

CAPITOLO 1

IL CONTRATTO PUBBLICO

SOMMARIO: 1. Un ossimoro solo apparente. – 2. I principi generali dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione. – 3. La tormentata evoluzione della normativa in materia di contratti pubblici. – 4. La portata della riforma attuata con il codice del 2016. – 5. Cos'è il contratto pubblico? – 6. *segue*. Il profilo soggettivo del contratto pubblico: la necessaria "soggettività" pubblica. – 6.1. La necessaria intersoggettività sostanziale del contratto pubblico. – 7. I criteri oggettivi di classificazione dei contratti pubblici. – 7.1. I contratti attivi e passivi. – 7.2. Concessioni e appalti pubblici. – 7.2.1. La nozione di contratto di appalto pubblico. – 7.2.2. Il contratto di concessione. – 7.2.3. Le forme contrattuali di confine tra l'appalto e la concessione. – 8. La forma del contratto pubblico. – 9. Il regime giuridico del contratto pubblico.

1. Un ossimoro solo apparente

La locuzione "contratto pubblico", è da sempre un ossimoro, una contraddizione misteriosa, la conciliazione di poli antitetici. Si mettono insieme il concetto privatistico per antonomasia – "il contratto", espressione di autonomia negoziale, di auto-regolamento, di libertà economica e individuale – e un aggettivo ("pubblico") che evoca la negazione del diritto privato, il *public power* unilaterale, l'imperatività, l'autoritarità, i muscoli con i quali le pubbliche amministrazioni sono capaci di imporsi sui privati senza bisogno di cercare il loro consenso e di procurarsi il loro beneplacito.

Eppure la discrasia è solo apparente.

Bisogna muovere dal rilievo che **la pubblica amministrazione è una e doppia, gode di due capacità**. È l'antica e sempre attuale lezione della *doppia personalità* dei soggetti pubblici. Ogni pubblica amministrazione è, nel nostro disegno pluralistico, un'autorità che può usare gli strumenti autoritativi del diritto pubblico, ma anche un soggetto di diritto comune, un cittadino dell'ordinamento generale che, al pari di ogni altro attore del diritto, può adoperare gli strumenti del diritto privato avvalendosi dell'universale capacità giuridica e di agire. Questa seconda eventualità si verifica, per l'appunto, quando una pubblica amministrazione stipula un

contratto, dismette i comodi panni del potere autoritativo e decide di agire *iure privatorum*.

I contratti degli agenti pubblici sono pubblici solo in senso soggettivo, ma per il resto – quanto a natura, essenza e disciplina – sono atti integralmente privatistici. In questo si differenziano, in modo decisivo, dagli accordi di cui agli articoli 11 e 15 della legge 241, che si presentano quali provvedimenti concordati di diritto pubblico, ossia alla stregua di moduli consensuali e concertati di esercizio del potere pubblicistico (tomo 1, cap. 2, par. 5).

La disciplina dei contratti pubblici contiene, quindi, allo stesso tempo, regole di diritto pubblico e prescrizioni di diritto privato, perché la pubblica amministrazione, quando seleziona il contraente e poi stipula il contratto, sta facendo uso contestualmente di potere pubblico e di autonomia negoziale.

È ormai pacifico, in definitiva, che pubblica amministrazione, prima ancora che autorità dotata di una supremazia speciale (tomo 1, cap. 2), è un soggetto di diritto comune che può usare gli strumenti giuridici concessi agli altri soggetti di diritto. La diffidenza in passato mostrata dal legislatore nei confronti di un'amministrazione che si ammanta di vesti privatistiche è ormai un retaggio dal passato – nel 1898 A. Bonomi parlava di amministrazioni *costrette ad avere rapporti contrattuali* –, cancellato da una tendenza, per certi versi opposta, a privilegiare, in omaggio ai principi europei di proporzionalità e sussidiarietà, strumenti giuridici privati, meno invasivi della sfera giuridica dei cittadini, e costituenti, al pari degli accordi *ex art. 11* della legge 241 cit., una generale alternativa alla clava del potere *iure imperii*.

È ormai acquisito che **la capacità di diritto privato della pubblica amministrazione è una categoria generale**. È del tutto superata l'opposta tesi della sussistenza di una limitazione generale della capacità negoziale della P.A. Oltre ai contratti previsti dalla legge la p.a. può stipulare anche altri contratti. **La libertà contrattuale della p.a. si può quindi esplicitare in tutte le sue declinazioni**. E' libertà di concludere o di non concludere il contratto; di scegliere il contraente; di determinare il contenuto del contratto; di stipulare contratti tipici, atipici o misti. **Non è, naturalmente, una libertà assoluta**, in quanto è limitata dai vincoli pubblicistici, di derivazione comunitaria e nazionale, che riguardano l'individuazione del contraente. **Questa libertà "condizionata" è ribadita dall'articolo 11 c.c.**, secondo cui "le province e i comuni nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche, godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come di diritto pubblico"¹.

¹ Si pensi ai limiti e divieti relativi alla costituzione o partecipazione a società, o al diritto di concludere contratti di tipo finanziario (art. 3, comma 27, legge n. 244/2007). Numerosi limiti sono posti poi da leggi che limitano opere pubbliche per ragioni di equilibrio di bilancio: art. 43 L. 449/97 e 119 TU n. 267/200 (sulle sponsorizzazioni); art 6, comma 9, DL n. 78/2010;

Il contratti pubblici sono, quindi, uno strumento quotidiano e fondamentale dell'azione amministrativa, rappresentano una delle voci principali della spesa pubblica (oltre i 15% del prodotto interno lordo degli Stati europei) e costituiscono, per molte imprese, una fonte rilevante del fatturato.

Per questo **il *public procurement* è uno snodo essenziale della funzione pubblica e il diritto privato dei contratti un fondamentale diritto di libertà.**

Per dirla con Massimo Severo Giannini, “con l'avvento dello Stato pluriclasse i moduli convenzionali sono talmente aumentati in quantità e qualità che si può parlare di un diverso modo di amministrare”. L’“amministrare per contratti” e la “ricerca del consenso” sono strade maestre dell'agire pubblico.

Il ricorso a strumenti consensuali in luogo di quelli imperativi è coerente anche con quelle teorie economiche che postulano il primato delle soluzioni negoziali in tutti i casi in cui non vi siano elevati costi di transazione. Il ricorso a queste soluzioni è infatti efficiente in senso paretiano, perché aumenta il benessere di entrambi i contraenti, siano essi pubblici e privati, i quali, in caso contrario, non presterebbero il consenso. Più in particolare, secondo il **teorema di Coase**, la contrattazione tra gli agenti è in grado di condurre a un'allocazione ottimale di risorse a prescindere da come sono assegnati inizialmente i diritti e dall'eventuale presenza di esternalità negative. Come nelle transazione tra privati, anche nei rapporti tra p.a. e interlocutore privato, il potere pubblico è disposto solo a privarsi di beni cui il mercato riconosce un valore superiore a quello attribuito dall'amministrazione; la pubblica amministrazione è portata ad acquistare beni essenziali allo svolgimento delle sue funzioni e all'erogazione di servizi pubblici pagando il prezzo a ciò necessario nel presupposto che il valore per la collettività di tali beni sia di norma superiore a quello assegnato loro dal privato.

Certo non si può generalizzare, concludendo trionfalisticamente che “il privato è bello”. Non sarebbe serio neanche predicare la generale superiorità dello strumento negoziale rispetto a quello autoritativo anche quando si curano interessi pubblici. In molti casi, infatti, i costi di negoziazione sono elevati e l'amministrazione non può attingere a risorse illimitate pur di raggiungere l'accordo con il privato. Spesso la pubblica amministrazione non dispone neanche delle capacità negoziali necessarie per trattare efficacemente con i privati. E vi è il rischio che possa colludere con questi ultimi a danno dell'interesse pubblico. Eppure, una valutazione in termini di efficienza economica spinge a esplorare la possibilità di impiegare strumenti

art. 3, comma 17, L. 351/2001 (sui limiti ai contratti di acquisto); art. 12, comma 1 *quater*, DL 98/2011; art. 1, comma 143 L. 228/2012; art. 2, comma 4 D.Lgs. 81/2015. Vedi A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016.

contrattuali con maggiore ampiezza di quanto non sarebbe disposta ad ammettere la tradizione amministrativa incentrata sul primato dell'armamentario pubblicistico di tipo autoritativo. L'amministrazione è tenuta sempre a una valutazione costi-benefici, i cui esiti devono essere esplicitati in sede motivazionale, nel decidere come procurarsi le risorse necessarie per raggiungere i fini istituzionali. Deve valutare e spiegare se sia meglio comprare o espropriare, stipulare un contratto di locazione o requisire, dare vita a una servitù negoziale o a una coattiva, usare i muscoli o tendere la mano insomma. In una diversa prospettiva, il ricorso allo strumento contrattuale per l'approvvigionamento di beni e servizi è la conseguenza della rinuncia all'*in house production*, ossia alla possibilità di produrli direttamente. Questo tipo di attività contrattuale presuppone, infatti, una scelta tra il fare e il comprare (*make or buy*), tra l'uso di risorse interne e il ricorso al mercato (l'*outsourcing* o esternalizzazione).

Forse è presto per parlare di *preferenza per il diritto privato*, ma è certo che **la via del potere imperativo e autoritativo non è più l'unica e non è più necessariamente la migliore** per il perseguimento del benessere collettivo e della "felicità pubblica".

Lo conferma anche il legislatore con l'**articolo 20, comma 4, lett. f, della legge n. 50/1997**, che prevede, seppure in termini di mera abilitazione, la "generale possibilità di utilizzare, da parte delle amministrazioni e dei soggetti a queste equiparati, strumenti di diritto privato, salvo che nelle materie o nelle fattispecie nelle quali l'interesse pubblico non può essere perseguito senza l'esercizio di poteri autoritativi"; e con l'**articolo 1, comma 1 bis, della legge n. 241/1990**, norma ambigua e dal non chiaro tenore precettivo, secondo cui "la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente".

A tali temi dobbiamo quindi dedicare la giusta attenzione, analizzando le novità principali introdotte dal codice del 2016 (modificato dal decreto correttivo del 2017, specie con riguardo alle regole procedurali, ai sistemi di aggiudicazione e ai criteri di valutazione), in questo universo instabile, perennemente in bilico tra *public law* e regole privatistiche, tra mercato nazionale e istanze europee, tra diritto ed economia, tra concorrenza e legalità.

2. I principi generali dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione

Rinviano alle considerazioni già svolte nel cap. 6 del primo tomo, si può affermare, per sintetizzare i principi dell'attività contrattuale dei pubblici poteri, che:

- a) l'amministrazione può sempre fare ricorso al mezzo privatistico e consensuale per perseguire il fine pubblico, laddove **verifichi e dimostri, con adeguata motivazione, le ragioni della migliore funzionalità della strada non autoritativa** (è stato così ammesso un contratto di acquisto di un cosa futura per la realizzazione di un edificio pubblico, in alternativa al binomio pubblicistico espropriazione dell'area-appalto di opera pubblica);
- b) **il contratto della p.a. è un normale atto di diritto privato**, che, salve diverse norme speciali espresse (ad esempio di divieto o limitazione)², soggiace alla *ordinary rule of contracts*, ossia a tutte le norme del codice civile e del diritto privato (art. 30, comma 8, codice contratti pubblici del 2016; articolo 1, comma 1 *bis*, legge n. 241/1990, già citato), con conseguente assoggettamento delle controversie relative alla sua stipulazione e alla sua esecuzione alla giurisdizione del giudice ordinario (così, *a contrario*, l'articolo 133, comma 1, lettera e, c.p.a., che prevede la giurisdizione esclusiva del G.A. per le sole controversie relative alla procedura amministrativa di scelta del contraente);
- c) **la stipulazione del contratto deve essere proceduta da un procedimento amministrativo** che si innesta e va a integrare le regole di diritto privato relative allo schema proposta-accettazione di cui all'articolo 1326 c.c. (cosiddetta *procedura d'evidenza pubblica*; in Francia si parla di *tutelle publique*). Detta procedura consta di un pluralità di atti di diritto pubblico a monte del contratto, volti a valutare l'interesse pubblico a un certo contratto (cd "determinazione a contrarre") e a scegliere il contraente che offre le condizioni migliori (procedura che si avvia con il bando di gara e culmina con il provvedimento di aggiudicazione);
- d) gli enti pubblici che stipulano un contratto, a differenza dei privati che sono pienamente liberi di scegliere le proprie controparti contrattuali, sono quindi soggette a **regole speciali di natura pubblicistica** – limitative dell'ordinaria capacità di agire (Cons. Stato, V, n, 6281/2002) –, che vogliono tutelare l'interesse della stessa amministrazione alla scelta dell'interlocutore migliore e meno oneroso, anche per proteggere i valori comunitari della concorrenza e della *par condicio* tra i potenziali competitori;

² Si pensi alle norme che vietano agli enti locali di stipulare contratti derivati, ossia prodotti finanziari ad alto rischio; alle norme che impongono l'inserimento nei contratti pubblici di particolari clausole (si pensi alla cd. "clausola sociale", che impone, in determinati settori, all'impresa che si aggiudica un contratto pubblico di mantenere in servizio i dipendenti dell'impresa uscente).

- e) l'assenza di un vero padrone dal quale si attende fisiologicamente la tutela dell'interesse della propria organizzazione, impone, in via surrogatoria, l'applicazione, per i contratti pubblici, di regole oggettive che limitino la discrezionalità dell'amministrazione ed evitino patologie, distorsioni e collusioni;³
- f) per la loro matrice comunitaria, i principi fondamentali sottesi al codice dei contratti pubblici si applicano anche ai contratti e agli affidamenti eccettuati, in tutto o in parte, dalla integrale applicazione della normativa in esame (i contratti attivi, gli altri contratti esclusi, le concessioni di beni, gli altri atti attributivi a operatori economici di benefici contendibili);
- g) i contratti della p.a., dal punto di vista delle procedure di scelta, si dividono (vedi parr. 7 e segg.) in **contratti passivi** (appalti di forniture, servizi e lavori, con cui la stazione appaltante "compra" la prestazione del privato, corrispondendogli un determinato prezzo), **concessioni** (contratti di servizi e lavori, che si distinguono dagli appalti in quanto l'amministrazione non paga un corrispettivo, ma riconosce al concessionario, in via esclusiva o in aggiunta a un prezzo, il diritto a gestire per un certo periodo l'opera e il servizio, così traendo, grazie ai prezzi pagati dagli utenti per l'accesso, una remunerazione che lo ripaga della spesa sofferta) e **contratti attivi** (con cui la p.a. riceve un corrispettivo contro una prestazione che essa eroga a vantaggio del privato: ad es. contratto di locazione o vendita in cui la p.a. funga da locatrice o venditrice); i contratti attivi e le concessioni sono regolati dal codice dei contratti pubblici del 2016, mentre i contratti passivi, fermo l'assoggettamento ai principi del codice (art. 4), sono regolati dalla normativa di contabilità di Stato (rr.dd. 2440 del 18 novembre 1923 e n. 824 del 23 maggio 1924);
- h) **in passato**, la collocazione della disciplina del procedimento di evidenza pubblica tra le norme di contabilità evidenziava **la precipua finalità perseguita, data dalla garanzia di una gestione sana, corretta ed economica del danaro pubblico**, con la preferenza per l'offerta meno onerosa e una tutela solo indiretta della *par condicio competitorum*; a partire dal recepimento delle direttive comunitarie degli anni '70 e '80, e con maggiore chiarezza a seguito della legge Merloni del 1994, del codice del 2006 (d. lgs. n. 163) e del nuovo codice di cui al decreto legislativo n. 50/2016, **l'impostazione della normativa è diventata chiaramente pro-concorrenziale** e mette, dunque, l'accento sull'apertura del mercato dei contratti pubblici alla concorrenza a livello europeo (art. 30 d.lgs. n.

³ L'efficace espressione è di R.Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, 2004, 8.

50/2016) – in attuazione del principio di libera circolazione intracomunitaria delle merci e dei servizi –, sulla rimozione di ogni discriminazione nazionalistica, sulla piena trasparenza delle procedure, sulla garanzia rafforzata della *par condicio* e sulla preferenza per criteri qualitativi di valutazione (“offerta economicamente più vantaggiosa”) rispetto a quelli meramente economici (“prezzo più basso”);

- i) in ossequio alle finalità pro-competitive perseguite dallo *ius commune europeum*, **l’obbligo di seguire una procedura trasparente vige** non solo in capo ai soggetti tradizionalmente pubblici ma **anche per i soggetti privati sottoposti a controlli amministrativi e influenze pubblicistiche** (organismi di diritto pubblico, imprese pubbliche, società *in house*: artt. 3 e 5 codice); onde evitare l’elusione dei principi comunitari, assume quindi rilievo la pubblicità sostanziale, e non quella formale, con la conseguente necessità di *snidare la pubblicità reale che si nasconde dietro la veste formalmente privata* (si rinvia, per la nozione variabile di ente pubblico e per la natura giuridica anfibia delle società pubbliche dopo il decreto legislativo n. 175/2016, al capitolo 3, par. 6);
- l) a differenza della fase della formazione del contratto, retta da provvedimenti amministrativi e da norme di diritto pubblico, con conseguente giurisdizione del G.A., **la fase dell’esecuzione è regolata essenzialmente da norme di diritto privato, con conseguente radicamento della giurisdizione del giudice civile** (vedi cap. 5).

Prima di passare all’esame della nozione di contratto pubblico, oggetto precipuo del presente capitolo, è opportuno tratteggiare l’evoluzione normativa conosciuta dalla materia, culminata nel varo del codice di cui al decreto legislativo n. 50/2016, del decreto legislativo correttivo del 2017 e di una pletera di linee guida, regolamenti e provvedimenti di attuazione.

3. La tormentata evoluzione della normativa in materia di contratti pubblici

La materia e il settore della contrattualistica pubblica sono stati caratterizzati – soprattutto negli ultimi anni – da una vera e propria superfetazione di norme che ha confermato l’importanza e la centralità che il settore ha assunto nell’economia nazionale.

Le principali spinte alla modifica dell’ordinamento nazionale sono derivate dalla legislazione e dalla giurisprudenza europee che hanno richiesto al nostro legislatore numerosi interventi di revisione (generali e puntuali).

Abbiamo già detto della **normativa di contabilità pubblica del 1923-1924**.

La rivoluzione si registra con l'avvento delle norme comunitarie degli anni '80, che hanno imposto una revisione integrale della normativa, con il passaggio dall'originario approccio contabilistico a un moderno disegno pro-concorrenziale.

L'attuale normativa in materia di appalti trova le sue origini all'indomani delle vicende di 'tangentopoli' **nella Legge quadro in materia di lavori pubblici, la legge 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. Legge Merloni)**⁴.

Detta normativa, più volte oggetto di modifiche e integrazioni ad opera di quelle che, comunemente, vengono ricordate come Legge Merloni-*bis* (d.l. 3 aprile 1995, n. 101, conv. con legge 2 giugno 1995, n. 216), Legge Merloni-*ter* (legge 18 novembre 1998, n. 415), Legge Merloni-*quater* (legge 1 agosto 2002, n. 166) e Legge Comunitaria 2004 (n. 62/2005). Alla Legge Merloni facevano capo due regolamenti di attuazione, il d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e il d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34.

Accanto a tale *corpus* normativo si inserivano: (i) il d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, in materia di appalti di servizi; (ii) il d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158, in materia di appalti nei c.d. settori esclusi; (iii) il d.P.R. 20 agosto 2001, n. 384, in materia di acquisti in economia; (iv) il d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 30, per gli affidamenti in materia di beni culturali; (v) il d.P.R. 19 aprile 2005, n. 170, in materia di appalti nel settore della difesa.

In occasione del recepimento delle direttive comunitarie nn. 2004/17/CE e nn. 2004/18/CE, il Legislatore italiano ha proceduto a riordinare l'intera materia emanando il **primo codice unico dei contratti pubblici: il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163**.

Nei suoi due lustri di vigenza, il testo codicistico è stato, tuttavia, oggetto di tanti (e forse troppi) interventi correttivi, dal d.l. 12 maggio 2006, n. 173 alla legge 28 gennaio 2016, n. 11.

La materia è stata, infine, oggetto di una nuova e complessiva riforma. L'occasione è stata nuovamente la fase di recepimento delle ultime direttive europee nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

Il legislatore italiano ha, dunque, emanato **il secondo codice dei contratti pubblici (il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)**, sebbene rubricato in modo estremamente burocratico "*Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*".

⁴ Così A. Gamberini – F. Marascio, *Appunti per le lezioni del corso di diritto degli appalti dei servizi e dei contratti pubblici*, p. 3.

Il nuovo codice dei contratti pubblici, interessato da un **significativo decreto correttivo nel 2017** che ha affrontato una serie di problematiche evidenziate dalla prima applicazione, è entrato immediatamente in vigore e ha abrogato la pressoché totalità della disciplina vigente, fatte salve alcune disposizioni (soprattutto del d.P.R. n. 207/2010) che continuano ad applicarsi in via transitoria sino all’emanazione dei nuovi provvedimenti attuativi.

Il Legislatore del nuovo codice ha anche adottato un innovativo approccio di “delegificazione”. Infatti, non è stata prevista l’adozione di una vera e propria disciplina regolamentare unica di attuazione, sostituendo quest’ultima con strumenti di *soft law* (o *droit souple*) denominati linee guida da approvarsi da parte del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e dall’Autorità Nazionale Anti-corruzione (ANAC). Sulla natura giuridica di tali linee guida si rinvia al tomo 1, cap. 4, par. 2.2.2

4. La portata della riforma attuata con il codice del 2016

Dobbiamo interrogarci sulla **portata di questa novella del 2016**.

Il codice del 2016 (d.lgs n. 50) ha cambiato il mondo dei contratti pubblici o li ha stravolti? Mutamento o rigenerazione? Continuazione del vecchio mondo o creazione di uno nuovo?

Quindi riforma o rivoluzione?

Non è una domanda facile, perché i confini non sono netti. Certo non rileva il nome, ma la sostanza. Non conta l’abito di gala, ma il sangue che scorre nelle vene. Alcune rivoluzioni hanno solo tagliato teste, senza cambiare nulla. Non erano neanche riforme. Si pensi alla rivoluzione inglese di Cromwell, servita a sostituire una dittatura con un’altra, più feroce e casuale. Alcune riforme hanno invece cambiato vite e destini, individuali e collettivi. Erano rivoluzioni, come quella industriale tra settecento e ottocento.

La digitalizzazione dei costumi non ha sparato un colpo, ma ha sancito una rivoluzione antropologica, anzi una mutazione genetica di uomini e donne.

Nel campo normativo, il confine dipende dall’attitudine di una normativa ad affinare le regole del gioco sociale (il codice del processo) o a dettarne di radicalmente nuove (la legge sul procedimento, la privatizzazione del pubblico impiego).

Il codice dei contratti del 2016 ha sancito **cinque cambiamenti di prospettiva**, illuminando con una luce nuova gli scenari delle gare in cui prendono a soffiare venti diversi:

- 1) il passaggio da gare formali, in cui si premia l’offerta confezionata meglio, a *gare sostanziali ove trionfa l’offerta migliore*;

- 2) il passaggio da criteri meramente economicistici, che privilegiano i prezzi più bassi, ad *approcci qualitativi sedotti dall'utilità sostanziale* e dalla sostenibilità effettiva dell'offerta;
- 3) il passaggio da una platea sterminata di microstazioni appaltanti tecnicamente inadeguate a una *platea ristretta di centrali di committenza* capaci di gestire procedure complesse con il faro della professionalità e della tecnica;
- 4) il passaggio da gare che proseguono sotto la scure di contenziosi futuri a *gare in cui è necessario proporre subito ricorso avverso esclusioni e ammissioni*, con la conseguente definizione immediata del coacervo dei partecipanti;
- 5) il passaggio da un'*Autorità di vigilanza* con poteri limitati a un'ANAC che, in base a una pura *logica giurisdicente*, assomma, in modo collaborativo e sinergico, poteri di regolazione, di vigilanza, di sanzione e di consulenza.

Con il nuovo codice si intende quindi cambiare le regole del gioco, in profondità. Molte le novità, in aggiunta ai cinque cambiamenti di prospettiva ora esposti. Non possiamo approfondirle in questa sede, ma possiamo lambirle con semplici parole d'ordine, o poco più. La riforma significa mercati aperti alla concorrenza e anche mercati qualificati, tra imprese con *rating* reputazionali e di legalità, un freno alla frammentazione delle piccole imprese improvvisate, alle prassi dei massimi ribassi in *dumping*, alla mancanza di garanzie sul risultato finale.

Significa gare vere, telematiche, trasparenti, basate sul criterio qualità-prezzo, con zero tolleranza per le offerte anomale, con commissari di gara imparziali. Modernità, legalità, trasparenza, contrasto alla corruzione e all'illegalità. Semplificazione normativa, secondo il criterio del *copy out* nel recepimento delle direttive europee, con qualche limitata eccezione per favorire il contrasto della corruzione e maggiore concorrenza. **Una seria semplificazione amministrativa**, degli oneri burocratici, dei formalismi, con un netto *favor* per il soccorso istruttorio. **Divieto di gold plating**, quindi. **Una concezione del diritto europeo della concorrenza meno fondamentalista, liberale e non liberista.** Un nuovo sistema basato sulla fiducia, voglia di semplicità e di chiarezza. E anche **spazi per il partenariato pubblico privato, il dialogo competitivo, la finanza di progetto, le concessioni.** Progetti veri, direttori dei lavori veri, controlli seri in corso di esecuzione, valorizzando le professionalità e i corpi tecnici. Strumenti di risoluzione delle controversie anche alternativi al processo e nessun alibi per chi vuole scaricare sui giudici le proprie irresponsabilità.

Ce n'è abbastanza per parlare di rivoluzione.

Rivoluzione sì, ma *di carta*.