

La “nuova evidenza pubblica” negli appalti : la tutela della concorrenza e le problematiche connesse.

Autore: Mastrodomenico Emanuela

In: Diritto amministrativo

Con il d.p.r. 445/2000 e la legge 340/2000 il legislatore interno, in linea con quello comunitario ha inteso attuare un processo di semplificazione amministrativa, tale da garantire notevoli risparmi di spesa e di tempo, da parte della pubblica amministrazione in settori nevralgici delle sue attività; con la prima interviene nel procedimento amministrativo, consentendo il recepimento della direttiva 1999/93 sulla firma elettronica e con la seconda, interviene nel settore dei contratti della pubblica amministrazione, disciplinando un prima esperienza di mercato elettronico e di gare telematiche nel settore, degli appalti pubblici di forniture e servizi.

Con l'istituto della firma elettronica, si semplificano tutte le procedure che fanno riferimento alla identificazione del contraente, permettendo la autenticazione a distanza di numerosi atti; in particolare tali documenti, assumono valore probatorio legale presunto, qualora si tratti di firma elettronica avanzata, ed una efficacia probatoria liberamente valutabile dal giudice sul piano del legittimo affidamento ingenerato presso terzi nei casi di firma elettronica semplice.[1]

Questo istituto, in realtà rimane il più utilizzato soprattutto nel settore degli acquisti della pubblica amministrazione, e certamente rappresenta un antecedente necessario rispetto alla attuazione di una radicale riforma del sistema degli acquisti della pubblica amministrazione.

Come, è stato auspicato dalla stessa Commissione europea appalti con la comunicazione CEE del Marzo 1998, la messa in opera di un vero e proprio “Codice Europeo degli appalti”, e quindi di un sistema di aggiudicazione elettronica degli stessi avrebbe dovuto favorire la creazione di una vera e propria piattaforma informatica di conclusione dei contratti di appalto: tuttavia gli obiettivi, troppo ottimistici forse, di coprire con almeno il 23% del totale di contratti di appalto aggiudicati in Europa con sistemi informatici, non ha avuto gli esiti sperati, in primo luogo le cause di questo sono da individuarsi dalle disomogeneità e dalle peculiarità con cui il necessario processo di informatizzazione delle pubbliche amministrazioni degli stati membri sono state attuate.

In particolare, in Italia, premesso che la maggior parte di contratti della pubblica amministrazione sono rappresentate da appalti, vi sono differenze di impostazione tra evidenza pubblica comunitaria e evidenza pubblica interna; quest'ultima come si evince dalla legge di contabilità di stato del 1924, è preordinata alla tutela dell'interesse della pubblica amministrazione al conseguimento di un rapporto ottimale di equilibrio tra qualità del servizio ed economicità, piuttosto che a garantire ai contraenti privati l'interesse a partecipare ad una gara in condizioni di competitività ed uguaglianza.

Per il diritto comunitario invece, il principio di concorrenza^[2] sembra far da padrone, esso trova infatti largo ambito di applicazione sia nella fase di selezione del contraente e di valutazione delle offerte, ma anche nella fase di esecuzione del contratto, assunto quest'ultimo che trova i necessari temperamenti, vista la vincolatività degli accordi presi in sede di aggiudicazione del contratto.

In questo sistema si inserisce oggi, il nuovo codice degli appalti, emanato in attuazione delle direttive CEE 17

e 18 /2002, un attento esame delle scelte di politica legislative sottese ad esso fa notare come, su questo piano si possa registrare un vero e proprio conflitto tra concezioni del potere della pubblica amministrazione "di agire iure privatorum", ponendo cioè in essere atti di diritto privato mediante una attività che dalla dottrina è stata definita di tipo "consensuale".

Le incompatibilità di fondo con i presupposti del principio della concorrenza, emergono dal fatto che, la pubblica amministrazione, nelle sue scelte discrezionali è vincolata nel fine; ovvero essa persegue sempre il buon andamento e l'efficienza, anche in termini di risparmio di spesa, mediante una attività ponderatrice i interessi configgenti; in altre parole, non è detto che la scelta migliore tra diverse opzioni sia quella più economica ovvero che essa consenta alla stessa amministrazione un risparmio di spesa o un guadagno. La pubblica amministrazione quindi, non agisce per fini di lucro, ma il suo agire soggiace ai criteri indicati dall'art 97 della Costituzione.

Con il modello di evidenza comunitaria invece si avverte una inversione di tendenza: la pubblica amministrazione è "costretta a premiare l'imprenditore più competitivo", secondo logiche di mercato; sulla base di una procedura di gara in cui le imprese abbiano la possibilità di formulare l'offerta e di vedersela valutata alla stregua di regole il più possibile chiare ed oggettive che devono essere prefissate all'interno di un bando garantito con le dovute forme di pubblicità. Garanzie strumentali alla par condicio contraentium, sono costituite dalla garanzia di procedure trasparenti, dalla garanzia di pubblicità e di corretto svolgimento della gara, idonee a garantire quindi una partecipazione competitiva ai singoli concorrenti.

I recenti commentatori al Codice De Lise^[3], analizzando le singole disposizioni hanno evidenziato come, si assista ad una notevole proceduralizzazione dello svolgimento di gara, che comprime in modo vistoso, anche la discrezionalità della pubblica amministrazione e

che

garantisce il rispetto di criteri predeterminati ed oggettivi, come accade in tema di offerte anomale, e di contenuto del bando di gara, aspetti questi ultimi disciplinati con particolare dovizia.

Tuttavia, è controverso se, la scelta di politica legislativa effettuata dal codice, possa garantire un effettivo rispetto del principio della concorrenza nel senso inteso dal mercato economico, ovvero se la stessa possa stimolare un suo sviluppo, in merito tuttavia si possono effettuare diversi ordini di considerazioni.

In primo luogo, sembra che l'interesse generale economico che è quello della concorrenza, vada a scontrarsi con l'interesse generale della pubblica amministrazione, quest'ultimo consente l'ingresso nel contratto di appalto anche di disposizioni non scritte, come accade in merito alla garanzia di continuità nella esecuzione dei servizi e di poteri e modifiche unilaterali della pubblica amministrazione qualora sopraggiungano cause di forza maggiore^[4] al fine di mantenere invariato l'equilibrio finanziario iniziale del contratto di appalto.

Il rapporto va senza dubbio risolto in termini di contemperamento, esso infatti si traduce nel rapporto di equilibrio che necessariamente deve instaurarsi tra regole procedurali, interesse generale della pubblica amministrazione, e tutela della concorrenza, nelle varie fasi della aggiudicazione. Per la fase di scelta del contraente, infatti l'interesse alla correttezza e alla capacità dell'aggiudicatario va contemperata con quella della par condicio contraentium, che determina la predeterminazione dettagliata dei criteri di aggiudicazione nel bando di gara, il giudice infatti pur non potendo andare nel merito delle scelte discrezionali della aggiudicazione, potrà senza dubbio sindacare sulla corretta applicazione dei criteri di aggiudicazione (offerta economicamente più vantaggiosa e criterio del prezzo più basso). Se quindi, tutto si traduce in un "gioco di ponderazione di interessi", tale da svuotare nel suo contenuto sostanziale il carattere del fine non lucrativo dell'agire della pubblica amministrazione, la dottrina più recente ha ammesso la possibilità di una quantificazione in termini economici dell'interesse della pubblica amministrazione all'andamento e alla economicità del suo agire, consentendo anche l'instaurazione di un regime di concorrenza tra le stesse amministrazioni pubbliche, quindi l'interesse generale va interpretato in chiave meramente formale, in altri termini questo significa dare un altro contenuto al fine dell'agire della pubblica amministrazione.

I

nuovi contratti ad evidenza pubblica si presterebbero a diventare piuttosto che mezzi di perseguimento dell'interesse pubblico un vero e proprio strumento idoneo a garantire la concorrenza tra imprenditori e tra stesse pubbliche amministrazioni.

Gli atteggiamenti contrari a questa teoria, tuttavia derivano dal fatto che il nostro codice degli appalti piuttosto che stimolare lo sviluppo di una concorrenza, mediante la previsione di una serrata

procedimentalizzazione sembra la regolamenti e ne garantisca solo il rispetto qualora essa, ci sia. Il riferimento è ad istituti come il dialogo competitivo, per gli appalti complessi e alla trattativa privata i cui casi di ricorso sono notevolmente ampliati rispetto a quanto previsto in precedenza. Diventa essenziale a questo punto permettere una partecipazione del maggior numero di imprese possibili, mediante la predisposizione di adeguati mezzi di pubblicità, ma anche prevedere una disciplina dei requisiti di partecipazione sufficientemente dettagliata, tale da non causare ingiustificati aggravii del procedimento. In questa ottica istituti come quello dei controlli e delle verifiche a campione dovranno essere rivisti nelle loro linee fondamentali.

La stessa informatizzazione della pubblica amministrazione e la disciplina di un mercato elettronico e di procedure telematiche di gara, (l. 340/2000) quindi si pongono in funzione strumentale rispetto ad una regolamentazione degli acquisti della pubblica amministrazione, anzi ne diventano i necessari presupposti per una corretta attuazione del "nuovo codice degli appalti"

E' evidente un progressivo avvicinamento tra la dimensione comunitaria della evidenza pubblica e quella tradizionale interna, tuttavia questo processo appare lento e di difficile attuazione, è per questo che il nostro legislatore ha preferito una soluzione di compromesso: infatti ha riportato le disposizioni delle direttive 17 e 18 inquadrando tuttavia in uno schema notevolmente procedimentalizzato, pertanto avrebbe ragione

la dottrina più cauta che afferma come la garanzia che qui è stata attuata sia solo quella di un corretto svolgimento di dialogo concorrenziale tra imprese.

Occorre, a questo punto per il rispetto del principio di legalità dell'agire amministrativo, procedere ad una riclassificazione di contratti tipici della pubblica amministrazione alla luce delle recenti riforme legislative e degli orientamenti comunitari in materia, al fine di meglio definire anche quali siano i nuovi contorni della discrezionalità amministrativa.

[1] Brevemente, si tratta di sistemi di chiavi crittografate a coppia

, che consentono una inequivoca connessione tra destinatario e determinabilità del firmatario, e in particolare, per quanto riguarda la firma avanzata si aggiunge la possibilità di controllo da parte del firmatario della stessa nonché il collegamento della firma ai dati a cui si riferisce, tanto da consentire facilmente, la possibilità di individuare anche ulteriori modifiche dell'atto.

[2] Il principio di concorrenza, in primo luogo, va inteso come strumentale e concorrente rispetto alle

libertà fondamentali stabilite dal trattato, quali la libertà di circolazione di servizi e di merci, la libertà di un imprenditore di svolgere la propria attività professionale fuori dalla propria nazione di appartenenza, la libertà di stabilimento, nonché quindi il diritto a non essere discriminati per la propria nazionalità nella aggiudicazione dell'appalto.

[3] D lgs. 65/2005

[4] Il nuovo codice degli appalti francesi, ad esempio, che può considerarsi un antecedente del nostro codice degli appalti, prevede la possibilità di aggiudicare appalti complementari a quello principale, qualora il loro valore non superi il 50% di quello totale e, e la possibilità sempre qualora sopraggiunga il *factum principis*, di consentire modifiche alla prestazione così come aggiudicata, se la variazione non superi il 15% del valore totale. Per un commento approfondito vedi " *rfa, revue française de droit administratif ; les contrats administratifs et leur évolution*, janvier-février 2006 pg.19.

<https://www.diritto.it/la-nuova-evidenza-pubblica-negli-appalti-la-tutela-della-concorrenza-e-le-problematiche-connesse/>