data from the on-site machines, ensuring the build is proceeding to specification. The very few people accessing the site itself will wear robotically enhanced exoskeletons and will use neural-control technology to move and control machinery and other robots on site», consultabile qui <https://www.balfourbeatty.com/2050>.

⁵ S. KELMAN, *Unleashing Change. A Study of Organizational Renewal in Government*, op. cit., p. 16.

⁶ Sull'argomento si può consultare S. KELMAN, *Unleashing Changes. A Study of organizational renewal in government*, op. cit.

Capitolo V

Come uscire dalla crisi di efficienza del mercato dei contratti pubblici

SOMMARIO: Premessa – 1. La prima direttrice della riforma Governare per contratto: declinare la strategia per obiettivi. Creare valore pubblico nella prospettiva *goals first* – 1.1. La tutela della concorrenza e la corretta gestione del denaro pubblico come obiettivi formali e non qualificanti – 1.2. Gli obiettivi collaterali: essenzialità nell’ambito della riforma del governare per contratto – 1.2.1. Come individuare gli obiettivi sostanziali. Che cosa significa e che cosa comporta individuare un obiettivo – 1.2.2. Come si misurano gli obiettivi – 2. La seconda direttrice della riforma Governare per contratto: articolare l’esigenza di flessibilità – 2.1. La flessibilità nella regolazione: la previsione di norme strategiche di direzione. La regola della deroga – 2.1.1. L’illusione di chiarezza, esaustività ed opportunità del sistema regolatorio – 2.2. La regolazione flessibile affidata all’Autorità Anticorruzione e il *nudging* – 2.2.1. *Nudging* pubblico *versus* pubblico come strumento per una reale flessibilità nel campo della regolazione dei contratti pubblici – 2.2.2. Gratificazione *versus* stigmatizzazione – 2.2.3. La dimostrazione sintetica dei pro e dei contro – 2.2.4. Lo spostamento del baricentro per un modello efficiente di regolazione flessibile: dai comandi agli obiettivi – 3. Terza direttrice della riforma Governare per contratto: l’ingegnerizzazione dei processi e dei contratti – 3.1. L’utilizzo dei metodi e degli strumenti digitali: il *Building information modelling* – 3.2. L’importanza del contratto e la logica dell’alleanza.

La via degli accordi collaborativi e il *Framework Alliance Contract FAC-1*.

Premessa

In questa sezione del libro non ci sottrarremo dal presentare una visione personale, quindi opinabile in quanto frutto di riflessioni soggettive, delle prospettive di intervento che potrebbero mutare lo scenario di inefficienza e di *mala gestio* che abbiamo rappresentato nei capitoli precedenti, illustrando più nei dettagli la proposta che abbiamo sintetizzato nell'espressione Governare per contratto.

Dall'analisi condotta nella prima parte del lavoro abbiamo appurato che il rifiuto per l'applicazione dei canoni della imprenditorialità privata e la rigida applicazione dei principi pubblicistici possono essere causa dell'inefficienza dell'azione amministrativa se combinati con altri fattori disturbanti; altrettanto, l'impiego delle regole del *management* privato potrebbe tranciare, in modo irreparabile, la genuinità del legame tra perseguimento dell'interesse pubblico e azione amministrativa. Motivo per cui la scelta tra l'aumentare o il ridurre l'applicazione degli strumenti privatistici come antidoto per curare l'inefficienza dell'attività pubblica non ci pare, di per sé, decisiva e non sarebbe comunque sufficiente per determinare una vera riforma dell'amministrazione.

Perciò riteniamo di poter proseguire pur senza effettuare una scelta di campo tra la linea di pensiero che asseconda il *New Public Management* e quella che

preferisce la *Public Value Theory*; entrambe, a nostro avviso, possono convivere ed anzi presentano aspetti sinergici che proveremo a valorizzare.

Piuttosto, per combattere l'inefficienza e la burocratizzazione, occorre promuovere una visione strategica, articolata in quelli che abbiamo definito obiettivi collaterali e favorire la ricerca delle soluzioni più adatte alle particolarità dei casi concreti, valorizzando l'iniziativa dei funzionari pubblici senza eccessivamente comprimere l'esercizio della discrezionalità amministrativa.

La riforma che vorremmo vedere attuata si sviluppa in livelli logicamente consecutivi e rispettivamente interagenti, elaborati prendendo atto di quanto illustrato nei paragrafi precedenti circa le situazioni di crisi e le problematiche da risolvere per come emerse dall'analisi della nostra realtà attuale.

Anticipiamo subito, sia pure per il momento limitandoci a richiamarle con delle sintesi che troveranno più completa enunciazione nel seguito del testo, le tre direttrici della riforma del mercato dei contratti pubblici che abbiamo denominato Governare per contratto:

- *Prima direttrice* – Goals first: costruire le regole del mercato dei contratti pubblici in modo da dare rilievo ad obiettivi collaterali, che inducano le amministrazioni a creare valore pubblico e promuovano una strategia di crescita della politica economica e sociale del Paese, a medio e lungo termine;

- *Seconda direttrice* – *Flessibilità*: articolare l'esigenza di flessibilità e di semplificazione:

i) riconoscendo che l'eccezione possa essere la regola;

ii) studiando e mettendo in atto meccanismi di *nudging* pubblico *versus* pubblico;

- Terza direttrice – *digitalizzazione* e *alliancing*: ingegnerizzare processi e contratti pubblici attraverso:

i) la promozione di strutture e strumenti digitali per la progettazione e per il controllo dell'esecuzione dei contratti pubblici, ma anche per la gestione dell'organizzazione interna alla macchina pubblica;

ii) la diffusione di accordi collaborativi, per la disciplina della cooperazione tra amministrazioni e affidatari di contratti pubblici.

1. *La prima direttrice della riforma Governare per contratto: declinare la strategia per obiettivi. Creare valore pubblico nella prospettiva goals first*

La prima direttrice della riforma che abbiamo denominato *Governare per contratto* coincide con l'esigenza che le committenze pubbliche non operino avulse dal contesto generale dell'intervento pubblico nell'economia e formulino la propria domanda affacciandosi al mercato dei contratti pubblici nella consapevolezza che dalle loro scelte si determinano conseguenze dirette per la politica economica e sociale del Paese. Il nostro punto di partenza è, infatti, che la potenzialità della domanda pubblica, in termini di capacità di conformare i comportamenti delle imprese è significativa, va sfruttata e richiede una seria pianificazione strategica.

Ci ha fornito materiale di studio particolarmente interessante a riguardo il sistema britannico, nel

quale, negli ultimi dieci anni, il Governo ha prestato particolare attenzione al settore delle costruzioni pubbliche, adottando, come si è visto nel capitolo precedente, una precisa *Government Construction Strategy*, grazie alla quale il Regno Unito è ora all'avanguardia sia per quanto concerne i sistemi di modellazione digitale, promossi a partire dal settore pubblico, sia per aver ideato e diffuso gli accordi collaborativi. Questi ultimi hanno consentito di ottenere importanti risparmi di tempi e di costi nell'esecuzione degli appalti pubblici di lavori, come effetto dell'alleanza che si è stretta, nella fase esecutiva, tra il committente pubblico, l'appaltatore e la filiera delle imprese facente capo a quest'ultimo.

Il declinare una strategia, anzitutto a livello centrale (governativo), ma anche nell'ambito specifico in cui la procedura di evidenza pubblica viene concepita è, a nostro avviso, essenziale per avviare un nuovo corso del mercato dei contratti pubblici, in cui la procedura e il contratto siano veicoli di diffusione delle migliori prassi e generino progresso attirando i *competitors* più qualificati.

Proprio tramite le procedure a cui la committenza deve dare corso per affidare i contratti pubblici e, in particolare, attraverso i contenuti selettivi per la scelta della migliore offerta sarebbe possibile sfruttare l'occasione per rendere il mercato dei contratti pubblici un luogo privilegiato in cui sperimentare eccellenze.

Perché ciò accada, occorre sia un'azione politica e un piano generale che dia la direzione a tutte le committenze pubbliche, sia che le singole stazioni appaltanti si impegnino a declinare un programma, specifi-

co e di dettaglio, con il quale si enucleino gli obiettivi collaterali che ci si propone di raggiungere, per esempio, elevare gli *standards* di qualità del lavoro, ridurre la spesa pubblica o diminuire i tempi di esecuzione degli appalti di lavori oppure ottenere prestazioni all'avanguardia nel campo delle tecnologie con minimo impatto ambientale, etc.

Sostenere che una riforma del settore dovrebbe dedicarsi ad enunciare strategie e richiedere alle stazioni appaltanti di assumere un compito e una correlata responsabilità nel contribuire al progresso delle politiche di sviluppo dell'economia del Paese, attraverso la previsione di obiettivi collaterali all'oggetto del contratto in senso stretto (*id est*: realizzare l'opera pubblica, eseguire il servizio o fornire alla stazione appaltante quanto richiesto), comporta un drastico cambio di mentalità che riteniamo però fondamentale ed imprescindibile.

Il nuovo approccio che suggeriamo consentirebbe di superare quella tendenza del legislatore e delle autorità di controllo – e, di conseguenza, delle committenze pubbliche – a concentrarsi prevalentemente su una visione formalista, nella quale ci si dedica esclusivamente al procedimento. Del resto, se osservata dal punto di vista del funzionario agente, l'attenzione alla forma è l'inevitabile conseguenza dell'assetto normativo attuale, ingombro di norme complesse, di procedimenti e sub-procedimenti. Mentre la ricerca di obiettivi collaterali, non essendo richiesta dalla legge, resta lontana, salvo casi virtuosi, dalle riflessioni che precedono l'indizione di una procedura di gara.

1.1. La tutela della concorrenza e la corretta gestione del denaro pubblico come obiettivi formali e non qualificanti

Si è già riflettuto sulla naturale tendenza della regolazione dei contratti pubblici ad essere pervasa da una normativa dettagliata, volta a descrivere e disciplinare l'intero ciclo del *public procurement*, partendo dalla fase di identificazione del bisogno di interesse pubblico in ragione del quale l'amministrazione decide di affidare ad un terzo un compito pubblico o una attività di pubblico interesse e finendo con il controllo sulla perfetta esecuzione del contratto. Ci soffermeremo brevemente ancora su tale aspetto, per coglierne alcune peculiarità non ancora approfondite e per domandarci quali siano o quali possano essere gli obiettivi collaterali ai quali la normativa vigente abbia eventualmente già inteso mirare, domandandoci anche se non sia davvero ravvisabile, nel nostro sistema, alcuna strategia, pur se debole, generica e sotto traccia.

Ebbene, storicamente, il legislatore ha concepito la regolazione del mercato dei contratti pubblici come uno strumento di garanzia, con almeno due obiettivi: la tutela dei cittadini, in quanto contribuenti, e la tutela degli operatori economici, potenzialmente interessati a concorrere per l'affidamento di lavori, servizi e forniture.

Il rispetto dell'imparzialità, la ricerca dell'economicità delle prestazioni e la selezione del miglior contraente ispirano da sempre la normativa sull'evidenza pubblica, determinandone i contenuti. La necessità di disciplinare la spesa pubblica e di rendere efficace

e trasparente il procedimento di aggiudicazione dei contratti conclusi dalle amministrazioni ha comportato il sorgere di un quadro normativo composto da procedure sempre più dettagliate. All'origine, l'intenzione della legge era principalmente il consentire una compiuta organizzazione dell'attività degli organismi statali oltre ad un razionale utilizzo del denaro pubblico, per beneficiare dei risparmi ottenuti grazie al confronto tra diverse offerte. Di conseguenza, la normativa sull'evidenza pubblica si concentrava sulle regole di contabilità dello Stato e degli enti pubblici, interessandosi dei modi di gestione del patrimonio disponibile e indisponibile e dei beni demaniali e venivano introdotti diversi sistemi di controllo, anche preventivo, di competenza del Consiglio di Stato come organo consultivo. Il che è coerente con il significato tradizionale della buona amministrazione, intesa allora come riferimento concettuale per declinare le modalità di esercizio dell'azione amministrativa più che per attribuire diritti ai singoli interessati a concorrere per aggiudicarsi un certo contratto.

Successivamente, il diritto europeo è intervenuto sulla materia dei contratti pubblici, ottemperando alla propria missione di rimuovere gli ostacoli alla realizzazione di un mercato unico tra gli Stati membri. In particolare, la normativa sovranazionale ha vincolato l'ordinamento interno a dotarsi di un sistema di norme idoneo a proteggere la *par condicio* e la non discriminazione tra gli operatori economici, così da evitare eventuali favoritismi, da parte delle stazioni appaltanti, a discapito delle *chances* di aggiudicazione da parte di soggetti stranieri¹.

Per la verità, tra i considerando delle nuove direttive sui contratti pubblici², contestualizzando l'iniziativa del legislatore europeo nella strategia dell'Europa 2020, anche la necessità di «*accrescere l'efficienza della spesa pubblica*» è indicata come uno degli obiettivi perseguiti. Si può così osservare che le due prospettive enunciate (quella dell'evidenza pubblica intesa come insieme di norme al servizio dell'organizzazione amministrativa e quella dell'evidenza pubblica come meccanismo di tutela del mercato) vengono, in effetti, a ricomporsi in una più complessa interazione: l'inciso attribuisce rilevanza, nella dimensione europea, non solo all'interesse del mercato e, quindi, delle imprese, ma anche a quello delle stazioni appaltanti a seguire procedure che possano garantire il miglior rapporto tra risparmio della spesa e risultato atteso. Va notato che il richiamo al principio di *efficienza*, e non a quello di economicità, si combina difatti, nelle disposizioni della direttiva, con la possibilità che gli Stati membri prevedano di limitare il criterio di aggiudicazione basato sul solo prezzo o sul costo a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o a determinati tipi di appalto, privilegiando, di conseguenza, il criterio di aggiudicazione che combini qualità e prezzo³.

Una certa attenzione nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici e dell'agilità della loro azione emerge poi più specificamente in singole disposizioni delle direttive, come quelle relative al sistema dei controlli, che prevedono, nelle procedure aperte, la possibilità di esaminare le offerte prima di verificare l'assenza dei requisiti di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione⁴, e quelle che si riferiscono al dialogo

competitivo (reso ancora più flessibile e trasparente) e ai partenariati per l'innovazione, che ammettono la negoziazione con gli offerenti, sul presupposto che una certa flessibilità possa anche favorire gli scambi transfrontalieri⁵.

Tuttavia, a nostro avviso, né la tutela della concorrenza né la protezione del denaro pubblico né l'esigenza di flessibilità delle procedure di affidamento possono essere intesi, di per sé, come obiettivi sostanziali o collaterali del settore di nostro interesse. Attraverso di essi ci si occupa, infatti, ancora una volta, di procedure e non della promozione di contenuti; in questo senso, potremmo dire che si tratta di obiettivi formali.

Persino l'integrazione che il mercato unico europeo si prefigge è di per sé poco interessante, nell'ottica del Governare per contratto. Tra l'altro, la previsione di numerose regole procedurali volte ad attuare il principio della concorrenza, con la finalità di aprire i mercati dei contratti pubblici nazionali alla partecipazione di imprese straniere, come abbiamo già rilevato nei capitoli precedenti, non ha dato i frutti sperati. Il che dimostra, da un ulteriore angolo di visuale, come la previsione di regole formali – per esempio l'obbligo di pubblicare il bando di gara sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea – e il rispetto delle stesse non siano sufficienti per raggiungere i risultati attesi, in assenza di una strategia che promuova la sostanza.

Anche la diffusione di procedure di affidamento flessibili e improntate alla selezione qualitativa del migliore offerente non pare un obiettivo raggiunto⁶. Tanto che, alla luce dello scarso livello di efficacia

della normativa europea in argomento, vi è chi incomincia a domandarsi se sia ancora giustificabile il suo livello di pervasività del diritto sovranazionale nei sistemi nazionali degli Stati membri. Dunque, pur essendo espressione di condivisibili esigenze, affermare la competitività del settore non è sufficiente nella prospettiva di chi voglia intendere la formulazione della domanda pubblica come strumento di un governo strategico, capace di creare valore pubblico e di promuovere sviluppo ed innovazione. L'insoddisfazione per il quadro normativo attuale, compreso quello sovranazionale, induce gli accademici ad interrogarsi sugli effetti concreti delle politiche di regolazione pro-concorrenziale e sulla reale portata pratica dei principi che le determinano, e a rifiutare regole affidate ad affermazioni generiche ed auto-referenziate. Piuttosto si va alla ricerca di prove concrete di efficienza della regolazione, mettendo in discussione anche assunti per decenni indiscussi: *«what do we actually know about the costs and benefits of using PP as a policy tool to foster European Market integration, or to stimulate innovation and green technologies? How do we know that PP it is more or less costly than using other instruments? Indeed we don't know. For the most part, this is a dateless debate»*⁷.

La riflessione scientifica, insomma, pretende che anche il diritto europeo si muova nella direzione di una più chiara semplificazione delle procedure e delle forme, con un'enunciazione chiara di singoli obiettivi collaterali, di cui gli Stati membri, nel contesto della cooperazione europea, debbano farsi carico.

Questo modo di vedere le cose altro non è se non

la conseguenza di un fenomeno ormai evidente, ossia della complessità dovuta alla sovrapposizione del diritto europeo sui diritti nazionali ma anche al diritto europeo in sé stesso⁸, che ha avviato una catena di effetti negativi: dalla cosiddetta *over compliance* all'allontanamento dal settore pubblico delle imprese più qualificate, a causa della eccessiva uniformazione, verso il basso, dei requisiti tecnico professionali e qualitativi richiesti, per consentire la massima partecipazione alle gare.

Quanto affermato non significa che il diritto europeo o il diritto nazionale non abbiano individuato obiettivi collaterali. Il diritto europeo, dal canto suo, indica fini sostanziali, ma li inserisce ormai in una normativa di dettaglio che si dedica a declinare nozioni, regole di azione e di processo. Si è ampiamente documentato, poi, nel capitolo terzo, con riferimento al mercato nazionale dei contratti pubblici, quante siano state le finalità enunciate dal legislatore sin dalla legge delega per l'adozione del nuovo codice. Lì si è anche chiarito che quei generici e amplissimi principi finiscono, nella realtà, per diverse ragioni che qui non è il caso di ripetere, per restare lettera morta, se non sono inseriti in una strategia di sviluppo chiara e determinata che possa dare un preciso mandato alle stazioni appaltanti. Si pensi al principio di economicità oppure a quello di controllo dei costi. Un conto è affermarli in generale, un altro conto sarebbe inserire l'obiettivo per i committenti pubblici di ottenere una certa percentuale di risparmi in fase esecutiva entro un determinato arco di tempo. Solo in quest'ultima ipotesi (obiettivo specifico), non nella prima (obiet-

tivo generico), le amministrazioni sarebbero indotte a riflettere sulle modalità per raggiungere il risultato indicato e ad inserire meccanismi di controllo dei risultati attesi.

Dunque, appare necessario avere l'ardire di abbandonare la centralità delle regole di procedura o di forma, per concentrarsi, invece, sugli obiettivi specifici, sostanziali o collaterali che dir si voglia, intesi come utilità finali a cui i contratti pubblici dovrebbero tendere.

1.2. Gli obiettivi collaterali: essenzialità nell'ambito della riforma del governare per contratto

Vi sono degli obiettivi generali, comunemente presenti in ogni sistema di *public procurement*⁹, e degli obiettivi speciali (oltre che specifici), che dipendono dalle esigenze e dalle politiche dei governi nazionali oppure da preferenze espresse dalle singole committenze. Vediamo meglio, di seguito, a che cosa intendiamo riferirci quando invochiamo la necessità di individuare obiettivi sostanziali o collaterali.

Se, per esempio, si decidesse che l'obiettivo del mercato dei contratti pubblici fosse quello di costruire, nel tempo, un settore in cui operino imprese solide e affidabili, le cui *performances* si distinguano per essere collaborative, le regole di ingaggio per la selezione dell'operatore dovrebbero venire determinate anche in ragione di quella finalità e allora, per esempio, oltre a prevedere, come fa il nostro attuale codice dei contratti pubblici, che un soggetto possa essere escluso da una procedura di gara a fronte di una risoluzione

per un suo inadempimento nell'esecuzione di un precedente contratto¹⁰, si potrebbero valorizzare sistemi tramite cui premiare quegli offerenti che abbiano, nel proprio *curriculum*, attestazioni dalle quali risulti che i contratti pubblici loro affidati sono stati eseguiti nei tempi previsti e senza aggravio di costi.

Se invece l'obiettivo fosse (in alternativa o anche in aggiunta a quello appena ipotizzato) fare del mercato dei contratti pubblici un ambito all'avanguardia quanto all'utilizzo di nuove tecnologie, le regole di gara potrebbero favorire coloro che prospettino l'impiego di proposte tecnologiche interessanti, facendo in modo che le imprese non riservino solo al mondo privato le proprie idee più innovative, per il timore che il confronto competitivo faccia loro perdere il vantaggio di essere ideatori di un prodotto, di un sistema oppure di un nuovo metodo di lavoro.

Sofferamoci ora sulle modalità con cui gli obiettivi collaterali possono essere individuati e sulle caratteristiche che essi devono avere.

1.2.1. Come individuare gli obiettivi sostanziali. Che cosa significa e che cosa comporta individuare un obiettivo

L'individuazione e la definizione degli obiettivi, intese queste come attività indefettibili e preliminari per poter riformare il mercato dei contratti pubblici, richiedono di affrontare alcune questioni essenziali perché quello che si sta proponendo non sia tradotto come una generica indicazione di vaghe finalità.

Abbiamo esordito affermando che identificare gli

obiettivi collaterali è essenziale se si voglia governare per contratto e per realizzare un piano strategico che permetta di creare valore pubblico attraverso l'affidamento e l'esecuzione dei contratti, ossia per ottemperare alla missione di cui ciascuna stazione appaltante è portatrice, missione che si sostanzia nel perseguire, attraverso la propria azione, l'interesse della comunità amministrata o, comunque, un interesse pubblico.

Abbiamo utilizzato in precedenza e utilizzeremo indistintamente nel prosieguo, con il medesimo significato, l'espressione «obiettivo collaterale», «secondario» o «sostanziale», per contrapporre questo genere di obiettivi a quelli formali¹¹.

Cerchiamo ora di intendere che cosa significa e che cosa comporti scegliere un obiettivo sostanziale o collaterale, e che limiti le committenze pubbliche eventualmente incontrino nel farlo.

Anzitutto, secondo le teorizzazioni del diritto amministrativo, all'interno del mandato di perseguire gli interessi pubblici affidati dalla legge ad un'amministrazione, tutto è lecito purché vi sia una motivazione che colleghi una certa azione o, ai fini del discorso che stiamo svolgendo, un certo obiettivo alle finalità istituzionali dell'ente che agisce.

Ogni decisione a cui un ente pubblico pervenga, compresa quella di stipulare o meno un determinato contratto, deve ispirarsi ai principi che reggono l'esercizio dell'azione amministrativa e che devono precederne la stipula. Il perseguimento dell'interesse pubblico è, sempre e comunque, il parametro con cui confrontare la legittimità della determinazione a contrattare.

Il presupposto, in termini di volontà, sulla base del quale un'amministrazione sceglie la direzione da dare ai propri interessi (cioè ad interessi pubblici) è l'esercizio del potere discrezionale, il cui concetto è stato elaborato dalla dottrina italiana in antitesi a quello di libertà del volere, valido per i soggetti privati. In altre parole ciò significa che il soggetto pubblico, diversamente dal privato, non ha la facoltà di autodeterminarsi, ma deve agire tendendo alla realizzazione di un interesse pubblico. A riguardo, proprio gli studi svolti dalla dottrina italiana sulle caratteristiche delle persone giuridiche pubbliche e sull'esercizio del potere discrezionale¹² consentono di articolare delle riflessioni puntuali intorno agli interrogativi che spesso vengono sollevati da autorevoli accademici stranieri quando si giunge a riflettere sugli obiettivi che possono essere alla base di una procedura di evidenza pubblica¹³, specialmente in contesti giuridici e culturali in cui le teorizzazioni sulla peculiarità delle persone giuridiche pubbliche sono meno sviluppate.

In particolare, domandandosi quali possano essere gli obiettivi (o i valori) da porre alla base del sistema di *public procurement*, ci si chiede, di volta in volta, se singoli e specifici obiettivi – per esempio, la promozione della innovazione, lo sviluppo di nuove tecnologie, l'inserimento lavorativo delle persone con difficoltà di vario genere, etc. – possano diventare *a specific public value* e quale sia il criterio da seguire per fornire una risposta esatta al quesito posto.

Applicando le categorie giuridiche nazionali, il ragionamento sarebbe il seguente: è certo possibile, nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica,

che le amministrazioni individuino propri obiettivi (secondari, altrimenti detti collaterali o sostanziali), quali la promozione dell'innovazione, lo sviluppo di nuove tecnologie e così via, purché tali obiettivi siano considerati non come obiettivi in sé e per sé, ma siano ricollegati, attraverso una motivazione chiara e documentata negli atti preliminari alla gara, alla cura e alla promozione del benessere della comunità amministrata, ad una strategia politica generale o, comunque, agli interessi pubblici la cui cura è affidata, dalla legge, all'amministrazione agente.

La questione è semplice ove la definizione degli obiettivi da perseguire attraverso l'affidamento di contratti sia indicata a livello legislativo o in un piano strategico destinato alle committenze pubbliche (come avviene, per esempio, nel Regno Unito grazie alla *Government Construction Strategy*); perché, in quel caso, essa appartiene al merito, insindacabile, della volontà politica. Per esempio, la decisione di promuovere le piccole e medie imprese o quella di consentire l'attribuzione di premialità alle offerte che utilizzino «beni o prodotti da filiera corta o a chilometro zero»¹⁴ è una scelta politica, contenuta in atti legislativi, e indica una opzione immune da contestazioni giuridiche, salvo che la normativa nazionale non si ponga in contrasto con il diritto europeo¹⁵.

Ove la definizione di un obiettivo – si è detto, per esempio, la promozione delle piccole e medie imprese – venga enunciata in atti legislativi, il livello di strategicità, poi, si dettaglia progressivamente, più ci si avvicina all'ente banditore. Una legge dello Stato potrebbe definire, appunto, come strategia di un quinquennio

da affidare al mercato dei contratti pubblici, la valorizzazione delle piccole e medie imprese. Una legge regionale potrebbe precisare che cosa ciò implichi all'interno di una data realtà territoriale. La stazione appaltante che debba affidare i lavori di costruzione di una scuola dovrebbe indicare nel bando di gara il modo in cui l'obiettivo previsto dalla legge possa essere raggiunto nel caso concreto. Nel quinquennio, se la regolazione strategica ha dato i suoi frutti, si dovrebbe avere una maggiore presenza di piccole e medie imprese come protagoniste del mercato dei contratti pubblici. Ove ciò non accada, l'obiettivo verrebbe mancato.

Se, invece, la definizione degli obiettivi avviene ad opera della singola amministrazione agente, occorre far riferimento, appunto, all'articolata teorizzazione italiana sull'esercizio dei poteri discrezionali che, a nostro avviso, legittima il soggetto pubblico contraente, nel rispetto del principio di legalità e dei principi dell'azione amministrativa, a determinare, autonomamente, ciò che si intenda valorizzare indicando una procedura di gara.

Per esempio, un ente locale, al fine di migliorare il contesto sociale e, dunque, con l'intenzione di portare vantaggi alla comunità amministrata, potrebbe decidere di orientare i propri affidamenti alla promozione del reinserimento sociale di alcune categorie di soggetti deboli (giovani, soggetti portatori di *handicap*, immigrati, lavoratori in cassa integrazione, etc.) inducendo gli operatori economici a formulare proposte che sarebbero poi valutate assieme ad altri elementi qualitativi dell'offerta nel corso della selezione com-

parativa. In questo caso, la decisione dell'amministrazione, nel momento in cui viene declinata all'interno delle regole della gara, non sarebbe protetta dalla insindacabilità delle scelte politiche, e potrebbe essere contestata sotto diversi profili, per esempio per aver penalizzato eccessivamente la concorrenza tra gli operatori economici, ove si ravvisi un contrasto con le regole nazionali ed europee in materia, oppure con i principi del diritto dei contratti pubblici oppure anche se emerge una irrazionalità della individuazione dell'obiettivo in sé. La resistenza dei provvedimenti amministrativi adottati e della *lex specialis* di gara alle contestazioni eventualmente formulata dipenderà, soprattutto, dalle motivazioni invocate a supporto della scelta e, dunque, dal corretto esercizio del potere discrezionale.

A tale riguardo, è importante rammentare che, secondo la teoria generale del diritto amministrativo, l'attività discrezionale dell'amministrazione, nella valutazione in concreto dell'interesse pubblico, appartiene all'ente pubblico agente e ad esso solo, non potendo essere sostituita da valutazioni di altri soggetti, compresi il giudice, l'Autorità di regolazione del mercato, la Corte dei Conti o il ricorrente.

1.2.2. Come si misurano gli obiettivi

Nel paragrafo precedente si è detto che la valorizzazione delle piccole e medie imprese è un obiettivo della regolazione nazionale del mercato dei contratti pubblici. È stato raggiunto il risultato auspicato dal legislatore? Come è possibile verificarlo? Se l'obietti-

vo in questione sia stato raggiunto o meno non è dato saperlo con certezza, almeno per le seguenti ragioni: mancano, in Italia, dei criteri di misurazione in base ai quali si possa determinare l'efficacia o meno della regolazione strategica; l'individuazione delle finalità della legislazione dedicata al mercato dei contratti pubblici è sfuggente e genericista, per ciò è difficile averne esatta percezione; l'estraneità degli obiettivi ad un programma nazionale in cui essi siano descritti comporta che i funzionari pubblici non abbiano una idea precisa di quale direzione la propria azione debba seguire per allinearsi agli obiettivi strategici del Paese; la molteplicità di stazioni appaltanti, la loro autonomia di azione e la responsabilità individuale riducono la possibilità di agire strategicamente; la forte politicizzazione rende il campo dei contratti pubblici un settore oggetto di forte contrasto ideologico, consentendo talvolta alle stazioni appaltanti di resistere alla attuazione della linea politica di governo del Paese.

La riflessione che precede ci induce, dunque, ad approfondire un ulteriore aspetto essenziale alla discussione intorno agli obiettivi di una determinata politica e cioè quello relativo alle modalità e ai criteri di misurazione degli obiettivi.

Affermare l'essenzialità di individuare gli obiettivi secondari non significa molto in termini concreti, finché non si chiarisca che caratteristiche debbano avere tali obiettivi e come possano essere misurati per verificare se siano effettivamente traguardabili. È opportuno, a tale riguardo, richiamare gli studi che si sono dedicati all'argomento.

In particolare, la teorizzazione del *public value*,

che abbiamo presentato nei capitoli precedenti, ha precisato le ragioni e l'utilità di una sistematizzazione concettuale che definisca la missione e i fini del settore pubblico all'interno di una determinata strategia di azione (in generale, non limitandosi all'esame del *public procurement*), rielaborando lo *strategic triangle*¹⁶ proposto dalla *Kennedy School of Government* per adattare le teorie del *management* privato al settore pubblico. Secondo lo *strategic triangle*, la strategia di individuazione di *mission and public goals* deve essere: *substantively valuable*, nel senso che deve produrre valore senza impattare eccessivamente sull'organizzazione e a basso costo; *legitimate and politically sustainable*, deve avere facilità a trovare il consenso politico e della comunità amministrata, e *operationally and administratively feasible*, deve, cioè, essere fattibile con pochi cambiamenti.

Elaborando tali concetti, di immediato interesse per la prospettiva di riforma che stiamo suggerendo, sono state prospettate delle tecniche analitiche di *strategic planning* da applicarsi al settore pubblico, a partire dal presupposto che «*thinking strategically in the public sector requires managers to assign equal importance to substance, politics, and organizational implementation.*»¹⁷.

Sempre nel contesto delle teorie di cui si sta riferendo, gli studiosi hanno messo in evidenza che, nella definizione degli obiettivi, è essenziale individuare *the right level of abstraction*; se si sbaglia nel calibrare il livello di astrazione di un obiettivo, si rischia che esso non venga percepito correttamente, o si crea ambiguità nella fase della *performance*.

Così, alla genericità dell'obiettivo strategico «*protect the environment*», si preferisce il più specifico e concreto «*keep the air and water free from toxic levels of pollution through stringent regulation of polluting industries*»¹⁸.

Ora, se tornassimo a rileggere quelle pagine del capitolo terzo nelle quali abbiamo riportato testualmente le finalità degli obiettivi della regolazione in materia di contratti pubblici per come indicati nella legge delega per l'adozione del nostro codice dei contratti pubblici, ci ricorderemmo che il nostro legislatore è ben lontano dal formulare obiettivi circostanziati, con ben bilanciate dosi di astrattezza, da un lato, e di concretezza, dall'altro.

La nostra legislazione nazionale, là dove prevede un obiettivo, si limita, di solito, ad affermarlo in termini generali, senza averlo preliminarmente calibrato pensando alle modalità e alle tecniche con le quali potrà essere realizzato.

Per la verità, Moore, il più eminente studioso della teoria del *public value*, ha anche fornito una spiegazione alla tendenza della legislazione, evidentemente non solo della nostra, a fornire obiettivi generici, pur essendo ben noto che, in tal modo, si pone in essere un'operazione non efficiente: «*the less political conflict exists concerning an organization's mission, and the more certainty there is about the organization's basic technologies and procedures, the more concrete should be the characterization of the mission; the more political the dissension, and the greater the need for innovation, the more abstract the characterization should be*»¹⁹.

Tale spiegazione sembra particolarmente adatta

per il caso italiano, dove il conflitto politico è, in effetti, spesso la causa di una normativa ambigua e di compromesso.

La previsione del codice dei contratti in tema di valorizzazione degli strumenti digitali nelle procedure di gara, per esempio, che richiede «*la razionalizzazione delle attività di progettazione e delle connesse verifiche attraverso il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici*»²⁰ ha un livello di genericità che dipende probabilmente dal grande bisogno di innovazione in materia e dalla importanza del cambiamento, atteso e necessario, che tuttavia è destabilizzante per le amministrazioni, non ancora pronte ad adottare le misure necessarie per affrontare la sfida che il legislatore pone loro. Ed è per questo che la normativa resta sfuggente, senza essere capace di obbligare ad una *performance* precisa.

Un altro elemento che per la dottrina è necessario al fine di definire una strategia nel settore pubblico concerne il grado di rischio e di esposizione al successo o al fallimento²¹ (rischio politico, amministrativo, organizzativo e sociale). A riguardo, l'obiettivo strategico deve essere sufficientemente sfidante, distribuito su diversi soggetti dell'organizzazione in maniera trasversale, adeguatamente calibrato, tenendo in considerazione anche le caratteristiche specifiche della organizzazione deputata allo scopo: «*if one proposes a strategy that is politically sustainable with a high probability, but operationally feasible with only a low probability, that strategy is riskier than one that is high probably in both dimensions*»²².

Per esempio, ipotizzare come obiettivo quello di

riformare il sistema universitario ispirandosi al merito, alle capacità didattiche, alla internazionalizzazione avrebbe il supporto politico e il consenso dell'elettorato, ma difficilmente potrebbe essere realmente realizzato, senza intervenire sull'organizzazione per mutarne il sistema valoriale.

2. *La seconda direttrice della riforma Governare per contratto: articolare l'esigenza di flessibilità*

La seconda direttrice della riforma del governare per contratto coincide con il riconoscere e rispettare le esigenze di flessibilità dell'azione amministrativa.

Infatti, dall'esame delle caratteristiche del mercato dei contratti pubblici è emersa la necessità di riconoscere uno spazio adeguato alla discrezionalità dell'azione amministrativa per spronare un'azione consapevole, ma anche creativa ed intelligente, dei singoli funzionari pubblici, evitando così che prassi inefficienti o l'abitudine a burocratizzare i procedimenti, oppure il richiamo acritico ad atti del regolatore contagino, trasmettendo inefficienza, burocratizzazione e irragionevolezza, le procedure volte alla selezione del contraente e i contratti che ne derivano.

Affinché le amministrazioni si impegnino a considerare seriamente le speciali esigenze del caso concreto e diano valore alle potenzialità insite nel quadro normativo vigente, interpretando i vincoli che ne derivano in maniera circostanziata e razionale, occorre introdurre nel mercato dei contratti pubblici adeguati elementi di flessibilità, ossia meccanismi che consen-

tano di gestire al meglio la complessità della realtà con cui le stazioni appaltanti hanno a che fare, responsabilizzando gli operatori nella scelta degli strumenti più adatti allo scopo.

È illusorio, del resto, come già si è cercato di dimostrare, ipotizzare che la previsione di regole dall'applicazione generale ed indiscriminata possa fornire la risposta migliore per una indistinta pluralità di situazioni caratterizzate da elementi eterogenei.

Per questo, nell'individuare gli elementi di una potenziale riforma del mercato oggetto della nostra analisi, riteniamo che la flessibilità debba riguardare tutti i livelli di azione: la regolazione, a qualsiasi livello esercitata, l'attività degli organismi di controllo, e l'azione dell'amministrazione, con una valorizzazione della motivazione delle decisioni pubbliche, fattore realmente legittimante per l'esercizio del potere.

Di seguito analizzeremo, in particolare, due metodi per aumentare le flessibilità del sistema. Il primo è ammettere l'eccezione alla regola, senza criminalizzarla, il secondo è introdurre sistemi di *nudging* nel rapporto tra attività dell'Autorità di regolazione del settore e percettori della stessa (cioè tra Autorità Anticorruzione e committenti pubblici).

2.1. La flessibilità nella regolazione: la previsione di norme strategiche di direzione. La regola della deroga

Il primo elemento di flessibilità che suggeriamo di introdurre nel campo dei contratti pubblici riguarda la dinamica che intercorre tra la regolazione del setto-

re, da un lato, e l'azione dell'amministrazione, dall'altro. Di tale dinamica si offrirà, in questo paragrafo, una visione piuttosto in controtendenza rispetto a quella propria dell'Autorità Nazionale Anticorruzione²³, secondo cui occorre limitare, per quanto possibile, le previsioni cosiddette in deroga, cioè le leggi speciali o le decisioni amministrative che diano corso ad eccezioni rispetto a quanto enunciato come regola generale ed astratta in una norma avente forza di legge (nel nostro caso, nel codice dei contratti pubblici) o in atti di regolazione comunque denominati. Anzi, l'intenzione di limitare la corsa alla deroga, nel campo delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, è stata indicata come un principio ispiratore della disciplina introdotta in Italia con il nuovo codice.

La pretesa del legislatore è, in estrema sintesi, quella di dotare il mercato dei contratti pubblici di una disciplina onnicomprensiva, da cui attingere per evitare che le stazioni appaltanti creino procedure *ad hoc*, rischiando così di alterare e corrompere i principi e le norme del settore.

Il presupposto logico su cui l'intera nuova regolamentazione dei contratti pubblici si poggia è dunque che la disciplina generale debba essere applicabile nella totalità dei casi, non ammettendo eccezioni. La logica che soggiace a tale schematismo è subito ricostruita: se si riconosce che la norma regolatoria attua i principi in materia, la previsione generale deve essere applicata in quanto in essa si traduce la condotta legittima e meglio rispondente allo scopo dell'ente pubblico. L'eccezione alla regola, invece, appare come un *minus* di correttezza rispetto all'assetto prescelto dal

legislatore/regolatore per disciplinare quel particolare frammento di azione amministrativa.

La ritrosia verso l'utilizzo di norme o di procedure eccezionali si giustifica anche perché il nuovo codice, nel quale trova un esplicito riconoscimento il principio in base al quale le procedure di gara e l'esecuzione dei contratti devono garantire il rispetto dei tempi e dei costi previsti dall'amministrazione, è stato steso con l'auspicio di introdurre norme efficienti ed appropriate, con l'intenzione di superare l'*impasse* generata da disposizioni incapaci di avere una applicazione concreta efficiente e facilmente portatrici di ambiguità e, di conseguenza, di contenzioso.

Per altro verso, l'intolleranza nei confronti delle deroghe sta alla base della diffusione dei contratti e dei bandi tipo, che il nuovo codice ha inteso asscondere. Nel caso dei bandi tipo redatti dall'Autorità Anticorruzione, è stabilito che essi debbano essere impiegati esattamente per come stesi dal soggetto regolatore – in spregio alla qualifica della regolazione nei termini di regolazione flessibile – e che eventuali deroghe che la stazione appaltante voglia introdurre devono essere espressamente e specificamente motivate nella delibera a contrarre che approva il bando pubblicato²⁴.

Dunque, in linea generale, il mercato dei contratti pubblici è insofferente alle deroghe: l'eccezione alle regole avallate dal legislatore o all'Autorità di regolazione non dovrebbe trovare spazio semplicemente perché, nel sistema così come configurato, non ve ne dovrebbe essere bisogno alcuno.

Ebbene, l'orientamento appena descritto – oltre

ad esprimere una convinzione eccessivamente ottimista circa la capacità del sistema regolatorio di prevedere e regolare ogni vicenda che potrebbe verificarsi nella realtà concreta – comporta delle conseguenze non trascurabili sulla azione delle committenze pubbliche, che si immagina, perlopiù, meramente attuativa del disposto normativo o regolatorio.

Lo schema che il legislatore ha immaginato non considera (o non ammette) la complessità dell'attività sussuntiva che spetta all'interprete (nel nostro caso, al funzionario che debba dare applicazione alle norme del codice e agli atti dell'Autorità Anticorruzione). Si suppone che a fronte dell'esigenza X, nel caso Y, sia matematica l'applicazione della regola Z e che, pertanto, la deroga alle regole generali non serva. Ma, prima ancora, si dà per scontato che il legislatore e il regolatore abbiano messo in atto un modello sempre corretto, completo e non contraddittorio, la cui applicazione è garanzia di legittimità dell'azione amministrativa e tutela i dipendenti pubblici. Bastano alcuni esempi per dimostrare che così non è.

2.1.1. L'illusione di chiarezza, esaustività ed opportunità del sistema regolatorio

Primo esempio, relativo alla non chiarezza di talune disposizioni e, quindi, alla difficoltà di applicare la regola enunciata dalla legislazione vigente, che non sempre, dunque va esente da complicazioni concettuali o pratiche. L'art. 95 comma 14 lettera b) prevede che le stazioni appaltanti che autorizzano o richiedono le varianti «*menzionano nei documenti di gara i*

requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità specifiche per la loro presentazione, in particolare se le varianti possono essere presentate solo ove sia stata presentata anche un'offerta, che è diversa da una variante»; non è chiaro, almeno ad avviso di chi scrive, quale sia la fattispecie alla quale intenda riferirsi l'ultima parte della norma. La scarsa tecnicità e precisione del dettato legislativo, nel caso preso in esame, crea difficoltà alle stazioni appaltanti nella fase di gara; perciò, con l'intento di regolare la presentazione di varianti nel corso della procedura di evidenza pubblica e uniformare la condotta delle amministrazioni aggiudicatrici, si è invece finito per introdurre una disposizione poco comprensibile.

Secondo esempio, inerente alla non esaustività del vigente quadro normativo. Una fondazione teatrale pubblica, tenuta all'applicazione del codice dei contratti, non ha al proprio interno una figura dotata delle caratteristiche che la legge e le linee guida dell'Autorità Anticorruzione richiedono per svolgere la funzione di responsabile del procedimento. Il codice, però, prevede che il responsabile del procedimento sia un soggetto interno alla stazione appaltante. Non è disciplinata, invece, l'ipotesi in cui un organo pubblico, nella specie, una fondazione a partecipazione pubblica debba nominare il proprio responsabile del procedimento in assenza di un organico qualificato, e non è chiarito se e come la funzione possa essere affidata all'esterno. Certo si potrebbero ipotizzare delle soluzioni compatibili con il codice, ma sarebbe comunque un'interpretazione analogica e soggettiva, perché il caso non è direttamente considerato né risolto dalla normativa vigente.

Terzo esempio, relativo ad un uso penalizzante di una regola generalizzata. Il Comune di X ha investito per anni nella formazione del proprio personale, ed è riuscito a dotarsi di modelli di gara particolarmente chiari, mai annullati in sede giurisdizionale, capaci di raccogliere una partecipazione numerosa da parte degli operatori economici alle procedure selettive indette, oltre che in grado di facilitare l'attività degli uffici amministrativi e della commissione di gara, grazie alla semplicità della loro formulazione e alla esemplificazione dei processi in cui si deve articolare la selezione. L'uso del bando tipo standardizzato dall'Autorità Anticorruzione, ove previsto come obbligatorio, costringerebbe il Comune di X ad abbandonare il proprio standard oppure a motivare, nella delibera a contrarre, per ogni singola gara, le ragioni del discostamento dal modello predisposto dal legislatore. Sarebbe probabilmente più efficiente, per il Comune di X, poter confrontare il proprio bando con un disciplinare tipo redatto dall'Autorità, estrapolando da quest'ultimo quelle regole di gara che appaiano migliorative delle clausole del proprio, senza essere obbligato ad applicarlo in toto.

Quarto esempio, dal quale si capisce che il sistema attuale ha delle falle, che potrebbero compromettere il grado di tutela degli operatori del settore o esporre a responsabilità i dipendenti pubblici per fatti a loro non imputabili.

Si è detto che le amministrazioni sono tenute ad attenersi alle indicazioni contenute nei bandi tipo redatti dall'Autorità Anticorruzione e preliminarmente oggetto di consultazione pubblica, il che però non

rende (o almeno non dovrebbe rendere) i bandi pubblicati conformemente ai bandi tipo immuni dal sindacato giurisdizionale. Pensiamo allora all'ipotesi di un bando indetto dal Comune A conformemente al bando tipo B che venga impugnato, con un ricorso, respinto in primo grado ma accolto in appello, a distanza di qualche anno dalla conclusione della procedura, per un motivo inerente ad una clausola contenuta nel bando tipo. Chi dovrebbe risarcire i danni subiti per perdita di *chance* dall'impresa ricorrente? Il Comune A non avrebbe colpa, perché si sarebbe limitato a dare applicazione al bando tipo, quindi sarebbe facile la difesa basata sulla totale assenza dell'elemento soggettivo. Potrebbe il ricorrente agire per il risarcimento nei confronti dell'Autorità Anticorruzione, che ha redatto il bando tipo, o dovrebbe rassegnarsi a non poter ottenere da alcuno il risarcimento dei danni subiti? O si finirà per sottrarre, nella sostanza, i bandi tipo al sindacato del giudice amministrativo?

Come sappiamo, la discrezionalità dell'amministrazione è accompagnata dalla responsabilità di quest'ultima per le scelte effettuate nel perseguimento dell'interesse pubblico, anche durante una procedura di gara. Ora, se tale discrezionalità viene sottratta alle amministrazioni, dove finisce la responsabilità amministrativa?

Sulla base degli esempi che precedono è facile ora sintetizzare la linea direttrice che proponiamo di assecondare. La riforma che suggeriamo, se si condivide l'idea che le procedure di evidenza pubblica ed i contratti che ne seguono siano uno strumento importante per governare creando valore pubblico, richiede

di ribaltare l'impostazione finora rappresentata: non solo si deve combattere l'eccessiva uniformazione di regole e processi – che crea confusione, complicazione, conflitto – ma occorre anche invertire il rapporto tra regola ed eccezione. L'eccezione deve poter essere la regola: la singola amministrazione deve poter eccellere nell'essere protagonista di scenari intelligenti, creativi, ideati con riferimento alle peculiarità del caso concreto da funzionari pubblici brillanti, concentrati nel tentativo di cercare soluzioni e percorsi a cui altri non abbiano pensato per raccogliere il meglio dal mercato; solo così occuparsi di gare diventerebbe interessante per i migliori, che abbiano la volontà di incidere con il proprio lavoro, sul bene comune. Viceversa, finché si dà per scontato – tanto da porlo come presupposto per la normativa in materia – che, da un lato, il luogo del giusto e della correttezza, sia quello della regolazione generale – e, dall'altro, che il luogo della inefficienza, delle cattive abitudini, della patologia sia quello delle sperimentazioni delle stazioni appaltanti, non si vede come ci si possa stupire del fatto che gli enti pubblici siano popolati da persone con poche prospettive professionali, con attitudine a burocratizzare e con scarsa propensione ad assumersi rischi a proprio carico.

2.2. La regolazione flessibile affidata all'Autorità Anticorruzione e il nudging

L'attuale quadro normativo dà spazio all'esigenza di flessibilità, laddove si occupa di definire i compiti dell'Autorità Anticorruzione²⁵. Nel nuovo codice dei

contratti pubblici, all'art. 213, comma 2, è attribuito all'Autorità Anticorruzione il potere di adottare linee guida, bandi tipo, contratti tipo e «*altri strumenti di regolazione flessibile comunque denominati*». La regolazione flessibile fa dell'Autorità Anticorruzione la protagonista di un nuovo ciclo regolatorio²⁶, caratterizzato (o, che dovrebbe caratterizzarsi, stando al concetto di regolazione flessibile, evidentemente differente dalla regolazione imperativa articolata in comandi e divieti²⁷) in negativo, dalla tendenza a non introdurre precetti rigidi ed assoluti e, in positivo, dall'essere ampiamente dialogico, ossia permeabile alle esigenze dei soggetti regolati. Questi ultimi, infatti, vengono consultati, in via preventiva, al fine di precisare e rendere più efficienti le azioni promosse ed adottate nel contesto della *strategic regulation*²⁸ del mercato dei contratti pubblici.

Nell'adempiere alla propria missione, l'Autorità Anticorruzione agisce con atti diversi, per *nomen iuris*, contenuto ed effetti, ascritti dalla dottrina italiana alla amplissima categoria della *soft regulation*²⁹ e, come abbiamo cercato di mostrare in altra sede³⁰, utilizza delle metodologie che appaiono ispirate, sebbene con alcune importanti differenze che verranno evidenziate nel prosieguo, alle teorie del paternalismo libertario o *nudge*³¹⁻³².

Ebbene, nel contesto dei nuovi poteri regolatori di recente delegati all'Autorità Anticorruzione, trattando, ora, della linea direttrice della riforma che vorremmo vedere attuata che segue la flessibilità della regolazione nel mercato dei contratti pubblici, è utile soffermarsi sulla teorizzazione che, più di tutte, rac-

coglie l'esigenza in questione con risultati particolarmente interessanti in termini di spontaneo e virtuoso adeguamento dei percettori della regolazione ai suggerimenti del regolatore.

Abbiamo già avuto occasione di rilevare che, a nostro avviso, l'approccio alla regolazione proposto da Thaler e Sunstein, ideatori del *nudge*, offre un interessante parametro di confronto e riflessione, se rapportato al nuovo archetipo di regolazione flessibile promosso dal citato art. 213 del codice dei contratti pubblici.

La teorizzazione degli studiosi statunitensi, difatti, dimostra che esistono tecniche regolatorie, basate sull'analisi delle condotte dei percettori della regolazione, che risultano efficaci per il fatto di indurre certi comportamenti, invece che imporli con la forza della coercizione diretta³³.

In generale, il *nudge* è inteso come un modello di regolazione particolarmente feconda quanto agli effetti, perché permette a chi esercita il potere regolatorio di indurre, con una certa facilità, determinati comportamenti senza utilizzare, necessariamente, la forza impositiva della coercizione diretta³⁴, che seguirebbe lo schema classico dei comandi inderogabili: voglio X → comando X.

Il *nudge* si articola, principalmente, secondo le due possibili sequenze che seguono: *i) end paternalism*: voglio X → studio i comportamenti dei destinatari delle regole → introduco la regola Y (per esempio, stabilisco una cosiddetta *default rule* in base alla quale tutti i cittadini sono donatori di organi, salvo che esprimano una volontà diversa) → induco il compor-

tamento X (la maggior parte delle persone accetterà di essere donatore di organi, preferendo la *default rule* alla modifica dello *status quo*); oppure, *ii) means paternalism*: voglio X → studio i comportamenti dei destinatari delle regole → suggerisco X, con motivazioni convincenti e persuasive per il destinatario della regolazione → induco X per effetto del *nudging* (c.d. *educative nudging*).

Entrambe le forme di *nudge* dinnanzi ricordate si basano sulla chiarezza del messaggio, sulla semplificazione, sulla dimostrazione di vantaggi e svantaggi, sulla individuazione di benefici, etc..

Più specificamente, secondo la teorizzazione del *nudging*, un «*architetto delle scelte*» – cioè il soggetto dotato del potere di regolare una determinata materia – che voglia massimizzare il raggiungimento degli scopi che si prefigge (per esempio, aumentare la trasparenza e la chiarezza della motivazione dei provvedimenti amministrativi) è incaricato di utilizzare una diversa serie di accorgimenti per favorire il traguardo atteso, applicando le tecniche di persuasione messe a punto dagli studi di scienza comportamentale³⁵ condotti con riferimento ai destinatari di una certa regolazione.

Lo studio dei comportamenti sociali da parte del regolatore, allo scopo di prevedere la risposta dei prelettori, aumenta lo sforzo razionale sotteso alle scelte regolatorie. Affinché una condotta, pur senza essere imposta, sia generalizzata, con la finalità di renderla l'opzione preferita dal regolatore e preferibile dalla comunità, oppure sia solamente suggerita, in ragione della sua vantaggiosità, le decisioni regolatorie devono

necessariamente essere il frutto di meditate valutazioni e di complesse istruttorie, i cui risultati migliorano l'efficacia della regolazione.

Nel sistema statunitense, l'impiego del *nudging* ha già prodotto risultati interessanti in termini di miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività degli organismi pubblici. L'amministrazione Obama, sollecitando le *agencies* ad utilizzare le tecniche del *nudging*, ha avviato progetti che hanno prodotto cambiamenti positivi, in termini di benefici complessivi per la comunità, nei settori della promozione delle politiche di accantonamento delle retribuzioni ai fini pensionistici, dei supporti economici e finanziari ai soggetti in difficoltà (per esempio, in materia di buoni pasto per le scuole o di micro prestiti alle imprese agricole), nel facilitare le condizioni di accesso al credito studentesco e il pagamento del debito contratto, nelle politiche della riduzione delle emissioni di agenti inquinanti, nella riforma della giustizia penale con riferimento alla reintegrazione sociale di coloro che abbiano scontato una pena detentiva, nell'assistenza per trovare un impiego, nella raccolta e diffusione di informazioni sulle professionalità più richieste nel mondo del lavoro, nella promozione di logiche assicurative che favoriscano l'accessibilità delle cure mediche, nell'attivazione di corsi e nella sperimentazione di tecniche per rafforzare la managerialità pubblica³⁶.

Entrambi i percorsi del *nudging* (*end paternalism* o *means paternalism*) appaiono, a livello teorico, modalità regolatorie particolarmente adatte a costruire un rapporto di fiducia e di proficua interazione tra regolatore e soggetti regolati, quando i destinatari

della regolazione siano soggetti pubblici, perché consentono la permanenza del potere decisionale (discrezionale) in capo alle amministrazioni agenti. Nel caso del paternalismo dei fini, stabilendo una regola di massima che può essere derogata, la discrezionalità amministrativa può esprimersi nel motivare una decisione difforme da quella standardizzata; in quello dei mezzi, i suggerimenti del regolatore vengono valutati nell'esercizio del potere discrezionale e, dunque, essi sono o meno seguiti a seconda della loro capacità di convincere l'ente percettore.

Dunque, come si anticipava, la *flessibilità* della regolazione affidata all'Autorità Anticorruzione evoca una idea simile. Essa è orientata ad un risultato specifico, indicato nel comma 2 dell'art. 213 del codice, ossia garantire la promozione dell'efficienza e della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, facilitando lo scambio di informazioni, l'omogeneità dei procedimenti amministrativi e lo sviluppo delle migliori pratiche. Per fare ciò, la regolazione delegata all'Autorità, per volontà del legislatore, si svincola dalla tradizionale «*rigidità*» delle discipline astratte ed imperative, rinchiusa nelle tipiche fonti normative di rango primario. L'azione affidata all'Autorità appare, al contempo, *paternalistica*, in quanto diretta a raggiungere le finalità enunciate nella legge delegante, e *libertaria*, perché adattabile ed elastica, rispondendo, in tal modo, alle mutevoli esigenze del settore.

Tuttavia, l'esame degli atti di regolazione dimostra, da un lato, che l'Autorità Anticorruzione esercita un potere particolarmente invasivo nella sfera della discrezionalità amministrativa, rispetto al quale

spesso è difficile rintracciare canoni di flessibilità e, dall'altro, che le amministrazioni stesse, oppresse dal timore dell'errore, tendono a trattare gli atti di regolazione dell'Autorità al pari degli atti normativi tradizionali, fornendo di essi una applicazione meccanica, che spesso non considera adeguatamente il contesto generale entro al quale l'Autorità agisce.

L'esigenza di chiarezza è, per il momento, uno dei traguardi raggiunti dalla regolazione flessibile (forse il più significativo, a confronto con il metodo tradizionale), impegnata nell'obiettivo di facilitare la comprensione del testo e delle valutazioni che sono sottese agli interventi regolatori, ma l'Autorità resta ancora incagliata alla logica tradizionale: come il regolamento attuativo del D.lgs n. 163 del 2006 conteneva le regole di procedura a cui le amministrazioni dovevano attenersi per rispettare la disciplina dei contratti pubblici così, ora, le linee guida, in tema di affidamento dei contratti di servizi di architettura e ingegneria, di offerta economicamente più vantaggiosa, sul responsabile unico del procedimento, sui contratti di importo inferiore alla soglia, sulla scelta dei commissari di gara, sulle società *in house*, etc., sono costruite nella medesima maniera.

A nostro avviso, una evoluzione positiva del sistema di regolazione del mercato dei contratti pubblici e, in particolare, della regolazione affidata all'Autorità Nazionale Anticorruzione si avrebbe, però, nel momento in cui l'Autorità cogliesse per intero l'opportunità di utilizzare le tecniche del *nudging* o dell'*empowerment* cognitivo, perché in quel caso, le amministrazioni, nell'esercizio della discrezionalità

di cui sono dotate, ottempererebbero nella direzione auspicata dal regolatore, non in quanto tenute a farlo, ma perché convinte dalla evidenza razionale delle ricostruzioni fornite negli atti della regolazione flessibile. Naturalmente, affinché ciò possa accadere, occorre che i comportamenti e, più in generale, le reazioni dei soggetti pubblici alla regolazione vengano fatti oggetto di specifici studi.

2.2.1. *Nudging pubblico versus pubblico come strumento per una reale flessibilità nel campo della regolazione dei contratti pubblici*

Promuovere la qualità e l'efficienza delle stazioni appaltanti, come richiesto all'Autorità Anticorruzione dalla legge che le affida il potere di regolazione flessibile, richiederebbe, in via preliminare, uno studio empirico basato sui comportamenti delle amministrazioni e sulle logiche che li supportano (come insegnano le teorie del *nudging*) e, solo successivamente, l'elaborazione di una strategia regolatoria volta a far sì che le stazioni appaltanti si prendano cura di motivare congruamente e specificamente ogni determinazione, senza limitarsi, in maniera acritica, ad aderire a regole di carattere generale.

Sotto tale profilo, l'attuale metodo di regolazione del mercato dei contratti pubblici merita un ripensamento. Esso, come si diceva, finisce con l'aumentare l'invasione del legislatore nella sfera delle decisioni amministrative, con l'effetto, inevitabile sia pure (probabilmente) non voluto, di deresponsabilizzare i pubblici ufficiali nella ricerca della soluzione più

adatta per il caso concreto singolarmente considerato, concentrandone l'energia principalmente sul rispetto delle procedure e non sulla buona riuscita dell'operazione di cui una certa azione è preludio e strumento, dato che la normativa e la regolazione flessibile sono concentrate a disciplinare minuziosamente i mezzi ma non i fini. Si rischia, così, di precipitare nella dinamica, che, a nostro avviso, ha causato le maggiori inefficienze nel settore dei contratti pubblici fino ad oggi; ossia l'oscuramento della sostanza, immolata, quest'ultima, sull'altare di formalità di cui, talvolta, sfugge il significato.

È utile allora prevedere dei meccanismi in base ai quali l'Autorità sia costretta ad abbandonare le logiche antiche, approfondendo le reazioni delle stazioni appaltanti ai precetti regolatori, e a basare la propria regolazione sulle tecniche di *nudging* pubblico (dell'Autorità) *versus* pubblico (verso soggetti pubblici), innescando un percorso virtuoso di spontaneo adeguamento dei soggetti regolati agli obiettivi del legislatore delegante e del regolatore ed avvicinandosi, effettivamente ed in maniera più decisa, al modello regolatorio più adatto e che si è già rivelato, altrove, particolarmente più efficace.

In attesa della auspicata riconfigurazione dei presupposti, logici e metodologici, alla base della regolazione del mercato dei contratti pubblici, suggeriamo alcune delle tecniche che sarebbero già in grado di migliorare la capacità della regolazione di promuovere qualità ed efficienza dell'attività delle stazioni appaltanti.

2.2.2. *Gratificazione versus stigmatizzazione*

La prima tecnica che appare efficace esaminando il rapporto tra la comunicazione di un messaggio, la sua ricezione da parte del destinatario e la messa in opera del contenuto trasmesso, consiste nel sistema retroazionale dei *feedback*³⁷.

La teoria dei *feedback*³⁸ si è rivelata spesso utile per ottimizzare le *performance* di un gruppo (nel nostro caso, il gruppo sarebbe costituito dalle stazioni appaltanti) e raggiungere determinati scopi³⁹.

In via di prima approssimazione, attraverso la tecnica dei *feedback* vengono rinforzati i comportamenti positivi⁴⁰, incoraggiandone la reiterazione, e corretti quelli negativi.

Perché un *feedback* sia efficace deve descrivere un comportamento, analizzarlo e metterlo in relazione con gli obiettivi raggiunti; il *feedback* deve essere specifico e illustrare sia i punti positivi dell'operato di un certo soggetto sia quelli che possono essere ancora migliorati; deve essere appropriato e tener conto sia delle necessità di chi fornisce il *feedback* (nel nostro caso il regolatore) sia di chi lo riceve (il soggetto regolato) e, infine, deve dare indicazioni che possono essere utilizzate in modo che il destinatario possa mettere in pratica i suggerimenti ricevuti, giovandosi dell'analisi della sua condotta.

Il processo che impiega i *feedback*, se applicato alla regolazione, non sempre dà esiti positivi. Proviamo dunque ad ipotizzare che cosa succederebbe se applicassimo il meccanismo accennato al settore di nostro diretto interesse, come arma del *nudging* pubblico *versus* pubblico.

La stigmatizzazione di un comportamento negativo ad opera dell'Autorità Anticorruzione, preso ad esempio come condotta che esprima un disvalore, con conseguenti interessamenti dei mezzi di comunicazione di massa che, per ragioni politiche spesso frammitte alle decisioni amministrative, potrebbero diffondere notizie approssimative a scopo scandalistico, comporterebbe facilmente ripercussioni non volute. Il responsabile della condotta che, per ipotesi, venga stigmatizzata dall'Autorità o da altri soggetti, sarebbe certamente colpito da una sensazione di umiliazione e di frustrazione, anche ove egli abbia tentato di fornire, in buona fede, una interpretazione corretta del frammentato quadro normativo applicabile, fronteggiando i contrasti giurisprudenziali e le complessità che ancora oggi caratterizzano il mercato dei contratti pubblici; negli altri percettori della reprimenda si accenderebbe, invece, un segnale di potenziale pericolo, che renderebbe più problematica l'assunzione di responsabilità, rischiando di inibire l'esercizio di valutazioni discrezionali adeguatamente circostanziate ai diversi casi concreti che le amministrazioni debbano affrontare: se l'applicazione della regola generale, anche ove poco adatta alle esigenze peculiari del caso concreto, pone al riparo da critiche, responsabilità e contestazioni pubbliche, la scelta meno coraggiosa ma più probabile per un pubblico funzionario sarà quella di attestarsi sul livello minore del rischio per la propria posizione personale⁴¹.

Nel nostro ambito di interesse, un sistema basato sulla stigmatizzazione potrebbe facilmente attivare un circuito negativo: per evitare di cadere in errore ed

essere poi oggetto di critiche da parte della comunità, il percettore del messaggio sarebbe mosso principalmente dal timore di sbagliare e dall'intenzione di mantenere intatta la propria reputazione, e non, invece, come dovrebbe essere, dall'interesse a raggiungere al meglio gli obiettivi di efficienza e di qualità, che richiederebbero inevitabilmente l'attenta considerazione delle circostanze del caso concreto e la ricerca di soluzioni anche innovative o fuori dal coro.

Immaginiamo ora che cosa potrebbe succedere se il regolatore, nell'ambito della regolazione flessibile, trovasse spazi per enfatizzare e diffondere, per altro verso, le azioni di quelle stazioni appaltanti che abbiano agito suscitando l'approvazione dell'Autorità Anticorruzione. Il motivo della gratificazione non dovrebbe essere la corrispondenza di una certa condotta con la legge, perché ciò è un dovere inderogabile delle stazioni appaltanti, ma potrebbe essere un esercizio intelligente del potere discrezionale, per esempio, nella identificazione e nella descrizione dei criteri di aggiudicazione di una certa procedura di gara. Nel contesto di una strategia volta ad ottenere il massimo possibile in termini di miglioramento complessivo del sistema dalla regolazione, la gratificazione potrebbe avere un effetto incoraggiante, riconoscendo espressamente come positive quelle azioni amministrative che abbiano introdotto soluzioni innovative e parimenti rispettose dei principi del settore. Questo modo di procedere si presterebbe, nel nostro campo, a favorire azioni pubbliche che si facciano promotrici di ricerca e innovazione (oltre alla puntuale e precisa applicazione delle regole del mercato), per ottenere approvazione e il riconoscimento pubblico⁴².

Se si condividesse la nostra interpretazione, ove, dopo averne verificato in concreto l'utilità in relazione al *target* rappresentato dai soggetti destinatari della regolazione (i.e. le stazioni appaltanti), la teoria del *feedback* – declinata per le ragioni che abbiamo appena illustrato applicando prevalentemente il linguaggio dell'ottimismo e, dunque, concentrandosi sui *feedback* che riscontrino comportamenti positivi e virtuosi – fosse messa in atto dall'Autorità Anticorruzione, le amministrazioni⁴³ potrebbero giovare di una regolazione concreta, dialogica e calata sulle esigenze reali dei singoli casi concreti. In tale percorso, anche le linee guida potrebbero presentarsi come lo strumento nel quale raccogliere esempi positivi da mettere in comune, per incoraggiare azioni corrette e innovative, e correggere, evitando reprimende che generino paralisi sul sistema, pratiche ritenute non opportune o non coerenti con le finalità a cui la regolazione tende. In questa maniera, parallelamente, il regolatore, enfatizzando la bontà di una determinata azione rispetto ad un'altra, guiderebbe l'esercizio della discrezionalità amministrativa verso i principi che ritenga, strategicamente, di promuovere. L'esempio virtuoso, descritto nei suoi elementi principali, diverrebbe un importante riferimento di confronto per i pubblici ufficiali che si trovino a trattare problematiche simili, ispirati dall'azione amministrativa approvata dall'autorità di regolazione del settore.

Tra l'altro, una tale logica parrebbe spinta dalla *ratio* sottesa ai recenti interventi legislativi volti ad introdurre un sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, basato sulla capacità degli enti aggiudica-

tori in relazione a programmazione e progettazione, affidamento e verifica dell'esecuzione del contratto e della procedura di gara: l'art. 38 del codice introduce dei «requisiti premiali»⁴⁴ nel procedimento di qualificazione delle stazioni appaltanti, con riferimento all'attuazione di misure di prevenzione dei rischi di corruzione e promozione della legalità, a sistemi e procedure di gara certificati o alle disponibilità di tecnologie telematiche nella gestione delle gare (per esempio utilizzo di sistemi di modellazione digitale), al livello di soccombenza nel contenzioso e all'applicazione dei criteri di sostenibilità ambientale e sociale nell'attività di progettazione e nell'affidamento di contratti pubblici.

Dunque, l'utilizzo del metodo del *feedback* da parte dell'Autorità sarebbe una tecnica innovativa ma inserita nel solco di un sentiero già, in parte, tracciato.

2.2.3. *La dimostrazione sintetica dei pro e dei contro*

Si è detto che la tecnica del *nudging*, alla luce di una determinata visione strategica, considera efficiente che le regole sollecitino, in maniera più o meno diretta e più o meno forte, una certa azione che però non viene imposta ai soggetti regolati.

Abbiamo poi verificato che l'Autorità Anticorruzione, per il momento, non sembra mettere in pratica fino in fondo la teoria del *nudging*, limitandosi ad abbandonare la forma, ma non la sostanza, del tradizionale archetipo regolatorio basato sui comandi e sui divieti.

In ogni caso, anche restando incagliata nella logi-

ca consueta dell'introdurre doveri e inibire certi comportamenti, l'Autorità per definire quale sia l'opzione che ritiene migliore, tra le diverse compatibili con il dato di legge svolge, preliminarmente, una propria istruttoria, nell'ambito di un procedimento di consultazione che, pure nel caso di adozione delle linee guida, permette a tutti i soggetti interessati (oltre che ad organi dotati di funzioni consultive⁴⁵) di entrare in dialogo con il regolatore.

L'oggetto della consultazione, però, è, ancora una volta formale, nel senso che vengono pubblicati i testi degli atti in corso di approvazione, ma l'Autorità non indugia, per il momento, in indagini di tipo cognitivo sul comportamento delle stazioni appaltanti per suffragare, poi, l'impiego di determinate scelte regolatorie. Si tratta, cioè, di una istruttoria che non riguarda la strategia della regolazione, ma i contenuti dettagliati delle prescrizioni che vengono introdotte con le linee guida.

Dunque, le tecniche cui si è fatto riferimento potrebbero arricchire l'attività di analisi preliminare della regolazione.

Da subito, nel percorso di avvicinamento all'implementazione delle tecniche di *nudging* nel rapporto tra Autorità Anticorruzione e (soggetti pubblici) destinatari della regolazione, si potrebbe aumentare il livello di trasparenza delle valutazioni svolte nell'esame dei dati del settore, nella prefigurazione degli effetti di una certa condotta sul mercato di riferimento, e così via. Più le informazioni acquisite ed elaborate vengono rese note, eventualmente in forma sintetica e tabellare negli atti di regolazione, maggiormente i

percettori della regolazione sono in condizione di apprendere l'esame del rapporto causa-effetto che giustifica le puntuali regole introdotte. Il che ne faciliterebbe l'accettabilità e la condivisione da parte dei protagonisti del settore. Così sarebbe indotta anche la comprensione del motivo di atti di regolazione che aumentino gli adempimenti e i vincoli previsti dalla legge in capo alle stazioni appaltanti, come è accaduto, per esempio, per le linee guida sugli affidamenti sotto soglia.

In tale prospettiva, offre spunti interessanti per la regolazione dell'Autorità Anticorruzione la tecnica dell'enunciazione dei pro e dei contro, tramite la quale si visualizzano immediatamente le conseguenze, positive e negative, di certe determinazioni, offrendo alle pubbliche amministrazioni una prospettiva più completa degli effetti delle proprie azioni. Essa potrebbe essere utilmente impiegata sia per argomentare l'opzione suggerita dall'Autorità nel suo atto di regolazione, sia per illustrare il contesto sul quale l'atto di regolazione andrà a produrre i suoi effetti.

Per esempio, una regolazione attenta a promuovere forme di pubblicità anche oltre quanto imposto per legge apparirebbe tanto più razionale quanto più si evidenziassero, da un lato, gli elementi negativi di un sistema di difficile accesso alle informazioni per gli interessati e, dall'altro, gli aspetti virtuosi della circolazione delle stesse.

Non va trascurato, del resto, che non sempre e non tutte le amministrazioni sono in grado di rappresentare gli scenari di efficientamento di certe decisioni regolatorie né, parimenti, le implicazioni distorsive o

semplicemente negative di proprie «abitudini». Perciò è essenziale che la regolazione, come hanno suggerito gli studi sull'*empowerment* cognitivo, si occupi di essere correttamente e dettagliatamente intesa.

La rappresentazione dei pro e dei contro sarebbe utile, infine, anche al regolatore, in quanto obbligherebbe l'Autorità a ricondurre ogni propria determinazione al contesto di riferimento e al quadro sistematico complessivo. Difficilmente, se questa pratica si affermasse, avremmo suggerimenti del regolatore che generano appesantimenti ingiustificati della macchina amministrativa o indicazioni regolatorie che producano un blocco sull'azione delle stazioni appaltanti. Bisogna a riguardo tener presente che, tra l'altro, i pro e i contro facilmente emergono già *in nuce* nella fase di consultazione delle linee guida, nella quale gli operatori del settore sono chiamati, nell'ambito della propria responsabilità, a interloquire mettendo in evidenza incoerenze, prospettive di miglioramento o errori della strategia contenuta negli atti posti di prossima adozione.

2.2.4. Lo spostamento del baricentro per un modello efficiente di regolazione flessibile: dai comandi agli obiettivi

È indubbio che il nuovo quadro regolatorio attribuisca all'Autorità Anticorruzione un ruolo decisivo nella strategia di raggiungimento delle finalità che il legislatore ha inteso promuovere, ossia il miglioramento dell'efficienza e della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti nel settore dei contratti pubblici.

L'Autorità, però, pur nell'esercizio di quella che la legge (che ha delegato il potere di regolazione al nuovo organismo) ha definito come regolazione flessibile, non ha ancora abbandonato la logica tradizionale di imporre obblighi e divieti ai destinatari della regolazione e, dunque, non può dirsi compiuto il processo di maturazione degli strumenti di regolazione verso i più sofisticati ed efficienti metodi sperimentati in altri campi e in altri Paesi. Del resto, attualmente, lo studio sull'applicazione di tecniche di *nudging* tra amministrazioni è solo agli inizi.

La regolazione rigida, dettagliata e formalista, basata sull'indicazione puntuale di precetti che disciplinano nel dettaglio ogni passaggio della fase di gara e dell'esecuzione dei contratti pubblici, induce negli enti aggiudicatori la tendenza a considerare essenziale il rispetto di precetti formali, essendo l'adempimento a questi ultimi la modalità con cui garantirsi l'approvazione del regolatore.

Il rischio dell'impostazione attuale è, in altri termini, di innescare un circuito vizioso nel quale i pubblici ufficiali ottemperino, passivamente, alle prescrizioni dettate nelle linee guida dell'Autorità, rinunciando a valutarne gli effetti riguardo alle specificità dei casi concreti. Una applicazione formalista dei parametri della regolazione, nel mercato dei contratti pubblici – che si presenta come altamente complesso e diversificato, ma, al medesimo tempo, connotato da esigenze di flessibilità derivanti dalle molteplici situazioni cui occorre fare fronte per organizzare gli approvvigionamenti delle amministrazioni e le attività di interesse pubblico – potrebbe

comportare una negativa astrazione delle determinazioni amministrative dall'ambito nel quale gli effetti di queste ultime ricadono.

In altri termini, ove le decisioni amministrative, non basate su precedenti avallati dall'Autorità o volte a favorire ricostruzioni innovative a partire dai dati di legge, fossero censurate dall'Autorità, nell'attività di vigilanza, o utilizzate come esempi negativi in quella di regolazione, è presumibile che i funzionari pubblici, se non altro per evitare di incappare nelle responsabilità conseguenti, adotterebbero decisioni ripetitive di prassi consolidate o orientate alla acritica applicazione della legge e degli atti di regolazione, anche a fronte di esiti non soddisfacenti in termini di sostanziale perseguimento dell'interesse pubblico⁴⁶.

Per esempio, ove si affermasse la regola secondo la quale il rimborso delle spese di vitto durante le sedute di gara può avvenire solo in presenza dello scontrino fiscale di un ristorante, un'interpretazione letterale del personale amministrativo, che escludesse di rimborsare il pasto consumato al bar o l'acquisto di un panino in un panificio, indurrebbe i commissari di gara a recarsi al ristorante e non al bar o da un panificio per acquistare il pranzo; il che sarebbe, evidentemente, una miope e parziale applicazione dell'obiettivo implicito di tutela sostanziale del denaro pubblico, pur essendo formalmente coerente con la «regola».

Tuttavia, la regolazione flessibile, se correttamente ricondotta alle esperienze di successo ispirate allo studio delle scienze comportamentali e cognitive, e genuinamente applicata dal regolatore nel rispetto della sua essenza, è adatta ad innescare valutazioni soggettive,

di carattere sostanziale, tarate sulle specificità del singolo caso, ispirate al bisogno di soddisfare gli interessi della comunità piuttosto che considerare sufficiente il rispetto formale dei precetti. Non che il rispetto dei precetti non sia necessario – perché, infatti, lo è –, ma perché, nel campo di azione della regolazione flessibile, le prescrizioni del regolatore dovrebbero facilitare, per l'amministrazione agente, il raggiungimento degli obiettivi specifici che l'ente si prefigge di realizzare.

Una regolazione orientata ad affermare principi e obiettivi, che utilizzi le scienze cognitive e si avvantaggi dello studio dei comportamenti delle amministrazioni, in un contesto in cui la discrezionalità amministrativa trovi un maggiore sfogo, avrebbe, come effetto, quello di innescare una più precisa attenzione alle finalità della contrattualistica pubblica, introducendo un livello superiore di consapevolezza e, di conseguenza, responsabilizzando diversamente le committenze pubbliche, non soltanto al rispetto delle regole (che dovrebbe darsi per scontato), ma anche al raggiungimento delle strategie complessive della regolazione.

Il passaggio dall'utilizzo dei tradizionali formanti normativi alla regolazione flessibile, ispirata a indurre un'azione amministrativa sempre più efficiente, grazie anche allo studio delle scienze comportamentali e cognitive, richiede, però, di innescare nuovi meccanismi, creando nuove abitudini, che, una volta interiorizzate, saranno capaci di aprire un rinnovato ciclo di azione pubblica nel settore di nostro interesse.

Ove si affermassero l'ipotizzato mutamento di indirizzo e l'auspicata e connessa flessibilità, il mer-

cato dei contratti pubblici potrebbe essere realmente un ambito di promozione della crescita del Paese, di sperimentazione della protezione dei diritti umani, di promozione delle sensibilità più avanzate in termini di sviluppo sostenibile⁴⁷.

3. *Terza direttrice della riforma Governare per contratto: l'ingegnerizzazione dei processi e dei contratti*

La terza direttrice della riforma del governare per contratto riguarda gli strumenti che riteniamo indispensabili per creare valore attraverso le procedure di evidenza pubblica e i contratti che ne derivano. Si tratta, da un lato, delle strutture e dei modelli digitali e, dall'altro, degli accordi collaborativi.

Guardando al nostro ordinamento, la riforma dell'amministrazione digitale e la necessità di utilizzare metodi e strumenti digitali, enunciate anche nel campo dei contratti pubblici, appaiono una scelta simbolo della modernizzazione degli enti pubblici, almeno quanto alle tecniche di azione.

Per eliminare, o quanto meno ridurre, l'inefficienza di cui si è detto, la necessità di incoraggiare l'innovazione e l'investimento nelle attività basate sulle nuove tecnologie e sui metodi digitali, sulla conoscenza, sulla raccolta dei dati e delle informazioni, oltre a far uscire l'amministrazione da un pericoloso isolamento rispetto al linguaggio più evoluto del contesto economico e sociale che la circonda, è utile perché renderebbe più completo il *fenomeno conoscitivo pubblico*⁴⁸; una maggiore e più precisa raccolta

delle informazioni, assieme ad una esatta percezione ed elaborazione delle stesse, migliorerebbe l'efficacia e la razionalità (in termini di coerenza tra dati appresi e decisioni amministrative conseguenti) della risposta amministrativa ai bisogni della collettività, superando una carenza che spesso è causa di debolezze, anche nelle relazioni di carattere contrattuale.

Si comincia ad avere la consapevolezza che, nel mercato dei contratti pubblici, fin dalla fase di gara, la modellazione digitale permette alle committenze pubbliche di rappresentare con maggiore precisione il contesto circostante e le condizioni entro le quali viene richiesto di realizzare un'opera, di svolgere un servizio o una fornitura. Inoltre, le difficoltà che si lamentano nella fase di esecuzione dei contratti pubblici di lavori sono certamente affrontate con maggior controllo dei tempi e dei costi della commessa ove l'amministrazione impieghi metodologie e strumenti digitali, che permettono di tenere sotto controllo i vari momenti di esecuzione delle *performances* dell'appaltatore.

Per altro verso, anche la regolazione affidata all'Autorità Nazionale Anticorruzione sarebbe più efficace ove venissero acquisiti in via diretta, preliminarmente alle determinazioni regolatorie, dati e informazioni, precisi e circostanziati, sui comportamenti dei destinatari della regolazione⁴⁹, come avviene altrove, specialmente negli Stati Uniti, dove, come si ricordava nei paragrafi precedenti, si dà corso da anni a forme di regolazione basate sulle analisi comportamentali con il supporto delle scienze cognitive, tramite il *nudging* o la *cognitive regulation*.

È fin troppo ovvio precisare che la strutturazione e la modellazione delle informazioni migliorerebbero l'organizzazione pubblica nel suo insieme e renderebbero, per esempio, più accessibili ai cittadini i dati di pubblico dominio e quelli personali, alleggerendo procedure e richieste di vario genere.

Gli strumenti digitali pervadono perfino la contrattualistica. In particolare, è interessante, pur se ancora solo abbozzato per quanto riguarda i contratti pubblici, il dibattito che si usa ricondurre agli *smart contracts*, ossia a quei contratti che si basano sulla tecnologia della *blockchain* e sono cioè impostati su una catena di blocchi, che contengono e immagazzinano dati, la cui memoria rimane per sempre tracciata nella storia della *blockchain*. Tali dati vengono tra loro sovrapposti, creando così un libro mastro di quanto accade con riferimento ad un certo rapporto giuridico, e traducono in azioni automatiche, affidate alle tecnologie digitali, le azioni relative all'esecuzione del contratto. Gli *smart contracts* affidano l'attuazione della relazione tra le parti a meccanismi preimpostati di reazioni che scattano al verificarsi di determinati eventi (per esempio, un pagamento) o che conducono all'immissione (nella catena di blocchi dello *smart contract*) di determinate informazioni. Lo *smart contract* si basa, cioè, sulla possibilità di settare delle regole che determinino il risultato X al verificarsi del fatto Y, evitando errori o imprecisioni umane (che potrebbero invece verificarsi nella fase di impostazione dei sistemi che rendono il contratto *smart*). Il tema è, per il momento, studiato prevalentemente in chiave tecnica e matematica, ma richiede inevitabilmente di

essere approfondito osservando le cose dall'angolazione del giurista. Non deve infatti sfuggire che i contratti, specialmente se si tratta di accordi multilaterali complessi, non sono composti solo da diritti e obblighi che possono essere estrapolati in maniera diretta ed automatica dall'accordo – sottoscritto per esempio in occasione dell'aggiudicazione di una gara pubblica – e, poi, tradotti automaticamente in codici digitali. Talvolta, appunto, i contratti, invece che riconoscere diritti, attribuiscono facoltà, situazioni soggettive condizionate; in tali casi, il fatto Y non sempre comporta il risultato X, essendo necessario vagliare le intenzioni, soggettive, del titolare del potere o della facoltà. In altri termini, non ogni previsione contrattuale è trasformabile in una sequenza certa di azione e reazione. Pertanto, l'operazione di deduzione di matrici numeriche e la scrittura digitale di processi, capaci di funzionare in maniera autonoma dall'azione umana, rendendo automatici, per esempio, sistemi di *alert* e determinando, meccanicamente, operazioni derivanti da obblighi assunti tra le parti della relazione contrattuale (come gli obblighi di rispettare certi tempi, sanzionati con varie penalizzazioni) richiede un esame giuridico particolarmente critico. Ciò premesso, data la rilevanza della conservazione delle informazioni nel mondo dei contratti pubblici e, specialmente, in quello delle costruzioni, e considerati i vantaggi che deriverebbero dalla riduzione degli errori umani (con conseguente riduzione della possibilità di modificare, maliziosamente, l'esecuzione del contratto a proprio vantaggio) e la necessità di velocizzare e controllare azioni, questa tipologia contrattuale ap-

pare decisamente appetibile per il settore che stiamo considerando.

Più in generale, la riforma che si vorrebbe vedere attuata all'interno del mercato dei contratti pubblici, come si anticipava nei capitoli precedenti, dovrebbe interessarsi non solo della fase di selezione dei concorrenti, ma anche di quella dell'esecuzione degli impegni affidati al contraente. Il clima che caratterizza il momento esecutivo dei contratti pubblici, infatti, è spesso quello del conflitto e dell'antitesi tra parti che si considerano irrimediabilmente rivali. A nostro avviso, alla conflittualità andrebbe opposta la logica dell'alleanza tra i diversi soggetti tutti coinvolti per il raggiungimento del medesimo scopo (cioè il corretto adempimento del compito affidato all'operatore economico). Nell'ambito di una disciplina della collaborazione, l'operatore economico potrebbe perfino essere premiato nel caso raggiunga risultati migliori di quelli attesi. Per questo, un elemento centrale della nostra proposta di riforma del settore, che completa la necessità di acquisire dati e condividere metodi di valutazione delle informazioni, è rappresentato dai cosiddetti accordi collaborativi.

La crisi dell'economia in Europa, la complicazione delle regole nazionali, un sistema che non evolve in quanto troppo ancorato agli strumenti tradizionali e l'alto livello dei contenziosi sono tutti elementi che rendono necessario un intervento vigoroso, veloce ed innovativo, che guardi ad un maggior controllo dei costi, ad una ottimizzazione dei processi e dei flussi informativi, al rispetto dei tempi e all'efficientamento della produzione, ad una sana concorrenza tra le

imprese che premi le migliori. In un tale contesto, la diffusione di modelli di accordi collaborativi, e il loro impiego nella nostra quotidianità, potrebbero essere la risposta concreta ad un bisogno reale e oramai irrinunciabile, dichiarato il quale anche le imprese sarebbero chiamate ad una scelta: o abbandonare il campo oppure accettare di perdere il vantaggio derivante dalle asimmetrie informative, a danno del committente pubblico, delle quali, sino ad oggi, si avvantaggiano nella dinamica conflittuale e anti collaborativa.

3.1. *L'utilizzo dei metodi e degli strumenti digitali: il Building information modelling*

Il nuovo codice ha affidato un ruolo significativo all'utilizzo di strumenti e metodologie digitali, con l'obiettivo di razionalizzare, nel campo dei lavori pubblici, le attività di progettazione e migliorare il controllo sui tempi e sui costi di esecuzione. Il legislatore ha richiamato espressamente il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici digitali, quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture, facendo implicito riferimento al *Building information modelling*⁵⁰, il cosiddetto BIM. La finalità dell'utilizzo del BIM nel mercato dei contratti pubblici è ottenere una progettazione integrata, completamente digitale, che consenta la creazione di un *database* completo oltre alla modellazione almeno tridimensionale degli oggetti progettati.

Nel campo dei contratti pubblici, il linguaggio e la struttura della modellazione digitale consentono, quindi, di eliminare le approssimazioni e i problemi interpretativi che spesso affliggono i progetti redatti

secondo le tecniche tradizionali e di ridurre, per conseguenza, gli errori di progettazione e le lacune che possono generare, in fase esecutiva, potenziali conflitti e richieste di maggiori oneri e tempi⁵¹.

Anche senza entrare nelle complesse spiegazioni inerenti alle scienze tecniche che supportano lo sviluppo del *Building information modelling* è subito evidente l'interazione eccezionalmente positiva tra questo metodo e i principi che il mercato dei contratti pubblici si propone di attuare, come la trasparenza dell'azione pubblica, il contenimento e il controllo della spesa pubblica.

È inevitabile perciò che il BIM sia un elemento chiave della riforma che stiamo proponendo, in quanto esso permette sia di tendere a quell'obiettivo che riteniamo fondamentale, ossia creare valore attraverso i contratti – nel senso, anzitutto, che risparmio di tempi e controllo dei costi sono certamente un valore in sé – sia di rendere il mercato dei contratti pubblici un luogo in cui attrarre gli operatori più qualificati, che abbiano dimestichezza con tali metodi, sperimentare le migliori tecniche e guidare il progresso economico ed industriale del Paese, nella cultura della conoscenza e del progresso sostenibile.

Viste le sinergie positive tra modello BIM e principi base dell'evidenza pubblica, dovrebbe essere fisiologico, per ciascuna procedura di evidenza pubblica, richiedere che il progetto sia sviluppato in BIM oppure porre il progetto a base di gara elaborato come modello BIM ove il committente pubblico intenda affidare al mercato la sola esecuzione di un appalto pubblico già progettato.

In verità, non è ancora vigente, in Italia, un obbligo di tal fatta, tuttavia, grazie alle previsioni contenute nel nuovo codice dei contratti pubblici, il cammino verso forme moderne ed efficienti di progettazione e di controllo sugli appalti pubblici di lavori, appare lentamente avviato. Lentamente perché il Decreto Ministeriale incaricato di stabilire i tempi e i modi tramite i quali il *Building information modelling* avrebbe dovuto divenire obbligatorio in Italia ha previsto un'introduzione graduale dell'obbligatorietà del BIM per la progettazione destinata ad edifici pubblici, per soglie di importi, a partire da quelle di maggiore entità: salvo modifiche al regime introdotto con il Decreto Ministeriale 1 dicembre 2017, n. 560, il BIM sarà dunque reso obbligatorio dal 2019 per lavori complessi relativi a opere di importo a base di gara pari o superiore a 100 milioni di euro e solo per il 2025 si ipotizza la copertura di tutti i progetti commissionati da amministrazioni aggiudicatrici.

Le scadenze indicate dimostrano che l'obbligatorietà del BIM nel settore pubblico avverrà in modo molto graduale e con tempistiche più lente rispetto a quanto accaduto in altri Paesi europei. Del resto, i dati resi disponibili dalla Commissione europea dimostrano che l'Italia è un Paese in cui, in generale, l'utilizzo degli strumenti informativi e persino di internet nei rapporti ordinari tra cittadino e pubblica amministrazione ha una applicazione molto ridotta⁵².

È plausibile che il ritardo con cui, sia pure nel settore pubblico, si è deciso di effettuare il passaggio da strumenti di progettazione tradizionale a processi di modellazione digitale derivi dal timore di ridurre

eccessivamente la concorrenza tra gli operatori del settore. E, dunque, è il frutto di quella tendenza, che abbiamo indicato come nociva nei capitoli precedenti, a mantenere la concorrenza allineata agli operatori meno attrezzati e non lasciando che nel mercato dei contratti pubblici la competizione avvenga esclusivamente tra i migliori.

In altri termini, in Italia, a fronte di un mercato della progettazione molto frastagliato, parecchio disomogeneo e non particolarmente qualificato, vince, per il momento, il timore di renderne eccessivamente difficoltoso l'accesso, con la conseguenza, purtroppo, che si finisce per proteggere interessi di categorie professionali che talvolta non riescono a stare al passo con i tempi. Torniamo ad avere una comprova di quanto abbiamo già messo in evidenza in precedenza, ossia che, anche da questo punto di vista, ove la concorrenza sia percepita come valore in sé, a prescindere da un esame delle conseguenze più o meno virtuose del suo impiego, essa viene utilizzata per livellare artificialmente il mercato dei contratti pubblici agli operatori meno qualificati e diventa così un freno, e non uno sprono, alla capacità del sistema di creare valore. Rieccoci, allora, di fronte ad un facile appiattimento verso il basso, anziché ad una strategia che obblighi chi non è adeguato a divelarlo, oppure ad uscire dal mercato.

Ciò premesso, in linea generale, nella prospettiva della riforma del mercato dei contratti pubblici che stiamo delineando, la digitalizzazione dell'amministrazione e pure l'impiego di strumenti e metodi digitali non possono essere considerati come valori in sé.

Nel governare per contratto, occorre differenziare con attenzione i mezzi dai fini. I primi, tra cui il *Building information modelling*, sono al servizio dei secondi. Il mercato dei contratti pubblici è un ambiente artificiale in cui nulla dovrebbe accadere se non all'interno di un quadro regolatorio o strategico volto ad ottenere il meglio dall'impiego delle risorse pubbliche, nell'interesse della comunità amministrata in termini di valore pubblico aggiunto. Perciò, è essenziale non alterare la gerarchia tra mezzi e fini, ed evitare che l'entusiasmo per lo sviluppo di innovazioni tecnologiche di vario genere possa prevalere sulle ragioni del loro impiego.

In quest'ottica, va tenuto presente che il *Building information modelling* è in grado di migliorare il controllo sui tempi e sui costi di un appalto pubblico solo se il committente pubblico è attrezzato per comprenderlo e utilizzarlo a proprio vantaggio. L'auspicio è che si attivi, spontaneamente, un circuito virtuoso tra impiego di tecnologie digitali, incremento delle qualità professionali all'interno delle committenze pubbliche, alta formazione e sperimentazioni all'avanguardia delle migliori prassi internazionali.

Inoltre, l'impiego del BIM nelle gare pubbliche comporta che vengano affrontate alcune criticità preliminarmente alla scrittura delle regole di gara.

Le problematiche connesse all'utilizzo del BIM nelle gare pubbliche sono legate, prima di tutto, alla predisposizione della documentazione di gara, alla definizione dei requisiti che comprovino la capacità dei concorrenti di utilizzare lo strumento, alla regolamentazione dei diritti di proprietà del modello, alla imputabilità degli errori che dovessero derivare dalla

progettazione che, a quel punto, diventa fortemente integrata, alla definizione di competenze, responsabilità e ruoli delle parti, pubbliche e private.

Inoltre, la capacità degli operatori economici di sviluppare e gestire una progettazione in BIM potrebbe anche essere oggetto di valutazione dell'offerta tecnica nell'ambito delle procedure di selezione del contraente. In questo caso, sarebbe essenziale dare indicazioni corrette ed esaustive ai concorrenti circa la modellazione BIM attesa, in maniera da rendere le offerte tecniche effettivamente confrontabili.

Per il momento, i primi impieghi del BIM nelle gare pubbliche, hanno creato qualche difficoltà specialmente alle stazioni appaltanti, che si sono espresse ai primi contenziosi in argomento⁵³.

La giurisprudenza ha già avuto occasione di chiarire, coerentemente con la letteratura tecnica in argomento, che non esiste un formato BIM e che si tratta, invece, di un metodo di lavoro e di una rappresentazione digitale: in particolare si è scritto che «*Il BIM non è né una cosa né un tipo di software ma un'attività umana che coinvolge, in ultima analisi, ampie modifiche dei processi nel settore delle costruzioni*»⁵⁴ e che la finalità del BIM è introdurre «*un processo più efficiente di pianificazione, progettazione, costruzione, gestione e manutenzione [utilizzando] un modello standardizzato di informazioni in formato digitale per ogni edificio, nuovo o esistente, contenente tutte le informazioni create o raccolte su tale edificio in un formato utilizzabile da tutti i soggetti interessati nell'intero ciclo di vita*».

Oltre al decreto ministeriale che indica i termini di obbligarietà per l'impiego del BIM nelle gare pub-

bliche, sarebbe utile agevolare l'attività delle stazioni appaltanti, oltre che attraverso iniziative di formazione *ad hoc*, anche con una regolamentazione apposita, che, per esempio, definisca i requisiti richiesti per la partecipazione alle gare, specificando i titoli che il concorrente debba esibire, precisando i documenti che l'amministrazione deve predisporre quando intenda richiedere ai concorrenti di sviluppare un modello BIM in gara, elencando dei criteri che l'amministrazione possa seguire per valutare il progetto elaborato in BIM, descrivendo come il modello debba essere redatto, e così via. Questa idea è condivisa, tra l'altro, dai colleghi francesi, i quali sostengono che l'elaborazione di un protocollo BIM sia indispensabile per assicurare l'efficienza della collaborazione tra gli operatori coinvolti nel processo. Il protocollo BIM serve a definire le regole del gioco attraverso disposizioni generali, chiare e precise che riguardino la ripartizione dei compiti al fine di assicurare l'identificazione delle responsabilità dei diversi soggetti coinvolti: chi fa cosa, quando e come, chi ha accesso a cosa, quando e come. In questo modo sarà possibile gestire al meglio le problematiche che potrebbero insorgere dall'utilizzo della modellazione digitale⁵⁵.

Il rischio che il mercato dei contratti pubblici corre, se l'utilizzo di metodi e strumenti digitali non viene accompagnato da una regolazione di ampio respiro (non solo tecnica) o da una strategia che affronti anche i più critici e complessi aspetti giuridici, è che lo strumento prevalga sull'obiettivo, con un effetto simile a quello della prevalenza dei *constraints* sui *goals*, dando spazio a strumenti che, non compresi e mal

gestiti, finirebbero per tradursi in un inutile aggravio di costi per il soggetto pubblico e in un ingiustificato arricchimento per alcuni soggetti privati.

Esaminati i risultati positivi rispetto a quelli attesi in termini di controllo di costi e tempi dei contratti, l'esperienza ci spinge ad investire energie e denaro pubblico affinché gli strumenti di cui si è fatta menzione in questo paragrafo assumano un ruolo primario e, dunque, affinché, a ritroso e per prima cosa, le committenze vengano messe nelle condizioni di operare con consapevolezza e perizia attraverso metodi digitali anche nel mondo dei contratti pubblici.

3.2. L'importanza del contratto e la logica dell'alleanza. La via degli accordi collaborativi e il Framework Alliance Contract – FAC-1

Gli accordi collaborativi, in aggiunta ai tradizionali e tipici contratti pubblici, potrebbero essere un valido deterrente alle battaglie che caratterizzano la fase esecutiva e ai contenziosi che rallentano, ostacolano o rendono impossibile il perseguimento degli obiettivi principali che l'indizione della procedura di evidenza pubblica si era proposta.

Per ora manca in Italia, in generale, e nel mercato dei contratti pubblici in particolare, la pratica degli accordi collaborativi, cosiddetta *alliancing*. Si tratta di accordi con pluralità di parti volti a introdurre regole per migliorare l'interazione tra uno o più committenti e l'intera filiera dei soggetti coinvolti, a vario titolo e con diverse competenze, nel raggiungimento di un certo risultato o nel successo o meno di una iniziativa

complessa. Gli accordi collaborativi non si sostituiscono agli archetipi contrattuali (tipici o atipici) che legano gli operatori economici alle committenze disciplinando le prestazioni principali affidate alle imprese (per esempio la costruzione di un edificio, lo sviluppo di un progetto, la fornitura di arredi, la manutenzione del verde o altro), ma li completano occupandosi di regolamentare, in maniera proficua per tutti i componenti dell'alleanza, le loro reciproche interazioni. Tramite questi accordi vengono introdotti dei meccanismi che incentivano la collaborazione, rendendola fonte di guadagno per tutti coloro che vi partecipano.

Il fenomeno in questione è guardato con attenzione e ormai ampiamente utilizzato specialmente dagli studiosi e dai giuristi anglosassoni che, per primi, hanno infatti lanciato esperimenti di *collaborative contracting*, elaborando, da ultimo, uno schema tipo (applicabile, in quanto modello di contratto, ad una serie indefinita di situazioni) denominato *Framework Alliance Contract*, FAC-1⁵⁶, già tradotto in italiano, tedesco, bulgaro e brasiliano. La realtà britannica dimostra che l'utilizzo di accordi collaborativi contribuisce in modo significativo al successo di una iniziativa che vede coinvolti diversi attori, efficientando tempi e costi preventivati, grazie anche alle premialità disciplinate nell'accordo di collaborazione.

Un interessante esempio di *alliancing*, promosso dal Ministero della Giustizia britannico, ha riguardato la costruzione di una nuova ala della prigione di *Cookham Wood*, dedicata ad ospitare detenuti minorenni. In tale caso, combinando il BIM con il cosiddetto PPC2000 – *Project Partnering Contract*, ossia il

primo modello di accordo collaborativo, antesignano del FAC-1, e coinvolgendo, a partire dalla fase iniziale del progetto, tutti coloro che avrebbero avuto un ruolo nella realizzazione dell'opera, rendendoli componenti di un medesimo accordo, si è ottenuto un risparmio complessivo del 20% sui costi preventivati e una riduzione dei tempi di costruzione da 50 a 44 settimane (con conseguenti risparmi). Inoltre, è stato stimato un ulteriore risparmio dell'1,5% come effetto dell'attività denominata *Main Contractor Interserve*, tramite la quale sono stati esaminati tutti i rischi potenziali di subappaltati e forniture, prevenendo criticità che avrebbero potuto insorgere in fase esecutiva⁵⁷.

Il più recente modello contrattuale collaborativo tipo, come si è detto, è rappresentato attualmente dal *Framework Alliance Contract*, che, a soli due anni dalla sua pubblicazione, nel 2016, è stato utilizzato, nel Regno Unito, in molti progetti pubblici e privati⁵⁸. Per esempio, in ambito pubblico, il Distretto di *Epping Forest* nella Contea di *Essex*⁵⁹ ha deciso di adottare il FAC-1 per creare un contesto di collaborazione tra gli operatori coinvolti in un progetto per la costruzione di nuove case popolari, per un valore complessivo di 25 milioni di sterline.

Anche in Italia, in una gara indetta dall'Unione dei Comuni Adda Martesana per la realizzazione di una nuova scuola pubblica nel comune di Liscate, nell'aprile 2018, si è assistito al primo impiego del *Framework Alliance Contract*, allegato alla documentazione della procedura di selezione del contraente. I risultati che si otterranno grazie all'adozione dell'accordo collaborativo potranno dunque essere stimati nei prossimi anni.

Tuttavia, nel nostro Paese, approcciandoci agli accordi collaborativi, scontiamo due criticità: tranne che in pochi settori⁶⁰, vi è una sottovalutazione della spesso buona pratica di standardizzare i contratti, ma, prima ancora, vi è una sottovalutazione, specialmente da parte della categoria degli operatori economici, della utilità del contratto, inteso come strumento capace di facilitare una relazione di carattere economico e commerciale.

Incide, inoltre, sulla scarsa diffusione degli accordi collaborativi il fatto che né il codice civile né il codice dei contratti pubblici li individuino come contratti tipici e, nel campo dei contratti pubblici, viene sottovalutata la capacità giuridica e di agire degli enti pubblici, che, a nostro avviso, non può che avere portata generale⁶¹.

Il timore degli operatori economici è che la modellazione di nuovi archetipi contrattuali, disancorati da quelli che trovano la propria origine e la propria fonte di disciplina nella tradizione, possa comportare criticità relativamente alla disciplina generale applicabile e ai principi utilizzabili in caso di dubbi interpretativi, che aumenti il livello di complessità nell'approccio legale alla disciplina del rapporto, che servano nuove competenze per affrontare un livello di sofisticazione, in fondo, non così necessario e, infine, che sia più opportuno che le amministrazioni si attengano agli strumenti messi a disposizione dal codice dei contratti.

Tali preoccupazioni si rileverebbero infondate se solo si approfondisse la tematica e si avesse la percezione dei vantaggi che la disciplina della collaborazione apporta all'economia di ogni iniziativa che preveda

l'interazione tra più soggetti e, in generale, all'economia di un Paese, ove lo schema della collaborazione venga reso parte inevitabile del sistema giuridico.

Tra l'altro, la scarsa abitudine ad impiegare modelli di contratto – come è, per esempio, il FAC-1 – e la poca propensione ad intendere l'accordo come luogo di alleanza (invece che di antitesi) si combina con una contrattazione che, anche nel mondo dei contratti pubblici, è: *frammentata*, cioè suddivisa in tanti contratti quante sono le professionalità coinvolte in un determinato progetto; *statica*, ossia concentrata sul singolo rapporto negoziale, senza coglierne le interazioni con il mondo, giuridico e fattuale, circostante; *occasionale e non qualificata*, nel senso che il contenuto del contratto e delle sue clausole spesso è frutto di una sensazione di convenienza del contraente che è in grado di imporre il contenuto, che è, nel contesto di una procedura di evidenza pubblica, l'amministrazione aggiudicatrice.

Nelle gare indette da committenti pubblici, proprio per il ruolo dominante che la stazione appaltante esercita nel declinare le regole della gara e nel definire i documenti contrattuali, il contratto perde, di fatto, di centralità, non essendo oggetto di negoziazione tra le parti, ma venendo imposto ai concorrenti, per accettazione forzata. Tuttavia, accade spesso che clausole capestro per i privati, concepite per fornire all'amministrazione una posizione negoziale particolarmente forte, abbiano effetti negativi sul sistema complessivamente considerato. Per esempio, una previsione che, a prescindere dalla imputabilità delle cause, faccia ricadere tutti gli oneri economici di una

certa commessa sull'appaltatore, ammesso che sia valida, potrebbe rivelarsi fatale per la buona esecuzione del contratto: essa potrebbe obbligare il privato ad eseguire il contratto in condizioni di squilibrio economico e costituire un vincolo formale difficilmente superabile per l'amministrazione che volesse dare corso ad un'interpretazione non strettamente letterale e basata sulla buona fede nell'esecuzione degli impegni contrattualmente assunti.

Per la verità, un passo avanti nella promozione della logica dell'alleanza in contrapposizione alla logica italiana della conflittualità tipica delle relazioni giuridiche multi-contratti e multi-parti, è stato avviato dall'Università degli Studi di Milano e dal Centro per il diritto e *management* delle costruzioni – costituito nel luglio 2017 assieme al Politecnico di Milano e all'Università degli Studi di Brescia –, che ha ottenuto una licenza per l'adattamento al contesto giuridico italiano del *Framework Alliance Contract*, cioè del modello di contratto collaborativo redatto nel Regno Unito, di cui si è detto⁶².

L'introduzione di *collaborative behaviours* permetterebbe di affrontare, tra l'altro, la questione della responsabilità condivisa tra committente pubblico ed operatori economici privati, e tra operatori economici privati gli uni verso gli altri. Ciò appare utile anche alla luce degli orientamenti giurisprudenziali che affermano la responsabilità solidale. In particolare, la giurisprudenza nazionale, nel decidere su azioni risarcitorie promosse a fronte di errori o cattive esecuzioni, individua tra progettista, direttore dei lavori e appaltatore *una sostanziale unitarietà del rapporto*

con la committenza, riconoscendo dunque l'alleanza in termini sostanziali anche a fronte di contratti separati⁶³. Allora, se l'orientamento giurisprudenziale prevalente ritiene sussistente una forma di solidarietà tra tutti i professionisti coinvolti in un certo progetto, per il solo fatto di essere parte, sia pure con contratti diversi, di un *team* di lavoro⁶⁴, è opportuno che, proprio per evitare di essere intrappolati negli effetti negativi derivanti dalla cattiva azione o dalla omissione di un altro, l'azione di quell'altro e la propria vengano circoscritte, disciplinate e coordinate, nell'obiettivo comune di ridurre rischi, di performare correttamente e di evitare errori che incidano negativamente sulla sfera giuridica di ciascuno.

Nel mercato dei contratti pubblici, potrebbe agevolare la riforma che stiamo prospettando e, nello specifico, l'utilizzo degli accordi collaborativi, il ruolo che il nuovo codice ha affidato all'Autorità Anticorruzione che include l'elaborazione di contatti tipo.

Considerando che le esigenze più sentite dal regolatore sono la tutela della legalità nei rapporti con la stazione appaltante, il controllo sulla spesa pubblica, la riduzione di imprevisti e l'eliminazione di varianti ed *extra* costi nella fase di esecuzione del contratto, la promozione dell'*alliancing* darebbe una forte spinta verso gli obiettivi voluti.

Infatti, inserire tutti i soggetti coinvolti, a vario titolo, in un contratto pubblico all'interno di un unico quadro contrattuale, che non venga a sostituirsi ai contratti d'opera o di servizio che ciascun professionista sottoscriva, ma che racchiuda, in un'unica rete, fatta di obiettivi, finalità e tempistiche, il lavoro di

ciascuno dovrebbe facilmente portare benefici, sia in termini di trasparenza sia in termini di controllo da parte dell'ente pubblico, più facilmente regista di una iniziativa in cui tutti i protagonisti siano legati non solo con l'amministrazione, ma anche tra di loro.

Peraltro, nel campo dei contratti pubblici di costruzione, un settore in cui l'ingegnerizzazione di contratti sarebbe particolarmente utile è quello delle concessioni di lavori. Con riferimento ai contratti di concessione, infatti, qualificati dal legislatore nazionale come contratti di partenariato, si chiede alle amministrazioni di regolare l'assetto del rischio operativo che deve ricadere sull'operatore economico privato.

Tuttavia, la problematica di più difficile gestione, specialmente per progetti particolarmente complessi, è quella inerente alle modalità di interazione tra ente pubblico (responsabile della definizione, dell'identificazione e del perseguimento dell'interesse pubblico), operatore economico (soggetto operativo in relazione ad un certo progetto di *partnership* e assuntore dei rischi principali della commessa), enti gestori di interessenze, autorità incaricate di autorizzazioni o pareri e utenti finali. Se almeno alcuni tra gli elencati protagonisti delle vicende coinvolte nel rapporto concessorio fossero parti del medesimo accordo collaborativo, imprevisti e conflitti verrebbero probabilmente a diminuire.

Infine, gli accordi collaborativi sono uno schema contrattuale inevitabile a fronte dell'impiego del *Building information modelling*. Infatti, a lato dei singoli contratti di progettazione o di servizi, regolare la collaborazione permetterebbe lo sviluppo di sinergie

fra diversi componenti del *team* di progettazione, la messa in relazione delle diverse fasi di realizzazione di un'opera, la regolamentazione delle aree di responsabilità e di rischio di ciascuno, la disciplina della proprietà intellettuale, etc..

Avendo avuto l'ardire di ipotizzare delle linee di riforma del mercato dei contratti pubblici, abbiamo anche ipotizzato un nuovo modo di concepire il contratto, certi che, per ottenere una riduzione dei costi e dei contenziosi, oltre che semplificazioni esecutive, una architettura contrattuale molto sofisticata, differente da quella tradizionale, possa disciplinare in maniera intelligente e con adeguato supporto informativo il rapporto con l'amministrazione. In tal modo, le amministrazioni potrebbero, in senso letterale, Governare per contratto.

¹ Per un'analisi degli obiettivi delle direttive europee in materia di appalti pubblici si veda, in chiave critica, S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. I, Londra, 2014, III ed. Il volume è interessante anche perché evidenzia la differenza di approccio del Regno Unito alle regole del *public procurement* rispetto agli altri Paesi europei. In particolare, il sistema anglosassone valorizza l'esperienza privata, sia favorendo forme flessibili di negoziazione, sia utilizzando meccanismi in uso nell'esperienza dei grandi contratti privati come modelli di confronto esportabili anche nel settore pubblico. La raccolta di *best practice*, una normativa statale stringata e l'adozione di *vademecum* e codici di condotta redatti da autorità governative, assieme a percorsi professionalizzanti particolarmente qualificati per i dipendenti pubblici, fanno del Regno Unito un esempio di modernità.

² Considerando 2 della direttiva 24/2014/UE per i settori ordinati e considerando 4 delle direttive 23 e 25 per le concessioni e per i settori speciali.

³ Cfr. considerando 89 e ss. e art. 67 della direttiva 24/2014/UE.

⁴ Cfr. art. 56 comma 2 della direttiva 24/2014/UE.

⁵ Considerando 42 della direttiva 24/2014/UE: «è indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d'appalto che prevede la negoziazione. È probabile che un più ampio ricorso a tali procedure incrementi anche gli scambi transfrontalieri, in quanto la valutazione ha dimostrato che gli appalti aggiudicati con procedura negoziata con previa pubblicazione hanno una percentuale di successo particolarmente elevata di offerte transfrontaliere.»

⁶ Dall'analisi dei bandi di gara pubblicati tra il 1 gennaio 2016 e il 25 aprile 2018 sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea si è evinto che solo 59 procedure di dialogo competitivo sono state indette da stazioni appaltanti italiane. I dati sono consultabili in:

<http://ted.europa.eu/TED/search/searchResult.do?sort=COUNTRY&page=87&dir=asc>.

⁷ G. SPAGNOLO, *Public Procurement as a Policy Tool*, in *The Different Costs of Different Goals of Public Procurement*, cit., p. 28.

⁸ Nel mercato dei contratti pubblici, si nota che anche il diritto europeo è ormai coinvolto dalla tendenza alla complessità, nella illusione che una regolazione dettagliata sia meglio di una regolazione per obiettivi. Basti pensare alla introduzione, nel 2014, della direttiva concessioni a fianco alla direttiva appalti. S. ARROWSMITH, *Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform*, in *The Different Costs of Different Goals of Public Procurement*, cit., ha esaminato in chiave critica le vigenti direttive definendole un mostro di *Frankenstein* e invocando maggiore flessibilità «provides more flexibility for Member States to pursue value for money objectives in the best way suited to their own situation», p. 98. E in aggiunta alla flessibilità, la studiosa ha suggerito un maggiore grado di semplificazione: «such simplification will reduce the costs of operating the rules and the costs of litigation, and allow procuring entities to devote energy and resources on obtaining value for money rather than to formal legal compliance. Simplification will arise, first, from the fact that the rules of the Utilities are less complex and detailed than those of the Public Sector Directive», p. 104.

⁹ S. ARROWSMITH, *Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform*, cit., p. 47 ss. ha indentificato otto obiettivi dei sistemi di *public procurement*: 1. efficienza nell'acquisto di beni, lavori o servizi; 2. integrità, ovvero assenza di corruzione e conflitti di interesse; 3. responsabilità; 4. *par condicio*; 5. equo trattamento; 6. implementazione efficiente di politiche industriali, sociali ed ambientali; 7. apertura dei mercati pubblici al commercio internazionale; 8. semplificazione delle procedure, senza sprechi di risorse, rallentamenti o costi aggiuntivi per gli operatori economici. In generale, sull'argomento, è possibile consultare anche gli scritti di S. ARROWSMITH, J. LINARELLI, D. WALLACE, *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, op. cit.; P. TREPTE, *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford, 2004; S.

KELMAN, *Procurement and Public Management: The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance*, op. cit.; O. DEKEL, *The Legal Theory of Competitive Bidding for Government Contracts*, in *Public Contract Law Journal*, Vol. 37, n. 2, 2008, pp. 237-268.

¹⁰ Cfr., in particolare, comma 5 dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016 secondo cui deve essere escluso il concorrente qualora la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione. Si vedano anche le Linee guida n. 6 di ANAC e le seguenti pronunce: TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 17 ottobre 2017, n. 1246; TAR Campania, sez. IV, 5 gennaio 2018, n. 99; e sul punto anche AGCM, 13 febbraio 2018, parere n. AS1474.

¹¹ S. ARROWSMITH, *Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform*, cit., p. 57, illustra come le politiche in materia di appalti che promuovono obiettivi di governo – tra cui, per esempio, l'equo trattamento dei lavoratori, impedendo alle aziende che non rispettano *standard* specifici di aggiudicarsi contratti pubblici – possono essere intese come *secondary' policies* (common terminology in the EU, for example), *collateral policies* (US terminology), *socio-economic policies*, o *horizontal policies*. In argomento, S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK, *Social and environmental policies in EC procurement law: new directives and new directions*, Cambridge, 2009, pp. 12-15.

¹² Sviluppata un confronto tra autonomia privata e discrezionalità dell'amministrazione, negando la possibilità di un'analogia, M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, op. cit., pp. 47-48

e ID., Atto amministrativo (voce), in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 157 ss.: «la prima essendo una posizione necessaria del soggetto di un ordinamento generale che si estrinseca non solo nella libertà della scelta dei fini, ma in un potere autoresponsabile di regolazione di interessi(...); la seconda essendo invece un mero potere di valutazione comparativa (...) e quindi un accadimento puntuale, circoscritto, normativamente preregolato e nella sola norma regolativa esaurito». Senza escludere direttamente l'autonomia privata, afferma che «la stessa configurazione del potere decisionale esercitato dalle amministrazioni pubbliche come discrezionalità, anch'essa nozione successivamente spogliata dal connotato di libertà che inizialmente la caratterizzava, è divenuta manifestazione del principio di legalità poiché ha contraddistinto la necessità di assoggettare le scelte amministrative a norme e principi comportamentali di correttezza rendendole verificabili e sanzionabili – a differenza di quanto di norma avviene per gli atti privatistici – attraverso un vizio, l'eccesso di potere, e allo sviluppo di una corrispondente tecnica di sindacato, che si appunta sulla relazione tra attività amministrativa e fini istituzionali, di cui presuppone la predeterminazione e dunque la verificabilità sulla base di criteri oggettivi e di regole procedimentali», P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione*, Padova, 2005, pp. 23-24.

¹³ Cfr. C. BOVIS, *The Law of EU Public Procurement*, Oxford, 2015, *passim*.

¹⁴ Cfr. art. 95 comma 13 del D.Lgs. n. 50/2016.

¹⁵ Quest'ultima precisazione è rilevante, perché proprio l'esempio citato nel testo, della valorizzazione, per via di una norma introdotta dal legislatore nazionale, dei beni o prodotti da filiera corta o a chilometro zero, si presta ad essere contestata sotto il profilo della sua compatibilità comunitaria (e sotto quello di una eventuale sua disapplicazione da parte dei pubblici ufficiali in sede nazionale) siccome limitativa della concorrenza tra le imprese, con inevitabile posizione di vantaggio delle imprese locali.

¹⁶ Ci si riferisce, evidentemente, al lavoro di M.H. MOORE, *Creating public value*, op. cit., p. 27 ss.

¹⁷ M.H. MOORE, *Creating public value*, op. cit., p. 74.

¹⁸ M.H. MOORE, *Creating public value*, op. cit., p. 95 ss..

¹⁹ M.H. MOORE, *Creating public value*, op. cit., p. 98.

²⁰ Cfr. art. 23, comma 1, lett. h) del D.Lgs. n. 50/2016.

²¹ M.H. MOORE, *Creating public value*, op. cit., p. 99.

²² M.H. MOORE, *Creating public value*, op. cit., p. 99.

²³ Come ha sottolineato Raffaele Cantone, Presidente dell'Autorità Anticorruzione: «Uno dei punti più importanti del Codice era proprio la volontà di creare un sistema che non andasse continuamente rivisto con deroghe ed eccezioni. Invece, noto che i casi si stanno moltiplicando», *Edilizia e Territorio*, 21 novembre 2017.

²⁴ Cfr., art. 71. (Bandi di gara) del D.Lgs. n. 50/2016.

²⁵ Le pagine che seguono rielaborano le riflessioni svolte nel contributo S. VALAGUZZA, *Nudging pubblico versus pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, in *Riv. reg. merc.*, n. 1, 2017, che contiene anche i dettagli di una ricerca condotta sul linguaggio della regolazione affidata all'Autorità, a cui, se si vuole, si rinvia per completezza.

²⁶ Si tratta del primo ciclo regolatorio affidato ad una autorità indipendente come soggetto regolatore del mercato dei contratti pubblici. Precedentemente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016, infatti, la regolazione del mercato dei contratti pubblici era affidata, principalmente, alla disciplina legislativa tradizionale (*id est* al codice dei contratti pubblici e al relativo regolamento attuativo). Sulle caratteristiche del nuovo modello, comparato con il sistema delle autorità indipendenti e con la teoria degli ordinamenti sezionali, si suggerisce la lettura del lavoro di P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018.

²⁷ L'inciso si spiega con il fatto che, talvolta, come si è già anticipato, la regolazione dell'Autorità Anticorruzione appare fare un passo indietro, tornando al modello tradizionale – che il legislatore del codice ha invece voluto superare – delle norme dettagliate, impositive e inderogabili, basate su prescrizioni puntuali anziché sugli obiettivi.

²⁸ Sul concetto di *strategic regulation*, si rimanda, se si vuole, a S. VALAGUZZA, *Sustainable Development in Public Contracts. An example of Strategic Regulation*, op. cit.. Sulle specificità del mercato dei contratti pubblici, si rinvia all'importante scritto di L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Riv. reg. merc.*, n. 2, 2016, p. 72 ss.

²⁹ La nozione di *soft regulation* è stata di recente oggetto di importanti studi in Italia, sollecitati proprio dall'attività di carattere regolamentare e, *lato sensu*, normativa delle autorità indipendenti. Cfr., tra tutti, M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard*

regulation nei mercati finanziari, in *Riv. reg. merc.*, n. 2, 2016, p. 53 ss. che definisce la *soft regulation* come «cripto-hard», ponendo in evidenza i vincoli stringenti che da essa derivano; L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, *ivi*, 2016, p. 72 ss.; B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, *ivi*, 2016, p. 32 ss..

³⁰ Ci si riferisce al contributo di S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Riv. reg. merc.*, n. 1, 2016, pp. 9-57.

³¹ Si è deciso di utilizzare l'espressione «*nudge*», come sostantivo, tutte le volte che essa viene opposta, in astratto, al concetto di *soft regulation* e di utilizzarla nella sua forma verbale «*nudging*» quando descrive, invece, l'uso di tecniche che possono influenzare il comportamento dei destinatari della regolazione.

³² La teoria del *nudge* è stata proposta nei primi anni duemila da due professori di Chicago, Thaler – un economista – e Sunstein – un giurista – mossi dalla insoddisfazione per le teorie istituzionali, basate sul presupposto che gli esseri umani (studiati nel loro essere destinatari della regolazione) abbiano solo condotte razionali. V. R. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2009, e C.R. SUNSTEIN, *Effetto nudge*, Milano, 2015 (già R. THALER, C. SUNSTEIN, *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*, New Haven, 2008). Gli Autori, utilizzando alcune ricerche condotte nel campo delle scienze sociali (in particolare, psicologia e scienze comportamentali) hanno applicato le teorie sulla «predittività» dei comportamenti umani all'azione regolatoria delle istituzioni e all'economia, proponendo un modello di regolazione (appunto) flessibile. La teorizzazione di Thaler e Sunstein venne riportata in un interessante e fecondo volume, pubblicato per la prima volta nell'aprile del 2008, il cui titolo originario, nella versione poi corretta, era *Libertarian paternalism* e che, come Sunstein ha ricordato nel corso di un suo *speech* all'Università di Harvard del 12 novembre 2008, fu poi corretto, su suggerimento degli editori, sostituendo ai termini *libertarian paternalism*, troppo legati a concetti già discussi, l'espressione *nudge*. Il discorso è visibile all'indirizzo <https://www.youtube.com/watch?v=Rewo7dPiRyU>. Il punto nodale della teoria dei due studiosi è, tuttavia, ben evidente nella originaria intitolazione: la loro proposta

per migliorare l'azione delle istituzioni perché agiscano al meglio consiste nell'unire due concetti rivali, il paternalismo – ossia la tendenza delle istituzioni a imporre le proprie scelte – e la libertà di scelta degli individui (dovremmo dire il «libertarismo» se traducessimo letteralmente).

Fra i più recenti contributi dello Studioso americano in tema di *nudge* si segnalano C. SUNSTEIN, *Nudges vs. shoves*, in *Harvard Law Review Forum*, n. 127, 2014, p. 210 ss.; ID., *Do people like nudges?*, in *Administrative Law Review*, 2015, p.1 ss.; ID., *The Ethics of Influence: Government in the Age of Behavioral Science*, Cambridge, 2016; ID., *Regulation as delegation*, in *Journal of Legal Analysis*, n.1, 2015, p. 1 ss.; ID., *Nudges That Fail*, in *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, n.1, 2017, p. 4 ss.; C. SUNSTEIN, L.A. REISCH, *The Economics of Nudge*, London-New York, 2017. L'impostazione proposta da Sunstein e Thaler ha acceso un vivace dibattito nella dottrina statunitense. In particolare, è stata criticata la teorizzazione di un governo che agisca come «architetto delle scelte» degli individui, sostituendosi alle loro libere scelte, da R. SUDGEN, *Do People Really Want to Be Nudged Towards Healthy Lifestyles?*, in *International Review of Economics*, n. 2, 2017, p. 113 ss.. Lo scritto ha suscitato la reazione del teorizzatore del *paternalismo* libertario, che, in C. SUNSTEIN, *Better off, as judged by themselves: a comment on evaluating nudges*, in *International Review of Economics*, n. 1, 2017, p. 1 ss., ha specificato che il *nudge* può essere declinato in diversi gradi di incisività. Si veda sul punto, l'ulteriore replica di R. SUDGEN, *'Better off, as judged by themselves': a reply to Cass Sunstein*, *ivi*, p. 1 ss.

Il ragionamento sul paternalismo libertario è stato sviluppato dalla dottrina statunitense sotto una prospettiva sia di scienza del diritto sia di etica delle relazioni giuridiche fra Governo e cittadini. Si possono considerare, a riguardo, i numerosi contributi del *Symposium: The Ethics of Nudging – Evaluating Libertarian Paternalism* pubblicati in *Georgetown Journal of Law and Public Policy*, vol. 14, 2016, p. 645 ss. e, in particolare, J. HASNAS, *Some noodging about nudging: four questions about libertarian paternalism*, *ivi*, p. 645 ss.; J. LICHTENBERG, *For your own good: informing, nudging, coercing*, *ivi*, p. 663 ss.; D. HUSAK, *The Folly of Categorization: Why Nudges Are Even More Defensible than Their Advocates Suppose*, *ivi*, p. 703 ss.. Ancora, risulta particolarmente interessante l'analisi condotta da R.G. WRIGHT, *Legal paternalism and the eclipse of*

principle, in *Miami Law Review*, n. 1, 2016, p. 194 ss., ove viene sottolineato come il paternalismo normativo provochi un distacco dai principi, verso l'analisi di specifiche e circostanziate questioni pratiche. Assumono una prospettiva più critica R. CALO, *Code, Nudge, or Notice?*, in *Iowa Law Review*, n. 2, 2014, p. 773 ss.; P. G. HANSEN, A.M. JESPERSEN, *Nudge and Manipulation of choice: A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy*, in *The European Journal of Risk Regulation*, n. 1, 2013, p. 3 ss.; K. YEUNG, *Nudge as fudge*, in *The Modern Law Review*, n. 1, 2012, p. 122 ss.

Con un taglio più rivolto alle scienze economiche: D.G. GOLDSTEIN, E.J. JOHNSON, A. HERRMANN, M. HEITMANN, *Nudge your customers towards better choices*, in *Harvard Business Review*, n. 12, 2008, p. 99 ss.; E.J. JOHNSON ET AL., *Beyond nudges: Tools of a choice architecture*, in *Marketing Letters*, n. 2, 2012, p. 487 ss.

Le idee proposte dalla dottrina statunitense citata sono state di recente oggetto di commento anche da parte della dottrina amministrativistica italiana. Si vedano, in particolare, G. NAPOLITANO, *Liberalizzazioni e buona amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 293 ss.; N. RANGONE, *Regolazione e scienze cognitive dopo l'«executive order» di Obama*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 16 ss.

³³ Le teorie del paternalismo libertario sono state applicate, per esempio, nell'*Executive Order* n. 13707 del 15 settembre 2015 *Using Behavioural Science Insights to Better Serve the American People* emanato dall'amministrazione Obama e diretto alle agenzie federali.

L'analisi del testo dell'*Order* è particolarmente interessante per intendere quanto la tecnica proposta da Sunstein e Thaler sia utile in chiave politica e regolatoria. La capacità di persuasione della teoria è dipesa dai risultati pratici che dalla stessa sono conseguiti, come si può leggere dall'esordio dell'atto: «A growing body of evidence demonstrates that behavioural science insights – research findings from fields such as behavioural economics and psychology about how people make decisions and act on them – can be used to design government policies to better serve the American people. Where Federal policies have been designed to reflect behavioural science insights, they have substantially improved outcomes for the individuals, families, communities, and businesses those policies serve. For example, automatic enrolment and automatic escalation in retirement savings plans have made it

easier to save for the future, and have helped Americans accumulate billions of dollars in additional retirement savings. Similarly, streamlining the application process for Federal financial aid has made college more financially accessible for millions of students. By improving the effectiveness and efficiency of Government, behavioral science insights can support a range of national priorities, including helping workers to find better jobs; enabling Americans to lead longer, healthier lives; improving access to educational opportunities and support for success in school; and accelerating the transition to a low-carbon economy».

Adottando il provvedimento in questione, il Presidente Obama ha dato mandato alle *agencies* di sviluppare politiche che promuovano, nell'ambito della propria attività regolatoria ed amministrativa, analisi e studi sulla reazione dei comportamenti sociali a fronte di determinate azioni pubbliche, in maniera che queste ultime siano rese più efficienti. L'*Order* ha anche stabilito che il *Social and Behavioral Sciences Team*, sotto la guida del *National Science and Technology Council*, fornisca adeguato supporto alle agenzie per l'implementazione delle politiche indicate e rediga un rapporto annuale con la sintesi dei programmi avviati.

³⁴ Non è escluso che talune forme di *nudge* convivano con la coercizione per alcuni (*coerced*) e non per altri (*nudged*). Sulle varie tipologie di *nudge* è esaustiva la spiegazione fornita da C. SUNSTEIN, *The Ethics of Nudging*, in *Yale Journal on Regulation*, n. 2, 2015, p. 414 ss., spec. p. 424 ss.. Esistono diverse forme di *nudge*: oltre alle regole di *default*, che stabiliscono una regola di massima, che vale se il soggetto destinatario non si oppone alla sua validità, il *nudge* può consistere in: semplificazione, divulgazione di informazioni (per esempio la tabella della calorie su cibi e bevande); avvertimenti, grafici o altro (per esempio, i messaggi sui pacchetti di sigarette); promemoria o solleciti per certe azioni (per esempio, *alert* per evitare la morosità nei pagamenti); ricompenso non monetario (come il riconoscimento pubblico); strategie preliminari, etc..

³⁵ Interessanti considerazioni sull'applicazione delle scienze cognitive al campo della regolazione sono svolte da F. DI PORTO, N. RANGONE, *Behavioural Sciences in Practice: Lessons for EU Rulemakers*, in A. ALEMANNI (a cura di), *Nudge and the Law: A European Perspective (Modern Studies in European Law)*, Londra, 2015, p. 29 ss., che, analizzando gli approcci alla regolazione che defi-

niscono *cognitive-based*, riflettono sulle *unresponsive behaviours*, ossia sui comportamenti individuali diversi da quelli attesi dal regolatore. Più in generale, le Studiose descrivono due strategie regolatorie, il *nudging*, da un lato, e l'*empowerment* dall'altro: «By showing how people actually make choices, cognitive sciences enable the formulation of rules that may better address the public interest that they intend to pursue. Therefore, cognitive sciences may contribute to rulemaking by reducing the risk of regulatory failure induced by a lack of consideration of behavioural limitations. (...) Moreover, cognitive insights should be taken into account when designing a regulatory response in a particular context. This may require revisiting traditional regulatory tools (to make rulemakers more aware of possible unresponsive behaviours), as well as creating new strategies, that are therefore named 'cognitive-based'. The latter include two typologies: 'nudging' and 'empowerment'. Although both are based on similar cognitive insights, we contend that while 'nudging' is meant to 'exploit' individual emotional responses, 'empowerment' is aimed at enhancing people's capacity to manage and overcome their emotional responses, in order to adopt deliberately conscious decisions.», p. 29; cfr. anche N. RANGONE, *Errori cognitivi e scelte di regolazione*, in *Analisi giur. econ.*, 2012, p. 1 ss., dove si chiariscono le tecniche di base e i percorsi a disposizione del regolatore.

³⁶ I risultati sono documentati in *Social and Behavioral Sciences Team, 2016 Annual Report, Executive Office of the President, National Science and Technology Council*, September 2016, visionabile alla pagina: <https://sbst.gov/download/2016%20SBST%20Annual%20Report.pdf>.

³⁷ Per avere una idea del funzionamento del modello si può consultare: C. DUHIGG, *Il potere delle abitudini*, Milano, 2012.

³⁸ La teoria si basa sul presupposto che qualsiasi situazione di interazione umana che utilizzi la logica del *feedback* può, nel medio periodo, eliminare i comportamenti negativi e consentire, nell'immediato, di monitorare le *performances* guidandole al meglio, con soddisfazione di regolatore e regolati.

³⁹ Tra le altre, in particolare, la psicologia comportamentale e la psicologia cognitiva hanno sviluppato delle interessanti teorie sull'apprendimento che si basano sull'utilizzo dei *feedback*. Per i comportamentisti, per esempio, il *feedback*, nell'educazione scolastica, è fondamentale affinché l'insegnante guidi gli studenti attra-

verso tutto il loro processo di formazione, fornendo dei *feedback* continui sulle loro *performance* e, di conseguenza, gli studenti riescano a raggiungere i risultati di apprendimento prestabiliti. Per i cognitivisti, invece, l'accento è posto sulla capacità umana di processare informazioni: gli insegnanti guidano gli studenti nel processo dell'apprendimento, ma questi ultimi sono chiamati a decodificare e usare attivamente tutte le informazioni in loro possesso, imparando in questo modo a mettere gli oggetti in relazione tra di loro. In questa prospettiva, il processo di apprendimento si sviluppa a partire da un *feedback* iniziale, che viene esaminato dal soggetto, determinando così il risultato. Sul tema v. M. THURLINGS, M. VERMEULEN, T. BASTIAENS, S. STIJNEN, *Understanding Feedback: A learning theory perspective*, in *Educational Research Review*, 2013, p. 2 ss..

⁴⁰ Importante in questa prospettiva il contributo dello psicologo comportamentista Skinner secondo il quale un comportamento che viene rinforzato (per esempio, attraverso un commento positivo) tende ad essere ripetuto, mentre un comportamento che non viene rinforzato si indebolisce e con il tempo si estingue. Lo Studioso ha coniato il concetto di *condizionamento operante*, cioè la possibilità di cambiare il comportamento di un individuo attraverso un rafforzamento (positivo o negativo), in particolare v. B.F. SKINNER, *Science and human behaviour*, Londra, 1953.

⁴¹ In questo senso, per esempio, uno studio interessante, a cui si può rimandare anche per gli ampi riferimenti alla letteratura in tema, è di C.A. DUNLOP, C.M. RADAELLI, *Overcoming Illusion of Control: How to nudge and Teach Regulatory Humility*, in A. ALEMANNI (a cura di), *Nudge and the Law: A European Perspective (Modern Studies in European Law)*, op. cit., p. 139 ss.; ivi, a partire da una riflessione sulla importanza di superare, attraverso il *nudging*, il *bias* dei *policy makers* circa la cosiddetta opzione zero (cioè nessuna regolazione), si rileva la difficoltà di modificare la tendenza dei funzionari pubblici a restare nel solco delle proprie abitudini, secondo la logica, più cautelativa rispetto a quella di andare alla ricerca di soluzioni innovative, del «ho sempre fatto così ed è andato tutto bene»: «... trade-off analysis requires policy-makers to address the possibility of four countervailing risks being created by taking policy action: 1. Has the same risk transferred to new population? 2. Has the old problem been substituted by a new one affecting the same population? 3. Has the risk been transformed creating an entirely new problem for a new group of

people? 4. Has the risk been offset to create a similar one for the same group? Inviting practitioners to explore these questions in relation to their own experiences of policy-making offers one way to stimulate reflection and heighten awareness of bias.» p. 154.

⁴² Interessante a questo proposito lo studio condotto da Andersen, Boye e Laursen in L.B. ANDERSEN, S. BOYE, R. LAURSEN, *Building support? The importance of verbal rewards for employee perceptions of governance initiatives*, in *International Public Management Journal*, n. 1, 2017, p. 1 ss., nel quale gli Studiosi hanno analizzato la relazione tra l'utilizzo di *feedback* da parte dei dirigenti pubblici e la percezione delle ricompense da parte dei dipendenti, mettendo in luce il potenziale rapporto tra *feedback* positivo e aumento della motivazione.

⁴³ Si potrebbe anche immaginare un sistema nel quale le amministrazioni si offrano volontariamente per essere esaminate e inserite in un programma di scrutinio e successivo *feedback* da parte dell'Autorità.

⁴⁴ La terminologia tra virgolette è quella impiegata dal comma 4 lettera b) dell'art. 38 del D.Lgs. n 50/2016.

⁴⁵ Non solo è aperto un dialogo tra l'Autorità e i soggetti interessati come percettori della regolazione nella fase di consultazione delle linee guida, ma si è rivelata particolarmente utile anche l'interazione dell'Autorità con il Consiglio di Stato, al quale vengono richiesti pareri sulle linee guida, pur in assenza del parere obbligatorio *ex art.* 17 della l. n. 400 del 1988, sotto forma di quesito, in ragione della generalità delle questioni e del rilevante impatto delle determinazioni assunte dall'ANAC; cfr., sul punto, Parere Cons. St., Comm. Spec., 1 aprile 2016, n. 855 sullo Schema del D.Lgs. recante codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, punto II.g).5., p. 29.

⁴⁶ Sul tema v. S. KELMAN, *Is the performance of procurement system improving?*, in *Business of Federal Technology*, versione online, 30 Maggio 2017; e sempre S. KELMAN, *Goals, Constraints and Design of a Public Procurement System*, in *The cost of different goals of public procurement*, cit. *passim*.

⁴⁷ La promozione dei diritti umani e dello sviluppo sostenibile sono indicati, negli studi di settore, come campo affidato alla responsabilità di chi formula la domanda pubblica; perciò, una strategia della regolazione del settore dovrebbe uscire, a nostro avviso, dalla genericità dell'obiettivo di migliorare l'efficienza e la qualità

delle stazioni appaltanti, per approdare, più precisamente, a quello di ottenere una domanda pubblica maggiormente qualificata rispetto alle sfide sociali ed economiche che la società contemporanea incontra, in modo che il mondo pubblico possa essere promotore di sviluppo, invece che sacca di inefficienza. La tematica, data la sua rilevanza, ha acquisito ormai una dimensione globale, come dimostra il documento *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, 2011; interessanti a riguardo le attività dell'*International Learning Lab on Public Procurement and Human Rights*, che ha pubblicato, nel luglio 2016, un *report* particolarmente dettagliato dal titolo *Public Procurement and Human Rights: A Survey of Twenty Jurisdictions*; e del *Danish Institute for Human Rights* oltre ai risultati del programma *Sustainable Public Procurement*, patrocinato dall'ONU e alla nota Agenda 2030 sullo sviluppo sostenibile: *Transforming our world: The 2030 Agenda for Sustainable Development, United Nations*. Sull'uso del *public procurement* come forma di promozione allo sviluppo cfr. A. LA CHIMIA, *Tied aid within the framework of EU and WTO law*, Londra, 2013, spec. cap. I. Se si vuole, in argomento, anche S. VALAGUZZA, *Sustainable Development in Public Contracts. An example of Strategic Regulation*, cit., p. 95 ss..

⁴⁸ Questa è la terminologia impiegata nel saggio di M. FALCONE, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 601 ss.

⁴⁹ Per il momento, ANAC gestisce una banca dati dei contratti pubblici, che raccoglie le informazioni basilari delle gare indette in Italia (tipo di procedura, importo a base di gara, varianti in corso d'opera ecc.) e redige dei rapporti quadrimestrali in cui analizza quanto acquisito. Le informazioni utili per una regolazione simile al *nudging* sarebbero di tipo diverso, perché dovrebbero riguardare gli effetti di previsioni regolatorie in fase di studio preliminare, colti attraverso risposte ipotetiche fornite dai funzionari pubblici in reazione alle regole in via di stesura.

⁵⁰ Ci si affida qui alla definizione tratta da C. EASTMAN, P. TEICHOLZ, R. SACHS, K. LISTON, *Il BIM. Guida completa al Building Information Modelling per committenti, architetti, ingegneri, gestori immobiliari e imprese*, edizione italiana a cura di G.M. DI GIUDA, V. VILLA, Milano, 2016. Cfr., *ex multis*: A. CIRIBINI, A.T. CHIAMONE, G. VASSENA, *The Field BIM*, in A. CIRIBINI (a cura di), *The Missing Brick*, Milano, 2012; A. CIRIBINI, *L'information modelling e il settore delle costruzioni: IIM e BIM*, Rimini, 2013; A. CIRIBINI, A. VA-

NOSSI, S. VENTURA, S. MASTROLEMBO, M. PANERONI, M. BOLPAGNI, G. CARATOZZOLO, *Il Building Information Modelling e la Gestione della Sicurezza nei Cantieri di Grandi Dimensioni*, in G. ALAIMO (a cura di), *Energy, Sustainability and Building Information Modelling and Management*, Bari, 2014; A. CIRIBINI, M. BOLPAGNI, S. MASTROLEMBO VENTURA, G. CARATOZZOLO, E. DE ANGELIS, *The implementation of Building Information Modelling within an Integrate Public Procurement Approach: The Main Contractor's Perspective*, in *Proceedings of the CIB World Building Congress 2016*, Volume I-II, Tampere, 2016; A. CIRIBINI, S. MASTROLEMBO VENTURA, M. PANERONI, *Implementation of an interoperable process to optimise design and construction phases of a residential building: A BIM Pilot Project*, in *Automation In Construction*, 2016; G.M. DI GIUDA, V. VILLA, P.E. GIANA, L. C. TAGLIABUE, A. CIRIBINI, *Lean construction applied to a BIM process: how to control point attribution in MEAT tender process*, in *Tema: Technology, Engineering, Materials and Architecture*, n. 1, 2017; ma anche G.M. DI GIUDA, S. MALTESE, F. RE CECCONI, V. VILLA, *Il BIM per la gestione dei patrimoni immobiliari*, Milano, 2017; L. C. TAGLIABUE, V. VILLA, *Il BIM per le scuole*, Milano, 2017.

⁵¹ Per intendere correttamente l'importanza dell'utilizzo del BIM nelle costruzioni pubbliche, si può consultare *l'Handbook for the introduction of Building Information Modelling by the European Public Sector* pubblicato dalla *EU Bim Task* e cofinanziato dall'Unione Europea. Il documento è consultabile qui: http://www.eubim.eu/downloads/EU_BIM_Task_Group_Handbook_FINAL.PDF.

⁵² Come si rileva dai dati *Eurostat* 2018, la percentuale dei cittadini italiani che utilizza internet per interagire con le pubbliche amministrazioni è molto bassa:

Paese/Anno	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Bulgaria	10	11	24	25	27	23	21	18	19	21
Germania	44	48	50	50	51	49	53	53	55	53
Spagna	31	34	38	38	44	44	49	49	50	52
Francia	48	47	57	57	61	60	64	63	66	68
Italia	20	21	23	22	19	21	23	24	24	24
Svezia	59	65	68	74	78	78	81	73	78	84
U.K.	40	48	48	40	43	41	51	49	53	49
Norvegia	72	74	76	78	78	76	82	81	85	84

I dati possono essere consultati qui http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=isoc_bdek_ps&lang=en.

⁵³ Tar Lombardia, sez. I, Milano, 29 maggio 2017 n. 1210. Il contenzioso in questione è sorto in relazione a una procedura di gara relativa a un appalto, di progettazione e lavori, al di sopra della soglia europea per demolizione, bonifica e ricostruzione di un edificio scolastico sito in Milano. Le imprese ricorrenti, classificate al secondo posto in graduatoria, lamentavano la mancata esclusione della società aggiudicataria per carenze nel modello progettuale richiesto e ritenevano che la commissione giudicatrice avesse attribuito i punteggi tecnici in maniera scorretta, in quanto l'aggiudicataria aveva presentato un modello BIM incompleto e non coerente con la *lex specialis* di gara, in quanto contenente una rappresentazione bidimensionale (2D) e non tridimensionale (3D) dell'intera pianta elettrica dell'edificio. Il ricorso veniva respinto, dopo che i giudici amministrativi avevano esaminato le risultanze di una verifica tecnica, svolta a cura del Direttore del Dipartimento di Ingegneria Strutturale, Edile e Geotecnica del Politecnico di Torino, per conto del Tribunale, nel corso del processo.

⁵⁴ C. EASTMAN, P. TEICHOLZ, R. SACHS, K. LISTON, *Il BIM*, op. cit., 361.

⁵⁵ A. BELLENGER, A. BLANDIN, *Le BIM sous l'angle du droit*, Parigi, 2016, pp. 78-81.

⁵⁶ Framework Alliance Contract-1, pubblicato dall'*Association of Consultant Architects* nel giugno 2016.

⁵⁷ Ministry of Justice – British Government, *Procurement trial projects case study report – Cookham Wood Prison (two stage open book)*, 2 luglio 2014. Consultabile qui: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/325950/Cookham_Wood_case_study_CE_format_130614.pdf.

⁵⁸ Un esempio di utilizzo del FAC-1 in una iniziativa promossa da un'organizzazione privata è il progetto di edilizia sociale del *Future Housing Group*, nel quale è stato utilizzato il FAC-1 per integrare e coordinare il lavoro di 23 imprese di costruzione ottenendo, a fine lavori, un risparmio del 10% sui costi preventivati. Il responsabile di *Future Housing Group* ha dichiarato che il FAC-1 è un contratto che «includes innovative ways of improving SME cash flow as well as making the bidding process and the use of

Lots more attractive, allowing them to compete on a level playing-field against the larger companies» e che «its language is plain and the possibilities for collaboration across the supply chain are almost endless. We are very proud to be the first user», cfr. <https://futureshg.co.uk/procurement/procurement-story/>.

⁵⁹ Tutti i dati relativi al progetto sono consultabili qui: <https://www.delta-esourcing.com/tenders/UK-UK-Epping:-Construction-work./F77785ZR8U>.

⁶⁰ In particolare, contratti standard esistono prevalentemente là dove vi sia la predominanza di uno dei contraenti, ad esempio nei contratti con i consumatori, nei contratti bancari e assicurativi, nei contratti cosiddetti standard o per adesione, ovvero conclusi mediante moduli e formulari.

⁶¹ Cfr., se si vuole, anche in senso riassuntivo delle tesi dottrinali in argomento, S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, Milano, 2012, spec. 52 ss.

⁶² Sulla trasposizione della versione inglese del FAC-1 nella realtà italiana, A. CIRIBINI, G. DI GIUDA, S. VALAGUZZA, *UK procurement framework informs Italy's move to mandate BIM*, in *BIM+*, 21 marzo 2018, <http://www.bimplus.co.uk/people/uk-procurement-framework-informs-italys-move-manda/>.

⁶³ Tribunale di Monza, Sez. II, 1 settembre 2016, n. 2364. In argomento cfr. anche Cass. Civ., sez. II, 27 agosto 2012, n. 14650; Cass. Civ., Sez. II, 2 febbraio 2008, n. 2800; Cass. Civ., Sez. II, 26 settembre 2016, n. 18831; Cass. Civ., Sez. II, 27 agosto 2012, n. 14650.

⁶⁴ Si è affermato di recente, per esempio, che «l'appaltatore, anche quando sia chiamato a realizzare un progetto altrui, è sempre tenuto a rispettare le regole dell'arte ed è soggetto a responsabilità anche in caso di ingerenza del committente, cosicché la responsabilità dell'appaltatore, con il conseguente obbligo risarcitorio, non viene meno neppure in caso di vizi imputabili ad errori di progettazione o direzione dei lavori, ove egli, accortosi del vizio, non lo abbia tempestivamente denunciato al committente manifestando formalmente il proprio dissenso, ovvero non abbia rilevato i vizi pur potendo e dovendo riconoscerli in relazione alla perizia ed alla capacità tecnica da lui esigibili nel caso concreto», cfr., Cass. Sez. Civ., ord. n. 20214/2017.