



Consiglio di Stato



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI TORINO



SNA *Presidenza del Consiglio dei Ministri*
Scuola Nazionale dell'Amministrazione

Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione

Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive

Atti del Convegno

Presiede:

GIORGIO GIOVANNINI, *Presidente del Consiglio di Stato*

Introducono:

SERGIO SANTORO, *Presidente dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*

GABRIELLA M. RACCA, *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (Università degli Studi di Torino)*

Tavola rotonda:

CARLO COTTARELLI, *Commissario straordinario per la Spending review*

ALBERTO ZITO, *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (Scuola Nazionale dell'Amministrazione)*

GIANCARLO MONTEDORO, *Consigliere del Presidente della Repubblica*

FRANCESCO MERLONI, *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (Università degli Studi di Perugia)*

Conclude:

ROBERTO CAVALLO PERIN, *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (Università degli Studi di Torino)*

Roma, 14 maggio 2014 – ore 14,30

Palazzo Spada – Piazza Capo di Ferro, 13



Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici hanno tra gli obiettivi prioritari la semplificazione dell'attività contrattuale delle amministrazioni pubbliche e l'aggregazione delle gare pubbliche come strumenti per accrescere le professionalità che solo organizzazioni complesse sono in grado di sviluppare, anche a mezzo di reti sovranazionali. L'aggregazione favorisce inoltre l'utilizzo su larga scala di nuovi strumenti contrattuali come gli accordi quadro che aprono a differenti configurazioni, capaci di conformare una risposta contrattuale differenziata in ragione dei caratteri dei mercati di riferimento. Le sinergie europee fra centrali di committenza, oggi favorite dalle nuove direttive appalti, possono rafforzare la qualità della domanda pubblica.

Uno "Smart buyer" europeo può assurgere a indirizzo di politica industriale per un miglior uso delle risorse pubbliche, per l'innovazione nei prodotti e nei servizi, favorendo la partecipazione delle piccole e medie imprese a mercati transnazionali, accompagnandole verso il mercato unico europeo, per una migliore qualità delle prestazioni a favore dei cittadini.

Il progetto *HAPPI* - (*Healthy Ageing Public Procurement of Innovations*, <http://www.happi-project.eu/>), sostenuto dalla Commissione europea (DG Impresa) nell'ambito della Call "Supporting Public Procurement of Innovative Solutions: Networking And Financing Procurement" (ENT/CIP/11/C/N02C011) - intende realizzare una prima concreta esperienza in collaborazione strategica tra centrali di committenza del settore sanitario di Francia Italia, Gran Bretagna, Belgio, Lussemburgo, Spagna, Austria aperta alla adesione degli altri Stati Membri. Si vuole effettuare il primo acquisto aggregato a livello europeo di soluzioni innovative per l'invecchiamento attivo e in buona salute, con analisi di mercato e suddivisione in lotti a favore delle piccole e medie imprese innovative.

La collaborazione tra centrali di committenza europee può creare sinergie al fine di orientare le scelte verso l'ottimale impiego delle risorse pubbliche, in favore dell'innovazione, della sostenibilità e della concorrenza. Nuove reti di committenti pubblici possono favorire lo scambio d'informazioni a livello europeo, promuovere gli appalti pubblici a carattere innovativo, in linea con la strategia "Europa 2020" e sostenere le piccole e medie imprese innovative per anticipare e orientare le innovazioni normative sugli appalti pubblici.



Roberto Cavallo Perin, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (Università degli Studi di Torino)

1. Molte e importanti sono le cose dette oggi che consentono di aprire nuove prospettive alla disciplina sugli appalti e le concessioni pubbliche, ma l'aspetto di maggiore interesse è la possibilità che talvolta l'Italia riesce a conquistare la *leadership* in Europa e contribuire in modo significativo alle innovazioni giuridiche in materia.

Così è stato con la sentenza capostipite della Corte di Giustizia sull'*in-house providing* che utilizza appieno - grazie ad un Avvocato Generale professore italiano di diritto comparato - la nostra teoria degli enti strumentali¹, vestendola del *nomen juris* che nella disciplina inglese impone alle amministrazioni pubbliche una ricognizione di mercato prima di affidare la produzione di un bene o servizio ai propri uffici².

Un esempio più recente è quello che è all'origine di una ricerca applicata condotta da un Dipartimento dell'Università degli Studi di Torino da cui è scaturita l'osservazione alla proposta di direttiva che è riuscita a fare sistema, certo unendosi alle più forti centrali di committenza d'Europa come quella che a Parigi svolge professionalmente da alcuni anni acquisti in sanità³.

La gara organizzata dalle pubbliche amministrazioni nazionali - seppure aperta a tutte le imprese anche straniere - risulta uno strumento di gran lunga inadeguato se si scopre che i produttori in sanità (di farmaci, di dispositivi medicali, ecc.) ne organizzano lo smercio suddividendo il territorio globale in concessionari esclusivisti con prezzi differenziati in ragione dei diversi mercati nazionali, ove l'Italia ha quasi sempre i prezzi più alti.

Ricerca applicata e ricerca di base paiono ricongiungersi al fine di uno sforzo comune: si recupera l'esperienza di vere e proprie centrali di committenza con "capacità di acquisto" professionale di beni servizi e lavori, ma al tempo stesso risulta utile ricordare che la disciplina atta a realizzare il mercato comune non può certo riguardare il solo lato dell'offerta - cioè garantendo a ogni impresa di partecipare a qualsiasi gara indetta da un'amministrazione pubblica di uno Stato membro - ma involge anche il lato della domanda, che dell'offerta è il necessario antecedente logico giuridico.

Disciplina sull'organizzazione della domanda pubblica, che anche solo in via interpretativa delle norme del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, non può non consentire a ciascuna amministrazione aggiudicatrice la facoltà di relazionarsi

¹ Corte giust. CE, 10 novembre 1998, C-360/96 *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden c. BFI Holding BV*, conclusioni poi riprese nella più nota sentenza *Teckal*: Corte giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal c. Com. Viano e AGAC*, cfr. anche Corte giust. CE, 7 dicembre 2000, C-94/99, *ARGE Gewässerschutz c. Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*.

² Sulla comparazione tra soluzioni organizzative realizzata con il sistema del "Best Value": T. PROSSER, *L'offerta concorrenziale e il best value nel governo locale*, in *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, a cura di E. Ferrari, Torino, 2003, 243 ss.

³ Università degli Studi di Torino - dipartimento di Management, gruppo di ricerca coordinato dalla Prof.ssa G. M. Racca, progetto Healthy Ageing and Public Procurement of Innovation finanziato dalla Commissione UE (DG Enterprises) nell'ambito della call Public Procurement for Innovation (PPI - ENT/CIP/11/C/N02C011). <http://www.happi-project.eu/>

con qualsiasi altra amministrazione presente nell'Unione europea. Se è consentita la cooperazione convenzionale o strutturale (*in-house providing*) tra le amministrazioni aggiudicatrici di uno stesso Stato membro non si possono alzare limiti a che la stessa soluzione intervenga anche tra amministrazioni aggiudicatrici di differenti Stati membri.

La ragione legittimante si ritrova infatti per entrambi i tipi di cooperazione nell'utilità per il mercato comune di vedere aggregata una "domanda pubblica" e nell'interesse pubblico ad una cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici che acquisiscono perciò una maggiore professionalità negli acquisti, instaurando un circolo virtuoso che stimola l'innovazione⁴. La ricerca applicata ci ha segnalato una semplice e concreta convenienza nel provare ad accedere agli acquisti effettuati oltralpe, ove in molti casi si sono ritrovati prezzi migliori (anche -20%).

2. Il caso Amburgo⁵ afferma una regola giuridica semplice: l'atto giuridico – comunque denominato – che abbia ad oggetto l'aggregazione di una domanda pubblica non è soggetto a gara, poiché configurando - per così dire - un gruppo di acquisto pubblico non determina ancora un punto d'incontro tra domanda pubblica ed offerta dei produttori⁶. Difettando l'incontro tra domanda ed offerta manca l'atto-fatto giuridico da cui scaturisce l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di scelta del contraente con gara pubblica.

La disciplina è ora esplicita nel testo delle ultime direttive in materia di appalti e concessioni pubbliche (Dir. 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 *sull'aggiudicazione dei contratti di concessione*; Dir. 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 *sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE*), ma la si poteva desumere in via interpretativa sin dalle precedenti che – assoggettando a gara lo Stato, gli enti territoriali e loro associazioni – non hanno mai assoggettato a gara gli atti associativi costitutivi del consorzio, con soluzione che è nota nel nostro ordinamento quanto meno dai consorzi dei primi anni del secolo scorso⁷. Si tratta di principi di diritto amministrativo che perciò non arrivano dall'ordinamento dell'Unione europea se non nel senso che da tale ordinamento ritornano in quello degli Stati membri dalla cui cultura istituzionale sono

⁴ G. L. ALBANO, F. DINI, G. SPAGNOLO, *Strumenti a sostegno della qualità negli acquisti pubblici*, *Quaderni Consip*, 2008, I, 3; L. FIORENTINO, *Introduzione*, in *Gli acquisti delle amministrazioni pubbliche nella repubblica federale*, a cura di L. FIORENTINO, Bologna, 18; G. MAZZANTINI, *La spesa per consumi finali nella pubblica amministrazione: analisi del trend delle sue componenti e ruolo di Consip*, *ivi*, 234; G. M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *Organizzazioni sanitarie e contratti pubblici in Europa: modelli organizzativi per la qualità in un sistema di concorrenza*, in *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, a cura di A. Pioggia, S. Civitarese Matteucci, G.M. Racca, M. Dugato, Santarcangelo di Romagna, 2011, 197

⁵ Corte giust. CE, 9 giugno 2009, C-480/06, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, conosciuta anche come "caso Amburgo".

⁶ Si consenta il rinvio: R. CAVALLO PERIN, *I servizi pubblici locali: modelli gestionali e destino delle utilities*, in *Atti del convegno: L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa*, Lecce 23-24 maggio 2014, in corso di pubblicazione.

⁷ G. DE GASPARÉ, voce *Consorzi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1989, CD rom utetgiuridica; S. CIVITARESE, *Art. 31*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, *Breviaria Iuris*, diretto da R. Cavallo Perin e A. Romano, Padova, 2006, 182.

effettivamente scaturiti come cultura dell'amministrazione pubblica che è stata comune a molti Stati.

Si potrebbe pensare che il diritto amministrativo prenda coscienza con ritardo di ciò che il diritto commerciale ha elaborato da cinquant'anni con la nota "teoria dei gruppi", che vuole prendere atto del superamento in taluni casi della partizione data dalla pluralità delle persone giuridiche⁸.

Senonché il diritto amministrativo almeno dalla fine dell'ottocento declina un concetto di pubblica amministrazione espresso quasi sempre al singolare e non solo per un fatto teorico-concettuale, ma anzitutto per la stessa configurazione istituzionale del Governo in Italia. I ministeri non solo sono Governo perché il presidente del consiglio e i relativi ministri cui gli stessi fanno capo costituiscono insieme il Consiglio dei Ministri (art. 92 Cost.), ma ancora prima perché hanno una capacità di spesa che è definita dall'unico bilancio dello Stato, che qui va inteso nel senso di Repubblica italiana, cui appartengono tra gli altri sia le amministrazioni statali sia quelle del sistema degli enti territoriali. Più di recente tutte le amministrazioni pubbliche sono state ulteriormente limitate dal c. d. "patto di stabilità", che a sua volta istituzionalmente introduce un potente legame sovranazionale tra le amministrazioni pubbliche degli Stati membri dell'Unione europea. La personalità giuridica di ciascun ministero è dunque forse ancor meno rilevante di quella di una società di capitali che è divenuta parte di un gruppo societario. Ciò che da tempo ha offerto allo Stato italiano la norma costituzionale dello Statuto Albertino che con la definizione istituzionale del governo parrebbe avere anticipato più di 150 anni la teoria dei gruppi.

3. Più in generale l'importanza degli studi sull'organizzazione pubblica è cresciuta anche per la nostra materia di diritto amministrativo portando l'attenzione ben oltre le competenze di controllo e di giurisdizione della Corte dei Conti e la configurazione della responsabilità amministrativa, e così contendendo un'esclusiva - durata molti anni - agli studi d'organizzazione di sociologi ed economisti. Oggi apprendiamo che l'organizzazione è capacità dell'amministrazione pubblica definita secondo le norme e gli usi che le riguardano (art. 11 disp. prel. al cod. civ.), anzitutto l'adeguatezza dell'ente all'esercizio delle funzioni, poiché per norma costituzionale gli enti che costituiscono l'organizzazione della Repubblica italiana (art. 114, Cost.) non possono ricevere la titolarità di posizioni soggettive attive e passive - tra cui le funzioni - se non ove abbiano un'adeguata organizzazione a tal fine (art. 118, Cost.), cioè un'organizzazione che sia capace - anzitutto in fatto e dunque giuridicamente - di divenire titolare di funzioni pubbliche⁹.

⁸ Di recente: P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2007, 317 ss.

⁹ A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblica e diritto privato*, Torino, 2001, 179 sottolinea la rilevanza dell'adeguatezza come norma che impedisce di considerare in modo eguale gli enti destinatari delle funzioni.

Attraverso la capacità giuridica la rilevanza dell'organizzazione assume rilievo anche per la definizione di validità degli atti emanati nell'esercizio di una funzione¹⁰, non importa ora definire se come nullità oppure annullabilità dell'atto giuridico posto in essere da un'organizzazione inadeguata e che perciò è giuridicamente incapace¹¹.

La nozione non è ignota al diritto amministrativo, in particolare a quello in materia di appalti che limita da tempo la simmetrica capacità – tecnico-professionale, economico e finanziaria¹² – delle imprese che intendano stipulare contratti con l'amministrazione pubblica. L'ordinamento non può richiedere capacità ad un solo lato delle organizzazioni che si apprestano a instaurare un rapporto d'appalto o di concessione pubblica, poiché ciò equivarrebbe a lasciare l'ente pubblico in una posizione di sudditanza, più esattamente – essendo privo di professionalità o sicurezza economico-finanziaria – d'incapacità alla stipulazione del contratto d'appalto, ma ancor più a verificare l'esattezza della successiva esecuzione contrattuale¹³.

Le recenti norme sui comuni (d. l. 24 aprile 2014, n. 66, conv. in l. 23 giugno 2014, n. 89) si configurano in tal senso come riacquisita simmetria tra parti di un rapporto contrattuale, ma ancor prima come disciplina d'attuazione degli assetti sul riparto di competenza tra gli enti che costituiscono la Repubblica italiana.

Tutti gli studi in ordine alla capacità delle imprese, alla possibilità di costituite associazioni temporanee d'impresa, all'avvalimento d'aziende altrui o di parti di esse¹⁴, valgono a *fortiori* per l'ente pubblico, ove sin dal 1948 si era elevata la possibilità di valersi di uffici di comuni e degli altri enti locali a parametro normale di esercizio delle funzioni delle Regioni (art. 118, u.c., Cost.), per non trattare dell'utilizzazione degli uffici comunali di cui molti anni lo Stato italiano fruisce per i

¹⁰ A. FALZEA, voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 26; A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, Milano, 1986, 127 ss., di recente G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, 2013, 95.

¹¹ A. FALZEA, voce *Capacità (teoria generale)*, cit., 10; L. FORTI, *Sulla formazione dei contratti della p.a.*, in *Riv. it. Sc. Giur.*, 1938, 1; F. G. SCOCA, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA, Bologna, vol. 1, 2005, 304; F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 2010, 75; ALB. ROMANO, voce *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. Disc. pubbl.*, 1987, II, 30 ss., secondo cui “*le norme civilistiche la cui violazione importa nullità del negozio, e cioè, appunto, la sua irrilevanza, possono essere viste ad un tempo come condizioni e limiti dell'autonomia privata al loro interno riconosciuta, e come condizioni e limiti della efficacia dei negozi mediante tale autonomia posti in essere, al loro interno assicurata*”.

¹² Per tutti D. DE PRETIS, *I requisiti di partecipazione alle gare e i limiti alla discrezionalità dell'amministrazione*, in *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, a cura di F. MASTRAGOSTINO, Padova, 1998, 129.

¹³ R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 330 ss.; U. ALLEGRETTI, voce *Imparzialità e buon andamento della p.a.*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1993, CD rom utetgiuridica; da ultimo: A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Napoli, 2012, 121; M. E. COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche. Con cenni di diritto comparato*, Torino, 2011, 37 e ss.; ID., *Effects of EU Law on Contract Management*, in *EU Public Contract Law. Public Procurement and Beyond*, a cura di M. Trybus, R. Caranta, G. Edelstam, Bruxelles, 2014, 317 ss.

¹⁴ Corte giust. UE, 10 ottobre 2013, n. C-94/12; Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2013, n. 5874.

servizi dell'anagrafe e dello stato civile, della leva militare e del sistema elettorale (d.lg. 18 agosto 2000, n. 267, art. 14¹⁵).

L'adeguatezza dell'organizzazione pubblica è di rilievo anche per un effettivo contrasto ai fenomeni di corruzione degli enti pubblici¹⁶ che si trovano a svolgere un eccezionale concentrazione di appalti in un determinato periodo (c.d. grandi eventi¹⁷). Il sindacato di legittimità della Corte Costituzionale per le leggi che distribuiscono le funzioni assume dunque tutta la sua importanza, sindacato che in materia di appalti, proviene anzitutto in via incidentale dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, su cui interviene appunto il d. l. n. 66 del 2014, cit.

4. Adeguatezza come giudizio relazionale sull'organizzazione a essere titolare dell'attività, che non può tuttavia essere intesa come categoria indifferenziata degli appalti, ma che va correlata ai diversi tipi di contratti che sono normalmente stipulati dalle amministrazioni aggiudicatrici¹⁸. La tipicizzazione dei contratti in area pubblica assume dunque una valenza particolare, poiché definendo il tipo di attività determina il tipo di professionalità necessaria per la stipula e per il controllo sull'esatta esecuzione. Tipicità dei contratti pubblici che scaturisce dell'informatizzazione dei pubblici uffici, dal software che diverrà necessario utilizzare per la stipulazione e l'esecuzione, offrendo una banca dati sulle funzioni e le prestazioni pubbliche che imporrà *ex facto* un giudizio sull'adeguatezza delle organizzazioni a svolgerle.

Il fatto di avere informazioni ci porta a dovere tenere conto, sia che esse riguardino le modalità con cui vengono stipulati contratti e la qualità dell'esecuzione contrattuale,

¹⁵ Si consenta il rinvio: R. CAVALLO PERIN, *Art. 14*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali, Breviaria Iuris*, diretto da R. Cavallo Perin e A. Romano, Padova, 2006, 99 ss.

¹⁶ G. M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *Corruption as a Violation of Fundamental Rights: Reputation Risk as a Deterrent Against the Lack of Loyalty*, in *Ius Publicum Network Review*, 2014, accessibile in <http://www.ius-publicum.com/>. In corso di pubblicazione in G. M. RACCA – C. R. YUKINS (a cura di), *Integrity And Efficiency In Sustainable Public Contracts. Corruption, conflicts of interest, favoritism and inclusion of non-economic criteria in Public Contracts*, Bruylant, 2014; B. G. MATTARELLA, *Doveri di comportamento*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di F. Merloni, L. Vandelli, Firenze, 2011, 227; F. MANGANARO, *Corruzione e criminalità organizzata*, in *L'area grigia della 'ndrangheta*, a cura di C. La Camera, Roma, 2012, 128.

¹⁷ O. R. SPILLING, *L'impatto economico dei Mega Eventi: il caso Lillehammer 1994*, in *Olimpiadi e grandi eventi – Verso Torino 2006. Come una città può vincere o perdere le Olimpiadi*, a cura di L. Bobbio, C. Guala, Roma, 2002, 115-117; C. GUALA, *Introduzione. Olimpiadi e Mega Eventi*, *ivi*, 17 ss.; M. CAPANTINI, *I grandi eventi, esperienze nazionali e sistemi ultrastatali*, Napoli, 2010, 6 ss.; R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *La disciplina giuridica dei grandi eventi e le olimpiadi invernali "Torino 2006"*, in *Dir. amm.*, 2012, 189 ss;

¹⁸ R. CAVALLO PERIN, *Tavola Rotonda - Convegno Copanello 2005*, in AA. VV., *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, a cura di F. Astone, M. Calderera, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, Torino, 2006, 128; P. FORTE, *Aggregazioni pubbliche locali. Forme associative nel governo e nell'amministrazione tra autonomia politica, territorialità e governance*, Milano, 2011, 18 ss. Per un'analisi unitamente al principio di sussidiarietà seppur incidentalmente cfr.: I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003, 78 ss; R. BIN, P. CARETTI, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, 2009, Bologna, 111 ss.; S. BARTOLE, R. BIN, G. FALCON, R. TOSI, *Diritto regionale*, Bologna 2005, 186; R. BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Regioni*, 2002, 367; G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Regioni*, n. 2001, 1259 s.; ID., *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, in *Regioni*, 2002, 383 ss; A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1997, 609.

sia che investano le prestazioni che si sono ottenute grazie alle professionalità profuse nell'organizzazione di una gara, rivelando le costanti ineludibili tra capacità delle organizzazioni (potenziale - *ex ante*) e qualità delle prestazioni (reale - *ex post*).

Soprattutto in materia di organizzazione si afferma il brocardo *ex facto jus oritur*: da un monitoraggio dei dati sulle attività funzioni o servizi scaturisce il vincolo all'adeguatezza delle organizzazioni. Immaginate contratti aperti per qualsiasi amministrazione aggiudicatrice che abbia la scelta tra aderirvi o bandire in autonomia. La scelta preliminare – se bandire o aderire alla gara d'altri – è atto d'organizzazione che è soggetto al sindacato giurisdizionale che gli è proprio, quello per vizio d'eccesso di potere di proporzionalità secondo i principi dell'Unione europea¹⁹.

5. Dobbiamo partecipare ad esperienze europee che ci potrebbero consentire di procedere celermente. Se è vero che il diritto delle organizzazioni pubbliche è più di altri un diritto essenzialmente istituzionale, è necessario essere presenti nelle istituzioni, soprattutto in quelle capaci d'innovazione, poiché diversamente il diritto italiano amministrativo positivo rischia la sua marginalizzazione nelle leggi, nella giurisprudenza. Non si tratta della cultura del diritto amministrativo che è sostanzialmente comune a quella degli altri Stati membri²⁰. Non si tratta di essere all'avanguardia ma di partecipare ad esperienze che sono oggettivamente più avanzate delle nostre, non foss'altro perché hanno lavorato su certi temi come le centrali nazionali d'acquisto in materie determinate da molti anni prima di noi. Partecipare all'esperienza altrui non significa essere subalterni, ma significa davvero trasformare la comparazione del diritto da metodo per lo studio giuridico a elemento oggettivo di confronto nella competizione. Il prezzo di un lotto di fornitura in Italia, bandito da una centrale a rilevanza sovranazionale unitamente a lotti per la Germania, per la Francia o per il Regno Unito evidenzia ancor più l'importanza del diritto nazionale, della sua giurisdizione, dunque di tempi e modi (effettività) in cui sono risolti i conflitti tra imprese e con l'amministrazione aggiudicatrice nei vari ordinamenti degli Stati membri.

Oggi si è detto che cambia la natura degli acquisti in Italia, io credo che ciò sia vero. Non credo invece che l'innovazione debba inevitabilmente dipendere da scelte

¹⁹ Sul principio di proporzionalità di recente: C. giust. UE, 8 luglio 2010, C-343/09, *Afton Chemical Limited c. Secretary of State for Transport*; C. giust. UE, 29 giugno 2010, C-441/07 P, *Commissione c. Alrosa Company Ltd*; C. giust. UE, 24 giugno 2010, C-375/08, *Luigi Pontini e a.*; C. giust. UE, 8 giugno 2010, C-58/08, *Vodafone LTD e a. c. Secretary of State Business, Enterprise and Regulatory Reform*; C. giust. UE, 20 maggio 2010, C-365/08, *Agrana Zucker GmbH c. Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft*; C. giust. UE, 21 gennaio 2010, C-311/08, *Société de Gestion Industrielle SA (SGI) c. Regno del Belgio*. Cfr. D.U. GALETTA, *Le principe de proportionnalité*, in *Droit administratif Européen*, sous la direction de J.B. Auby et J. Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelles, 2013, 501 ss.; ID., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, 74 ss.; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 110 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 108 ss.

²⁰ F. MERUSI, *Integration between EU law and national administrative legitimacy*, in www.ius-publicum.com, 2, 2013.

legislative essendo sufficiente in molti casi una sentenza della Corte costituzionale, un cangiamento d'indirizzo dell'Adunanza plenaria, senza proclamare sempre la propria impotenza perché s'invoca l'intervento della legge.

Il giudice è l'interprete del diritto e perciò ha sul caso concreto - per scelta costituzionale - l'ultima parola. Nella canonizzazione delle interpretazioni quella letterale è la prescelta nei primissimi tempi dall'entrata in vigore di una norma, in ossequio alla tripartizione dei poteri, più precisamente del principio di soggezione dei giudici alla legge, poi sono la *ratio normativa* ed altri criteri ermeneutici a prevalere. Soggezione dei giudici alla legge nel significato proprio di una riserva al legislatore del monopolio della creazione del diritto. Se si ritiene irragionevole una norma a seguito dell'innovazione anche repentina dei tempi si disponga per un'interpretazione altrettanto innovativa, rovesciando se del caso il tenore letterale della norma.

6. Sono state invocate qui le sanzioni alternative all'annullamento dell'atto e tali sono quelle interdittive di tipo disciplinare che richiedono un procedimento avverso coloro che le gare le hanno svolte²¹, oppure se pensiamo a sanzioni interdittive irrogate dalla giurisdizione che oggi è quella penale, ma nulla esclude che possano essere assegnate con legge anche alla giurisdizione esclusiva in materia di appalti e concessioni.

Di ciò non manca il fondamento costituzionale: se la cittadinanza si fonda sulla nostra fedeltà alla Repubblica (art. 54, co. 1°, Cost.) un tradimento della stessa fonda la conseguente sua perdita quanto meno in parte; ancor più il funzionario pubblico deve assolvere all'incarico con disciplina e onore (art. 54, co. 2°, Cost.)²² e il disonore ha avuto in effetti una sanzione che nel suo massimo è sempre stata la radiazione, non importa ora se con possibilità di un riabilitazione di coloro che si siano seriamente ravveduti.

²¹ OECD, *Principles for Integrity in Public Procurement*, OECD publishing, 2009, 34-35, in www.oecd.org. Cfr. inoltre: R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministrati*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 2014, 332 ss..

²² G. M. RACCA, *Disciplina e onore nell'attuazione costituzionale dei codici di comportamento*, in *Al servizio della Nazione*, a cura di F. Merloni e R. Cavallo Perin, Milano, 2009, 250 ss.; R. CAVALLO PERIN, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto fondamentale degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, *ivi*, 152 ss.; B. G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna, 2007, 136 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Sessant'anni di Costituzione*, introduzione a *La Costituzione Italiana*, Roma, 2008, 12; L. VENTURA, *Art. 54*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1994, 84 ss.; da ultimo: A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Torino, 2013, 236 ss.; G. SIRIANNI, *Le qualità dei governanti nella Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 169 ss.