

## IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI NEL SISTEMA DI FINANZA E CONTABILITÀ PUBBLICA

del Prof. Pelino Santoro, *Presidente On. della Corte dei conti*

### 1 - Premessa

È noto che gli appalti e i contratti pubblici hanno un notevole peso sulla spesa pubblica e nel mercato. Secondo i dati comunitari, i soli appalti regolati dalle direttive rappresentano il 18% del PIL; in ambito nazionale la spesa complessiva di tutti i contratti si aggira sul 20% del PIL; secondo dati dell'ANAC, nel 2014 il valore complessivo dei contratti di importo superiore a 40.000 euro in tutti i settori (ordinario e speciale) si è attestato attorno ai 101,4 miliardi di euro; il settore degli appalti pubblici costituisce un mercato rilevante di grande importanza<sup>1</sup> e costituisce uno dei più importanti aggregati della spesa pubblica che complessivamente raggiunge 130 miliardi di euro.

Nell'ordinamento generale il profilo finanziario dell'attività contrattuale ha preminente considerazione nel documento di programmazione economica, nella legge di stabilità, ai fini del conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica imposti dal patto di stabilità europeo e del giusto equilibrio del rapporto tra sviluppo dell'economia e contenimento della spesa, e negli strumenti di programmazione operativa ai fini della ripartizione e dell'accorto utilizzo delle risorse.

Il diritto comunitario, secondo una comunicazione interpretativa della Commissione CE (2006/C 179/02 del 23 giugno 2006), intende aiutare le amministrazioni aggiudicatrici, attraverso metodi di aggiudicazione aperti e concorrenziali idonei ad attirare una gamma più ampia di potenziali offerenti e a beneficiare di offerte più vantaggiose assicurando un uso, il più efficace possibile, del denaro pubblico che è di particolare importanza per gli esistenti problemi di bilancio.

Tale prospettiva rappresenta, non tanto l'abbandono dell'iniziale approccio preferenziale alla libertà di mercato in un'area comune, ma piuttosto la presa di coscienza che il corretto uso delle risorse pubbliche contribuisce al mantenimento degli equilibri di bilancio e al coordinamento delle politiche economiche, necessari per il sostegno della moneta unica europea; ciò non toglie che le regole comunitarie restino finalizzate non certo alla tutela dell'interesse egoistico delle singole amministrazioni pubbliche, bensì alla salvaguardia dei valori della concorrenza e quindi della libertà competitiva delle singole imprese<sup>2</sup>.

Nel parere del Consiglio di Stato sul testo del nuovo codice (Comm. Spec. Comm. spec. 1 aprile 2016 n. 855) si riconosce (punto 1.a) che i contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture sono una voce particolarmente significativa della spesa pubblica, con una duplice implicazione, costituendo una leva importante della politica economica e sociale di un Paese, e si da atto che nell'approccio eurounitario, i contratti pubblici sono regolati nell'ottica di un'adeguata tutela della concorrenza e del mercato, al fine di abbattere le

---

<sup>1</sup> E' stato calcolato che operano 13.000 stazioni appaltanti e circa 86.000 imprese di costruzioni (di cui 50.000 per appalti inferiori 150.000 euro).

<sup>2</sup> Cons. St., Sez. VI, 5 maggio 2003 n. 2332, in Foro amm. C.d.S., 2003, 1642.

barriere nazionali, e nella prospettiva dell'uso dei contratti pubblici al fine di una corretta allocazione delle risorse comunitarie e di una crescita sostenibile.

La legge delega per il riordino indica, quale criterio direttivo (lett. bb, l. n. 11/2016), la razionalizzazione delle procedure di spesa con particolare riferimento alle fasi di programmazione e controllo. Lo stretto collegamento dell'attività contrattuale alla spesa pubblica è dimostrato (per esclusione) dalla disposizione, inserita nel nuovo codice (art. 20), che esclude espressamente dal suo ambito di applicazione la realizzazione di un'opera pubblica a totale cura e spesa di un soggetto privato.

Il codice, tuttavia, apparentemente non si interessa direttamente dei profili contabili e finanziari delle procedure contrattuali, se non in poche disposizioni di collegamento programmatico o che prevedono adempimenti formali di raccordo con altri organi istituzionali di controllo.

Tutta la disciplina, però, essendo attuativa delle direttive comunitaria, ne assorbe le finalità e i principi fondamentali, anche se non espressamente riprodotti.

## **2 - Riflessi delle direttive comunitarie sulla finanza pubblica**

Con riguardo agli interessi economici e finanziari degli Stati nazionali, le direttive comunitarie enunciano, in particolare sono finalizzate a:

- garantire l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici (considerando n. 2 Dir 2014/24/UE e n. 4 Dir. 2014/25);
- consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di trarre pienamente profitto dalle possibilità offerte dallo strumento di acquisizione dinamica (considerando n. 63, Dir. 2014/24);
- agevolare un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile. (considerando n. 109 Dir. 2014/24);
- garantire contemporaneamente la massima efficienza nell'uso dei fondi pubblici (Dir. 2014/23/UE - concessioni);
- eliminare le persistenti distorsioni del mercato interno e favorire altresì l'efficienza della spesa pubblica (considerando n. 4 Dir. 2014/23);
- assicurare un'utilizzazione ottimale dei mezzi finanziari mediante un'ampia concorrenza per quanto riguarda i prodotti, lavori o servizi di uso comune o pronti per l'uso che sono generalmente disponibili sul mercato (considerando n. 73 Dir. 2014/25);
- consentire alle autorità pubbliche di svolgere i compiti di servizio pubblico affidati loro utilizzando le loro stesse risorse (considerando n. 45 e art. 2 Dir 2004/23. - Concessioni).

Le direttive inoltre, presuppongono il coinvolgimento di risorse finanziarie pubbliche quando danno la definizione di organismo di diritto pubblico (finanziamento pubblico prevalente) e di impresa pubblica (influenza dominante per proprietà o partecipazione finanziaria).

## **3 – La spesa pubblica nel codice dei contratti**

Il codice s'interessa più da vicino della spesa pubblica quando:

- dispone (art. 21, comma 3) che il programma triennale dei lavori pubblici deve contenere l'indicazione dei mezzi finanziari stanziati sullo stato di

previsione o sul proprio bilancio, ovvero disponibili in base a contributi o risorse dello Stato, delle regioni a statuto ordinario o di altri enti pubblici<sup>3</sup>.

- prescrive che il progetto di fattibilità deve farsi carico di indicare i limiti di spesa dell'infrastruttura da realizzare (art. 23 comma 6) e che il progetto definitivo contiene la quantificazione definitiva del limite di spesa (comma 7);
- prevede (art. 216. Comma 23) che i progetti preliminari relativi alla realizzazione di lavori pubblici riguardanti proposte di concessione, sono oggetto di valutazione di fattibilità economica e finanziaria<sup>4</sup>;
- definisce (art. 201) gli strumenti di pianificazione e programmazione generale delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese;
- introduce strumenti di finanziamento e riprogrammazione delle risorse per le infrastrutture prioritarie, anche mediante *project review* (art. 202);
- prevede (art. 202, comma 6) meccanismi di definanziamento in coerenza con il Documento pluriennale di pianificazione, previsto dall'articolo 2 D.lgs n. 228/2011;
- indica modalità di natura prettamente contabile disponendo che le somme relative ai finanziamenti revocati ai sensi del presente articolo iscritte in conto residui sono versate all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate, compatibilmente con gli equilibri di finanza pubblica, sull'apposito (art. 202, comma 7); e autorizzando il Ministro dell'economia ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio in termini di residui, competenza e cassa (comma 9);
- affida al RUP il compito di curare, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati in **coerenza alla copertura finanziaria** e ai tempi di realizzazione dei programmi (art. 31, comma 4, lett. b);
- disciplina la tecnica di copertura finanziaria della spesa dei lavori di somma urgenza (art. 163, comma 4);
- definisce (art. 165) il rischio e l'equilibrio economico-finanziario nelle concessioni, prevedendo, tra l'altro, che l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al trenta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari<sup>5</sup>;
- prevede che nell'affidamento a contraente generale sia determinata la quota di valore dell'opera che deve essere realizzata con anticipazione di risorse proprie art. 194, comma 12);
- prevede che il contratto di partenariato è condizionato dalla disponibilità documentata di un finanziamento (art. 180, comma 7) e che il finanziamento può avvenire utilizzando idonei strumenti quali, tra gli altri, la finanza di progetto o il conferimento di *asset* patrimoniali pubblici e privati, fermo

---

<sup>3</sup> Tra le fonti di finanziamento possono essere indicati anche i beni immobili disponibili che possono essere oggetto di cessione (art. 191).

<sup>4</sup> Apposita struttura del Ministero infrastrutture svolge (art. 214) le funzioni del Nucleo di valutazione e verifica degli investimenti pubblici, previste dall'art. 1 della L.144/1999 e 7 D.lgs n. 228/2011.

<sup>5</sup> La società di progetto per la realizzazione di grande infrastruttura può emettere obbligazioni e titoli di debito (art. 185).

restando che la remunerazione del capitale investito è definita nel contratto (art. 182).

- istituzionalizza le centrali di committenza e le aggregazione di stazioni appaltanti, quali strumenti di efficientamento ed economia della spesa pubblica per prestazioni strumentali<sup>6</sup>.

Il testo contiene disposizioni sui pagamenti e contabilizzazione (art. 105), sulle clausole revisionali (art. 106) e cauzioni (art. 93 e 103), reintroduce la possibilità di anticipazioni di prezzo (art. 35, comma 18), stabilisce la misura massima dell'eventuale prezzo/contributo della concessione (art. 165, comma 3), mentre rinvia a successive linee guida ministeriali per il controllo tecnico, contabile e amministrativo (art. 111).

#### **4 – I riferimenti testuali alle materie contabilità**

Oltre che i richiami impliciti a tematiche di finanza pubblica il codice si spinge a disciplinare direttamente aspetti sicuramente rientranti nelle materie di contabilità pubblica secondo la tradizione storica<sup>7</sup> e l'evoluzione concettuale che si deve alla Corte costituzionale.

Un primo approccio riguarda la ridefinizione del tipo di controllo esterno sui contratti segreti, per i quali il vecchio codice prevedeva (art. 17 comma 5) esclusivamente il controllo successivo da parte della Corte dei conti la quale si pronunciava, con un'unica relazione annuale, anche sulla regolarità correttezza ed efficacia della gestione.

Il nuovo testo, nel confermare la derogabilità della disciplina del codice per i contratti li riporta nel regime ordinario dei controlli preventivi sui contratti delle amministrazioni dello Stato (ex art. 3, lett. g, L. n. 20/1994), stabilendo (art. 162, comma 5, corrispondente all'art. 17 comma 5 del vecchio codice) che la Corte dei conti, tramite un proprio ufficio organizzato in modo da salvaguardare le esigenze di riservatezza, esercita il controllo preventivo sulla legittimità e sulla regolarità dei contratti di cui al presente articolo, nonché sulla regolarità, correttezza ed efficacia della gestione; viene tuttavia mantenuto il referto specifico al Parlamento entro il 30 giugno di ciascun anno<sup>8</sup>.

Un richiamo implicito, ai controlli della Corte dei conti, e allo stesso tempo la conferma dell'assetto vigente disciplina in atto, è contenuto (ripetitivamente) negli articoli 32, comma 12 e 33, comma 2, laddove prevedono che il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo, dell'eventuale approvazione e controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti<sup>9</sup>; mentre il controllo preventivo della magistratura contabile opera solo oltre le soglie comunitarie, hanno una valenza sistemica

---

<sup>6</sup> Sono finalizzate (art. 41) a migliorare la qualità degli approvvigionamenti e ridurre i costi e i tempi di espletamento delle gare.

<sup>7</sup> L'art. 3 della prima legge di contabilità del Regno unito, R.D. 11 aprile 1869 n. 5026, corrispondente all'art. 3 della vigente T.U. di contabilità, R.D. 18 novembre 1923 n. 2440, conteneva la regola che tutti i contratti dai quali derivi entrata o spesa dello Stato devono essere preceduti da pubblico incanto.

<sup>8</sup> La Corte dei conti chiamata ad esprimere un parer sul nuovo testo, che tocca anche la sua organizzazione, ha dato atto che l'attività di controllo sui contratti segreti viene attratta funzionalmente nella nuova disciplina da adottare (S.R., 4 aprile 2016 n. 2, in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it)).

<sup>9</sup> Sullo stato del sistema di controlli, GALTIERI C., Controlli tradizionali e disciplina dei contratti pubblici, Relazione al Convegno di Varenna del 2015 su La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione.

sia il controllo della Ragioneria dello Stato<sup>10</sup> sia quello del responsabile del servizio finanziario per gli enti locali.

Un altro punto che sfiora le materie oggetto di giurisdizione contabile ai sensi dell'art. 103 Cost. riguarda la conferma della previsione (corrispondente all'art.6 comma 13 D.lgs n. 163/2006) di un raccordo tra l'attività dell'ANAC e le altre autorità di controllo amministrativo e giurisdizionale, disponendo (art. 213, comma 6) che l'Autorità anticorruzione trasmetta i suoi rilievi agli organi di controllo e, se di rilevanza penale, alle competenti Procure della Repubblica e che, qualora dalla esecuzione dei contratti pubblici derivi pregiudizio per il pubblico erario, gli atti e i rilievi sono trasmessi anche ai soggetti interessati e alla Procura generale della Corte dei conti<sup>11</sup>.

Non è stato riproposto, invece, l'obbligo rendicontazione gestionale, di incerta natura, a carico del responsabile del procedimento, già previsto dall'art. 10, comma 7, del Reg. n. 207/2010, che resta gradualmente abrogato.

I raccordi contabilità e finanza pubblica, però, vanno ben oltre i richiami ed i rinvii espressi, poiché il profilo finanziario dei contratti pubblici, rende inevitabile che tutta l'attività contrattuale (nel codice e fuori dal codice) sia considerato fenomenologia spesa, da valutare in termini di contabilità sia finanziaria che economica; come gestione finanziaria resta soggetta ai controlli istituzionali nel duplice profilo di gestione del contratto e gestione per contratti, a prescindere dalla rilevanza del procedimento amministrativo che la sorregge, è oggetto di valutazione di efficienza, effettività ed economicità da parte dei controlli interni ed esterni<sup>12</sup>; dal punto di vista economico, invece assume rilievo nel conto economico nazionale come grande voce delle **spese finali** necessarie per perseguire i fini istituzionali, e come spesa reale o dei consumi intermedi<sup>13</sup>.

## 5 - Il raccordo tra procedura di gara con i programmi di spesa

La disposizione centrale che fa da anello di congiunzione tra procedimento amministrativo e procedure di spesa è il comma 1 dell'art. 32 (corrispondente al comma 1 dell'art. 11 del precedente codice) secondo cui le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle stazioni appaltanti previsti dal presente codice o dalle norme vigenti.

Il vincolo di rispetto programmatico posto dalla norma, presuppone a monte, esistenza di una fase programmatica che costituisce il vero momento decisionale dell'intervento o commessa da realizzare di cui la delibera o determina di contrattare costituisce il primo atto di livello dirigenziale, a

---

<sup>10</sup> Sono sottoposti al controllo preventivo di regolarità amministrativa e contabile i decreti di approvazione di contratti o atti aggiuntivi, atti di cottimo e affidamenti diretti, atti di riconoscimento di debito (D.lgs 123/2911). La direttiva 2014/24/UE - Considerando n. 12, lascia agli Stati la facoltà di decidere se il monitoraggio debba basarsi su un controllo a posteriori estrapolato da campioni o su un controllo sistematico ex ante delle procedure di appalto pubblico contemplate.

<sup>11</sup> Spetta all'ANAC vigilare affinché sia garantita l'economicità dell'esecuzione dei contratti pubblici e accertare che dalla stessa non derivi pregiudizio per il pubblico erario (art. 213, comma 3 lett. b).

<sup>12</sup> Dopo l'accorpamento dell'AVC nell'ANAC, la Corte dei conti sembra che abbia abbandonato il campo, dal momento le ultime relazioni al Parlamento sul rendiconto generale non contengono più il tradizionale capitolo sulla spesa contrattuale.

<sup>13</sup> L'art. 12, L.c., come modificato dalla L. n. 39/2011, prevede che Ministro dell'economia e delle finanze presenti alle Camere, entro il mese di aprile, la Relazione generale sulla situazione economica del Paese per l'anno precedente



valenza interna, con cui si dà avvio al procedimento amministrativo di spesa<sup>14</sup>.

Va tenuto presente che i programmi, in genere, sono funzionali all'impostazione del documento di bilancio<sup>15</sup> che ne assicura la copertura su base annuale o programmatica<sup>16</sup>; è questa la ragione di fondo per cui la determinazione a contrattare (a meno di decisione extra ordinem, non deve più farsi carico, a pena di nullità<sup>17</sup> (secondo il vecchio ordinamento degli enti locali) di indicare la copertura finanziaria, che tuttavia deve essere garantita e attestata, quale condizione di esecutività, dal responsabile del servizio finanziario<sup>18</sup>.

### 5.1 – Eterogenesi pro-concorrenziale della c.d. evidenza pubblica

È noto che per evidenza pubblica si voleva intendere, in origine, il particolare procedimento amministrativo volto a dare evidenza alle ragioni di pubblico interesse per le quali si sono adottate certe decisioni e a controllarle<sup>19</sup>, in modo da renderle idonee e funzionali all'esercizio dell'attività amministrativa istituzionale<sup>20</sup>; le regole dell'evidenza pubblica e quelle della scelta del contraente secondo procedure di confronto delle offerte hanno assunto il significato di uno degli strumenti mediante i quali sono resi concreti nella organizzazione dell'attività della pubblica amministrazione e nel suo esercizio i valori dell'imparzialità e del buon andamento, enunciato nell'art. 97 Cost.<sup>21</sup>, ma allo stesso tempo tendono a conciliare l'interesse pubblico a scegliere il miglior contraente e quello del privato al libero accesso concorrenziale<sup>22</sup>; l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria, sul piano della disciplina del procedimento di scelta del contraente, ha contribuito a determinare il definitivo superamento della cosiddetta concezione contabilistica, che qualificava tale normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse

---

<sup>14</sup> Sia consentito il rinvio al nostro Manuale dei contratti pubblici, ed 2011, pag. 115 e 411, che distingue tra decisione pubblica di spesa (programmatica e di bilancio), di tipo politico, in cui viene esercitata la gran parte del potere discrezionale con riferimento all'an, a quantum, ubi, quando, e deliberazione amministrativa a contrattare con cui si definiscono il quomodo della procedura di affidamento e i contenuti del contratto. La legge di stabilità n. 208/2015 (art. 1 comma 505) obbliga le p. a. ad approvare, entro il mese di ottobre di ciascun anno, il programma biennale e suoi aggiornamenti annuali degli acquisti di beni e di servizi di importo unitario stimato superiore a un milione di euro, prevedendo che la violazione è valutabile ai fini della responsabilità amministrativa e disciplinare dei dirigenti, nonché i fini dell'attribuzione del trattamento accessorio collegato alla performance.

<sup>15</sup> Le unità di voto oggetto dell'approvazione parlamentare, per la spesa, non sono più le unità previsionali di base, ma i programmi e le missioni (art. 15, comma 5, L. n. 243/2012); per tutte le amministrazioni pubbliche l'unità di voto per l'approvazione del bilancio è costituita dai programmi (art. 13 D.lgs n. 118/2011); la nuova legge di contabilità prevede (art. 23, comma 2, L. 196/2009) che il Ministro dell'economia per valutare la congruità e la coerenza tra gli obiettivi e le risorse richiesta dai singoli dicasteri tenga conto anche dello stato di attuazione dei programmi in corso in termini di efficacia e di efficienza della spesa., nonché ai fini della rimodulabilità dei programmi stessi. per la finanza locale

<sup>16</sup> SANTORO, *Manuale di contabilità e finanza pubblica*, Santarcangelo 2015, 317 e 397; GRANELLI, *Attività contrattuale e programmazione finanziaria alla luce delle norme contenute nella legge 196/2009*, Relazione al Convegno organizzato dal Seminario di formazione permanente della Corte dei Conti il 18 e 19 novembre 2010 su La legge di contabilità e finanza pubblica.

<sup>17</sup> Il vecchio ordinamento degli enti locali comminava la nullità delle deliberazioni di spesa che non indicavano i mezzi di copertura (art. 284, T.U. n. 383/1934).

<sup>18</sup> In base all'art. 191 TUEL Gli enti locali possono effettuare spese solo se sussiste l'impegno contabile registrato sul competente programma del bilancio di previsione e l'attestazione della copertura finanziaria di cui all'articolo 153, comma 5.

<sup>19</sup> GIANNINI M. S. *Diritto amministrativo*, Milano 1988, 791;

<sup>20</sup> BENEDETTI A., *Contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino 1999, 139.

<sup>21</sup> Cass., S.U. 29 ottobre 1999 n. 754, in Giur. it 2000, 1288.

<sup>22</sup> Cons. St. Sez. V, 4 marzo 2008 n. 889, in Foro amm., 2008, 823.

dell'amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale<sup>23</sup>.

Mentre nell'ordinamento contabile la concorrenza è finalizzata a un interesse egoistico (offerta migliore) della stazione appaltante, nell'ordinamento comunitario la concorrenza diventa un valore di mercato nell'interesse generale del conseguimento di uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile; la precipua finalità concorrenziale, costituisce, tuttavia un limite intrinseco alle direttive e al codice che di esse costituisce attuazione, tanto è vero che è mantenuta (art. 8) la specifica esclusione per le attività direttamente esposte alla concorrenza, tenendo conto del mercato geografico di riferimento.

Le direttive europee, tuttavia, non qualificano le procedure ma si limitano a richiamare i principi del trattato<sup>24</sup>, mentre il testo del nuovo codice si sbilancia a richiamare, senza definirle, alcuni casi in cui è obbligatoria la procedura di evidenza pubblica<sup>25</sup>.

L'evidenza pubblica, nell'accezione nazionale, sta a indicare non solo il confronto concorrenziale vero e proprio delle gare aperte o ristrette (evidenza pubblica in senso stretto), ma anche le procedure negoziate (senza pubblicità), che devono essere supportate da idonee e soddisfattive motivazioni, tanto più stringenti quanto maggiore è il carattere derogatorio ed eccezionale della procedura<sup>26</sup>; permane quindi la configurazione del procedimento d'evidenza pubblica quale criterio di collegamento tra l'autonomia negoziale e la funzione amministrativa alla cui realizzazione il contratto è strumentale<sup>27</sup>.

Va anche ricordato che l'obbligo di rispetto delle procedure di evidenza pubblica costituisce (art. 133, lett. e, del c.p.a.) il criterio base per definire l'area della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ed è questa la ragione di fondo per auspicare che sia definito in maniera chiara ed incontrovertibile il rapporto tra il procedimento amministrativo di gara, cioè di tutta la fase pubblicistica, e la giustiziabilità immediata ed effettiva dei provvedimenti eventualmente lesivi di posizioni giuridiche di terzi.

La costituzione del rapporto rappresenta, invece, lo spartiacque fra le due giurisdizioni, quale primo atto appartenente a quella negoziale ordinaria<sup>28</sup>.

La procedura di evidenza pubblica è intesa nel codice come confronto concorrenziale previa pubblicità mentre nei casi di procedura negoziata senza

---

<sup>23</sup> C. Cost. 23 novembre 2007 n. 401 (punto 6.7), in *Giur. Cost.*, 2007, 6, 4447.

<sup>24</sup> Nel primo considerando della Dir. 2014/24/UE è espresso il principio guida: L'aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza.

<sup>25</sup> I richiami testuali riguardano: la scelta del socio privato (art. 5, comma 9); la precisazione che non costituiscono diritti speciali o esclusivi, i diritti concessi in virtù di una procedura a evidenza pubblica basata su criteri oggettivi (art. 114, comma 4); gli appalti dei settori speciali (art. 177, comma 1 e 178); la scelta dell'operatore economico nei contratti di partenariato (art. 181).

<sup>26</sup> Cons. St., Sez. V, 10 aprile 2000 n. 2079, in *Foro amm.*, 2000, 1289 e 24 dicembre 2001 n. 6377, *ivi*, 3184; Cons. St., Sez. III, 8 gennaio 2013 n. 26, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2013, 96 e Sez. V, 31 dicembre 2007 n. 6797, *ivi* 2007 3466.; Cons. St., Sez. VI, 17 dicembre 2007 n. 6471, in *Foro amm.* 2008, 1584, con commento di D'ANGELO, *Contratti ad evidenza pubblica, procedimento amministrativo, atti amministrativi negoziali*. Cass., S.U., 5 aprile 2012 n. 5446, in *Foro amm. C.d.S.* 2012, 1794 e 8 febbraio 2006 n. 2638, in *DeG* 2006, 12, 16.

<sup>27</sup> LEDDA F., *Nuove norme sui contratti pubblici*, in *Studi in onore di AMORTH*, Milano 1982, I, 336; VINTI S., *L'evidenza pubblica*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di FRANCHINI. Torino 2007, 257; MORZENETI PELLEGRINO R., *Le procedure di scelta del contraente*, in *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino 2014, 55; SANTORO P. ed E. *Nuovo manuale dei contratti pubblici*, cit., 36.

<sup>28</sup> Cass., S.U., 28 dicembre 2007 n. 27169, in *Riv. trim. app.* 2008, 595 e 6 maggio 2005 n. 9391, in *Foro it.* 2006, I, 2172; Cass. S.U. 8 luglio 2015 n. 14188, in *Foro amm.* 2015, 2203 e 13 luglio 2015, n. 14555, *ivi* 2204.

bando e di appalti in house, si parla di affidamento diretto<sup>29</sup>; ciò non è senza conseguenza poichè, mentre nei confronti competitivi emerge un vantaggio economico indiretto per l'amministrazione negli altri casi è da dimostrare se e quale, sia il beneficio economico della organizzazione *in house*.

## 5.2 – Il rilievo economico degli appalti *in house* e dell'affidamento diretto

L'affidamento diretto ha assunto tecnicamente il significato di una procedura in deroga alla stesse procedure disciplinate dal codice, e perciò al di fuori dei sistemi e criteri tipizzati trattandosi di un appalto interno alla stessa amministrazione aggiudicatrice essendo un contratto di appalto ipotizzabile solo nei confronti di un soggetto terzo<sup>30</sup> ipotizzabile un contratto secondo la formula.

La situazione che consente l'appalto *in house* è teoricamente e giuridicamente diversa da quella che consente l'affidamento diretto di un servizio (pubblico), che, nell'ordinamento nazionale rientra nello schema concessorio, per cui si dovrebbe parlare, più appropriatamente di concessione *in house*<sup>31</sup>; anche secondo la corte comunitaria il principio che la conclusione di un contratto oneroso con un ente giuridicamente distinto non richiede l'appello alla concorrenza trova applicazione solo se l'amministrazione esercita un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi<sup>32</sup>, mentre per la giurisprudenza amministrativa l'espressione "*in house providing*" identifica il fenomeno di "autoproduzione" di beni, servizi o lavori da parte della p.a., la quale acquisisce un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a terzi tramite gara (cd. esternalizzazione) e dunque al mercato<sup>33</sup>.

Si sono richiamati questi precedenti per verificare la validità di quei principi originari nel nuovo codice e nelle direttive che lo ispirano.

Il codice enuncia il principio comune a tutti gli appalti e accordi tra enti pubblici (art. 5) che:

Una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni<sup>34</sup>; il codice conferma quindi il carattere derogatorio dell'appalto *in house* (melius appalto tra enti), estendendo (comma 2, art. 5) la deroga a quelle che, nell'ottica nazionale, sono ascrivibili a figure concessori<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> L'affidamento diretto (procedure negoziata senza bando) è consentito (art. 163) in ipotesi di lavori di somma urgenza (art. 163) e più in generale per tutti gli appalti nei limiti strettamente necessari all'urgenza (art. 63) e per i contratti sotto soglia inferiori a 40.000 euro con adeguata motivazione (art. 236).

<sup>30</sup> CGE 9 settembre 1999 C-108/98, in Riv. it. dir. Pubb. com. 2000, 1379, 18 novembre 1999 C-10798, ivi, 2000, 1393 e 7 dicembre 2000 C-94/99, in Foro amm. 2001, 1443.

<sup>31</sup> SANTORO, P. ed E., *Nuovo manuale dei contratti pubblici*, cit., 921.

<sup>32</sup> CGE 19 aprile 2007 C-295/05, in Foro amm. CdS, 2007, 1082.

<sup>33</sup> Cons. St., A.P., 3 marzo 2008, n. 1, in Riv. C. conti 2008, 2, 324.

<sup>34</sup> Il principio trova riscontro nella regola delle direttive secondo cui un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni ..... del controllo analogo (art. 12. 2014/24, art. 28 Dir2014/25).

<sup>35</sup> La corrispondente disposizione della direttiva prevede per le concessioni tra enti (art. 17 Dir 2014/23) prevede: una concessione aggiudicata da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore, ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le condizioni indicate.



Il codice si preoccupa, inoltre di definire (art. 192 e 5) un regime speciale degli affidamenti in house nei confronti di proprie società in house, prevedendo tra l'altro, un albo speciale presso l'ANAC, e una previa valutazione della congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house* (art. 192, comma 2).

Dal nuovo quadro risulta evidente che, mentre nelle procedure di evidenza pubblica il principio utilitaristico (miglior risultato economico possibile) costituisce l'effetto di una procedura competitiva, per i casi di appalti *in house* o affidamento diretto, la convenienza e la congruità dell'operazione economica è affidata alla stessa amministrazione committente che è tenuta alla valutazione preventiva di congruità dell'offerta<sup>36</sup> o del prezzo finale<sup>37</sup>.

### 5.3 – La cooperazione finanziaria nel partenariato pubblico privato

Il partenariato c.d. contrattuale è visto favorevolmente quale strumento di collaborazione e cooperazione tra il partner pubblico e quello privato, soprattutto perché, in presenza di restrizioni di bilancio, risponde alla necessità di assicurare il contributo di finanziamenti privati al settore pubblico e di beneficiare maggiormente del "know-how" e dei metodi di funzionamento<sup>38</sup>

Il codice ne ripropone la definizione, indica le tipologie che vi rientrano<sup>39</sup> e richiama la decisione EUROSTAT sulla loro incidenza nei conti pubblici<sup>40</sup>

Su un piano diverso si colloca il c.d. partenariato istituzionale finalizzato alla creazione di un'entità detenuta congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato con la missione di assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio a favore del pubblico<sup>41</sup>; il codice, come accennato, si limita a prevedere l'obbligo di una procedura di evidenza pubblica per la scelta del

---

<sup>36</sup> Ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente a oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche (art. 192, comma 2).

<sup>37</sup> Limitatamente agli affidamenti diretti di appalti pubblici di forniture e servizi, per i quali non siano disponibili elenchi di prezzi definiti mediante l'utilizzo di prezzari ufficiali di riferimento, gli affidatari si impegnano a fornire i servizi e le forniture richiesti ad un prezzo provvisorio stabilito consensualmente tra le parti e ad accettare la determinazione definitiva del prezzo a seguito di apposita valutazione di congruità (art. 163, comma 9).

<sup>38</sup> Risoluzione Parlamento europeo, 26 ottobre 2006 n. 2043. P. ed E. SANTORO, cit. 216.

<sup>39</sup> Nella tipologia del partenariato rientrano la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altro contratto che presenti le stesse caratteristiche (art. 183, comma 9); separatamente è descritta la nuova procedura del partenariato per l'innovazione (art. 65).

<sup>40</sup> La decisione di Eurostat 11 febbraio 2004 stabilisce le condizioni in base alle quali la realizzazione di un'opera è da intendersi a carico del bilancio pubblico o del settore privato, che trovano applicazione quando lo Stato sia il principale acquirente dei beni e servizi forniti dall'infrastruttura, sia che la domanda venga originata dalla stessa parte pubblica che da terze parti. La decisione individua le principali forme di rischio nei rapporti di PPP per individuare se un'opera incida o meno sul bilancio pubblico: 1) rischio di costruzione (è il rischio legato ai ritardi nella consegna, ai costi aggiuntivi, a *standard* inadeguati); 2) rischio di disponibilità (è il rischio legato alla *performance* dei servizi che il *partner* privato deve rendere); 3) rischio di domanda (è il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il *partner* privato deve soddisfare). Un'opera realizzata con il PPP, quindi, non inciderà sui bilanci pubblici solo se il *partner* privato sostiene il rischio di costruzione ed almeno uno degli altri due rischi (rischio di disponibilità o rischio di domanda); diversamente, le opere realizzate con il PPP ricadono sui bilanci pubblici con ovvie conseguenze in termini di impatto sul *deficit*.

<sup>41</sup> Nella comunicazione interpretativa (12 aprile 2008 C 91/4) la Commissione U.E. ha chiarito che il partenariato istituzionale può derivare sia dalla costituzione di una nuova società mista, sia dalla partecipazione del privato in una preesistente società pubblica che sia titolare di una concessione *in house*, mentre non ricorre nel caso di semplice conferimento di fondi da parte di un investitore privato ad un'impresa pubblica. La Commissione ha sottolineato che il diritto comunitario impone di seguire una procedura trasparente e non discriminatoria tanto per la selezione del partner privato che per l'affidamento del contratto e che, pertanto, le pubbliche amministrazioni non possono utilizzare le forme miste per mascherare un affidamento diretto di un contratto senza gara.

socio operativo<sup>42</sup> e le condizioni per l'affidamento *in house*, mentre resta estranea la materia della costituzione dell'ente societario partecipato che è ora regolata dal recente D.lgs sulle società pubbliche<sup>43</sup>

Nel partenariato contrattuale assume rilievo il piano economico finanziario-finanziari che tuttavia è finalizzato all'affidabilità del partner (concessionario, promotore finanziario), ai fini della valutazione della sussistenza di un ragionevole equilibrio economico finanziario<sup>44</sup> quale presupposto per la corretta allocazione dei rischi (art. 180, comma 6).

## 6 - Il raccordo con le procedure d'impegno

La sequenza delle fasi procedurali indicate dagli art. 32 e 33 del nuovo codice, a parte i rinvii agli ordinamenti propri delle singole stazioni appaltanti, rappresentano un'indispensabile chiave di lettura concettuale di nozione basilari dell'ordinamento contabile, quale, l'obbligazione giuridicamente perfetta, quale presupposto necessario per l'assunzione dell'impegno di spesa (concettualmente temporalmente distinto dalla copertura finanziari) e della nuova tecnica di imputazione basata sulla scadenza dell'obbligazione in relazione alla sua esigibilità<sup>45</sup>.

Il nuovo sistema, pertanto, distingue la **registrazione** dell'impegno (che deve avvenire nel momento in cui l'obbligazione si perfeziona) dall'**imputazione** (che non può essere effettuata se non sull'esercizio in cui l'obbligazione viene a scadenza); in pratica, l'analisi contabile della rilevazione del fatto gestionale si scinde andando a verificare, oltre alla nascita dell'obbligazione giuridica, anche la sua scadenza; viene quindi introdotta una **nuova fase** di spesa, l'imputazione o reimputazione, che è configurata come la fase determinante e centrale affinché l'obbligazione si avvii a estinzione, sempre che il procedimento non subisca ritardi nei pagamenti, per scelte di politica di bilancio o inefficienze amministrative.

La fase dell'impegno, invece, che prima era la fase centrale determinativa del vincolo di destinazione, viene depotenziata al punto da essere annullata, se non inerente a un'obbligazione venuta a scadenza per esigibilità, per essere reimputata, quando si realizzeranno le condizioni di esigibilità; l'impegno contabile tradizionale subisce una vera e propria metamorfosi in due direzioni: la prima realizza una scissione temporale (registrazione/imputazione); la seconda limita la durata dell'impegno all'esercizio di competenza e l'impegno riguardante una obbligazione non venuta a scadenza viene annullato per essere riscritto non più al capitolo bensì al fondo pluriennale nella macrovoce del corrispondente programma;

---

<sup>42</sup> Il codice introduce (art. 190) la peculiare figura del "partenariato sociale", caratterizzato da un baratto amministrativo tra l'espletamento di servizi di interesse cittadino verso riduzioni o esenzioni di tributi locali

<sup>43</sup> La disciplina delle società pubbliche costituisce un ambito in cui si realizza una stretta connessione tra regole di diritto e di economia. L'efficacia e la certezza delle regole sono strumentali al migliore utilizzo delle risorse pubbliche e possono costituire un'importante leva economica di sviluppo del Paese in un contesto di crisi finanziaria (parere Cons. St., Sez. norm., **21 aprile 2016, n. 968**).

<sup>44</sup> Secondo la definizione dell'art. 3, comma 1, lettera fff), «equilibrio economico e finanziario», indica la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economico e sostenibilità finanziaria.

<sup>45</sup> In base ai principi contabili della contabilità finanziaria potenziata (DPCM 28 ottobre 2011) la scadenza dell'obbligazione diventa il momento in cui l'obbligazione diventa esigibile; alla fine dell'esercizio gli impegni contabili non liquidati o non liquidabili nel corso dell'esercizio sono annullati e reimputati nell'esercizio in cui l'obbligazione risulta esigibile. SANTORO, *Manuale di contabilità e finanza pubblica*, cit., 363.

l'impegno quindi perde la sua ultrattività correlata al trasferimento e gestibilità in conto residui fino all'eliminazione per perenzione.

La dottrina tradizionale ha sempre considerato l'attività amministrativa di diritto privato della p.a. una vicenda di spesa pubblica in quanto destinata a fronteggiare obblighi contrattuali in cui sono pubblici il denaro e i provvedimenti che ne consentono l'erogazione<sup>46</sup>, al punto da considerare l'esistenza di un adeguato stanziamento in bilancio una condizione di legittimazione a intraprendere qualsiasi contrattazione<sup>47</sup>; è inoltre pacifico che l'impegno della spesa a seguito del formarsi di un'obbligazione giuridicamente perfetta non è una mera formalità né un elemento accidentale, ma atto necessario a costituire un vincolo concreto di destinazione della somma<sup>48</sup>.

## 7 - Le obbligazioni fuori bilancio

Tutti questi meccanismi o artifici contabili certamente non potevano essere contenuti nel codice di contratti, anche perché, alla fine, si è adottato un testo di mero (o quasi) recepimento obbligatorio delle direttive europee in scadenza.

Tutta la fenomenologia delle regole contabili, tuttavia, non può essere sottovalutata, e anzi deve essere ben tenuta presente nella contrattualistica pubblica anche con riferimento a manifestazioni negoziali giuridicamente e contabilmente anomale (per non dire patologiche), rappresentate dei debiti fuori bilancio e dai ritardi dei pagamenti.

Il debito fuori bilancio rappresenta giuridicamente un'obbligazione verso terzi per il pagamento di una determinata somma di denaro, assunta in violazione delle norme contabili che regolano i procedimenti di spesa, e perciò non giuridicamente perfetta né contabilmente valida.

La regolarizzazione di tali obblighi latenti, però, non è disciplinata in maniera uniforme; per lo Stato e gli enti locali<sup>49</sup>; il riconoscimento avviene con atto amministrativo (rispettivamente decreto dirigenziale e delibera consiliare), mentre per le Regioni è richiesto (art. 73 D.lgs n. 118/2011 integrato dal D.lgs n. 126/201) che il riconoscimento debba avvenire, da parte dell'organo consiliare, con legge.

Si potrebbe dire che tali obbligazioni, fino a quando non vengano formalmente riconosciute sono fuori dal codice, ma ciò non toglie che il vulnus all'ordinamento, in punto di legittimità e trasparenza, è di gran lunga superiore, perché oltre a violare le regole contabili, obliterano, molto spesso in modo intenzionalmente elusivo, gli stessi principi basilari di evidenza pubblica, dando luogo a negoziazioni irregolari, che, fatta salva la speciale responsabilità diretta di chi ha consentite la prestazione (art. 191, comma 4,

---

<sup>46</sup> CAPUTI JAMBRENGHI, *Impegno di spesa e obbligazioni contrattuali della Pubblica amministrazione*, relazione Convegno su *L'attività contrattuale nella contabilità pubblica*, Perugia 1982, in *Amm. cont.* 1984, n. 12,142. .

<sup>47</sup> BUSCEMA *Trattato di contabilità pubblica*, Milano 1981, vol. II, 905.

<sup>48</sup> C. Conti, *Sez. contr.*, 20 dicembre 1983 n. 1407, in *Foro amm.* 1085, 313 e 22 ottobre 1994 n. 115, in *Riv. C. Conti* 1995, 1, 21. Secondo i principi contabili enunciati dal d.lgs. n. 91/2011, l'impegno costituisce la fase della spesa con la quale viene riconosciuta un'obbligazione giuridica di dover pagare e si individua un idoneo titolo giuridico in cui si identifica il creditore, la somma da pagare e la modalità relativa del pagamento

<sup>49</sup> La particolare procedura di riconoscimento degli enti locali è applicabile solo per sanare i vizi contabili, vale a dire gli impegni di spesa assunti senza copertura contabile, e non anche per i vizi formali e sostanziali, non potendo configurare una sanatoria di contratti nulli o annullabili (Cass. 8 luglio 2007 n. 15296, in *Foro it.* 2008, 2196); la costituzione del rapporto obbligatorio con chi abbia consentito la prestazione esclude l'azione sussidiaria di arricchimento (Cass. 9 dicembre 2015 n. 24860, in *Foro amm.* 2'016, 10). SANTORO P.ed E., *Compendio di contabilità e finanza pubblica*, Santarcangelo 2016, 291.

TUEL), potrebbero rientrare tra le ipotesi di inefficacia del contratto per grave violazione (omissione di pubblicità) e comportare, ove riconosciuti, sanzioni alternative e risarcimento per equivalente a terzi interessati (art. 123 e 124 c.p.a.), a carico della stazione appaltante<sup>50</sup>.

La massa dei debiti fuori bilancio (circa un miliardo di euro per i soli enti locali nel 2014) costituisce, comunque, un elemento di instabilità per gli equilibri di bilancio che potrebbe, nei casi più gravi, preludere a potenziali situazioni di dissesto, spesso contabilmente dissimulate ed in ogni caso condiziona la pienezza dell'autonomia di spesa.

## 8 - Un'occasione mancata

In un recente convegno sul recepimento delle nuove direttive è stato autorevolmente ricordato che le dimensioni economiche del settore dei contratti pubblici, il gran numero di imprese e di operatori economici e finanziari coinvolti, la presenza di un numero rilevantissimo di amministrazioni avrebbero dovuto suggerire di non perdere l'occasione di tentare di rilanciare un settore vitale per l'economia, e di correggere un sistema normativo che si è rivelato troppo complesso e farraginoso, caratterizzato da un formalismo spesso paralizzante e per questa ragione capace, alla fine, non di assicurare l'efficienza ma di incrementare la litigiosità<sup>51</sup>.

L'occasione è stata probabilmente mancata, proprio nella semplificazione della fase strettamente procedimentale, che, al di là dell'abbandono "nominale" dell'istituto dell'aggiudicazione provvisoria<sup>52</sup>, non solo non snellisce la procedura ma nemmeno semplifica il processo<sup>53</sup>; si è dunque continuato sottovalutare il fatto che una certa organizzazione del procedimento di aggiudicazione<sup>54</sup> finisca con il proiettarsi sul processo, favorendo una crescita espansiva ed una complicazione del contenzioso giurisdizionale<sup>55</sup>.

Il codice dei contratti, avallando la coesistenza del modello contrattuale amministrativo<sup>56</sup> con quello contabile, avrebbe dovuto dettare le basi per uniformare le procedure in coerenza alla tendenza all'armonizzazione dei sistemi contabili in materia di bilanci e di gestione della finanza pubblica<sup>57</sup>.

---

<sup>50</sup> Tutte le amministrazioni pubbliche devono trasmettere gli atti di riconoscimento agli organi di controllo e alla Procura della Corte dei Conti (art. 23, comma 5, l. n. 289/2002) ovviamente per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative.

<sup>51</sup> PAJNO A., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Relazione al convegno di Varenna del 2015, cit.

<sup>52</sup> SANTORO, *Eutanasia assistita dell'aggiudicazione provvisoria*, in *www.appaltiecontratti* 19 aprile 2016.

<sup>53</sup> SANDULLI M. A., *Nuovi ostacoli alla tutela contro la pubblica amministrazione*, in *Foro amm.* 2015, fasc. 12 - Osservatorio, 2989; DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.* n. 5/2016.

<sup>54</sup> La sequenza del procedimento potrebbe variare a seconda dell'organizzazione della stazione appaltante, cfr. *Cass. civ.* 25 maggio 2015 n. 10750, in *Foro amm.* 2015, 1898.

<sup>55</sup> PAJNO A, op. cit.; SANTORO, *Il ricorso virtuale contro l'aggiudicazione provvisoria e la tutela differita*, in *Contr. Stato enti pubb.* 2009, 2, 161; id. L'effettività di tutela nella fase di aggiudicazione tra procedimento e processo, in *Riv. C. Conti* 2008, 6, 201

<sup>56</sup> Le procedure di aggiudicazione sono dei veri e propri procedimenti amministrativi, anzi rappresentano storicamente il paradigma dell'azione dell'amministrazione in forme proceduralizzate (C. cost. n. 401/2007, cit.); allo stesso tempo la disciplina delle procedure di gara e in particolare la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione mirano a garantire che le medesime si svolgano nel rispetto delle regole concorrenziali e dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza e parità di trattamento (sentenza n. 401 del 2007). e sono dunque riconducibili all'ambito della tutela della concorrenza di esclusiva competenza statale (sent. 345/2004 e 431/2007).

<sup>57</sup> SANTORO, *L'aggiudicazione nel nuovo codice dei contratti pubblici: dalla doppia fase alla doppia faccia*, in *www.contabilita-pubblica*, 27 aprile 2016.

Il codice, tuttavia, ha preferito seguire la via della delegificazione, ovvero di soft law, affidando (art. 213, comma 2) all'Autorità anticorruzione il potere di dettare linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, anche al fine di garantire **l'omogeneità dei procedimenti** amministrativi e favorire lo sviluppo delle migliori pratiche<sup>58</sup>; al medesimo scopo è compito della Cabina di regia istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri esaminare le proposte di modifiche normative nella materia disciplinata dal codice al fine di valutarne l'impatto sulla legislazione vigente e garantire **omogeneità** e certezza giuridica.

Staremo a vedere fino a che punto tale strada sarà percorribile, ma l'importante è che si sappia con certezza, nell'ambito dell'autonomia contabile ed organizzativa delle stazioni appaltanti, "chi approvi e cosa approvi", anche perché non è ancora chiarito se la "commissione di aggiudicazione" (secondo la nuova denominazione) sarà solo giudicatrice o anche aggiudicante.

Come nota di chiusura preme sottolineare come la strada dell'abrogazione e dell'accorpamento di tutta la disciplina contabile in materia contrattuale, rispondendo alla logica della separatezza dei corpi normativi, non appare coerente con il sistema dei conti europei, quale strumento fondamentale per analizzare la situazione economica di uno Stato membro e di trasparenza dei conti a livello regionale, inclusi i conti delle amministrazioni pubbliche<sup>59</sup>, atteso che la definizione nazionale di tale comparto è stata attratta nelle materie di contabilità pubblica<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Secondo il parere del Consiglio di Stato, appare logico ricondurre le linee guida (e gli atti a esse assimilati) dell'ANAC alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto, "di regolazione", con valenza *erga omnes*, a differenza delle linee guida ministeriali qualificabili come atti di indirizzo a valore regolamentare.

<sup>59</sup> Reg n. 549/2013/UE del 21 maggio 2013 considerando n. 3 e 23.

<sup>60</sup> La ricognizione delle amministrazioni pubbliche è operata (art. 1, comma 3 legge cont. n. 196/2009) annualmente dall'ISTAT con proprio provvedimento, soggetto a ricorso innanzi alle Sezioni Riunite della Corte dei conti in composizione speciale (art. 1 comma 169, L. n. 228/2012).