

La regolazione del mercato italiano dei contratti pubblici nell'attuale congiuntura economica negativa. Bilanci e prospettive

Rocco Junior Flacco

Advogado. Doutorando em Direito Administrativo pela Università di Roma "La Sapienza".

Riassunto: L'Autore svolge un'analisi del quadro attuale della regolazione in materia di contratti pubblici nel mercato italiano, con particolare riferimento all'attività dell'Autorità nazionale di settore. La situazione attuale dell'ordinamento italiano sul punto, infatti, prevede un profondo ripensamento della struttura del mercato dei contratti con le pubbliche amministrazioni, nell'ottica dell'incremento della tutela della trasparenza e della lotta alla corruzione. Il rischio avvertito, tuttavia, è di trascurare gli importanti esiti finora raggiunti nel percorso di rafforzamento della tradizionale funzione regolatoria svolta dall'Autorità di settore attraverso un'articolata strutturazione delle regole di selezione preventiva degli ambiti in cui intervenire e delle regole di partecipazione dei soggetti portatori di interessi, che ha saputo anche farsi interprete delle esigenze socio-economiche connesse alla crisi dei mercati nei paesi dell'Europa continentale.

Parole-chiave: Diritto Amministrativo europeo e italiano. Regolazione di contratti pubblici. Autorità nazionale di settori. Tutela della trasparenza e lotta contro la corruzione.

Sommario: **1** Quadro introduttivo: i contratti pubblici come mercato regolato in Europa e in Italia – **2** L'Ascesa e l'improvviso declino dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture quale autorità di regolazione settoriale – **3** L'evoluzione dell'attività di regolazione del mercato italiano dei contratti pubblici – **4** La definizione dei settori di intervento dell'Autorità – **5** Incidenza della crisi economica sugli indirizzi della regolazione: alcuni casi emblematici – **6** La standardizzazione delle procedure contrattuali pubbliche: le recenti posizioni espresse negli atti dell'Autorità – **7** Ulteriori interventi regolatori dell'Autorità: recenti assesti in tema di pubblicazione degli atti – **8** Conclusioni. Quale futuro per la regolazione del mercato dei contratti pubblici in Italia?

1 Quadro introduttivo: i contratti pubblici come mercato regolato in Europa e in Italia

Obiettivo della presente ricerca è fornire un quadro sinottico e necessariamente sintetico, in ordine all'impatto della grave crisi economica,

che negli ultimi anni ha investito l'intero sistema economico occidentale ed in particolare quello dell'Europa continentale e dell'Italia, nella materia dei contratti con la pubblica amministrazione.

Si pongono, in tale prospettiva, alcune necessarie precisazioni introduttive, volte a delineare il quadro normativo ed istituzionale in cui si inserisce la tematica dei contratti con la pubblica amministrazione, nell'attuale ordinamento giuridico italiano.¹

Se, infatti, la dimensione giuridica dell'attività negoziale delle Pubbliche Amministrazioni ha tradizionalmente coinvolto la generale tematica del rapporto tra diritto pubblico e diritto privato, svolta in

¹ Con riferimento alla disciplina ad oggi vigente nell'ordinamento italiano, di cui al Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, c.d. Codice dei contratti pubblici, si vedano, tra i commenti sistematici alla normativa, R. GAROFOLI, G. FERRARI (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2009; C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione*, Torino, 2007; M. SANINO (a cura di), *Commento al codice dei contratti pubblici, relativi a lavori, servizi e forniture*, Torino, 2006. Per una ricostruzione storica della materia dei contratti pubblici nell'ordinamento italiano, tuttavia, il punto di partenza deve identificarsi con all'all. F della legge n. 2248/1865, formante insieme con gli altri allegati e appunto con la l. espr. p.u. contenente il complesso delle cosiddette leggi di unificazione amministrativa e modellata sui principi della legge piemontese in materia del 1859. In questa fase si riconosce una centralità del tutto particolare ai criteri di garanzia della supremazia dell'amministrazione, a conferma della prevalenza in quella fase storica dei profili di specialità dei poteri dell'amministrazione pubblica, anche se esercitati nella forma contrattuale. Si cfr., sul punto, A.M. SANDULLI, *I lavori pubblici*, in ID. (a cura di), *I lavori pubblici*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1967, p. 19 ss. Di rilievo, anche se volte a valorizzare una diversa lettura della normativa le considerazioni svolte da B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, specie p. 499 ss. Con riferimento alla successiva evoluzione della materia, si vedano A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1974; A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999; A. BUSCEMA E S. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, in G. SANTANIELLO (diretto da) *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., VII, Padova, 1994; R. CARANTA, *Attività contrattuale della pubblica amministrazione, buona fede e tutela dell'affidamento*, in *Urb. App.*, 2003, p. 566; A. CROSETTI, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione. Aspetti evolutivi*, Torino, 1984; M. DE PAOLIS, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, Padova, 1999; F. DI RENZO, *I contratti della pubblica Amministrazione*, II ed., Milano, 1975; G. FAZIO, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, II ed., Milano, 1988-1989; L. FIORNETINO, *Lo Stato compratore*, Bologna, 2007; A. MASSARI, *L'attività contrattuale negli enti locali e l'ufficio gine/contratti*, Rimini, 2000 (a carattere prevalentemente pratico); A. MASSERA, *I contratti*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, pp. 1563 e ss.; E. MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, II ed., Milano, 1998; G. NAPOLITANO, *Parabole giuseonomiche del contratto nell'azione amministrativa*, in G. AMATO, R. GAROFOLI, *I tre assi. L'amministrazione tra democratizzazione, efficientismo e responsabilità*; G. PERICU, *L'attività consensuale della Pubblica Amministrazione*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (diretto da), *Diritto Amministrativo* II ed., Bologna, 1998, p. 1555-1613; G. ROEHRSEN, *I contratti della pubblica amministrazione*, Bologna, 1959; S.A. ROMANO, *Contratti statali*, in G. GUARINO, *Dizionario amministrativo*, II ed., I, Milano, 1983, p. 751 ss.; P. SANTORO, *I contratti pubblici*, Rimini, 1995; F. STADERINI, S. ZAMBARDI, I. FRANCO, *I contratti degli enti locali*, Padova, 1996, oltre alle voci scritte per le varie enciclopedie giuridiche, e in particolare: D. BORTOLOTTI, *Contratti della Amministrazione pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, 1989, p. 36 ss.; M. GALLO, *Contratto di diritto pubblico*, in *Nss. Dig. It.*, IV, Torino, 1959, p. 644 ss.; F. GARRI, *Contratto di diritto privato degli enti pubblici*, in *Nss. Dig. It.*, Appendice, II, Torino, 1981, p. 682 ss.; F.P. PUGLIESE, *Contratti della pubblica Amministrazione*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, *ad vocem*; O. SEPE, *Contratto (dir. amm.)*; b) *Contratti della pubblica Amministrazione*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 986 ss.; P. VIRGA, *Contratto (dir. amm.)*. a) *Teoria generale del contratto di diritto pubblico*, ivi, p. 979 ss.

ordine alla difficoltà di inquadrare nell'ambito delle tradizionali categorie dogmatiche il ricorso ormai generalizzato da parte dei soggetti del diritto pubblico allo strumento civilistico del contratto piuttosto che a quello loro proprio del provvedimento autoritativo,² è solo con l'avvento del diritto europeo che la questione assume la conformazione attuale, fondata sul riconoscimento del valore economico e concorrenziale del "mercato dei contratti pubblici", e sulla conseguente necessità di garantirne il funzionamento in condizioni di concorrenza attraverso la creazione di un mercato regolato.

La disciplina in materia di contratti pubblici, a ben vedere, costituisce uno dei corpi normativi più significativi e strutturati dell'intero diritto europeo, ma alla base di questo notevole fenomeno di regolamentazione non era, in origine, posta alcuna disposizione specifica del Trattato di Roma: il fondamento giuridico delle direttive degli anni Settanta e della prima metà degli anni Ottanta veniva, infatti, rinvenuto in via indiretta nelle disposizioni di principio del Trattato stesso che sancivano il divieto di discriminazioni effettuate sulla base della nazionalità degli operatori economici, il divieto delle restrizioni alle importazioni e delle misure di effetto equivalente, il diritto di stabilimento la libera prestazione di servizi e, non ultimo, il divieto di misure restrittive della concorrenza all'interno della Comunità.

Sarà solo con l'introduzione dell'art. 163 del Trattato CE (ex 130 F, ed oggi 179 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea),

² Si tratta, a ben vedere, della "grande dicotomia" di cui scriveva N. BOBBIO, *Stato, governo, società*, Torino, 1995. In tal senso, si rimanda alle considerazioni svolte da V. CERULLI IRELLI, *Il contratto*, in ID., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011. Di rilievo restano, nella dottrina italiana classica sul punto, anche M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stato e amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986, p. 126, nonché G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, II, Milano, 1988, p. 47 ss. Interessanti, inoltre, le considerazioni svolte da S. CIVITARESE, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 183-184. Per una ricostruzione dell'intera vicenda dell'attività di diritto privato delle amministrazioni pubbliche, si rimanda agli studi di A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, III, p. 455 ss.; M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1942; F. FRANCHINI, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, p. 35 ss.; H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato, ed Italiana*, Milano, 1994, pp. 209 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982; R. NICOLO', voce *Diritto civile*, in *Enc. Dir.*, vol., XII, Milano, 1964; G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica Amministrazione*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova*, 1966, p. 163 ss.; S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, *Enc. Dir.*, vol., XII, Milano, 1964; O. RANELLETTI, *Il concetto di pubblico nel diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1905; S.A. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979 e ID. *Attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, Utet, 1989, p. 531 ss.

ad opera dell'Atto unico europeo del 17 febbraio 1986, che gli *“appalti pubblici nazionali”* troveranno espressa menzione al livello fondamentale del diritto europeo: la disciplina dei contratti pubblici, quindi, trova una ragione di esistenza non più solo in vista dell'apertura degli stessi alla partecipazione da parte delle imprese dei diversi Stati membri, ma anche al fine di conseguire l'obiettivo, proprio del sistema di integrazione europea, *“di rafforzare le basi scientifiche e tecnologiche dell'industria della Comunità e di favorire lo sviluppo della sua competitività internazionale”*.

Tale importante evoluzione del quadro giuridico europeo ha determinato una vera e propria svolta nella disciplina del settore, coerentemente ad una generale evoluzione della definizione delle diverse politiche comunitarie. Si è registrato, infatti, il passaggio da un orientamento di tipo essenzialmente negativo — impostato sulla salvaguardia delle quattro libertà fondamentali dell'ordinamento, attraverso l'imposizione di divieti alle limitazioni stabilite dalle legislazioni nazionali che pure rimanevano le fonti essenziali di disciplina dei vari settori — ad un orientamento di tipo maggiormente positivo — impostato sulla previsione delle misure a contenuto costruttivo dirette a delineare una disciplina omogenea dei settori stessi in vista della realizzazione di un mercato unico dei contratti pubblici, settore di assoluto rilievo economico comprovato dalla generale incidenza per più del 10% dell'intero prodotto interno lordo dell'Unione Europea.

Da quanto appena delineato, discende l'insorgenza di una nuova prospettiva per il diritto dei contratti pubblici poiché l'ordinamento europeo, confermando anche in quest'ambito la propria impostazione metodologica, non prende posizione sul rapporto tra diritto privato e diritto amministrativo, per quanto riguarda la rispettiva articolazione dei due ordini di fonti.

Le regole vengono stabilite in relazione all'obiettivo da conseguire: l'apertura dei mercati nazionali come presupposto per la creazione di un vero mercato unico dei contratti pubblici, che funzioni in condizioni di libera concorrenza; la partizione tra branca privatista e branca pubblicistica degli ordinamenti nazionali, di conseguenza, viene superata e i relativi rapporti ridisegnati anche attraverso un'applicazione sostanzialmente à la carte di istituti attinti dai diversi campi. Ne deriva una conformazione del tutto peculiare di interi settori normativi, come è il

caso dei contratti pubblici, la cui disciplina era stata in origine fondata solo sulla tutela dell'interesse pubblico per poi trovarsi strutturata, in buona parte, come mercato regolato in chiave pro-concorrenziale.³

Funzionale alla conformazione del settore dei contratti pubblici come mercato regolato, è stata l'individuazione nel sistema istituzionale italiano di un'apposita autorità di regolazione di settore, caratterizzata, tuttavia, da una particolare conformazione delle proprie funzioni e competenze.⁴

2 L'Ascesa e l'improvviso declino dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture quale autorità di regolazione settoriale

La ricordata dicotomia tra perseguimento dell'interesse pubblico e tutela della concorrenza, che caratterizza la disciplina italiana in tema di contratti pubblici, si ripercuote su tutta la struttura delle procedure ad evidenza pubblica, ossia dei procedimenti amministrativi volti alla selezione del contraente privato nei rapporti negoziali della Pubblica Amministrazione, coinvolgendo anche il soggetto istituzionale fino ad oggi deputato alla regolazione di settore, ossia l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture, nel prosieguo AVCP.⁵

³ Le linee di politica UE in materia di contratti pubblici specificate nel c.d. «Atto per il mercato unico» adottato il 13 aprile 2011 dalla Commissione. Vengono qui definite «azioni chiave», tra le quali vi è la «revisione e ammodernamento del quadro normativo degli appalti pubblici per giungere ad una politica equilibrata, che sostenga una domanda di beni, opere e servizi rispettosi dell'ambiente, socialmente responsabili e innovativi». Si intende altresì attuare procedure di aggiudicazione più semplici e flessibili nonché agevolare «l'accesso alle imprese, in particolare alle Piccole e Medie Imprese».

⁴ Il libro verde su «Gli appalti pubblici nell'unione europea» (comunicazione del 27 novembre 1996) ed il libro bianco su «Gli appalti pubblici nell'unione europea» (comunicazione dell'11 marzo 1998) ponevano già particolare attenzione sulle autorità nazionali specializzate nel settore dei contratti pubblici; organismi indipendenti dalle stazioni appaltanti chiamati soprattutto a «ristabilire una situazione conforme al diritto comunitario» attraverso la risoluzione dei dubbi interpretativi più gravi e dei problemi di accesso al mercato dei contratti pubblici. Le scelte di fondo sottese a queste politiche vanno dunque verso il rafforzamento delle azioni istituzionali in favore dell'effettività del diritto UE nella materia dei contratti della pubblica amministrazione; sia sul piano della vigilanza amministrativa accentrata, sia su quello della risoluzione rapida ed efficace delle liti.

⁵ Con riferimento al ruolo dell'AVCP nell'ambito della disciplina italiana in materia di contratti pubblici, si vedano gli studi condotti da A. CARULLO, *Commento agli artt. 4 e 5*, in A. CARULLO, A. CLARIZIA (a cura di), *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, Padova, 1994; E. CANNADA BARTOLI, *Commento all'art. 4 e 5*, in A. MIRATE, *Commento all'art. 5*, in A. ANGELETTI (a cura di), *La riforma dei lavori pubblici*, Torino, 1999; D. TASSAN MAZZOCCO, C. ANGELETTI, M. ZOPPOLATO, *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni ter)*, Milano, 1999; L. GIAMPAOLINO, M. A. SANDULLI, G. STANCANELLI (a cura di), *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici*, Milano, 1999; P. LAZZARA, *L'autorità di vigilanza sui lavori pubblici*, in A. BARGONE, P. STELLA RICHTER (a cura di), *Manuale di diritto dei lavori pubblici*, Milano, 2001, pp. 71 e ss.; R. DE NICTOLIS, *La vigilanza sui lavori pubblici*, in R. DE NICTOLIS (a cura di), *I contratti pubblici*

Istituita, con funzioni relative al solo settore dei contratti pubblici di lavori, dalla Legge 11 febbraio 1994, n. 109, artt. 4 e 5 (nota in Italia come Legge Merloni, dal nome dell'allora Ministro proponente), l'AVCP è stata profondamente innovata a seguito dell'entrata in vigore del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (noto in Italia come Codice dei contratti pubblici), che le ha attribuito competenze anche nei settori dei contratti di servizi e di forniture, facendole assumere la denominazione definitiva sopra ricordata.

Ebbene, come ricordato dalla migliore dottrina in materia,⁶ la suddetta dicotomia in materia di contratti pubblici si ripercuote sull'attività dell'autorità di regolazione nella misura in cui questa si trova ad agire sia sul campo dell'autonomia negoziale e della libertà di iniziativa economica privata, sia sul campo del diritto pubblico ed amministrativo in senso stretto, con la conseguente difficoltà di inquadrarne funzioni e poteri già al livello di diritto costituzionale.

Da una parte, infatti, non è agevole inserire poteri di intervento diretti ad incidere sull'attività negoziale della pubblica amministrazione; dall'altro diventa difficoltoso inserire poteri di tipo strettamente amministrativo, primo tra tutti il potere di annullamento del provvedimento, all'interno del quadro già delineato dalla Costituzione in relazione ai rapporti tra il potere esecutivo/amministrativo e giudiziario.⁷

Ne è conseguito un inquadramento dell'AVCP come autorità di regolazione in senso debole, ossia incentrata sullo svolgimento di funzioni prevalentemente incentrate sul monitoraggio del mercato e sulla *moral*

di lavori, servizi e forniture, Milano, 2007; S.S. SCOCA, *L'autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007; FA. GARRI, FRA. GARRI, *Il mercato dei contratti pubblici: il ruolo dell'Autorità di vigilanza di settore e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, L. GIAMPAOLINO, L. PONZONE, *L'autorità di vigilanza sui contratti pubblici*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. I, Milano, 2008, pp. 625e ss. e 697 e ss.; V. PARISIO, *L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici: natura e ruolo nella realizzazione di opere pubbliche*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2001, pp. 583 e ss.; A. PAIRE, *L'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici: un'autorità amministrativa indipendente secondaria? Alcune osservazioni preliminari*, in *Dir. Econ.*, 2005, I, pp. 121 e ss.

⁶ Vedi P. LAZZARA, *L'autorità di vigilanza sui lavori pubblici*, cit.

⁷ Sul punto resta valida la posizione espressa dalla Corte Costituzionale italiana, in Corte Cost., 7 novembre 1995, n. 485, secondo la quale l'attività dell'AVCP, all'epoca deputata alla regolazione nel solo settore dei contratti pubblici di lavori, non aveva incidenza diretta sulle ordinarie funzioni amministrative, mantenendo un ruolo quasi meramente consultivo e non creando alcun problema costituzionale in punto di conformazione ed esercizio dei poteri amministrativi in senso proprio.

suasion nei confronti delle parti dei rapporti negoziali pubblici, ossia le pubbliche amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori privati.

L'incremento dell'importanza del settore dei contratti pubblici quale mercato in concorrenza, determinato dalla progressiva incidenza del diritto europeo su quello italiano che prima si ricordava ha determinato, tuttavia, un parziale ripensamento del sistema e delle relative funzioni regolatorie dell'AVCP.

Se, infatti, le modifiche apportate al Titolo V della Costituzione Italiana ad opera della Legge Costituzionale 3/2001 hanno inserito la tutela della concorrenza come materia di esclusiva competenza statale, anche il ruolo dell'AVCP nel ha risentito in positivo, vedendo rinforzate le proprie prerogative sebbene all'interno di un sistema di regolazione settoriale che si mantiene all'interno del modello debole: è, infatti, gradualmente aumentata l'incidenza sull'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni con riferimento a tutte quelle attività che sono volte ad incidere sull'ampiezza dell'apertura e dell'accesso al mercato dei contratti pubblici, quali ad esempio le attività di qualificazione degli operatori privati o le regole di strutturazione dei bandi e degli avvisi di gara.

La ragione di tale fenomeno, a ben vedere, deve riscontrarsi nel riconoscimento in capo agli operatori privati, che si approciano al mercato dei contratti pubblici, di situazioni giuridiche soggettive le quali, fondate sul diritto costituzionalmente riconosciuto al libero accesso ad un mercato in concorrenza, si qualificano come diritti soggettivi, piuttosto che come interessi legittimi.⁸

Di conseguenza l'operato delle pubbliche amministrazioni in sede negoziale, pur mantenendo un innegabile natura discrezionale, deve confrontarsi con situazioni giuridiche soggettive dei privati meglio tutelate dall'ordinamento con un consequenziale aggravio dell'onere di motivazione, soprattutto in punto di proporzionalità delle scelte

⁸ Al livello europeo rilevano sul punto, in particolare, la Direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori e la Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell' 11 dicembre 2007 , che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici.

amministrative, e dei possibili profili di responsabilità giuridica dell'ente e del funzionario-organo competente.⁹

A fronte di ciò, si registra una costante ricerca di riferimenti e parametri esterni all'attività della singola amministrazione, con l'obiettivo di incrementare il livello di certezza e di prevedibilità dell'azione amministrativa, anche a discapito del relativo tasso di discrezionalità del potere esercitato: all'interno di tale contesto, cresce la richiesta di atti centrali-statali di indirizzo e di interpretazione della normativa di settore, quali sono appunto gli atti prodotti dall'AVCP, ai quali le amministrazioni tendono a dare applicazione anche a prescindere dal valore giuridico formalmente non vincolante.

Deve, a questo punto, segnalarsi che l'attività regolatoria dell'AVCP, pur non essendo stata deputata a produrre atti formalmente eccedenti il livello della *soft law*, si è, tuttavia, strutturata secondo una metodologia fortemente incentrata sul meccanismo della consultazione, riuscendo ad assumere un ruolo di sostanziale sede autorevole per la risoluzione delle questioni sorte tra i diversi portatori di interessi attivi sul mercato:¹⁰ la forza dei provvedimenti dell'AVCP, pertanto, si è incentra fino ad oggi non su di una vincolatività formale dell'atto, che di fatto manca, bensì sull'autorevolezza del contenuto di quest'ultimo, fondata sul consenso delle parti coinvolte nel relativo procedimento di formazione e di adozione.

⁹ In ordine alla tendenza a ridurre la discrezionalità delle amministrazioni pubbliche, nell'esercizio delle loro attività negoziali, cfr. G. D. COMPORTI, *Problemi e tendenze dell'assetto regolatorio degli appalti pubblici*, in *Dir. Econ.*, 3, 2012, pp. 575 e ss.; R. DE NICTOLIS, *Le novità del D.L. n. 70/2011*, in *Urb. App.*, 2011, pp. 1013 e ss.; S.FANTINI, *Il codice dei contratti pubblici*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto* 2012, Roma, 2012, pp. 331 e ss. In senso critico, cfr. B. G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011.

¹⁰ La disciplina relativa alla partecipazione ai procedimenti dell'AVCP, si fonda sulla disposizione di cui all'art. 8, comma 1 del Codice dei contratti pubblici, ed è dettagliatamente disciplinata in un apposito regolamento interno, che disciplina la partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità (G.U. n. 243 18 aprile 2011). Si prevede, in particolare, la redazione e pubblicazione di un documento di base che evidenzia le problematiche da affrontare e le possibili soluzioni; su questo testo base si aprono le consultazioni con i "portatori di interessi collettivi e diffusi, pubblici e/o privati che l'Autorità ritiene opportuno ascoltare e consultare con riferimento agli argomenti oggetto della consultazione" che possono partecipare a formali audizioni, oppure presentare osservazioni che vengono generalmente rese pubbliche. Le consultazioni, di norma, seguono il modello collaudato dalla Commissione europea che prevede la pubblicazione del progetto di atto cui si accompagna la possibilità per gli interessati di far pervenire suggerimenti, proposte ed osservazioni, sino alla convocazione di vere e proprie audizioni o tavoli tecnici. Interessante è la modalità della consultazione on-line finalizzata all'acquisizione da parte degli interessati, di osservazioni formulate attraverso moduli disponibili sul sito internet dell'AVCP. Il regolamento prevede la pubblicazione sul sito Internet delle osservazioni ricevute, salva la richiesta di tenerle riservate. Più complessa è la disciplina dei tavoli tecnici che possono essere organizzati (anche se non stabilmente) per affrontare questioni di carattere specialistico, ad esempio in materia di sistema di qualificazione degli operatori che intendano partecipare alle gare.

Nella prospettiva delle nuove Direttive in materia di appalti pubblici il legislatore europeo sembra spingere verso un maggior ricorso ad un uso strategico del sistema degli appalti, nel senso di considerarli, sotto determinate ipotesi, sempre più quale strumento di politica industriale, sociale, ambientale e di innovazione.¹¹

Nella stessa direzione devono leggersi importanti interventi normativi, recentemente intervenuti anche in diversi settori dell'ordinamento italiano: nell'ambito dell'esigenza di razionalizzazione della spesa pubblica, ad esempio, merita un cenno l'art. 17 del Decreto Legge n. 98/2011, convertito nella Legge n. 111/2011, e successivamente modificato ad opera del Decreto Legge n. 95/2012, a sua volta convertito nella Legge 7 agosto 2012, n. 135, il quale ha attribuito all'Osservatorio dei Contratti Pubblici presso l'AVCP, il compito di elaborare e pubblicare dei prezzi di riferimento relativi a dispositivi medici, farmaci per uso ospedaliero e servizi sanitari e non sanitari individuati dall'Agenzia per i servizi sanitari regionali (AGENAS), con l'obiettivo di fornire uno strumento di *benchmark* anche per la razionalizzazione della spesa sanitaria delle regioni. Si registra in questo caso un importante ampliamento del ruolo dell'AVCP e delle relative strutture anche al di là del settore dei contratti pubblici inteso in senso stretto.

Tornando all'oggetto specifico della presente analisi, deve ribadirsi che il percorso di riforma maturato nel contesto europeo mostra una convergenza di obiettivi con il percorso già avviato in sede nazionale, in particolare in materia di promozione dell'accesso delle Piccole e Medie Imprese (nel prosieguo PMI) al mercato degli appalti pubblici, di informatizzazione per rendere più efficaci e trasparenti le procedure di aggiudicazione e di valorizzazione della centralizzazione della committenza, con l'obiettivo di fornire una struttura più standardizzata della domanda di contratti da parte delle amministrazioni pubbliche.

In tale contesto si è inserita l'azione regolatoria dell'AVCP, l'evoluzione della quale ha teso verso una forma di regolazione – indirizzo del

¹¹ Il riferimento è alla Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 in materia di appalti pubblici, alla Direttiva 2014/25/UE del 26 febbraio 2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e alla Direttiva 2014/23 del 26 febbraio 2014 in materia di aggiudicazione dei contratti di concessione, di prossimo recepimento all'interno dell'ordinamento giuridico italiano.

mercato dei contratti pubblici, fondata non più soltanto sull'autorevolezza istituzionale, come di consueto accade per le c.d. forme di *soft law*, ma anche sulla concreta capacità di individuare e risolvere i principali nodi problematici della materia, attraverso la facilitazione del confronto costruttivo tra i diversi portatori di interesse, non ultimi quelli rappresentativi delle istanze consumeristiche.

Per queste ultime, in particolare, si rileva, rispetto al passato, una maggiore considerazione all'interno delle dinamiche regolatorie del mercato dei contratti pubblici, secondo un approccio di ampliamento degli interessi rilevanti ad oggi, tuttavia, solo avviato e del quale si auspica un significativo rafforzamento per il futuro.

L'AVCP, a ben vedere, ha svolto fin dalla sua istituzione attività di vigilanza su una parte consistente della spesa pubblica.¹² Ammonta, infatti, a circa 160 miliardi di euro il complesso delle spese nei lavori, servizi e forniture in Italia, secondo le ultime stime della stessa Autorità.¹³

Giova rammentare ancora una volta che l'ideazione di un'authority specializzata nel settore dei contratti pubblici deve considerarsi una diretta derivazione della spinta impressa dall'ordinamento europeo, circa la valorizzazione del settore dei contratti con la pubblica amministrazione, quale ambito in cui introdurre ed implementare dinamiche concorrenziali: tale essenziale nesso funzionale è rimasto, nel tempo, costante.

A ben vedere, infatti, l'AVCP, sebbene istituita già dal 1999, ha visto corroborare sostanzialmente le proprie funzioni in ragione dell'evoluzione del diritto europeo: il percorso essenziale in tal senso può considerarsi incentrato sull'art. 81, comma 2, della Direttiva 2004/18/CE e dall'art. 72, comma 2, della Direttiva 2004/17/CE e proseguito fino alla conformazione assunta dall'Autorità nel quadro del D. lgs 163/2006, c.d. Codice dei Contratti Pubblici, incentrata sull'attribuzione all'AVCP di nuove funzioni di raccolta e gestione di dati e informazioni, funzionali alla semplificazione della pratica amministrativa di partecipazione alle gare,

¹² S. AMOROSINO, *L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici: profili di diritto dell'economia*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, p. 1741; P. LAZZARA, *L'Autorità di vigilanza sui pubblici contratti tra interesse pubblico e concorrenza. Il ruolo dei consumatori*, in *Consumerism 2012. Quinto rapporto annuale*, Roma, 2012, p. 153; P. LAZZARA, *Autorità di vigilanza sui lavori pubblici*, cit.

¹³ Fonte: AVCP, *Dossier di inizio legislatura 2012*, in www.autoritalavoripubblici.it.

unitamente alla garanzia di una maggiore trasparenza della pubblica amministrazione e di una maggiore efficienza della spesa pubblica.

Con tali finalità, l'Autorità ha esercitato un'attività di vigilanza e di regolazione sui contratti pubblici, non solo di interesse statale, ma anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture, compiendo una generale analisi circa l'andamento del relativo mercato.

Nell'ambito dell'attività di vigilanza assume un particolare rilievo, in ragione della funzione di collegamento interistituzionale svolta dall'Autorità, il potere di segnalazione al Governo ed al Parlamento, con apposita comunicazione, circa la sussistenza di fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa sui contratti pubblici: a completamento di tale attività, l'Autorità ha formulato anche al Governo proposte in ordine alle modifiche alla legislazione di riferimento e di revisione del regolamento. Infine predispose ed invia al Governo ed al Parlamento una relazione annuale nella quale si evidenziano le disfunzioni riscontrate nel settore dei contratti pubblici.

Al potere di vigilanza si è, poi, aggiunta l'attribuzione di un potere ispettivo e di un potere sanzionatorio, strettamente legato al primo: deve, a tal proposito, evidenziarsi che il potere ispettivo non è stato accompagnato da effettivi poteri di intervento nei casi di riscontrata inosservanza della disciplina di settore.

L'Autorità, infatti, è stata dotata del potere di incidere direttamente sulle procedure concorsuali solo nell'ambito del sistema di qualificazione: nelle altre ipotesi, infatti, le deliberazioni adottate nei casi concreti hanno avuto il valore di pareri non vincolanti in virtù dei quali, in caso di accertamento di comportamenti difformi dalle discipline di settore, si provvedeva ad un mero invito al riesame dei provvedimenti adottati, ai fini dell'annullamento o della modifica degli stessi in sede di autotutela.

L'insieme di tutte queste nuove funzioni e poteri, ha comportato un incremento significativo della capacità dell'AVCP di leggere ed interpretare il mercato dei contratti pubblici, con una ricaduta positiva indiretta sulla funzione di regolazione: una regolazione, come già ricordato, di tipo "*debole*" ossia basata sull'esercizio di poteri di *soft law*, ma che si è andata gradualmente rinforzando in ragione dell'autorevolezza e della concreta capacità operativa dimostrata dall'Autorità.

Ad oggi, il legislatore italiano ha, tuttavia, previsto la soppressione dell'AVCP con attribuzione delle relative competenze all'Autorità Nazionale Anti-Corruzione (ANAC), in forza dell'art. 19 del Decreto Legge 24 giugno 2014, n. 90, ancora in attesa di conversione in Legge, in conformità a quanto previsto nella Costituzione Italiana.

Si tratta, a ben vedere, di una conformazione ancora non definitiva del sistema, ed in merito alla quale non appare corretto fornire, al momento attuale, analisi di tipo scientifico. Tuttavia, il dato relativo al trasferimento delle funzioni di regolazione da un'Autorità all'altra giustifica la conduzione di uno studio sulle modalità attraverso le quali il sistema di regolazione finora vigente ha fornito una risposta alle istanze socio-economiche del mercato di riferimento, ed in particolare determinate dall'attuale congiuntura economica fortemente negativa: tali istanze, infatti, non perderanno la propria centralità anche nel futuro assetto istituzionale che verrà a caratterizzare la regolazione del mercato dei contratti pubblici.

3 L'evoluzione dell'attività di regolazione del mercato italiano dei contratti pubblici

Come accennato, l'attività di regolazione assolta dall'AVCP si è qualificata come regolazione "*in senso debole*", che non incide sulle scelte politiche o discrezionali della Pubblica Amministrazione, ma che interviene nel campo della cosiddetta discrezionalità tecnica, laddove vi siano lacune normative o dubbi interpretativi. Una regolazione, quindi, con la quale si è inteso coniugare l'interesse pubblico alla corretta esecuzione del contratto con l'esigenza di chiarificazione e di semplificazione delle relative procedure, sempre più avvertita dagli operatori del settore, attraverso un'azione di indirizzo piuttosto che strettamente impositiva. Nell'ambito dell'esercizio di tali prerogative, l'AVCP ha fornito ausilio per le amministrazioni aggiudicatrici nell'esercizio della propria attività contrattuale, attraverso la diffusione delle migliori pratiche e delle buone prassi: con tale finalità è stato delineato, ad esempio, il sistema del bando-quadro e dei bandi-tipo, di cui all'articolo 64, comma 4-bis, d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, apportata dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla l. 12 luglio 2011, n. 106.

Nello svolgimento della propria attività di regolazione del mercato dei contratti pubblici, l'Autorità ha assunto, di fatto, il ruolo di “*luogo di confronto*” tra i diversi interessi rilevanti e i relativi soggetti esponenti: tale funzione è stata assolta attraverso lo svolgimento di procedure di consultazione, anche in forma elettronica, in cui tutti i soggetti portatori di interessi hanno potuto chiedere di essere ammessi a produrre le proprie osservazioni, in forma normalmente pubblica e solo eccezionalmente riservata, sulla base di un testo di riferimento definito dall'Autorità. In materia ha impresso un'evoluzione decisiva, in particolare, il menzionato Regolamento sulla partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'AVCP.

Un organo ausiliario dotato di un essenziale ruolo strumentale per l'azione dell'Autorità è stato, poi, costituito dall'Osservatorio dei contratti pubblici. Questa struttura ha svolto un'attività di monitoraggio continuo del mercato di riferimento, attraverso la raccolta e l'elaborazione dei dati informativi concernenti i contratti pubblici, anche attraverso varie forme di cooperazione con analoghe strutture operanti presso altre amministrazioni pubbliche. Ha, inoltre, assolto al compito di determinare annualmente i costi standardizzati su tipo di lavoro, servizio o fornitura, in relazione a specifiche aree territoriali. Presso l'Osservatorio è stato, inoltre, istituito il Casellario informatico delle imprese qualificate, formato sulla base delle attestazioni trasmesse dagli organismi di qualificazione soggettiva preliminare degli operatori economici intenzionati a partecipare alle gare pubbliche (denominate Società Organismi di Attestazione – SOA nell'ordinamento italiano) e delle comunicazioni delle stazioni appaltanti.

3.1 Il panorama attuale

Nell'ambito del quadro funzionale regolatorio, sono intervenute nell'arco dell'ultimo periodo importanti modificazioni normative, oltre a quelle già citate, volte alla promozione di una maggiore efficacia ed efficienza della spesa pubblica, della semplificazione delle procedure amministrative, alla riduzione dei costi di partecipazione alle gare, e ad una maggiore possibilità di accesso delle piccole e medie imprese alle procedure di gara.

In tal senso, infatti, dispongono i recenti interventi in tema di normativa antimafia, *white list* e *rating* di legalità: in tale ambito si inserisce anche la definizione di un protocollo d'intesa tra l'AVCP e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, al fine di collaborare all'attività di valutazione delle imprese per l'attribuzione a queste di un *rating* di legalità (art. 5-ter del Decreto Legge 1/2012). Del *rating* si tiene conto in sede di concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, nonché in sede di accesso al credito bancario.

Importante, poi, il tema della c.d. "*spending review*", di cui al Decreto Legge n. 95/2012. Quest'ultimo intervento, in particolare, ha attribuito all'AVCP un importante ruolo in merito alla trasparenza dell'attività contrattuale pubblica in tutte le sue fasi: a tal fine, l'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, che operava presso l'Autorità, ha reso pubblici, attraverso il proprio portale, i dati e le informazioni comunicati dalle stazioni appaltanti relativi al conferimento dei bandi, dei verbali di gara, i soggetti invitati, l'importo di aggiudicazione, il nominativo dell'affidatario e del progettista. Inoltre, limitatamente ai settori ordinari, l'inizio dei lavori, lo stato di avanzamento e l'ultimazione dei lavori, servizi e forniture, l'effettuazione del collaudo e l'importo finale.

Di rilievo anche il recente intervento in materia di anticorruzione, di cui alla Legge n. 190/2012, in virtù del quale l'AVCP è stata chiamata a costituire e a curare un'apposita banca dati e a redigere, a tal fine, uno schema tipo sulla base del quale sono stati pubblicati i costi unitari di realizzazione delle opere pubbliche, ai sensi dell'art. 1, comma 15, con l'obiettivo di incrementare il livello di trasparenza anche nella fase di esecuzione dei relativi contratti.¹⁴

Segue, invece, un obiettivo di semplificazione, nell'ottica della qualificazione delle parti pubbliche dei contratti, la previsione di cui all'art. 33-ter del Decreto Legge 179/2012, con cui viene istituita presso l'AVCP un'anagrafe unica delle stazioni appaltanti.

In ragione di una tale evoluzione del contesto normativo di riferimento, l'Autorità ha implementato la propria funzione di regolazione e di indirizzo, con l'obiettivo di dare soddisfazione ad una crescente

¹⁴ AVCP, Attuazione dell'art. 6-bis del dlgs 163/2006 introdotto dall'art. 20, comma 1, lettera a), legge n. 35 del 2012, Deliberazione n. 111 del 20 dicembre 2012, con le modificazioni assunte nelle adunanze dell'8 maggio e del 5 giugno 2013, in www.avcp.it.

domanda, proveniente dal mercato dei contratti con la pubblica amministrazione, di standardizzazione delle procedure di gara, nell'ottica di una riduzione sia dei costi di partecipazione delle imprese alle gare, sia del relativo contenzioso.

A ben vedere, l'incremento del livello e dell'intensità delle istanze rivolte dal mercato verso l'AVCP ha concretamente spostato l'attività di regolazione di quest'ultima dall'originaria dimensione di *soft-law*, verso forme più incisive e dirette: in tale chiave, infatti, deve leggersi la preparazione, da parte dell'Autorità stessa di un nuovo Regolamento per l'Analisi di Impatto della Regolazione (nel prosieguo AIR) da affiancare al ricordato Regolamento per la partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità. A seguito della ricordata soppressione dell'AVCP da parte del Decreto Legge n. 90/2014, tuttavia, tale sistema, di fatto, non sembra aver mai visto la luce.

Il regolamento sull'AIR, in particolare, avrebbe disciplinato le modalità di scelta degli ambiti su cui intervenire, dei provvedimenti su cui condurre un'analisi di impatto della regolazione, dei soggetti interessati dal provvedimento (innanzitutto stazioni appaltanti e operatori economici) da coinvolgere nella consultazione e le relative modalità di coinvolgimento; si sarebbe, poi, dovuto individuare le modalità per trattare le risposte pervenute, specie quando contenessero valutazioni non coerenti con l'atto finale adottato, e per la verifica ex-post di impatto della regolazione.

L'adozione di tale regolamento, pertanto, avrebbe consentito di avere un riferimento normativo stabile circa le modalità di scelta dei settori in cui intervenire, con incremento da una parte delle garanzie di certezza del diritto, dall'altra della funzione di prevenzione generale assoluta dall'azione dell'AVCP, in merito alle prassi e ai comportamenti non in linea con il corretto andamento di un mercato concorrenziale dei contratti pubblici.

4 La definizione dei settori di intervento dell'Autorità

Con riferimento ai principali provvedimenti adottati nel periodo 2012 - 2013 si può osservare, in generale, come la scelta dei settori su cui intervenire si sia assestata su tre macro-aree, determinate in ragione di:¹⁵

¹⁵ Cfr. AVCP, *L'attività di regolazione a favore dei soggetti della domanda e dell'offerta dei contratti pubblici*, in *Relazione annuale 2012*, Roma, p. 193.

a) modifiche normative che hanno assegnato nuove competenze all'AVCP, come è nel caso della Determinazione n. 1/2012, contenente indicazioni applicative sui requisiti di ordine generale per l'affidamento dei contratti pubblici e della Determinazione n. 4/2012 - BANDO-TIPO;

b) manifestazione, da parte degli operatori e del mercato dei contratti pubblici, di incertezze interpretative sulla normativa di settore segnalandosi, in merito, la Determinazione n. 1/2013, avente ad oggetto indicazioni interpretative concernenti la forma dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 11, comma 13 del D. lgs 163/2006;¹⁶

c) emersione di criticità nell'ambito nel corso dell'attività di vigilanza dell'Autorità, come è stato il caso della Determinazione n. 2/2012, in materia di avalimento, della Determinazione n. 3/2012 concernente gli affidamenti in deroga a favore di cooperative sociali e della Determinazione n. 2/2013 relativa ad affidamenti di servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa.

Da quanto appena riportato, l'azione dell'AVCP nel suo complesso risulta caratterizzata da un livello di centralità istituzionale crescente nello sviluppo del quadro normativo di riferimento, nonché da una notevole capacità di ricezione e di tempestiva elaborazione delle istanze manifestate dagli operatori del mercato dei contratti pubblici, unitamente ad un elevato livello di integrazione tra le proprie specifiche funzioni, coerentemente con l'obiettivo finale di rappresentare "*l'interlocutore privilegiato*" per i soggetti che operano sul mercato di riferimento.

Per l'adozione delle determinazioni sopracitate, infatti, l'Autorità ha provveduto a rendere quanto più possibile "aperti" i procedimenti decisionali, sia attraverso la conduzione di estese procedure di consultazione di tipo tradizionale, condotte anche in più fasi distinte e successive, alle quali sono stati invitati a prendere parte numerosi soggetti interessati, quali istituzioni, organismi rappresentativi di stazioni appaltanti e di operatori economici, etc., sia, nei casi in cui queste non si siano tenute, attraverso le cosiddette consultazioni on-line, aperte a tutti i soggetti comunque interessati.

¹⁶ Vedi AVCP, *Indicazioni interpretative concernenti la forma dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 11, comma 13 del Codice*, Determinazione n. 1 del 13 febbraio 2013, in *Gazz. Uff. Rep. Italiana, Serie generale*, n. 50 del 28 febbraio 2013.

Nell'ipotesi di provvedimenti dal contenuto più spiccatamente tecnico, come ad esempio è stato il caso della Determinazione 3/2012 sulle cooperative sociali, la predisposizione del documento di base è avvenuta al termine dei lavori di un tavolo tecnico più ristretto, a cui hanno partecipato i soggetti coinvolti dalla materia: pur nel perseguimento dell'obiettivo della maggiore apertura possibile, infatti, l'AVCP ha dimostrato di aver garantito un'elevata coerenza funzionale tra la il coinvolgimento di soggetti terzi e il contenuto del provvedimento in via di adozione, onde non svilire in concreto l'essenziale apporto fornito dagli strumenti partecipativi.

Il rischio sotteso, che è stato brillantemente evitato nell'azione dell'AVCP, è stato, in altri termini, quello di utilizzare moduli partecipativi eccessivamente ampi, rispetto al reale contenuto degli atti in via di adozione, lasciando la partecipazione in una dimensione meramente formale scarsamente utile: da una parte, infatti, la non coincidenza tra l'ampio novero dei soggetti partecipanti e l'effettiva dimensione degli interessi coinvolti dal provvedimento, dall'altro la mancanza di una qualificazione specifica in capo ai soggetti chiamati a fornire il proprio apporto partecipativo su questioni di carattere squisitamente tecnico, avrebbero potuto rendere il momento partecipativo come una fase procedimentale di mero aggravamento priva di una propria effettiva utilità.

Di rilievo, a riprova dell'attenzione riservata dall'AVCP ai contenuti concreti e alla reale efficacia della partecipazione alle procedure di consultazione, appare il dato che nella procedura di adozione della Determinazione n. 2/2013 (in materia di assicurazioni) si provveduto a redigere un "*Documento di lavoro*" contenente l'indicazione specifica delle motivazioni per le scelte effettuate dall'Autorità, unitamente ad una risposta puntuale circa le osservazioni ricevute nel corso della relativa consultazione, anche in ragione di riferimenti precisi alla giurisprudenza, alla letteratura economica in materia e ad esperienze estere, rappresentando anche i possibili vantaggi e svantaggi dell'adozione di soluzioni alternative.

5 Incidenza della crisi economica sugli indirizzi della regolazione: alcuni casi emblematici

La congiuntura economica fortemente negativa degli ultimi anni ha prodotto ripercussioni generalizzate sia dal punto di vista della spesa

pubblica, favorendo un'intensificazione delle istanze di razionalizzazione e di riassetto, sia al livello di attività economica privata, imponendo una maggiore attenzione alle esigenze di quanti non riescono ad operare con efficienza ed efficacia nel mercato.

L'attività di regolazione svolta dall'AVCP, dal canto suo, non è rimasta indifferente a queste nuove istanze, fornendo un'essenziale supporto nell'ambito di uno dei mercati che, come si è evidenziato all'inizio del presente lavoro, presenta un elevato potenziale in termini di volume d'affari.

Importanti provvedimenti di regolazione emanati nell'ultimo periodo, infatti, risultano determinati da una complessa valutazione preventiva circa *l'an* ed il *quomodo* dell'intervento regolatorio, in cui un ruolo importante ha svolto l'interesse a dare pieno sviluppo alle potenzialità economiche dei vari settori della contrattualistica pubblica.

Si possono considerare, al riguardo, la richiamata determinazione sulle assicurazioni, nella quale sono contenute indicazioni su come aumentare la concorrenza nel mercato di riferimento, l'atto di segnalazione relativo alle misure per la partecipazione delle reti di impresa alle procedure di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici, volto ad estendere la possibilità di partecipare alle gare anche alle piccole e medie imprese, nonché la determinazione n. 3 del 2012, relativa alle modalità di partecipazione delle cooperative sociali.

5.1 Il caso dei servizi assicurativi

Il primo di questi provvedimenti, è costituito dalla Determinazione n. 2/2013, relativa a "*questioni interpretative concernenti l'affidamento dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa*".¹⁷ Si tratta, infatti, di un intervento che, pur finalizzato sempre a garantire l'efficacia e l'efficienza delle procedure di gara, va oltre la mera interpretazione delle norme del Codice, cercando di agire su prassi consolidate del mercato. A tal fine, si prevede nel provvedimento, saranno necessari anche atti regolamentari aggiuntivi tra cui la predisposizione di bandi-tipo, che

¹⁷ Vedi AVCP, *Questioni interpretative concernenti l'affidamento dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa*, Determinazione n. 2 del 13 marzo 2013, in *Gazz. Uff. Italiana, Serie generale*, n. 80 del 5 aprile 2013.

contribuiranno alla definizione di un assetto generale ed integrato degli atti di regolazione in materia.

Dal rilevato punto di vista della necessità di sviluppare appieno un mercato dalle inespresse potenzialità, l'AVCP ha valutato l'opportunità dell'intervento anche in ragione del dato che *“il disegno dei bandi di gara non sempre è funzionale a garantire la partecipazione delle imprese. In molti casi chi vuole partecipare non ha elementi sufficienti per quotare il rischio e preferisce evitare di assumere impegni che possano comportare perdite elevate. Solo il precedente assicuratore è in grado, in molti casi, di partecipare alla gara poiché conosce il rischio da assumere. I dati dell'Osservatorio testimoniano in modo inequivocabile tale situazione: oltre il 30% delle gare non viene aggiudicato e circa due terzi delle gare aggiudicate lo è a seguito della presentazione di una sola offerta”*.¹⁸

Ovviamente, il fine principale della regolazione rimane sempre quello della garanzia della concorrenzialità del mercato di riferimento, ed infatti nella medesima Determinazione l'AVCP indica, come requisito imprescindibile per garantire una maggiore partecipazione e la *par condicio* tra i partecipanti alle gare, la messa a disposizione di un set informativo completo; solo che tale primigenia funzione viene ad essere interpretata anche alla luce dell'esigenza di rendere più appetibile e remunerativo per la parte privata l'ingresso nel mercato. In questa chiave di lettura, infatti, deve intendersi l'ulteriore rilievo posto nella Determinazione 2/2013, laddove si indica l'opportunità di far convergere tutte le informazioni necessarie ad un unico soggetto incaricato della gestione del prodotto assicurativo, permettendo di superare anche un ulteriore aspetto segnalato dalle imprese di assicurazione circa la difficoltà di gestire la polizza, dovendo trattare con più strutture diverse della stessa amministrazione.

Sempre su questa linea, devono essere intese le indicazioni dell'AVCP in tema di procedura ad evidenza pubblica, per l'aggiudicazione dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa: particolarmente rilevante, sul punto, appare l'indicazione secondo cui l'Autorità ritiene necessario che le stazioni appaltanti pongano in essere iniziative articolate e differenziate di prevenzione dei rischi e di gestione dei

¹⁸ Vedi AVCP, *Relazione annuale 2012*.

sinistri, fondamento necessario per contribuire a ridurre il costo della singola polizza e rendere più appetibile per il mercato la fornitura di un servizio assicurativo specifico.

Particolare attenzione, poi, è stata dedicata dall'AVCP alla definizione delle modalità di remunerazione del servizio di intermediazione assicurativa, in ragione della ritenuta contrarietà rispetto alla disciplina del Codice dei Contratti Pubblici dell'attuale sistema, che struttura la remunerazione del broker assicurativo in commissioni calcolate in percentuale dei premi futuri. Punto nodale, in tal senso, è il rilievo condotto dall'AVCP, secondo cui la suddetta percentuale verrebbe ad oggi calcolata su valori non noti al momento in cui si effettua la valutazione delle offerte per il servizio di brokeraggio, ossia i premi futuri: tali valori, infatti, vengono ad essere influenzati dalla variabile rappresentata dall'attività dell'intermediario, attraverso le attività di prevenzione dei rischi e di gestione dei sinistri, di individuazione dei fabbisogni assicurativi e di collaborazione alla predisposizione dei bandi di gara. Inoltre, poiché la remunerazione è, in parte, legata ai risultati della sua attività è inevitabile che si creino conflitti di interesse e incentivi distorti per il broker. Per ovviare a siffatte distorsioni, l'AVCP ha indicato la necessità di individuare forme alternative di remunerazione del broker, indicando anche alcune possibili alternative, corredate da una valutazione comparativa circa i possibili vantaggi e svantaggi.

Sempre con riferimento al profilo della remunerazione dell'attività di intermediazione assicurativa, l'Autorità ha poi affrontato anche il tema della presunta gratuità del servizio di intermediazione assicurativa, sostenuta da una parte minoritaria della giurisprudenza amministrativa e da taluni dei partecipanti alla consultazione. Sulla base di una rassegna della giurisprudenza e di analisi economiche sono state illustrate le ragioni per cui si ritiene di non poter aderire a tale prospettiva: a tal proposito, l'AVCP ha osservato che l'idea secondo cui il contratto non sarebbe a titolo oneroso condurrebbe diverse stazioni appaltanti a non assegnare alcun ruolo al prezzo in sede di valutazione delle offerte e a basare la relativa valutazione su criteri dimensionali delle imprese. Si tratta anche in questo caso, a detta dell'Autorità, di comportamenti non in linea con il Codice dei contratti pubblici, nonché contrari al già

rilevato indirizzo attuale di incremento dell'apertura del relativo mercato anche agli operatori economici di dimensioni più ridotte.

5.2 Il caso delle reti di impresa

Per quanto concerne il settore delle reti di impresa, il riferimento essenziale è costituito dall'atto di Segnalazione dell'AVCP n. 2 del 27 settembre 2012, recante: “*misure per la partecipazione delle reti di impresa alle procedure di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici*”, seguito dall'emanazione del Decreto Legge 18/10/2012, n. 179 (c.d. 2° Decreto Sviluppo): si tratta, in breve, dell'ampliamento dei criteri di legittimazione alla partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, in favore di forme associative di piccole realtà imprenditoriali le quali, singolarmente, non avrebbero potuto accedere al mercato dei contratti con la pubblica amministrazione.¹⁹

Nello specifico, con l'atto di Segnalazione n. 2/2012 l'AVCP ha suggerito un intervento normativo volto ad introdurre nel Codice dei contratti pubblici alcune essenziali regole, indispensabili per consentire la partecipazione delle reti di impresa alle procedure di gara.

A tale fine era stata condotta nel luglio 2012 un'apposita consultazione con gli operatori di settore, su alcuni punti essenziali della materia, quali la definizione del meccanismo di partecipazione alle gare, il possesso dei requisiti di qualificazione, la partecipazione alle reti di impresa da parte di professionisti ed alcune problematiche in fase di esecuzione del contratto.

Come evidenziato nella Relazione per l'anno 2012 sull'attività svolta dall'AVCP, si tratta di un settore di particolare importanza strategica, soprattutto in ragione dell'attuale congiuntura economica fortemente negativa: infatti, la consistente riduzione della spesa pubblica generata, in primo luogo, dalla scarsità di risorse finanziarie a disposizione dei soggetti pubblici, ha comportato una sensibile flessione della spesa destinata agli appalti.

¹⁹ Per ulteriori approfondimenti, si rimanda a AVCP, *Partecipazione delle reti di impresa alle procedure di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici ai sensi degli articoli 34 e 37 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, Determinazione n. 3 del 23 aprile 2013, in *Gazz. Uff. Rep. Italiana*, Serie generale, n. 120 del 24 maggio 2013; nonché ad AVCP, *Misure per la partecipazione delle reti di impresa alle procedure di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici*, Atto di segnalazione n. 2 del 27 settembre 2012, in www.avcp.it.

La contrazione della spesa nel mercato dei contratti pubblici, il cui valore nel 2012 si è ridotto a circa 95,3 miliardi di euro — ben dieci miliardi in meno rispetto ai 100,1 miliardi di euro (IVA esclusa) dell'anno precedente — ha determinato forti ripercussioni negative sull'occupazione nei settori correlati, basti pensare che, come ricordato, nel settore dei contratti pubblici nel 2012 la flessione dell'occupazione ha portato ad un calo mediamente stimato di circa 76.000 unità rispetto all'anno precedente.

Al riguardo va, tuttavia rilevato che la tendenza indicata non è stata uniforme nel mercato dei contratti pubblici, in quanto nel settore dei contratti di fornitura si registra solo un calo contenuto — appena il 2,4%, a fronte del 25% nel settore dei lavori — mentre il valore dei contratti di servizi è addirittura in crescita, anche se in questo caso bisogna segnalare che il dato positivo è sensibilmente influenzato dalla presenza di un affidamento di importo superiore ai cinque miliardi di euro.

Nell'ambito della spesa pubblica, poi, l'impatto della crisi è stato aggravato dalla rigidità della programmazione preventiva, che non consente l'adozione di meccanismi di adeguamento immediato dei rapporti negoziali alle esternalità negative di mercato, come invece può avvenire nel settore privato.

Secondo l'AVCP, sul punto, “*va altresì considerata la peculiarità della conformazione del sistema industriale italiano, nel quale si registra il numero più elevato di micro imprese rispetto ad altri Paesi simili per capacità produttiva e dimensioni. Tale circostanza che dovrebbe indurre a promuovere le condizioni per valorizzare ciò che, in generale, può costituire una risorsa, nell'attuale contesto di crisi rappresenta piuttosto un elemento di debolezza del sistema. Le piccole e medie imprese, infatti, sono quelle che maggiormente hanno risentito degli effetti negativi della riduzione della spesa pubblica e del credit crunch*”.

Diversi, in ragione di tali elementi, sono stati gli interventi normativi, volti a promuovere, e talvolta anche a sostenere, tali forme di impresa: tra questi si annoverano diversi interventi sul testo del Codice dei contratti pubblici, volti a facilitare e ad estendere l'accesso al mercato dei contratti con la pubblica amministrazione, come ad esempio l'introduzione, nell'ambito dei principi generali indicati nell'art. 2 del Codice, della possibilità di suddividere gli appalti in lotti funzionali, ove economicamente conveniente, nel rispetto della disciplina comunitaria

e proprio con lo specifico fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese; si afferma, inoltre, l'innovativo principio secondo il quale i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese.

In quest'ambito, l'approvazione del Decreto Legge n. 179/2012, convertito con modificazioni dalla Legge 17 dicembre 2012 n. 221, ha permesso alle imprese aggregate in forma di contratto di rete la partecipazione alle gare d'appalto secondo la disciplina prevista per i raggruppamenti temporanei di imprese.

Tale previsione potrà rappresentare, per il futuro, uno strumento importante di crescita del mercato dei contratti pubblici, sia in ragione del fatto che il fenomeno delle reti di imprese è in progressivo sviluppo nel nostro sistema industriale, sia del fatto che la 'rete' può costituire un'opportuna forma di aggregazione stabile dell'offerta, in grado di soddisfare in modo più efficiente il progressivo aumento di volumi di domanda conseguente alla tendenziale crescita di ipotesi di aggregazione tra stazioni appaltanti promossa dai più recenti interventi normativi.

In ultimo, l'attività regolamentare dell'AVCP in merito si stava completando attraverso il procedimento di adozione di un'apposita futura determinazione, condotto sulla base delle risultanze di una ampia consultazione on-line, condotta nell'estate del 2013.

5.3 Il caso delle cooperative sociali

Un ulteriore settore di intervento regolatorio dell'AVCP, che appare interessante nella prospettiva di una valutazione dell'impatto della crisi economica sul mercato dei contratti pubblici è rappresentato dalla Determinazione n. 3 del 1 agosto 2012, contenente le linee guida per gli affidamenti a cooperative sociali ai sensi dell' art. 5, comma 1, della Legge n. 381/91;²⁰ il provvedimento reca, inoltre, alcune indicazioni relative all'applicazione dell'art. 69 del Codice, in tema di cd. clausole sociali. Oggetto centrale delle linee guida, seguite ad un'ampia consultazione con le stazioni appaltanti e gli operatori economici interessati, sono una serie di chiarimenti in ordine all'ambito di applicazione soggettivo ed

²⁰ AVCP, *Linee guida per gli affidamenti a cooperative sociali ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge n. 381/1991*, Determinazione n. 3 del 1 agosto 2012, in Gazz. Uff., Serie generale, n. 185 del 9 agosto 2012.

oggettivo del citato art. 5 e circa le modalità di affidamento delle relative convenzioni. L'inquadramento giuridico della questione è fondato, secondo l'AVCP, dall'art. 45 della Costituzione, cui la norma in esame da diretta applicazione: si tratta, infatti, del principio costituzionale secondo cui: *“la Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata”* e ne promuove e favorisce, attraverso la Legge, *“l'incremento con i mezzi più idonei, assicurandone, con opportuni controlli, il carattere e le finalità”*, da leggere anche alla luce delle più recenti tendenze del diritto europeo, volte ad implementare il livello di integrazione degli aspetti sociali nella materia della contrattualistica pubblica.

In tale quadro generale, le linee guida elaborate dall'AVCP puntualizzano che le convenzioni possono essere stipulate da tutti gli enti pubblici, compresi quelli economici e le società a partecipazione pubblica. Soggetti beneficiari delle convenzioni di inserimento lavorativo, per contro, sono esclusivamente le cd. cooperative sociali di tipo “B”, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lettera b), Legge n. 381/1991.

Già in passato l'AVCP aveva affermato che l'iscrizione all'albo regionale costituisce condizione necessaria per la stipula delle convenzioni, da parte delle cooperative sociali aventi sede in Italia e dei loro consorzi (in tal senso, in particolare, si veda il Parere AVCP n. 40 del 2 aprile 2009).

Circa l'ambito oggettivo di applicazione, le linee guida evidenziano che oggetto della convenzione possono essere servizi e forniture al di sotto della soglia di rilievo comunitario, con esclusione dei lavori e dei servizi pubblici di rilevanza economica.

L'oggetto della convenzione, tuttavia, non deve esaurirsi nella mera fornitura di beni e servizi, poiché esso deve essere dal perseguimento di una specifica finalità di carattere sociale, consistente nel reinserimento lavorativo di soggetti svantaggiati. Tale dato consente la deroga alle regole ordinarie dettate dal Codice dei contratti per gli appalti sotto soglia, e deve essere tenuto nella dovuta ed considerazione, assieme al monitoraggio successivo, sia nella convenzione, sia nella determina a contrarre, a monte della procedura ad evidenza pubblica, di cui all'art. 11, comma 2 del Codice dei contratti pubblici, assieme alla necessità di limitare la durata di tali convenzioni entro un tempo ragionevole.

Sul punto relativo alle modalità di affidamento di questa tipologia di convenzione, l'AVCP conferma la necessità di escludere una deroga completa al generale obbligo di sottoposizione al confronto concorrenziale, il quale, in questo particolare ambito, sarà garantito attraverso forme di pubblicità preventiva. Nello specifico, viene richiamata quella *best practice* di settore, secondo la quale, nell'ambito della programmazione dell'attività contrattuale, anche se non necessariamente formalizzata nel programma facoltativo di cui all'art. 271 del Regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici, l'amministrazione aggiudicatrice individua preventivamente le esigenze di approvvigionamento di beni e servizi che possono essere soddisfatte mediante le convenzioni ex art. 5 della Legge n. 381/1991, per poi procedere alla pubblicazione, sul proprio profilo committente, di un avviso pubblico, atto a rendere nota la volontà di riservare parte degli appalti di determinati servizi e forniture alle cooperative sociali di tipo B, per le finalità di reinserimento lavorativo di soggetti svantaggiati. Resta confermata, ad ogni modo, l'opportunità di procedere ad una procedura competitiva di tipo negoziato, nell'ipotesi in cui sussistano più cooperative interessate all'aggiudicazione della medesima convenzione.

La determinazione specifica, inoltre, che l'ambito della deroga al Codice dei contratti è limitato alle sole procedure di aggiudicazione: è, quindi, applicabile la disciplina dettata dal Codice dei contratti e dal Regolamento attuativo sia per quanto attiene ai requisiti di partecipazione ed alle specifiche tecniche sia per l'esecuzione delle prestazioni, nonché con riguardo agli obblighi di comunicazione nei confronti dell'AVCP.

Nelle linee guida si affronta, infine, il tema delle cd. clausole sociali, previste in via specifica dall'art. 5, comma 4, della Legge n. 381/1991 e, in via generale, dall'art. 69 del Codice dei contratti secondo cui: *“le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'oneri. Dette condizioni possono attenere, in particolare, a esigenze sociali o ambientali”*.

Ne consegue la necessità che dette clausole sociali siano, ad ogni modo, conformi ai principi di diritto europeo di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

Le linee guida rammentano, da ultimo, che l'articolo 69, comma 3, del Codice dei contratti pubblici ha previsto la possibilità per le stazioni appaltanti di richiedere, in questo settore, un parere preventivo non vincolante all'AVCP, confermando in tal modo l'importanza della funzione regolatoria assolta da quest'ultima, anche attraverso la possibilità di intervenire ad indirizzare singole procedure di affidamento.

6 La standardizzazione delle procedure contrattuali pubbliche: le recenti posizioni espresse negli atti dell'Autorità

L'obiettivo della semplificazione e della trasparenza nel settore dei contratti pubblici deve considerarsi al centro dell'attività di regolazione svolta dall'AVCP: in quest'ambito, infatti, si inserisce l'importante sistema di definizione dei bandi-tipo, cui si è fatto cenno nell'ambito del presente lavoro. In questa sede, tuttavia, merita una notazione specifica l'adozione da parte dell'AVCP della Deliberazione n. 111/2012, che ha istituito un sistema per la verifica on-line dei requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento. Tale sistema, tuttavia, è rimasto ad oggi di fatto sospeso nella sua concreta attuazione.

Nei modelli di bando-tipo avrebbero dovuto essere, inoltre, indicate le clausole tassative di esclusione già indicate nella Determinazione n. 4/2012. I vari modelli sarebbero stati scaricabili dal sito internet dell'Autorità in formato liberamente utilizzabile e conterranno una serie di alternative al fine di consentirne l'adattamento alle varie fattispecie concrete. I modelli sarebbero, poi, stati accompagnati da un vademecum che avrebbe indicato gli elementi necessari e quelli eventuali che possono essere inseriti dalla stazione appaltante ed illustrerà le modalità di compilazione ed utilizzo dei modelli di bando. Al documento sarebbe, altresì, stata allegata una tabella, atta a guidare le stazioni appaltanti nelle possibili alternative.

Sempre nell'ambito della standardizzazione degli atti e delle procedure relative ai contratti pubblici, si segnala, inoltre, anche la Determinazione n. 1/2013: con tale determinazione, infatti, l'AVCP ha fornito chiarimenti in ordine all'interpretazione da darsi all'art. 11 del Codice dei contratti pubblici, a seguito della novella normativa di cui all'art. 6, comma 3, del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con

modificazioni dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221 (cd. decreto sviluppo bis). Nello specifico, l'AVCP ha precisato che l'applicazione dell'art. 11, comma 13, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 deve intendersi specificamente riferita alla nozione di contratto pubblico di cui all'art. 3 del Codice; tali contratti debbono essere redatti, a pena di nullità, o mediante atto pubblico notarile informatico o in forma pubblica amministrativa, con modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice, o mediante scrittura privata. In quest'ultimo caso, dunque resta ammissibile la forma cartacea e le altre forme ad essa equivalenti secondo l'ordinamento. La c.d. "modalità elettronica" della forma pubblica amministrativa può essere assolta anche attraverso l'acquisizione digitale della sottoscrizione autografa, in conformità a quanto prescritto dall'art. 25, comma 2, del D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

7 Ulteriori interventi regolatori dell'Autorità: recenti assesti in tema di pubblicazione degli atti

Oltre all'attività sopra esaminata, merita un breve cenno l'adozione dell'atto di Segnalazione n. 1 del 27 marzo 2013 in materia di: "*Pubblicazione cartacea degli avvisi e dei bandi ex art. 66, comma 7 secondo periodo, del Codice*": si tratta, infatti, di un settore di primario interesse non solo per gli operatori del settore, ma anche per i cittadini — utenti, destinatari indiretti della garanzia di trasparenza e di accessibilità degli atti di avvio delle procedure ad evidenza pubblica, attraverso le forme più ampie di pubblicità.²¹

Il fine dell'AVCP è stato l'auspicio di un intervento normativo volto al coordinamento delle recenti disposizioni, che sembrano porre in dubbio la sussistenza dell'obbligo di pubblicazione per estratto dei bandi e degli avvisi, sui quotidiani a larga diffusione.

L'Autorità ha segnalato, tra l'altro, il pericolo che, a seguito della frammentarietà del quadro normativo di riferimento, possa insorgere un ingente e farraginoso carico di contenzioso amministrativo, in particolare con riferimento dell'obbligo di rimborso delle spese di pubblicazione a

²¹ Vedi AVCP, *Pubblicazione cartacea degli avvisi e dei bandi ex art. 66, comma 7, secondo periodo, del Codice*, Atto di segnalazione n. 1 del 27 marzo 2013, in www.avcp.it.

carico dell'aggiudicatario, introdotto dalla legge 221/2012 di conversione del d.l. 179/2012.

Due sono i possibili e contrapposti orientamenti interpretativi: un primo approccio secondo cui, dati i richiami espressi alle norme di pubblicità previste dal Codice, da parte della legge anticorruzione e del decreto sviluppo bis (D.L. 179/2012), le amministrazioni avrebbero l'obbligo di pubblicazione anche sui quotidiani. Secondo altra interpretazione, tesa a valorizzare gli obiettivi di modernizzazione, semplificazione e digitalizzazione dell'attività amministrativa, la pubblicazione degli avvisi sui quotidiani dovrebbe considerarsi una mera facoltà. Al fine di chiarire questi punti, dunque, l'AVCP ha ritenuto necessario un intervento risolutivo da parte del legislatore.

8 Conclusioni. Quale futuro per la regolazione del mercato dei contratti pubblici in Italia?

Da quanto riportato, appare comprovato, come rilevato all'inizio del presente lavoro, che la connotazione dell'azione regolatoria dell'AVCP si è andata man mano definendo in una forma di regolazione — indirizzo del mercato dei contratti pubblici fondata, principalmente, sull'effettiva capacità di individuare e risolvere i principali nodi problematici della materia, piuttosto che su di una mera autorevolezza istituzionale, come si è soliti rilevare nei meccanismi di *soft-law*.

Ciò è avvenuto attraverso l'implementazione della funzione svolta dall'AVCP quale sede di confronto costruttivo tra i diversi portatori di interesse, non ultimi quelli rappresentativi delle istanze consumeristiche: si tratta, a ben vedere, di un percorso non ancora del tutto completato, ed all'interno del quale dovrà darsi sempre maggior peso alle istanze di quei portatori di interessi di assoluto rilievo socio-economico, ma tradizionalmente poco coinvolti nelle dinamiche regolatorie del mercato di contratti pubblici, come è il caso degli interessi dei consumatori-utenti finali.

In tale direzione, quindi, deve leggersi in primo luogo l'impegno profuso dall'AVCP nella costruzione di un sistema trasparente ed organizzato, pur nella sua ontologica complessità, di individuazione delle questioni rilevanti e di coinvolgimento del più ampio numero possibile di interessi.

Questo è il frutto dell'integrazione funzionale di tutta una serie di atti di regolazione, il cui precipitato normativo si rinviene sia nel Regolamento sulla partecipazione, sia nell'articolazione delle diverse forme partecipative previste, dalla consultazione telematica, aperta a tutti i soggetti interessati, alla tradizionale consultazione su invito, fino ai tavoli tecnici, in cui la specificità delle questioni trattate rende necessaria una limitazione del novero dei soggetti coinvolti in ragione delle relative competenze specifiche, in termini di concreta utilità.

La capacità di penetrazione nelle dinamiche del mercato dei contratti pubblici, poi, è stata incrementata dalla stretta integrazione tra le diverse attività svolte dall'AVCP, pur in assenza di una capacità effettiva di incidere imperativamente sui relativi atti e rapporti giuridici: questo, in particolare, è avvenuta in relazione ai casi in cui l'esercizio dell'attività di regolazione si è manifestata come diretta conseguenza della conoscenza di criticità nel mercato, acquisita in occasione dell'esercizio di attività di tipo ispettivo su singoli rapporti contrattuali.

Dette caratteristiche, in conclusione, hanno qualificato l'AVCP, nell'esercizio della propria attività regolatoria, come interprete autorevole ed attento del mercato dei contratti pubblici, e le hanno consentito di modulare efficacemente il momento interpretativo ed applicativo delle relative norme, anche in ragione di interessi tradizionalmente esclusi dalla considerazione del legislatore in materia, ma che si presentano nella realtà dei fatti imprescindibili e drammaticamente attuali, in ragione della congiuntura economica fortemente negativa.

Il dubbio che ad oggi permane attiene al futuro prossimo del sistema di regolazione del mercato dei contratti pubblici, investito da una profonda opera di revisione da parte del legislatore italiano.

Si è, infatti, già detto che l'art. 19 del Decreto Legge 24 giugno 2014, n. 90 ha espressamente soppresso la figura dell'AVCP, trasferimento funzioni e risorse in capo all'Autorità Nazionale Anti Corruzione ANAC.

Nelle more del processo di conversione in Legge del Decreto 90/2014, tuttavia, un dato è già lecito cogliersi nella volontà del legislatore italiano di imprimere una svolta, sicuramente al livello istituzionale e di immagine, nella regolazione del mercato dei contratti pubblici,

in favore della tutela della trasparenza e della legalità estrinseca al sistema di aggiudicazione dei contratti con la pubblica amministrazione.²²

Forte perplessità suscita l'oscurità della disciplina con riferimento al periodo transitorio, che ha lasciato gli operatori pubblici e privati del mercato di riferimento in una situazione di sostanziale emparse: sul punto, infatti, non sembra assolutamente risolutiva neanche la Delibera 26 giugno 2014, n. 102 dell'ANAC, con cui, in sostanza, si congela una situazione di provvisoria separazione strutturale e di bilancio tra le diverse branche di attività, in attesa di un generale riassetto dell'istituzione.

Il timore, d'altronde, è che si sacrificino sul ceppo della ghiottina legislativa le funzioni di regolazione più strettamente interne al mercato, svolte fino ad ora dall'AVCP con intensità, autorevolezza e livello di effettività sempre crescente, perdendo quello che è diventato a pieno titolo un prezioso *know how* regolatorio a tutela della concorrenza nel mercato dei contratti pubblici.

Resumo: O autor desenvolve uma análise do quadro atual da regulação em matéria de contratos públicos no mercado italiano, com particular referência à atividade da Autoridade nacional de setor. A disciplina atual no ordenamento italiano sobre a matéria prevê, de fato, uma profunda revisão da estrutura de mercado dos contratos com a Administração Pública sob a ótica do incremento da tutela pela transparência e da luta contra a corrupção. O risco advertido, todavia, é o de descurar-se dos importantes êxitos até o momento alcançados no percurso de reforçar a tradicional função regulatória desenvolvida pela Autoridade de setor, através da articulada estruturação das regras preventivas de seleção dos âmbitos aos quais intervém e das regras de participação dos sujeitos portadores de interesses, que souberam também fazer-se intérpretes das exigências socioeconômicas conexas às crises dos mercados nos países da Europa Continental.

Palavras-chave: Direito Administrativo europeu e italiano. Regulação dos contratos públicos. Autoridade nacional de setores. Tutela da transparência e luta contra a corrupção.

²² Nella più recente dottrina italiana in materia, infatti, non mancano voci autorevoli che evidenziano i profili di carenza del sistema di regolazione del mercato nazionale dei contratti pubblici in punto di trasparenza, legalità e lotta alla corruzione, per cui vedi, tra gli altri, D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite, corruzione*, in G.D. COMPORTEI, (a cura di), *Le gare pubbliche. Il futuro di un modello*, Napoli, 2011, pp. 265 e ss.; F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzioni, rimedi*, Firenze, 2010; F. MANGANARO, *Corruzione e criminalità organizzata*, in C. LA MERA (a cura di), *L'area grigia della ndrangheta*, Roma, 2012; F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, pp. 177 e ss. Per un inquadramento più generale e sistematico del problema delle c.d. disfunzioni amministrative nel contesto giuridico italiano, vedi il capitolo dedicato da M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012.