

IL CULTO DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO FRENA LA RICOSTRUZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE? VINCOLI VS OPPORTUNITÀ

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Quale diritto amministrativo: semplice o complicato? – 2.1. Il punto di partenza. – 2.2. Le ragioni delle disfunzioni. – 2.3. L'eccesso di norme – 2.4. L'eccesso di procedure. – 2.5. Lo strumento della deroga. – 3. Le società a partecipazione pubblica: quanto diritto privato e quanto diritto speciale? – 3.1. Lo statuto attuale delle società a partecipazione pubblica. – 3.2. Un confronto con le esperienze straniere. – 3.3. Le deroghe al diritto privato nelle società partecipate. – 4. I contratti pubblici. – 4.1. Il recepimento della disciplina europea nell'ordinamento italiano. – 4.2. Una comparazione con le altre esperienze straniere. – 4.3. L'applicazione delle regole in materia di *public procurement*. – 4.4. La disciplina dei contratti pubblici tra istanze di semplificazione e oneri burocratici. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*. – Il piano nazionale di ripresa e resilienza approvato dall'Italia nel quadro del programma europeo *Next Generation EU* favorisce una riflessione sul ruolo del diritto amministrativo e sull'efficienza complessiva della pubblica amministrazione, anche considerando il fatto che la riforma di quest'ultima è considerata «orizzontale» dal medesimo piano: ciò significa che il suo successo, insieme con la riforma della giustizia, costituisce una precondizione per il rilancio del tessuto produttivo, per il miglioramento dei servizi ai cittadini e per il potenziamento degli investimenti pubblici. In questa prospettiva, dunque, è utile riflettere sulle principali trasformazioni che hanno interessato il diritto amministrativo negli ultimi tempi. Fin dagli anni Novanta del ventesimo secolo, infatti, il sistema amministrativo italiano è stato caratterizzato da una serie di mutamenti che ne hanno ridefinito i confini e le coordinate fondamentali, all'insegna della semplificazione normativa, della sburocratizzazione dei vincoli più gravosi alle attività economiche, della privatizzazione degli enti pubblici e dell'esternalizzazione di funzioni di interesse generale. L'evoluzione del diritto amministrativo italiano non sempre ha seguito un percorso coerente e lineare.

Le disposizioni relative alla semplificazione sono state numerose, spesso si sono sovrapposte le une alle altre e frequentemente sono state dettate da ragioni di emergenza, circostanza che ha determinato ulteriori complessità dovute all'assenza di sistematicità e di coordinamento degli interventi legislativi. Nell'intento di rendere più rapida e spedita l'azione delle pubbliche amministrazioni, inoltre, si è fatto ricorso sia a tecniche di semplificazione di carattere generale, come il silenzio assenso, la segnalazione certificata di inizio attività, la conferenza di servizi, sia a strumenti speciali, come l'istituzione delle zone economiche speciali o il ricorso alle figure commissariali e ai relativi poteri di deroga delle discipline generali. Gli stessi strumenti di semplificazione sono stati oggetto di modifiche continue, allo scopo di aumentarne l'efficacia, rendendo tuttavia sempre più incerta e instabile la loro regolamentazione. Molte norme di semplificazione, poi, sono rimaste lettera morta, non essendo state adeguatamente attuate, avendo incontrato ostacoli tecnici ancora da risolvere o dipendendo da una più generale trasformazione digitale dell'amministrazione che stenta ad affermarsi ancora oggi.

I processi di privatizzazione, avviati alla fine dello scorso millennio, rappresentano un altro esempio di parabola evolutiva contraddittoria. Essi avrebbero dovuto non soltanto condurre a un diverso ruolo dei poteri pubblici nell'economia, ma anche consentire un nuovo equilibrio tra la sfera pubblica e quella privata, nonché tra regime pubblicistico e privatistico nello svolgimento di funzioni di interesse generale. Se da un lato si è proceduto alla privatizzazione delle principali imprese pubbliche statali, dall'altro il legislatore ha istituito *ex novo* società e agenzie deputate a esercitare poteri e funzioni tradizionalmente attribuiti alla pubblica amministrazione, con una non sempre chiara qualificazione della natura giuridica pubblica o privata di questi enti. Inoltre, a livello locale si è osservata una proliferazione delle società partecipate, spesso non in grado di assicurare servizi efficienti e impiegate per eludere

vincoli pubblicistici di vario genere. A quest'ultima disfunzione l'ordinamento ha reagito attraverso l'attuale Testo unico delle società partecipate, che limita la facoltà delle amministrazioni di costituire e detenere partecipazioni societarie, rinunciando tuttavia ad assicurare un indirizzo a tutta la galassia delle società partecipate, di cui è dunque ardua la ricostruzione di uno statuto unitario e omogeneo¹.

Altro capitolo problematico per il diritto amministrativo italiano è certamente costituito dall'aggiudicazione e dalla gestione dei contratti pubblici. Nel settore sono palesi tutte le debolezze della pubblica amministrazione: la moltiplicazione dei centri di spesa favorisce gli sprechi; una cultura giuridica formalistica rende meno flessibile l'attività delle amministrazioni laddove ve ne sarebbe maggiore bisogno, ossia nella fase di esecuzione del contratto; la pluralità di controlli e la minaccia di responsabilità e di sanzioni paralizza l'azione di dirigenti e funzionari; i tempi medi di aggiudicazione degli appalti sono molto più elevati che nel resto d'Europa; la realizzazione delle infrastrutture segue procedure lente e tortuose. A ciò si aggiunga che l'ambito dei contratti pubblici è divenuto terreno di coltura di posizioni altamente ideologiche, come quelle che vedono il ricorso al subappalto come sempre e comunque negativo, in aperto contrasto con gli indirizzi provenienti dall'ordinamento europeo, o quelle che subordinano la regolamentazione delle modalità di aggiudicazione ed esecuzione dei contratti alla disciplina di prevenzione della corruzione, nell'errata convinzione che l'unico obiettivo della normativa dei contratti sia esclusivamente quello di evitare fenomeni corruttivi, aumentando vincoli e controlli che rendono l'azione delle amministrazioni ancora più inefficiente e, per paradosso, molto più esposta a episodi di malaffare.

L'obiettivo del presente testo è dunque quello di esaminare i vincoli e le opportunità che possono derivare dalle attuali trasformazioni del diritto amministrativo e l'analisi si concentra sui tre temi su cui ci si è in precedenza e brevemente soffermati. In particolare, si formula un giudizio complessivo sugli interventi di semplificazione amministrativa e normativa, individuandone le ragioni di fondo e i profili di debolezza che li hanno caratterizzati (par. 2). Successivamente si prende in considerazione la disciplina delle società a partecipazione pubblica, ripercorrendo le tappe evolutive della normativa e comparando quest'ultima con le soluzioni sperimentate in altri Paesi europei (par. 3). Si fornisce poi una disamina della disciplina dei contratti pubblici, rievocando le origini dell'attuale codice dei contratti, offrendo una descrizione in chiave comparata delle diverse regolamentazioni adottate all'estero e misurando l'efficacia delle norme italiane rispetto a quelle di altri Paesi (par. 4). Si propongono, infine, osservazioni conclusive di sintesi (par. 5).

2. *Quale diritto amministrativo: semplice o complicato?* – È possibile individuare un ostacolo alla ricostruzione della nostra pubblica amministrazione e alle rigidità dell'azione amministrativa che sarebbero prodotte da una concezione formalistica e «vincolistica» del diritto amministrativo? E in che misura le norme di semplificazione messe in campo per consentire all'amministrazione di assolvere più efficacemente le funzioni e i compiti ad essa assegnati sono riuscite a incrementare l'efficienza della PA?

2.1. *Il punto di partenza.* – La necessità di migliorare la qualità delle pubbliche amministrazioni e delle prestazioni da esse rese è nota da moltissimo tempo. Ad oggi non c'è studioso, centro di ricerca, struttura istituzionale (nazionale o sovranazionale) o associazione imprenditoriale che non abbia approfondito il tema e sollecitato a rimuovere uno dei freni più rilevanti allo sviluppo economico e competitivo del nostro Paese. Anche l'Unione europea concentra da tempo l'attenzione sulla qualità della pubblica amministrazione degli Stati membri, nella consapevolezza che non è possibile prescindere per giungere a un'effettiva

¹ Ci si chiede, infatti, se il sistema delle società a partecipazione pubblica possa essere meglio gestito attraverso un rigido impianto normativo e di regolamentazione, che lascia pochi margini di flessibilità, o tramite un nuovo meccanismo istituzionale che assicuri unità di indirizzo economico ai diversi enti societari. Per una critica al Testo unico si rinvia a G. NAPOLITANO, *Il 'governo' delle società a partecipazione pubblica: regole o istituzioni?*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. Garofoli e A. Zoppini, Roma, Nel Diritto, 2018, 15 ss.

integrazione europea e conseguire gli obiettivi strategici programmati dalla Commissione. L'importanza del processo di riforma della pubblica amministrazione ha ottenuto pieno riconoscimento anche nell'ambito dei fondi strutturali e d'investimento europei che, nel settennato appena trascorso (2014-2020), gli ha riservato due obiettivi tematici: l'OT-11 destinato al rafforzamento della capacità amministrativa e istituzionale e l'OT-2 dedicato alla digitalizzazione della pubblica amministrazione.

Eppure i risultati ottenuti sono ancora lontani dagli impegni assunti. Lo dimostra, ad esempio, il fatto che il miglioramento del funzionamento della PA – al pari di quanto accaduto negli ultimi dieci anni – rimane ancora una delle raccomandazioni del Consiglio dell'Unione europea contenute nelle *Country Specific Recommendations*. Analogamente, quella della pubblica amministrazione è stata in questi ultimi mesi definita da più parti come la «madre di tutte le riforme», in quanto essenziale per il conseguimento degli obiettivi contenuti nel piano nazionale di ripresa e resilienza e per spendere efficacemente le risorse che per attuarlo verranno erogate.

Se dunque la domanda di riforma della pubblica amministrazione non è mai venuta meno, anzi si è fatta ancora più pressante, nonostante i numerosi interventi normativi che si sono susseguiti in tempi recenti, è evidente che qualcosa non ha funzionato. Ma che cosa? È possibile rintracciare uno di questi errori in un eccessivo (o inopportuno) uso del diritto amministrativo?

2.2. *Le ragioni delle disfunzioni.* – La ragione dell'inadeguatezza della nostra amministrazione è da ricercare nell'assetto istituzionale alla base del sistema, ossia in «un insieme organico e ipertrofico di norme, regolamenti, procedure che sovrintendono al funzionamento delle pubbliche amministrazioni, norme primarie e secondarie, per lo più analitiche e di dettaglio piuttosto che di principio. Regole finalizzate al funzionamento degli apparati, ma prive di ogni relazione con la realtà oggetto dell'amministrazione e con le finalità concrete della stessa attività amministrativa. Frutto di una visione legalistica ed espressione di una coerenza interna che prescinde non solo dagli esiti concreti dell'attività amministrativa, ma anche dalla realtà»². Il Governatore della Banca d'Italia si concentra sulle maggiori disfunzioni del sistema amministrativo italiano: ci sono troppe norme e troppe procedure che disciplinano il funzionamento delle amministrazioni pubbliche e il contenuto delle norme risulta eccessivamente dettagliato. Inoltre, le disposizioni sembrano decontestualizzate dalla realtà amministrativa e frutto di una visione legalistica.

Prima di analizzare le cause di tali disfunzioni, è utile verificare se il diritto amministrativo – cui è certamente riconducibile una buona parte dell'eccesso di norme – risulti ancora necessario. La risposta non può che essere positiva fintanto che esistano i tre seguenti fattori: (i) l'esercizio del potere autoritativo; (ii) l'uso di denaro pubblico; (iii) la peculiarità di un ordinamento come il nostro che presenta una complessità tale – in termini ambientali, paesaggistici, sociali e culturali – da dover essere gestita ogni qualvolta si intenda svolgere un'attività produttiva. Questi fattori richiedono, in via ordinaria, norme indirizzate alle amministrazioni per conformare la loro azione e i loro processi decisionali ai principi costituzionali di buon andamento e imparzialità. L'emergenza sanitaria da Covid-19 e la crisi economica ad essa collegata, tuttavia, producono un'ulteriore domanda di norme per consentire alle pubbliche amministrazioni di rispondere e adeguarsi, al meglio e più velocemente, ai cambiamenti repentini imposti dall'emergenza stessa.

Se dunque il diritto amministrativo risulta necessario per l'azione delle pubbliche amministrazioni e per regolare i rapporti tra queste ultime e i cittadini, bisogna comunque comprendere quali siano i motivi alla base dell'eccesso di norme e procedure. Tali disfunzioni non sono da ricercare tanto nella visione legalistica del diritto amministrativo, quanto in fattori ulteriori già noti da tempo e che, per essere al meglio indagati, devono essere distinti tra quelli che alimentano l'inflazione normativa e quelli che contribuiscono alla sovrapposizione delle

² V. VISCO, *Il culto del diritto amministrativo frena la ricostruzione della Pa*, in *Il Sole 24 Ore*, 6 febbraio 2021.

procedure. Tale distinzione è utile anche a mettere a fuoco le ragioni del fallimento delle misure di semplificazione fino ad oggi adottate e il ricorso a procedure derogatorie *ad hoc*.

2.3. *L'eccesso di norme.* – L'indubbio eccesso di norme che caratterizza il nostro ordinamento giuridico non è dovuto solo al (all'eccesso di) diritto amministrativo, ma anche ad altri elementi tra cui, in particolare, si segnalano il pluralismo istituzionale, l'esigenza del consenso e la scarsa fiducia nell'amministrazione. La pluralità istituzionale e la proliferazione dei centri di regolazione aumentano esponenzialmente gli obblighi e gli oneri gravanti su cittadini e imprese, rendendo gli stessi vincoli difficilmente conoscibili. Dal punto di vista del consenso elettorale, la norma (a prescindere dallo strumento utilizzato per adottarla) rappresenta il mezzo più immediato di propaganda politica in quanto permette al governo di dichiarare il conseguimento dei risultati che con quella stessa norma intende ottenere. Del resto, da oltre trent'anni riforme della PA, più o meno ambiziose, hanno dichiarato di perseguire l'efficienza «per legge» introducendo qualche miglioramento, ma senza intaccare il funzionamento della macchina burocratica.

Il legislatore, inoltre, tende a produrre norme sempre più di dettaglio per imbrigliare la discrezionalità di una pubblica amministrazione di cui si fida poco anche perché questa si presenta notevolmente differenziata e disomogenea. La capacità amministrativa, infatti, è distribuita in modo diseguale sia al centro, dal momento che alcuni ministeri funzionano meglio di altri, sia in periferia, con alcune regioni e comuni che operano meglio di altri e, a volte, anche di alcuni ministeri. Addirittura si riscontrano differenti capacità nei diversi settori di una stessa amministrazione. Vi sono, poi, amministrazioni dotate di poco personale che però si rivelano più produttive di quelle con un maggior numero di dipendenti.

Si tratta di aspetti legati alle dinamiche esistenti tra governo e parlamento, da un lato, e tra amministrazione e cittadini, dall'altro. Se si sofferma l'attenzione sulla prima relazione, è evidente che il problema si annida nell'estrema facilità di legiferare attraverso il ricorso al decreto legge, considerato dal governo come l'unico strumento utile per produrre immediatamente gli effetti desiderati. La questione non ha trovato finora un argine effettivo che, tra l'altro, consentirebbe di far rientrare lo strumento normativo nei limiti costituzionali della necessità e dell'urgenza. L'effetto è un profluvio di norme destinato a incidere su una varietà di discipline. Di conseguenza, sembra porsi un problema di diritto costituzionale più che di diritto amministrativo.

Il rapporto sbilanciato tra governo e parlamento si riflette anche sul piano della risoluzione della disfunzione, ossia nell'individuazione delle misure necessarie a contrastare e a ridurre l'eccesso normativo. Fatta eccezione per l'esperienza del c.d. taglia-leggi che, introdotto dalla l. 28 dicembre 2005, n. 246, ha trovato sostegno dalla XIV alla XVI legislatura, le politiche di semplificazione normativa non hanno trovato rilevante spazio nell'agenda politica nazionale, come invece dovrebbe accadere per contrastare il costante flusso normativo in ingresso. Il motivo è l'orizzonte temporale – breve o brevissimo – che i governi hanno a disposizione per realizzare la propria attività. È evidente che la semplificazione normativa, richiedendo un impegno focalizzato e perdurante nel tempo, non può essere spendibile nella perenne campagna elettorale in cui viviamo; gli effetti semplificatori si producono in tempi che spesso superano quello delle singole legislature pertanto non sono facilmente imputabili a una maggioranza politica. Manca, poi, una struttura stabile appositamente dedicata alla semplificazione che grazie al carattere istituzionale e *super partes* dovrebbe assicurare un percorso permanente di semplificazione normativa attraverso la creazione sistematica di testi normativi coordinati, tendenzialmente comprensivi di tutte le disposizioni statali per ciascun settore, snelli e facilmente consultabili.

2.4. *L'eccesso di procedure.* – Come ricordato da Ignazio Visco, in aggiunta all'eccesso regolatorio il nostro ordinamento è caratterizzato anche da una sproporzionata burocratizzazione della pubblica amministrazione. È possibile attribuire esclusivamente al diritto amministrativo tale complicazione?

Innanzitutto va osservato che la complessità procedimentale riflette la pluralità degli interessi coinvolti dalla decisione pubblica. Il diritto amministrativo fornisce una risposta a tale complessità in quanto indica all'amministrazione in che modo gestirla e come tenerne conto nell'ambito del proprio percorso decisionale. Tuttavia, è innegabile che negli anni il procedimento sia progressivamente diventato una fonte di complicazione; ciò, innanzitutto, in ragione della frequenza con cui il legislatore ha modificato la disciplina generale che lo riguarda.

Può essere utile domandarsi se tali modifiche siano dovute a una visione legalistica del diritto amministrativo.

Analogamente a quanto osservato per l'aspetto normativo, anche in questo caso il problema sembra annidarsi altrove e, in particolare, nei seguenti elementi: (i) la frammentazione delle funzioni tra i diversi livelli di governo; (ii) la scarsa fiducia del legislatore nell'amministrazione che, si riflette nella proliferazione di obblighi procedurali finalizzati a renderla più trasparente o a controllarla. Si pensi, per esempio, alla disciplina di prevenzione della corruzione, che rappresenta un *corpus* normativo cospicuo costruito sulla patologia dell'amministrazione anziché sulla sua fisiologia; (iii) il peso delle amministrazioni di settore che premono per disporre di procedure derogatorie alla disciplina generale nella convinzione che la settorialità necessiti sempre del riconoscimento della specialità; (iv) la pressione dell'opinione pubblica, che ha individuato nelle procedure i «lacci e laccioli» da eliminare per riformare e rendere più efficiente la pubblica amministrazione.

L'insieme di tali elementi ha contribuito alla moltiplicazione di misure di semplificazione procedimentale le quali, piuttosto che dipanare il groviglio procedimentale, hanno finito per alimentarlo. Ciò è avvenuto per almeno tre ragioni.

La prima è l'assenza di una visione di sistema della semplificazione che permetta di riformare e innovare simultaneamente i profili procedurali, organizzativi e tecnologici dell'amministrazione. Le misure di semplificazione, infatti, sono spesso puntuali e parziali. Un esempio è costituito dalla sostituzione dei certificati con le autodichiarazioni stabilite dalla l. 12 novembre 2011, n. 183, che ha imposto alle amministrazioni l'obbligo di non ricezione dei certificati prodotti da altre amministrazioni. Tale misura presuppone un controllo sulle autocertificazioni da realizzarsi *ex ante* attraverso l'adozione di convenzioni quadro tra amministrazione certificante e amministrazione procedente ed *ex post* tramite la consultazione diretta delle banche dati in possesso delle amministrazioni certificanti. Senza l'interoperabilità delle banche dati, ancora non realizzata, non vi può essere alcun controllo da parte delle amministrazioni precedenti come, invece, sarebbe imposto dall'art. 73 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

La seconda è l'incapacità di selezionare le competenze davvero necessarie, anche andando a sopprimere quelle ridondanti o inadeguate ai cambiamenti intervenuti nel tempo. In assenza di questo accorgimento, gli effetti delle misure di semplificazione sono di solito poco efficaci in partenza, perché non riducono la complessità legata alla numerosità dei soggetti coinvolti nella decisione e alla pluralità di atti emanati da quegli stessi soggetti.

La terza è la facilità e la velocità attraverso cui è possibile riscrivere le norme che disciplinano il procedimento, cui si associa l'assenza di una cultura dell'attuazione che accompagni le amministrazioni nelle modifiche procedurali adottate dal legislatore, ne verifichi l'efficacia e, solo eventualmente, le modifichi.

Questi aspetti contribuiscono non solo ad aumentare il numero delle procedure ma anche a ridurre il livello di *compliance* da parte delle amministrazioni che, di fronte al profluvio di modifiche, in alcuni casi intervenute anche in modo schizofrenico, preferiscono resistere al cambiamento continuando ad adottare le precedenti procedure o le proprie prassi applicative oppure, in ragione della propria specialità, disapplicare quelle stesse norme. Si produce, poi, anche un effetto di incertezza e mal contento sul cittadino e sulle imprese che, seppur destinatari di tali misure di semplificazione procedimentale, in alcuni casi non le condivide (si pensi al caso del silenzio assenso), in altri non le utilizza (si pensi al responsabile del potere sostitutivo rimasto di fatto inutilizzato), in altri casi ancora, invece, non ne percepisce gli effetti semplificatori.

2.5. *Lo strumento della deroga.* – C'è infine da considerare un ulteriore aspetto. I risultati che possono essere prodotti dalle semplificazioni, infatti, non dipendono solo dalla loro adozione, ma anche dalla capacità di inserirle all'interno di un contesto amministrativo adeguato. Al miglioramento procedurale va dunque associato un investimento sul piano delle competenze professionali, degli strumenti di circolazione e di condivisione delle conoscenze, delle modalità di lavoro. Senza questo investimento, come dimostra l'esperienza passata e attuale, si passa molto velocemente a semplificare l'azione amministrativa attraverso l'«accetta» della deroga.

Sono così proliferate norme che forniscono una risposta di tipo «emergenziale» che fa leva sulla velocità con cui conseguire il risultato desiderato. Ne rappresentano esempio le zone economiche speciali (ZES) e il ricorso alla figura commissariale.

Le ZES (in precedenza chiamate zone a burocrazia zero e ancora prima zone franche urbane) rappresentano strumenti di attrazione degli investimenti e di rilancio competitivo di alcune aree del Paese attraverso la semplificazione amministrativa a favore delle imprese che, in quelle stesse aree, investono o andranno a investire.

Si tratta per lo più di percorsi derogatori delle discipline procedurali che presentano il comune aspetto di incidere sui tempi e sulle modalità delle procedure di avvio e di esercizio di attività produttive. Sono numerose le norme che le hanno disciplinate.

Si parte con l'art. 43 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 che attribuisce a un Commissario di governo l'adozione dei provvedimenti conclusivi dei procedimenti amministrativi a istanza di parte (esclusi quelli di natura tributaria, di pubblica sicurezza e di incolumità pubblica) per l'insediamento di attività produttive nelle zone a burocrazia zero. Decorsi trenta giorni dall'avvio del procedimento, in caso di mancata adozione del provvedimento espresso, sarebbe scattato il silenzio assenso.

L'art. 12 del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5 riconosce la possibilità di attivare «percorsi sperimentali di semplificazione amministrativa per gli impianti produttivi e le iniziative e attività delle imprese sul territorio, in ambiti delimitati e a partecipazione volontaria, anche mediante deroghe alle procedure ed ai termini per l'esercizio delle competenze facenti esclusivamente capo ai soggetti partecipanti, dandone preventiva ed adeguata informazione pubblica». Nello stesso anno l'art. 37 *bis*, comma 1, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 dà la possibilità di individuare le zone a burocrazia zero, ossia aree non soggette a «vincolo paesaggistico-territoriale o del patrimonio storico-artistico». Nell'ambito di queste zone il rilascio delle autorizzazioni sarebbe stato sostituito da una comunicazione che l'interessato avrebbe depositato presso lo sportello unico delle attività produttive e, decorsi inutilmente trenta giorni dall'avvio del procedimento, sarebbe scattato il silenzio assenso.

Il d.l. 20 giugno 2017, n. 91 istituisce le ZES nell'ambito delle quali devono essere individuate particolari condizioni (favorevoli) all'esercizio di attività economiche e imprenditoriali di aziende già operative nelle suddette aree o che li andranno a insediarsi.

L'individuazione delle condizioni particolari viene lasciata dapprima alle regioni che propongono l'istituzione della ZES nell'ambito del proprio territorio, poi la l. 14 dicembre 2018, n. 135 ha stabilito che gli interventi produttivi realizzati sulle aree ZES dovessero beneficiare della riduzione generale di un terzo dei termini procedurali e, in particolare, di quelli relativi a valutazione di impatto ambientale (VIA), valutazione ambientale strategica (VAS), autorizzazione integrata ambientale (AIA), autorizzazione unica ambientale (AUA), autorizzazione paesaggistica, permesso di costruire, concessioni demaniali portuali. Ridotti della metà anche i termini della conferenza di servizi semplificata da indire per l'acquisizione di autorizzazioni, licenze, permessi, concessioni o nulla osta comunque denominati di competenza di più amministrazioni.

Ad oggi le ZES, in ritardo nella loro gestione e attuazione, non hanno ancora prodotto i risultati sperati.

Uno dei motivi di tale fallimento va certamente ricercato nel tentativo di risolvere con strumenti emergenziali problemi fisiologici legati alla (in)capacità dell'amministrazione di gestire situazioni complesse. Tale complessità deriva dal fatto che nell'ambito delle aree

ZES è in gioco un numero elevato di procedure da gestire; ci sono diversi soggetti, collocati sia a livello nazionale e locale, portatori di interessi pubblici diversi e contrapposti; ci sono autorizzazioni aggiuntive legate a specifiche tipologie di attività che presentano elevati impatti ambientali negativi (per esempio, la lavorazione del petrolio, l'utilizzo di merci pericolose e la bonifica di siti inquinati).

A ben vedere si tratta di una complessità che, come già rilevato in precedenza, ricorre in via ordinaria considerando la fisiologica collocazione dell'amministrazione al centro di rapporti multipolari e della necessità di scegliere contemperando interessi pubblici tra loro potenzialmente confliggenti. È chiaro che la logica sottesa a queste misure, più che a una completa e ponderata valutazione di tutti gli interessi in gioco, miri a chiudere il procedimento nel più breve tempo possibile. L'interesse dell'amministrazione sembra quasi recessivo rispetto a quello dell'urgenza di decidere.

Un ulteriore strumento per liberare l'amministrazione dai vincoli del diritto amministrativo è rappresentato dall'istituzione di commissari straordinari, che possono operare in deroga alle norme vigenti. Si tratta però di un istituto che soltanto in apparenza è in grado di semplificare le procedure. L'istituto del commissario straordinario, infatti, realizza l'obiettivo della semplificazione per due ordini di ragioni: la capacità di derogare alle norme vigenti in vista del superamento dell'emergenza e l'accentramento delle funzioni amministrative nella sua persona. Tuttavia, questo istituto è problematico e inefficiente per diversi motivi.

In primo luogo, si tratta di uno strumento inidoneo a risolvere i principali problemi di funzionamento dell'amministrazione. Il commissario per la ricostruzione del ponte di Genova (d.l. 28 settembre 2018, n. 109, convertito dalla l. 16 novembre 2018, n. 130), per esempio, è assunto all'ordine delle cronache come modello di progettazione, autorizzazione e realizzazione dell'opera. Al cuore del modello sta l'azione del commissario in deroga a ogni disposizione diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea (art. 1, comma 5). L'introduzione generalizzata del modello della procedura negoziata senza pubblicazione di bando per l'aggiudicazione degli appalti, tuttavia, non è attuabile senza correre il rischio concreto di violare le direttive europee in materia di appalti e favorire le infiltrazioni mafiose. Inoltre, anche nel caso del ponte di Genova si è posto il problema dell'esecuzione della VIA prevista dalla normativa europea: la ricostruzione del ponte nello stesso sito e secondo lo stesso percorso ha consentito una valutazione di impatto semplificata.

Questo modello è stato successivamente replicato nel c.d. decreto sblocca-cantieri, che ha introdotto la figura del commissario straordinario per gli interventi infrastrutturali ritenuti prioritari (art. 4, d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla l. 14 giugno 2019, n. 55). Il commissario straordinario in materia di appalti, dunque, approva i progetti e il suo intervento sostituisce ogni autorizzazione, nulla osta, o altro atto di assenso richiesto, salvo che per le amministrazioni dei beni culturali, paesaggistici e dell'ambiente. Di fatto questo significa introdurre una disapplicazione generalizzata del codice dei contratti e delle norme ambientali per tutte le grandi opere senza alcuna distinzione, andando oltre alla semplificazione e accelerazione delle procedure che già esiste per infrastrutture specificamente individuate. Il modello commissariale, quindi, sebbene concepito per porre rimedio ai problemi funzionali e organizzativi dell'amministrazione, derogando alla disciplina generale, non serve a razionalizzare e semplificare la normativa.

In secondo luogo, l'accentramento dei poteri in capo al commissario straordinario pone il problema della sua capacità di svolgere i compiti attribuitigli in maniera efficace in assenza dei controlli ordinari sull'esercizio delle funzioni. Un chiaro esempio è offerto dalle difficoltà riscontrabili nell'operato del commissario straordinario per l'emergenza Covid-19, pur «scelto tra esperti nella gestione di attività complesse e nella programmazione di interventi di natura straordinaria, con comprovata esperienza nella realizzazione di opere di natura pubblica» (art. 122, comma 5, d.l. 17 marzo 2020, n. 18).

Fin dal principio il commissario è stato chiamato a svolgere un ruolo chiave

nell'organizzazione della campagna nazionale di vaccinazione, tuttavia il suo intervento non è stato risolutivo nel coordinamento dei soggetti istituzionali competenti e nell'assicurare la capillarità della stessa. Il piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2 redatto dal Ministero della salute con decreto del 2 gennaio 2021 identificava i soggetti da vaccinare innanzitutto negli operatori sanitari, nei residenti nelle residenze sanitarie assistenziali e nelle persone di età avanzata (*over 80*), per poi passare alle altre fasce d'età e dando priorità ai lavoratori dei servizi essenziali (come gli insegnanti e il personale scolastico, le forze dell'ordine, il personale delle carceri, ecc.) o alle aree in cui si sviluppassero focolai di infezione. Le regioni hanno tuttavia attuato il piano in ordine sparso e i dati dimostrano che nella vaccinazione non è stata data priorità ai più anziani³. In questa infelice vicenda, il commissario straordinario non ha giocato alcun ruolo decisivo per attuare gli obiettivi del governo. In particolare, l'ordinanza 9 febbraio 2021⁴ del commissario Domenico Arcuri non ha interferito con l'identificazione delle categorie destinatarie del vaccino fatta dalle regioni. Soltanto il nuovo commissario straordinario, Francesco Paolo Figliuolo, ha accelerato la campagna vaccinale attraverso il criterio delle fasce d'età, con l'obiettivo di mettere in sicurezza i più anziani in breve tempo. Ciò dimostra quanto continuo l'interpretazione che il commissario straordinario dia al suo ruolo e la sua effettiva capacità di coordinare gli altri attori istituzionali.

3. *Le società a partecipazione pubblica: quanto diritto privato e quanto diritto speciale?* – È ormai un trentennio, dall'epoca delle privatizzazioni degli anni Novanta, che tra gli strumenti di intervento pubblico nell'economia si è affermato, in maniera sempre più rilevante, l'utilizzo del modello imprenditoriale privatistico della società di capitale⁵.

Successivamente alla crisi economica del 2008, complice il contesto socio-economico e la connessa progressiva metamorfosi dell'apparato statale da regolatore a rinnovato imprenditore, nel nostro, come in molti altri Paesi dell'Unione europea e non, il fenomeno della partecipazione pubblica nelle società ha acquisito una nuova centralità.

Le motivazioni della scelta da parte dell'amministrazione pubblica dell'utilizzo dello strumento societario sono spesso politiche e ideologiche. In alcuni casi, si mira a rivedere la spesa pubblica o a ridurre il debito pubblico mediante la creazione di flussi di cassa provenienti dalle privatizzazioni; in altri casi, si vuole favorire l'ingresso del capitale privato nell'industria nazionale, con un approccio che presenta elementi di affinità con l'interventismo statale degli anni successivi alla crisi economica del 1929; in altri ancora, si vuole dare impulso allo sviluppo economico.

Il fenomeno, da sempre, ha suscitato l'attenzione del legislatore e, più in generale, degli operatori del diritto.

L'organizzazione dell'ente pubblico secondo il modello privatistico della società di capitali, infatti, pone una serie di questioni problematiche, soprattutto se si guarda al tema nell'ottica di massimizzare l'efficienza delle società pubbliche e, allo stesso tempo, di tutelare la concorrenza del mercato.

Dal punto di vista dell'apparato amministrativo, e quindi del socio o potenziale socio, si pone il problema della individuazione del miglior sistema di governo del modulo societario, ossia di quale possa essere il modello più efficiente di gestione delle società partecipate

³ M. JOHNSON, *Italy's botched vaccine rollout highlights Draghi challenge*, in *Financial Times*, 9 aprile 2021, disponibile su www.ft.com/content/19cb0b7d-cc0b-4193-8808-7b39e04e9f93.

⁴ Disposizioni per l'attuazione del piano strategico dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS - CoV-2.

⁵ Nell'ultimo Rapporto sugli esiti della revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche, redatto nel 2019 dal Dipartimento del Tesoro Direzione VIII – Valorizzazione dell'attivo e del patrimonio pubblico, Struttura per l'indirizzo, il monitoraggio e il controllo sull'attuazione del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, si legge che, alla data del 25 febbraio 2018, 9.341 amministrazioni, ossia l'87 per cento di quelle tenute ad approvare la ricognizione straordinaria stabilita dal TUSP, ha adempiuto gli obblighi di dichiarazione. Dai dati ricavati emerge che le partecipazioni pubbliche detenute in 5.693 società partecipate e dichiarate in sede di ricognizione straordinaria sono pari a 32.427 (di cui 28.629 detenute direttamente e 5.290 indirettamente). Le amministrazioni hanno comunicato di voler mantenere 21.037 partecipazioni, riferibili a 3.312 società; per altre 7.845 partecipazioni (riferibili a 2.586 società partecipate), le amministrazioni hanno manifestato la volontà di procedere ad uno o più interventi di razionalizzazione.

dall'ente pubblico. In altri termini, diviene interessante indagare quale autorità amministrativa o organo dell'amministrazione sia più indicato a compiere le scelte di costituzione, acquisizione o dismissione delle partecipazioni azionarie, esercitare i diritti dell'azionista, gestire le società.

Dal punto di vista societario, stante l'ontologica natura anfibia della società a partecipazione pubblica, a metà tra il pubblico e il privato, si pone il problema di quale debba essere il regime giuridico: se possano valere le medesime regole proprie del diritto privato ovvero se la specialità del socio richieda, e allo stesso tempo giustifichi, una deroga.

Con riguardo a questo secondo aspetto, può senza dubbio affermarsi che, fino al 2016, si è assistito a un'esagerata produzione di disposizioni normative rivolte al socio pubblico e alla società a partecipazione pubblica, derogatorie della disciplina comune, spesso prive di un disegno organico e, pertanto, ricche di contraddizioni.

Tale tendenza mostra come il legislatore nel tempo abbia sentito, più o meno consapevolmente, l'esigenza di «governare» l'insieme delle società pubbliche dall'esterno, cioè con la messa a punto di un corpo di regole speciali o singolari poste al di fuori del codice civile, le quali si innestavano sull'impianto comune, derogando e integrando lo statuto generale delle società.

Come sostenuto nella scienza giuridica, l'equivoco principale si è rivelato quello riguardante il tipo di disciplina da applicare alle società in mano pubblica, equivoco nato in passato dall'errata impostazione secondo cui la partecipazione di una pubblica amministrazione a una società di capitali potesse alterarne la struttura, dando vita a un «tipo» di diritto speciale⁶.

Il proliferare di una normazione disorganica, spesso foriera di un regime ingiustificatamente speciale delle società a partecipazione pubblica, infatti, è sempre stato individuato come una causa di inefficienza e inadeguatezza del sistema, soprattutto nella prospettiva di tutelare il mercato e di creare uno Stato azionista competitivo, efficiente e trasparente.

Sollecitazioni in questo senso sono giunte anche a livello europeo. L'Organizzazione internazionale per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), per esempio, da tempo ha elaborato le linee guida sulla *Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, ossia un insieme di buone pratiche volto a descrivere un modello di riferimento di Stato azionista cui i governi si dovrebbero conformare⁷. Le buone prassi descritte nel documento riguardano non solo il sistema amministrativo di governo delle società e le modalità con cui è bene si organizzino, ma si occupano anche della cornice legale che deve regolare le società, rilevando la necessità che essa sia il più possibile aderente alle regole generali valide per le società partecipate da capitale privato.

3.1. *Lo statuto attuale delle società a partecipazione pubblica.* – Nel 2016, con l'adozione del d.lg. n. 175, il c.d. Testo unico sulle società a partecipazione pubblica, il legislatore è intervenuto con l'obiettivo di razionalizzare e riordinare il sistema «nell'esigenza di regolare i confini tra pubblico e privato»⁸.

Il testo si apre con una disposizione di carattere programmatico, che custodisce la *ratio* dell'intervento: regolamentare l'intero fenomeno delle società a partecipazione pubblica, dalla costituzione e l'acquisto fino al mantenimento e alla gestione, disegnando una disciplina speciale ma essenziale, avente funzione integrativa del diritto comune.

Si consideri che nel genere «società a partecipazione pubblica» il legislatore ricomprende le società a controllo pubblico, ossia le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo, e le società partecipate in via diretta o indiretta dalle

⁶ F. PATRONI GRIFFI, *Le società pubbliche (Introduzione al Webinar 9 novembre 2020)*, 5, in www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/patroni-griffi-le-societ-c3-a0-pubbliche.

⁷ OECD, *Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, 2015, in www.oecd.org/corporate/guidelines-corporate-governance-soes.htm.

⁸ B.G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, il Mulino, 2017, 186.

amministrazioni pubbliche, ossia le società in cui l'amministrazione ha la titolarità di rapporti da cui discende la qualità di socio o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi⁹.

È previsto, poi, che rimangano vigenti le disposizioni speciali legislative e regolamentari che disciplinano le società costituite per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse o per la gestione di servizi di interesse generale, anche economico, nonché quelle riguardanti la partecipazione di amministrazioni pubbliche a fondazioni e ad enti associativi.

Inoltre, viene sottratto all'applicazione della novella disciplina un corposo insieme di enti selezionati dal legislatore, oggi composto da cinque società e trenta gruppi di società, che rimane perciò assoggettato alle proprie regole.

Ciò posto, un primo dato da evidenziare è che il Testo unico sulle società partecipate non si limita a disegnare lo statuto delle società a partecipazione pubblica.

Alcune disposizioni in esso contenute, infatti, si rivolgono all'amministrazione pubblica, azionista o potenziale tale. Si tratta di disposizioni, aventi natura organizzativa e di indirizzo, le quali tracciano il perimetro all'interno del quale è ammesso che l'ente pubblico si organizzi secondo il modello privatistico della società di capitali.

Sono stabiliti i tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica, le finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione delle partecipazioni, gli standard di efficienza che le società devono soddisfare (artt. 3, 4, 20 e 21 TUSP). Il rispetto di tali requisiti è garantito, da un lato, mediante la procedimentalizzazione della fase di costituzione della società o di acquisto di partecipazioni, con la previsione dell'obbligo di cessione o di soppressione delle società, in caso di violazione; dall'altro, mediante l'istituzione di un meccanismo di razionalizzazione periodica delle partecipazioni che assicuri la pulizia del patrimonio societario che non risponda a tali requisiti.

Tre disposizioni, poi, si rivolgono al socio pubblico. La prima, in tema di controllo giudiziario sulla gestione della società, attribuisce al socio pubblico poteri maggiori rispetto a quelli riconosciuti dal codice civile al socio privato. La seconda, invece, in caso di crisi della società, restringe la capacità di agire dell'azionista pubblico. La terza, infine, descrive il procedimento peculiare che il socio pubblico deve seguire qualora intenda alienare le proprie azioni.

La parte più consistente del testo unico, come premesso, incide sulle società a partecipazione pubblica, integrando o derogando le disposizioni del codice civile.

In realtà, non tutte le disposizioni si applicano in modo indifferenziato alle società. Le regole variano a seconda della specie di società cui si rivolgono, anche in considerazione delle diverse esigenze di governo e di gestione che ciascuna specie pone. Mentre alle società controllate si applica la maggior parte delle norme del Testo unico, solo alcune di queste sono rivolte alle società meramente partecipate. Poche norme, poi, si riferiscono ai tipi speciali di società, ossia le società *in house* e le società a capitale misto pubblico – privato, costituite con un imprenditore selezionato con gara per l'organizzazione, la realizzazione e la gestione, attraverso un contratto di partenariato, di un'opera pubblica o di un servizio d'interesse generale.

I profili più rilevanti di specialità che il Testo unico introduce riguardano l'organizzazione della società: la composizione degli organi di amministrazione, sorveglianza e controllo della società (con preferenza per l'amministratore unico, salvo che, per motivate ragioni, si ritenga più adeguato il consiglio di amministrazione); i requisiti di nominabilità dei componenti degli organi e le politiche di remunerazione di essi; le modalità di reclutamento e gestione del personale.

Il Testo unico incide, poi, sugli aspetti gestionali e funzionali delle società. È previsto, per esempio, l'obbligo di sistemi di contabilità separata per le società a controllo pubblico che svolgono attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi insieme con altre attività in

⁹ Da evidenziare che la definizione della nozione di «società a controllo pubblico» ha oggi ancora dei confini incerti. Si veda sul punto Corte dei conti, sez. riunite in sede giurisdizionale, 22 maggio 2019, n. 19; Corte dei conti, sez. riunite in sede di controllo 20 giugno 2019, n. 11; Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2019, n. 578.

regime di economia di mercato. Una disciplina più stringente è prevista per le società *in house*, al fine di realizzare l'assetto di controllo analogo, e per le società a partecipazione mista, al fine di assicurare l'assetto di partenariato pubblico-privato. A tutte le società, inoltre, si applica il testo unico sulla pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, il d.lg. n. 133/2013.

Al momento della sua entrata in vigore, inoltre, si presentava come speciale la procedura di monitoraggio del rischio di crisi aziendale. Oggi, ad opera della modifica del codice civile introdotta dal d.lg. n. 147/2020, c.d. Codice della crisi e della insolvenza, l'obbligo di adozione di questo strumento di vigilanza è stata esteso a tutte le società di capitali, divenendo così una previsione di carattere generale.

Con riguardo allo stato di crisi della società, infine, si prevede che le società a partecipazione pubblica siano definitivamente assoggettate alle disposizioni comuni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi. Anche il regime della responsabilità dei componenti degli organi di amministrazione e controllo viene ricondotto nell'ambito del diritto privato, derogato solo nel caso in cui il socio pubblico subisca un danno erariale diretto o nel caso in cui il danno erariale sia arrecato dagli amministratori e dai dipendenti al patrimonio di una società *in house*.

Sulla base della breve rassegna condotta, è possibile svolgere due considerazioni.

In primo luogo, nonostante l'introduzione nell'ordinamento di una normativa generale sembri aver creato un modello unitario di «società a partecipazione pubblica», in realtà, il perimetro soggettivo di applicazione della disciplina è ritagliato dallo stesso legislatore in modo tale che un numero rilevante di società ne rimangano sottratte. Come visto, infatti, sono molteplici le società che, in quanto assoggettate a una disciplina normativa di rango primario, regolamentare o statutaria propria, si configurano come un modello lontano sia dal paradigma societario di diritto comune sia da quello descritto dalla stessa disciplina delle società a partecipazione pubblica.

In secondo luogo, il testo unico contiene deroghe significative del diritto comune, le quali non sempre sembrano trovare giustificazione nei principi di ragionevolezza, proporzionalità, economicità ed efficienza. In questo senso, meritano interesse le disposizioni sulla *governance* societaria, cui appartengono quelle concernenti il vincolo del numero dei componenti del consiglio di amministrazione, la modalità di selezione ed i limiti al loro trattamento economico. Nell'ultimo Rapporto sugli esiti della revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche del Dipartimento del Tesoro, si legge che «nel corso delle attività di monitoraggio, sono emersi dubbi sull'applicabilità dei vincoli previsti dal TUSP per le società a controllo pubblico (come, ad esempio, nei numerosi casi in cui le società hanno derogato alla regola dell'amministratore unico o hanno evidenziato la difficoltà di attuare le norme sul divieto di nominare dipendenti delle amministrazioni controllanti o vigilanti negli organi amministrativi delle società). Ciò può aver favorito la tendenza da parte delle società a eccepire, anche in sede giurisdizionale, la loro non appartenenza al novero delle "società a controllo pubblico" al solo scopo di eludere i vincoli imposti dal TUSP a tali società, a torto o a ragione, considerati, causa di inefficienza gestionale»¹⁰.

3.2. *Un confronto con le esperienze straniere.* – Volgendo lo sguardo alle esperienze straniere, può evidenziarsi che la scelta del legislatore italiano di adottare un corpo organico e dettagliato di regole speciali sia abbastanza peculiare.

L'esperienza senza dubbio più significativa, e per taluni versi assimilabile al caso italiano, è quella francese. Nel 2014, infatti, è stata adottata una specifica e organica *Ordonnance* con l'obiettivo di semplificare e modernizzare le regole di *governance* e quelle relative alle operazioni di capitale applicabili alle società in cui lo Stato detenga, in via diretta o indiretta,

¹⁰ Dipartimento del Tesoro, Direzione VIII – Valorizzazione dell'attivo e del patrimonio pubblico, Struttura per l'indirizzo, il monitoraggio e il controllo sull'attuazione del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, uffici IV-V-V, *Rapporto sugli esiti della revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche*, 2019, 53.

una partecipazione. Come si legge nel comunicato del governo, l'intervento è volto a rinnovare il quadro giuridico d'azione dello Stato-azionista per rafforzarne la capacità di governare e influenzare la gestione della società alla pari di un qualsiasi azionista privato.

Come nel nostro ordinamento, anche in Francia è previsto che la disciplina sia speciale e derogatoria rispetto alle disposizioni del codice di commercio e alle altre leggi particolari che in linea generale regolano tutte le società.

L'*Ordonnance* si compone di due parti. La prima parte, dedicata alla *governance* delle società, disciplina la composizione e il funzionamento dei consigli di amministrazione, del consiglio di sorveglianza e degli organi deliberanti. Le regole introdotte sono volte a valorizzare il peso dello Stato azionista nella società. In tale prospettiva, ad esempio, sono abrogate le regole relative alle dimensioni del consiglio di amministrazione e alla durata dei mandati, ritenute eccessivamente rigide; è chiarito il ruolo degli amministratori di nomina pubblica, distinguendo anche il ruolo dello Stato azionista dalle altre funzioni dello Stato cliente o regolatore; è prevista la possibilità per lo Stato di proporre come amministratori della società soggetti scelti dal proprio «vivaio» di modo da beneficiare della loro esperienza. La seconda parte, invece, riscrive la legislazione relativa alle operazioni sul capitale, introducendo un quadro giuridico più semplificato e chiaro, protettivo degli interessi patrimoniali dello Stato, che attribuisce a questo la capacità di agire come un azionista dinamico. Difatti, la nuova disciplina semplifica la procedura per le operazioni di acquisto e organizza il controllo sulle operazioni di cessione limitatamente a quelle che comportino una privatizzazione significativa delle società. In particolare, vengono abrogate le previsioni che richiedevano autorizzazioni *ex ante* o approvazioni *ex post* da parte dell'organo di governo, divenute inutilmente pregiudizievoli di una gestione attiva del patrimonio azionario.

In Germania, nel 2009 il Governo ha emanato il codice sulla *Public Corporate Governance* delle società direttamente o indirettamente partecipate dallo Stato. Si tratta di un testo contenente raccomandazioni, linee guida e anche previsioni esplicative di leggi, avente per oggetto la disciplina dei consigli di amministrazione e degli organi di sorveglianza delle società. Esso, contiene, per esempio, regole sulla composizione dei vertici, sui requisiti di eleggibilità dei candidati, criteri per la loro remunerazione o per la prevenzione di conflitti di interesse.

In Spagna, la gestione delle partecipazioni statali è affidata alla *Sociedad Estatal de Participaciones Industriales* (SEPI), costituita per legge nel 1995, la quale partecipa in forma diretta e maggioritaria in quindici società e detiene partecipazioni minoritarie in altre imprese e fondazioni.

La SEPI, così come le società da essa partecipate, è sottoposta alla disciplina societaria di diritto privato, la quale, tuttavia, è integrata, per previsione di singole leggi speciali, da una serie di disposizioni di carattere pubblicistico. In particolare, è previsto che le società in cui è presente capitale pubblico siano soggette all'applicazione della legge generale sul bilancio (*Ley General Presupuestaria*), della legge finanziaria, della disciplina in materia di contratti pubblici e di quella in materia di trasparenza. Inoltre, sono stabilite per legge dal governo le retribuzioni degli organi amministrativi e direttivi delle società (*Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades*).

3.3. *Le deroghe al diritto privato nelle società partecipate.* – Alla luce dell'analisi della disciplina in materia di società a partecipazione pubblica, si può dire che, rispetto al passato, la nuova codificazione abbia riportato maggiormente le società a partecipazione pubblica nell'alveo del regime generale civilistico. La statuto generale delle società è derogato allorché esigenze e finalità di pubblico interesse si pongano a fondamento giustificativo di previsioni speciali racchiuse nel testo unico o in leggi «singolari».

Rispetto alle esperienze straniere analizzate, lo scenario italiano è senza dubbio particolare.

Non è comune, infatti, la scelta di procedimentalizzare le scelte di acquisizione, mantenimento e gestione delle partecipazioni in società di capitale, definendo in sostanza il

perimetro dello Stato-azionista. Parimenti, non è comune la scelta di disciplinare con legge i profili organizzativi e gestionali della società a partecipazione pubblica.

Pur nel proposito di tenere fede il più possibile alla natura privata delle società, le poche deroghe previste dal Testo unico, specie con riguardo alle società a controllo pubblico, finiscono per incidere in modo rilevante sulle società, da un lato, e sul socio pubblico, dall'altro.

Posto che il fondamento giustificativo di tali previsioni è la tutela dell'interesse pubblico, spesso declinato nell'esigenza di contenimento di costi e di perseguimento dell'efficienza ed economicità, viene da chiedersi se effettivamente la previsione di regole così rigide e derogatorie del diritto comune assicurino il perseguimento di tali obiettivi e se tali regole siano applicabili in concreto e a quali costi.

Prendendo ad esempio le disposizioni in tema di composizione degli organi di amministrazione e di requisiti di nominabilità, si è visto che il nostro legislatore predilige l'amministratore unico, ammettendo un governo collegiale solo in presenza di specifiche ragioni, e prevede che i componenti non possano essere dipendenti delle amministrazioni controllanti o vigilanti. Come emerso dai primi dati raccolti dalla struttura di monitoraggio delle società istituita in seno al Ministero dell'economia e delle finanze, il recepimento di tali previsioni è di non facile attuazione e, sovente, incontra le resistenze delle stesse amministrazioni partecipanti che si avvalgono di stratagemmi volti a eluderne l'applicazione¹¹.

In Francia, invece, emerge una tendenza di segno opposto. Il legislatore, di recente, ha abrogato le regole relative alle dimensioni del consiglio di amministrazione e alla durata dei mandati, esprimendo, allo stesso tempo, un *favor* perché gli amministratori siano scelti dal proprio apparato, a garanzia di professionalità e competenza.

Deve darsi atto che la nuova espansione francese delle regole di diritto privato si iscrive in un disegno più ampio, volto a valorizzare il ruolo dello Stato come azionista e delle scelte di *governance* da esso compiute. La progressiva destrutturazione del sistema di regole speciali disciplinanti le società pubbliche, infatti, è coeva all'istituzione e al rafforzamento dei poteri dell'autorità amministrativa di gestione delle partecipazioni societarie statali, l'*Agence des participations de l'État*. Si tratta di un ente, dotato di ampia autonomia tecnica che opera nel rispetto delle linee di indirizzo del potere esecutivo, la quale gestisce le partecipazioni statali nelle società nel perseguimento dello scopo che l'ente pubblico operi come un'azionista dinamico, consapevole, con una visione lungimirante e di sistema. In buona sostanza, da un lato, si allentano le briglie legislative che tengono le società e ne garantiscono la funzionalizzazione al pubblico interesse, dall'altro si rafforza il potere e la funzione dell'ente di governo di esse.

La soluzione francese è certamente lontana dall'approccio adottato dal legislatore italiano. Tuttavia, condivisa la premessa che una eccessiva normazione speciale, derogatoria delle regole di diritto comune, non assicura un sistema efficiente di gestione delle società e, soprattutto, incide negativamente sulla concorrenza del mercato, può essere utile prendere spunto dalle esperienze vicine e valutare l'opportunità di intervenire sull'amministrazione con misure volte a rendere l'amministrazione un azionista più responsabile, consapevole e competente.

4. *I contratti pubblici*. – L'emersione di esigenze di ammodernamento, semplificazione, oltre che di supporto alla crescita economica e allo sviluppo sostenibile, spingono verso un ripensamento del quadro giuridico in materia di contratti pubblici. La disciplina attualmente vigente recepisce quella di matrice europea dettata dalle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE in materia di *public procurement*, incorporate e implementate dagli Stati membri nel corso dell'ultimo quinquennio.

Per discutere e valutare possibili interventi di riforma nel settore è utile tenere conto tanto delle modalità di recepimento, quanto dei dati relativi all'attuazione in concreto delle regole sovranazionali, guardando al contesto italiano e, in ottica comparata, a quello di altri Paesi

¹¹ *Supra* par. 2.1.

europei, in particolare Regno Unito, Francia e Germania.

Entrambi i profili del recepimento e dell'attuazione sono stati oggetto di esame, considerando in via preliminare l'esistenza di due peculiari differenze rispetto a ciascuno.

La prima attiene alla tecnica usata dal singolo Stato per incorporare le norme di derivazione sovranazionale all'interno del singolo ordinamento interno. Il recepimento della normativa europea da parte degli Stati membri può essere ricondotto a due diversi modelli. Il primo fa capo alla tecnica del c.d. *copy out*, attraverso la quale la trasposizione della normativa sovranazionale nell'ordinamento interno non comporta significativi adattamenti. È questa la tecnica impiegata dal Regno Unito in sede di recepimento, attraverso l'emanazione di regolamenti che riportano in sostanza il contenuto delle direttive europee. Il secondo modello è quello che vede un adattamento delle regole al contesto domestico, principalmente attraverso l'opera di codificazione. È questo il modello scelto non soltanto dall'Italia, ma anche da Francia e Germania, benché queste ultime siano arrivate alla creazione di codici di settore attraverso passaggi intermedi rispetto a quanto accaduto in ambito nazionale.

La seconda riguarda, invece, l'attuazione e delle regole recepite e l'efficacia in concreto della loro applicazione. Ciascun Paese, infatti, ha conciliato il recepimento delle norme in conformità con la propria cultura giuridica e ne ha implementato l'attuazione in modo diverso. La recente indagine condotta dalla Commissione europea sugli effetti prodotti dall'armonizzazione delle regole all'interno dei singoli ordinamenti europei, pubblicata all'inizio del 2020, fornisce un quadro dei dati rilevanti sul rendimento complessivo in materia di *public procurement* nel triennio 2017-2019, individuando vantaggi e criticità delle modalità di attuazione nei diversi Stati membri.

La scelta in merito agli ordinamenti da prendere in esame è stata effettuata tenendo in considerazione, da un lato, la tradizione giuridica tipica dei paesi di *civil law* e di *common law*, per l'influsso che essa ha avuto sulle tecniche impiegate per il recepimento della normativa europea; dall'altro, i dati relativi al rendimento complessivo in materia di *public procurement*, raccolti e aggregati in sede europea.

Nell'analisi dei dati, gli indici selezionati per la comparazione sono di carattere generale, considerano le principali criticità rilevate con riferimento al contesto italiano e includono dati relativi al procedimento di aggiudicazione (la velocità della decisione in termini di numero di giorni impiegati, l'affidamento senza gara), intendendo come tale il periodo di tempo che intercorre tra il termine per la ricezione delle offerte e la data di aggiudicazione del contratto; e dati sul coinvolgimento di soggetti offerenti e/o aggiudicatori del contratto (il numero di contratti assegnati in cui è presente un unico offerente, il numero dei contraenti piccole-medie imprese tra gli i soggetti aggiudicatari).

4.1. *Il recepimento della disciplina europea nell'ordinamento italiano.* – Il recepimento delle direttive in materia di contratti pubblici in Italia è avvenuto nell'ottica della semplificazione normativa attraverso il d.lg. n. 50/2016 che ha abrogato il precedente codice degli appalti (d.lg. n. 163/2006). Nella stessa ottica, all'emanazione di un regolamento di attuazione il legislatore ha preferito la formulazione di norme attuative per singoli argomenti.

L'attuale codice si compone di sei parti (disposizioni comuni e principi; la disciplina dei contratti di appalto, forniture e servizi; i contratti di concessione; il partenariato pubblico privato e il contraente generale; infrastrutture e insediamenti prioritari; disposizioni finali e transitorie).

La normativa è ispirata ai principi di trasparenza e di lotta alla corruzione, prevedendo importanti innovazioni, primo fra tutti il rinnovato ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), dotata di una funzione centrale non solo nell'attuazione ed esecuzione del codice ma anche nell'attribuzione del *rating* d'impresa. Altre novità significative riguardano poi il partenariato pubblico-privato, i criteri di aggiudicazione, la nuova procedura competitiva con negoziazione, una disciplina organica delle modifiche contrattuali e una più efficace lotta alla corruzione attraverso l'istituzione dell'albo dei commissari e la moltiplicazione degli obblighi di trasparenza.

Il recepimento delle direttive non è stato però privo di problematiche applicative, alcune delle quali animano ancora il dibattito nazionale, tanto da avere reso necessaria l'emanazione di numerosi correttivi. Si tratta sostanzialmente di almeno un intervento normativo per ogni anno di applicazione, gli ultimi dei quali sono stati: il d.lg. 19 aprile 2017, n. 56 (c.d. correttivo al codice), la l. 27 dicembre 2017, n. 205 (c.d. legge finanziaria per il 2018), il d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. decreto sblocca cantieri) e il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. decreto semplificazioni).

Il sistema di *governance* è stato innovato considerevolmente rispetto al codice precedente, proprio nell'ottica di un efficientamento del sistema amministrativo. Il legislatore affida l'annoso sistema di vigilanza sul rispetto della normativa, monitoraggio e segnalazione all'ANAC, la quale accentra su di sé anche un ruolo attuativo del codice stesso, attraverso lo strumento delle linee guida; scelta per la verità ripensata dal correttivo del 2019, il quale ha affidato la fase di attuazione delle direttive a un regolamento.

Alla cabina di regia istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, è attribuito, tra gli altri, il compito di vigilare sullo stato di applicazione del codice, di vagliare le difficoltà riscontrate dalle stazioni appaltanti, esaminare proposte di modifiche normative e promuovere protocolli d'intesa, convenzioni o associazioni private. Il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, invece, mantiene un ruolo di promozione delle attività tecniche e amministrative necessarie a una adeguata e sollecita progettazione e approvazione delle infrastrutture. Chiude il sistema di *governance* il Consiglio superiore dei lavori pubblici, massimo organo tecnico consultivo dello Stato, dotato di autonomia funzionale e organizzativa e indipendenza di giudizio e valutazione, il quale è chiamato a esprimere un parere obbligatorio sui progetti di lavori pubblici di competenza statale o finanziati per almeno il cinquanta per cento dallo Stato.

4.2. *Una comparazione con le altre esperienze straniere.* – Guardando alle esperienze straniere considerate, si nota come i modelli di recepimento adottati per incorporare le direttive nei diversi contesti giuridici nazionali, anche laddove assimilabili (come nel caso dell'opzione verso la codificazione, scelta da Francia, Germania e Italia), hanno seguito percorsi differenti.

Il recepimento delle direttive europee è avvenuto, infatti, in Francia attraverso l'emanazione di un'ordinanza e di due decreti, rispettivamente relativi *aux marchés publics* (ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015; décret n° 2016-360 du 25 mars 2016) e *aux marchés publics de défense ou de sécurité* (décret n° 2016-361 du mars 2016). Successivamente, nell'esigenza di dare ordine alla materia e di conferire unità all'articolato sistema della contrattazione pubblica francese, è stato emanato il *Code de la commande publique* (CCP), entrato in vigore il 1 aprile 2019, con conseguente abrogazione del precedente *Code des marchés publics*.

Il CCP, originariamente composto da 1.747 articoli, è strutturato in una parte legislativa e una regolamentare, a loro volta suddivise nelle sezioni *marchés publics* (composta rispettivamente da otto *livres* nella parte legislativa e da quattro *livres* nella parte regolamentare) e *concessions administratives* (composta da cinque *livres* nella parte legislativa e da tre *livres* nella parte regolamentare). Appartengono alla parte legislativa le sezioni *définitions et champ d'application* e il c.d. *titre préliminaire*. In quest'ultimo, il legislatore nazionale ha inserito i principi generali della *commande publique*, tra cui quelli di derivazione europea (ossia, non discriminazione dei candidati, libero accesso al mercato e trasparenza delle procedure). All'interno del *titre préliminaire*, uno specifico articolo viene destinato al *contrat administratif* e al suo regime pubblicistico di attribuzione alla *autorité contractante* di un potere di controllo, modifica e recesso unilaterale.

In conformità con la bipartizione europea, all'interno del CCP è perciò disciplinata la materia relativa ai contratti di appalto e quella relativa alle concessioni. Ad esse si aggiunge quella dei c.d. «altri contratti» – ossia altri contratti d'appalto e concessioni – conclusi da soggetti privati o aventi ad oggetto diritti esclusivi, a cui non si applica la disciplina del

contrat administratif, categoria di contratto, propria del diritto francese, dal regime pubblicistico e concluso esclusivamente da soggetti formalmente pubblici.

In Germania il recepimento è avvenuto attraverso l'adozione di diversi atti e l'emendamento della normativa interna preesistente. In particolare, la disciplina in materia di *procurement* è stata integrata nella legge nazionale in materia di concorrenza (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* – GWB), che consta attualmente di 186 paragrafi ed è divisa in sei parti (limitazioni alla concorrenza; autorità di vigilanza; procedimenti; aggiudicazione di appalti pubblici e concessioni; ambito di applicazione delle parti da 1 a 3; disposizioni transitorie e finali), a loro volta ripartite in diversi capitoli e sezioni.

All'interno della parte 4 sono regolate le procedure di aggiudicazione di appalti e concessioni per i settori ordinari e per quelli speciali. Le misure adottate si ispirano a principi pro-concorrenziali, di trasparenza e contrasto alla corruzione e al «nepotismo», prevedendo un regime di controlli *ex post* realizzati dalle autorità indipendenti ad essi preposte (*Vergabekammern*). Al c.d. *Competition Act* (GWB) si aggiungono sia le modifiche al *Bundeshaushaltsordnung* – BHO (*Federal Budget Code*, sez. 55) del 2017, sia l'emanazione nel 2016 di due ordinanze (*Public Procurement Ordinance* – VGV; *Sector Ordinance* – SEKTVO) che completano il quadro normativo già tracciato in GWB e ne specificano le previsioni regolando le varie fasi dei procedimenti di aggiudicazione (VGV), l'assegnazione dei contratti di costruzione, consegna e servizio in materia di trasporti, della fornitura di acqua e di energia da parte dei *clients* del settore, siano essi soggetti pubblici o privati (SEKTVO).

Va sottolineato che in Germania il diritto dei contratti pubblici risulta largamente ricondotto al diritto civile, nella misura in cui è rimesso in gran parte alla capacità negoziale dell'amministrazione. In questo senso, salvo nel caso in cui sia imposto dalla disciplina sovranazionale, le procedure applicabili alla contrattazione pubblica sono quelle previste per il contraente privato, benché nel rispetto degli obblighi generali di pubblicità e tutela della concorrenza.

Per altro verso, anche il recepimento attraverso la tecnica dell'«applicazione diretta» (*copy out*), tipica della tradizione britannica, rivela aggiustamenti e modifiche necessari per l'adattamento dei principi all'ordinamento interno.

La normativa europea è stata tempestivamente recepita dal Regno Unito attraverso l'emanazione di tre diversi regolamenti di attuazione, per un totale di più di trecento disposizioni normative.

È stata data priorità alla materia degli appalti pubblici (*Public Contracts Regulations*, 2015). Il regolamento sui contratti pubblici è diviso in cinque parti (ambito di applicazione, definizioni e principi generali; disposizioni applicabili agli appalti pubblici; particolari regimi di appalto; *governance*; poteri delegati, competenze di esecuzione e disposizioni finali), nove capitoli (ambito di applicazione e conflitti di interesse c.d. *mixed procurement*; regole sui contratti pubblici relative alle procedure, al loro svolgimento e all'esecuzione del contratto; particolari regimi di contrattazione pubblica, in particolare nel settore dei servizi sociali e di altri servizi specifici; registri e report; *facilitation remedies*; ricorsi giurisdizionali; regole aggiuntive in materia di pubblicazione delle informazioni e trasparenza delle procedure; appalti sottosoglia; miscellanea), di centoventidue articoli (*sections*) e allegati, che in parte riordinano e integrano le previsioni della direttiva.

L'adattamento al contesto nazionale ha comportato, in ogni caso, alcuni aggiustamenti rispetto a quanto già definito all'interno della direttiva, che si manifestano in diverse forme.

Sotto un primo profilo, si nota l'ampliamento di alcuni capitoli (per esempio, il capitolo secondo), inserendo in esso sia le regole relative alla fase di aggiudicazione, che quelle sulle negoziazioni dei contratti; o ancora nell'aumento del numero di articoli (centoventidue rispetto ai novantaquattro della direttiva), effetto di un riordino delle regole alla luce sia delle necessità di coordinamento con il panorama nazionale, sia di quelle richieste dal *drafting* legislativo.

Un secondo profilo è poi quello che riguarda l'aspetto rimediabile o di tutela giurisdizionale in caso di controversie generate dalla conclusione del contratto. I capitoli quinto (*facilitation remedies*) e sesto (*applications to the courts*) sono appositamente dedicati a tali aspetti,

evidenziando il regime di specialità e celerità delle procedure nel settore, sia in termini di *time limits* fissati per poter proporre l'azione, sia con riferimento ai motivi di ricorso¹².

Nel 2016 sono poi stati emanati altri due diversi regolamenti in attuazione in materia di procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (*Utilities Contracts Regulation*) e concessioni (*Concession Contracts Regulation*).

Il regolamento in materia di *utilities* è diviso in sette parti (oggetto, ambito di applicazione, principi, definizioni; regole applicabili ai contratti di concessione; particolari regimi di contrattazione; informazioni e documenti; azioni e tutela giurisdizionale; revoca, modifica e risparmio di spesa; controlli), ciascuna suddivisa in diversi capitoli (definizioni e oggetto; attività; ambito di applicazione; principi generali; procedure; tecniche e strumenti per l'approvvigionamento elettronico e aggregato; svolgimento della procedura; prestazioni del contratto; servizi sociali e altri specifici servizi; regole per le procedure di progettazione; rimedi), consta di centoventicinque articoli a cui si aggiungono gli allegati.

Il regolamento in materia di concessioni pubbliche, a sua volta, è diviso in sei parti (disposizioni generali; ambito di applicazione e principi generali; norme sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; norme sull'esecuzione dei contratti di concessione; azioni e tutela giurisdizionale; miscellanea), alcune delle quali ripartite in capitoli, e conta sessantasei articoli e allegati.

Entrambi gli atti normativi dimostrano caratteristiche simili a quelle riscontrate quanto al primo regolamento in materia di appalti: una divisione in parti e un numero di articoli superiore a quanto previsto nelle rispettive direttive. È un'impostazione che risponde alle ragioni già individuate in precedenza e connesse all'esigenza di coordinare la disciplina sostanziale con quella di tutela giurisdizionale e di stesura normativa.

La *governance* per l'attuazione dell'intera disciplina in materia di contratti pubblici è affidata al *Cabinet Office*.

Va comunque segnalato che, a seguito dell'avvio della procedura di recesso dai Trattati (c.d. *Brexit*), è attualmente in discussione la proposta di razionalizzare e semplificare in maniera organica il complesso quadro di norme che regola il settore, procedendo alla codificazione dei tre regolamenti, anche allo scopo di rendere meno restrittivo l'attuale regime di aggiudicazione dei contratti pubblici, valutato dai decisori britannici come maggiormente focalizzato sul punire le violazioni, che sulla capacità di generare valore e trasparenza nei processi.

4.3. *L'applicazione delle regole in materia di public procurement.* – Ai modelli di recepimento si associa poi il grado di efficacia che le regole, così recepite, hanno dimostrato nel supportare il raggiungimento degli obiettivi indicati in sede sovranazionale. La Commissione europea si è di recente occupata di valutarne l'impatto all'interno degli ordinamenti degli Stati membri, fornendo dati sul rendimento complessivo in materia di *public procurement*, individuando vantaggi e criticità nella loro attuazione¹³. L'indagine condotta in sede europea prende in esame principalmente dati relativi al triennio 2017-2019 e individua una serie di indici di riferimento¹⁴. Tra di essi, ne sono stati qui selezionati alcuni, in particolare, considerando quelli rispetto ai quali l'Italia ha mostrato un rendimento non soddisfacente, anche nel confronto con gli altri Paesi europei oggetto di esame nell'ambito della presente analisi. Essi includono sia dati relativi al procedimento di aggiudicazione (la velocità delle decisioni assunte nell'ambito del procedimento di aggiudicazione; l'affidamento senza gara), sia dati sul coinvolgimento di soggetti offerenti e/o aggiudicatori del contratto (la

¹² S. 93 e S. 99.

¹³ ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm.

¹⁴ Gli indicatori di performance considerati nell'analisi compiuta dalla Commissione europea sono in totale dodici: «single bidder; no calls for bids; publication rate; cooperative procurement; award criteria; decision speed; SME contractors; SME bids; procedures divided into lots; missing call for bids; missing seller registration numbers», si cfr. ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm.

presenza di un unico offerente; la presenza di piccole-medie imprese tra i soggetti aggiudicatari).

Il primo indice riguarda la velocità delle decisioni e prende in considerazione il «periodo decisionale medio» impiegato per selezionare un offerente, inteso come il tempo che intercorre tra il termine per la ricezione delle offerte e la data di aggiudicazione dell'appalto. Il periodo decisionale medio è considerato avere una durata soddisfacente quando non supera i centoventi giorni.

Il secondo indice misura, invece, la percentuale degli affidamenti avvenuti senza gara: la procedura selettiva tramite bando generalmente rende il processo di selezione degli offerenti più trasparente e facilita dinamiche concorrenziali, portando ad un migliore rapporto qualità prezzo. È considerato comunque soddisfacente qualora la percentuale di affidamenti condotti senza gara si attesti tra il cinque per cento e il dieci per cento.

Il terzo misura poi la percentuale di contratti affidati in presenza di un solo offerente. Maggiore è il numero degli operatori economici che partecipa alla selezione, maggiore è la possibilità per le autorità pubbliche di ottenere migliori prestazioni ad un prezzo inferiore, favorendo la concorrenza. Si considera soddisfacente laddove la percentuale di contratti affidati in presenza di un solo offerente sia annualmente inferiore al dieci per cento o comunque non superiore al venti per cento.

Il quarto e ultimo indice, infine, mostra quanti tra gli aggiudicatari e successivi contraenti sono piccole-medie imprese (PMI). Alte percentuali di presenza di PMI sono auspicabili dal momento che la maggior parte delle aziende che operano all'interno dell'Unione europea rientrano in questa categoria. Percentuali basse potrebbero indicare la presenza di ostacoli che impediscono alle imprese più piccole di partecipare alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici (per esempio, eccessiva burocrazia, bandi di gara che non favoriscono le imprese più piccole, bassa capacità delle imprese più piccole di competere). È considerato soddisfacente qualora la percentuale di PMI aggiudicatarie sia annualmente superiore al sessanta per cento e comunque non inferiore al quarantacinque per cento.

Tra i paesi considerati, in termini di speditezza nell'assunzione di decisioni, l'Italia registra il risultato meno soddisfacente. La durata media di un procedimento funzionale alla sottoscrizione di contratti pubblici nel nostro Paese, infatti, mostra una crescita nel triennio considerato. Il numero di giorni necessari è aumentato, passando da 186 giorni nel 2017 a 216 giorni nel 2019, a dimostrazione della eccessiva burocrazia dell'apparato amministrativo. Un tempo decisamente più lungo rispetto a quanto osservato soprattutto in Germania (per una media di 54 giorni), in Francia (per una media di 86 giorni), ma anche nel Regno Unito (con una media di 96 giorni)¹⁵. Benché la durata media di un procedimento considerata come accettabile in sede europea sia comunque pari a 120 giorni, l'Italia ha mostrato finora difficoltà nel raggiungere anche quello standard.

Guardando agli affidamenti, il riferimento è tanto alle aggiudicazioni realizzate in assenza di gara, quanto alla presenza di uno o più soggetti offerenti. Nel primo caso, in Italia il numero di contratti affidati senza gara costituisce sette per cento del totale e si inserisce a pieno all'interno della media ritenuta soddisfacente secondo i parametri europei, fissata tra il cinque per cento e il dieci per cento. Tuttavia, prestazioni migliori sono riportate dagli altri paesi considerati, i quali si attestano attorno al tre per cento. Nel secondo caso, i parametri sovranazionali prevedono che lo svolgimento di gare pubbliche alla presenza di un solo offerente possa condurre a risultati soddisfacenti solo qualora esso sia contenuto ad una percentuale inferiore al dieci per cento e, comunque, non sia superiore al venti per cento. In questo senso, l'Italia non pare aver mostrato una prestazione soddisfacente poiché nel trenta per cento delle gare svolte, durante il triennio considerato, si è assistito alla presenza di un unico soggetto dal lato dell'offerta. Tuttavia, un risultato peggiore rispetto all'Italia è stato

¹⁵ Sebbene, almeno nel Regno Unito, vi sia una legislazione piuttosto complessa in materia di contratti pubblici poiché esistono numerose serie di regolamenti che disciplinano tali procedimenti, si cfr. assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/943946/Transforming_public_procurement.pdf.

registrato nel Regno Unito, dove la percentuale sale al trentadue per cento, benché il *trend* mostrato dal Paese sia poi in progressiva decrescita. Sia la Francia (con una media del diciassette per cento) che la Germania (con una media del venti per cento) sembrano, invece, rientrare all'interno della media sovranazionale.

Il coinvolgimento di PMI quali offerenti nei procedimenti di aggiudicazione e come successivi contraenti risulta piuttosto scarso in Italia (in media pari al trentaquattro per cento) se raffrontata alla media individuata secondo i parametri europei, calcolata su base annua (superiore al sessanta per cento e comunque non inferiore al quarantacinque). Simile a quella italiana è la situazione francese (in media attorno al quarantacinque), dove però il coinvolgimento di PMI nell'ambito dei procedimenti in materia di contratti pubblici si osserva raggiungere percentuali comunque soddisfacenti, anche considerata la tendenza verso la crescita mostrata nel triennio considerato (quarantacinque per cento per il 2017, quarantacinque per cento per il 2018 e quarantaquattro per cento per il 2019). Su livelli più soddisfacenti si attestano poi Germania (in media attorno al quarantasette per cento) e Regno Unito (in media attorno al cinquanta per cento). Va però osservato che tanto in Francia, quanto in Germania e nel Regno Unito, i legislatori nazionali – anche in ottica di politica economica – hanno riservato particolare attenzione alla partecipazione e all'accesso delle PMI alle gare pubbliche. In particolare, sono state perseguite politiche pubbliche e strategie (spesso *bipartisan*) in favore del coinvolgimento delle PMI nelle gare pubbliche, soprattutto in materia di appalti¹⁶.

4.4. *La disciplina dei contratti pubblici tra istanze di semplificazione e oneri burocratici.* – Nonostante le tradizioni comuni, ciascuno Stato ha scelto la via più idonea per il recepimento della normativa europea nel proprio ordinamento interno: non tutti i Paesi europei, anche adottando un approccio analogo, hanno seguito lo stesso percorso. In particolare, si osserva che la materia della contrattazione pubblica non è stata sempre associata alla disciplina pubblicistica. In altri termini, nonostante l'Italia abbia intrapreso la strada della codificazione, così come la Francia e la Germania, diverse sono state le modalità che hanno accompagnato tanto la realizzazione, quanto l'attuazione nei tre paesi.

Prima di arrivare all'emanazione del CCP, il legislatore francese ha espletato «passaggi intermedi» attraverso l'emanazione di norme regolamentari solo successivamente coordinate e integrate in un testo unico. Va sottolineato, inoltre, che, nel dettare una disciplina univoca e formalmente coerente con le previsioni europee, in Francia è emersa contestualmente una forte volontà di preservare le specificità nazionali¹⁷. Inoltre, il CCP ha contribuito non solo a recepire le regole europee, ma anche a dare un fondamento normativo a una serie di prassi giurisprudenziali nazionali affermatasi nel settore negli ultimi decenni. Alla stessa giurisprudenza, amministrativa e ordinaria, è poi attribuito un ruolo fondamentale nell'interpretazione e applicazione delle regole codificate, anche in rapporto alla disciplina del codice civile. Allo stesso modo, in Germania, è stata data progressiva forma alla disciplina in materia, integrandola in corpus normativi già esistenti – in particolare, nella legge in materia

¹⁶ In particolare, in Germania, la promozione delle PMI nelle gare d'appalto è una parte (e un sottoinsieme) dell'obiettivo politico trasversale della *Mittelstandsförderung*, si cfr. E.K. SARTER, S. FUCHS e D. SACK, *SME-friendly public procurement in Germany? Legal strategies and political challenges*, Working Paper No. 2, Working Paper Series 'Comparative Governance', settembre 2014, disponibile su www.researchgate.net/publication/273119546_SME_friendly_public_procurement_in_Germany_Legal_strategies_and_political_challenges. In Francia, nel 2019, è stato predisposto dal Ministero dell'economia e delle finanze l'*Observatoire économique de la commande Publique de Ministère de l'économie et des finances*, una guida pratica per l'accesso alle gare pubbliche in supporto alle PMI che vogliono parteciparvi, ponendosi nei confronti degli operatori come un suggerimento di buone prassi, si cfr. www.economie.gouv.fr/daj/oecp-analyse-economique-part-des-pme-dans-commande-publique. Ancora, nel Regno Unito, la partecipazione delle PMI alle gare pubbliche è stata oggetto di specificazione nello stesso testo di legge, si cfr. *Public Contracts Regulation*, part 4 (la part 4 si applica a Inghilterra, Galles e Irlanda del Nord, fatte salve le eccezioni derivanti dalle competenze devolute a Galles e Irlanda del Nord).

¹⁷ Un ruolo centrale è, infatti, stato riservato al *contrat administratif*, e al suo regime, che il legislatore inserisce nel *titre préliminaire*, accanto ai principi generali. Altrettanto non è accaduto per gli eterogenei «altri contratti» conclusi da soggetti privati, per i quali si è omesso di sancire l'applicabilità dei principi generali e il cui diverso regime va ricostruito tramite norme esterne al CCP, a discapito perciò dell'unità del «nuovo» sistema.

di concorrenza (GWB) – accompagnati da altri atti normativi per specificarne l’attuazione in fase procedimentale (VGV). In entrambi i casi l’applicazione delle nuove regole ha generalmente ottenuto risultati ritenuti soddisfacenti da parte delle autorità sovranazionali, mantenendosi nella (e in alcuni casi al di sotto della) media europea, come per quel che riguarda, ad esempio, la speditezza dei processi decisionali.

Diversamente, l’Italia ha scelto di recepire le direttive attraverso la pubblicazione di un nuovo codice, nell’ottica di semplificare la normativa vigente. Tale soluzione, se da un lato ha consentito un riordino della materia e un suo puntuale coordinamento con i principi sovranazionali, contribuendo a generare effetti complessivamente positivi nel settore, dall’altro, ha però causato alcune difficoltà sul piano attuativo, che lo Stato ha tentato di appianare, finora senza particolare successo, con numerosi correttivi.

L’applicazione delle nuove regole, infatti, ha consentito un incremento degli investimenti e una complessiva accelerazione della fase procedurale di aggiudicazione. I dati raccolti dall’OICE riferiscono di un incremento in valore degli investimenti del duecentocinque per cento rispetto al 2016, riportandosi circa ai valori del 2006. Inoltre, relativamente ai lavori, nel 2018 l’importo è stato di oltre trentadue miliardi con un incremento pari al cinquantasei per cento rispetto al 2016 e confrontabile con i valori del 2004, miglior anno del primo decennio del nuovo millennio¹⁸.

Tuttavia, la Commissione europea non ritiene pienamente soddisfacente la *performance* applicativa delle direttive nel nostro Paese: il numero di giorni necessario per l’aggiudicazione dell’appalto è di gran lunga superiore al tetto massimo di 120 giorni previsto, ed è il terzo più alto tra gli Stati membri; la percentuale di procedure di gara svolte in presenza di un solo offerente denota la complessità del sistema ed il conseguente danno alla concorrenza; anche la presenza delle PMI aggiudicatrici, seppur in crescita, risulta comunque lontana dalla quota del cinquanta per cento fissata dalla Commissione¹⁹.

Alle debolezze rilevate dagli indicatori elaborati in sede europea si sommano poi alcune problematiche interne, dettate dalle particolari esigenze del nostro Paese, prima tra tutte la lotta alla corruzione e alla criminalità organizzata, che necessariamente costringono il legislatore a cercare un punto di equilibrio nell’eterna tensione tra legalità e celerità delle procedure.

Tra di esse si collocano, in primo luogo, quelle legate al ruolo dell’ANAC e alla natura delle linee guida emanate dall’autorità. L’esigenza di flessibilità del sistema aveva portato all’introduzione di strumenti di *soft law*, sotto forma delle linee guida dell’ANAC. Tuttavia, ciò ha finito per determinare notevoli difficoltà, tra cui la complessa definizione della natura e dell’efficacia delle linee guida, tanto che il d.l. n. 32/2019 (c.d. sblocca cantieri), nel modificare il d.lg. n. 50/2016, ha previsto un solo regolamento di esecuzione, attuazione e integrazione, disponendo così che avrebbero cessato di avere efficacia le linee guida dell’ANAC adottate in attuazione di disposizioni codicistiche che demandavano proprio a esse la definizione della disciplina di dettaglio. La necessità di semplificare il quadro regolatorio apre ulteriori interrogativi sul ruolo e i poteri dell’autorità, oltre che alla natura delle linee guida da essa emanate²⁰. Del resto, la sua istituzione nasce da una scelta organizzativa del legislatore nazionale, non imposta dalle direttive europee, sulla quale per questo si è acceso un intenso dibattito – anche considerato la gran parte degli altri ordinamenti europei non sembrano aver introdotto un «regolatore di secondo livello», integrando la vigilanza sui fenomeni corruttivi nell’attività delle rispettive autorità nazionali²¹.

¹⁸ ISTEА, indagine conoscitiva sull’applicazione del Codice dei Contratti Pubblici, audizione del Senato della Repubblica, VIII Commissione, 10 aprile 2019.

¹⁹ ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_by_member_state/it/index_en.htm#public-procurement.

²⁰ In generale, sul ruolo dell’ANAC nel nuovo codice, tra gli altri, *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, a cura di R. Cantone e F. Merloni, Torino, Giappichelli, 2015; S. CASSESE, *Il ruolo dell’ANAC nel Codice dei contratti pubblici*, in *Cerimonia di chiusura dodicesima edizione del master in procurement management*, 11 ottobre 2017.

²¹ M. CLARICH, *Introduzione*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, Torino, Giappichelli, 2019, XXXVI.

Un'altra problematica applicativa ha poi riguardato (e continua a riguardare) la lamentata violazione del divieto di *gold plating* da parte dell'Italia²², soprattutto con riferimento all'introduzione di quegli istituti coinvolti nella lotta alla corruzione e al fenomeno mafioso, per i quali nel nostro Paese, da sempre, si rende necessaria una normativa più avanzata e stringente di quella prevista nel resto d'Europa. Tra questi, le maggiori questioni si sono poste nei confronti dell'istituto del subappalto. Infatti, quest'ultimo, determinando una frammentazione dei soggetti partecipanti alle procedure di gara, rende di fatto più complessa l'esecuzione dei controlli di legalità nell'ambito delle stesse. L'Italia ha sempre visto con sospetto l'istituto tanto da introdurre limiti al suo impiego, ulteriori rispetto a quelli previsti dalle direttive, e per i quali è stata sanzionata con l'apertura della procedura d'infrazione 2018/2273²³. Nel tentativo di porre fine all'inadempimento, il legislatore italiano ha di recente ampliato il limite per il ricorso al subappalto fino al quaranta per cento delle prestazioni complessive dell'appalto all'interno del recente d.l. n. 32/2019, ma si dubita che questa modifica possa essere risolutiva visto che oggetto della violazione non riguarda tanto il *quid*, ma l'esistenza stessa di un limite complessivo.

Da ultimo, nonostante le istanze di semplificazione perseguite con l'emanazione del nuovo codice, sono ancora presenti problematiche legate all'eccesso di burocrazia e ai numerosi controlli burocratici preventivi previsti per assicurare la legalità della scelta del contraente, i quali comunque contribuiscono a rallentare e appesantire lo svolgimento delle procedure di aggiudicazione. La sperimentazione condotta nell'ambito della vicenda relativa al ponte Morandi di Genova (e l'applicazione della procedura negoziata impiegata in quel caso) resta per lo più ancorata a circostanze eccezionali, quando potrebbe potenzialmente essere impiegata in un maggior numero di casi – laddove le circostanze lo consentano – e al di là dei meri contesti emergenziali. Persiste poi il problema dell'efficienza delle numerosissime stazioni appaltanti che lo stesso codice, inattuato su questo argomento, prevedeva di ridurre. Al riguardo sarebbe opportuno considerare di nuovo i diversi tentativi esperiti per accorpate e riformare l'organizzazione delle stazioni appaltanti, soprattutto al livello dei piccoli comuni.

Dal quadro che emerge, sarà sicuramente utile dare seguito nel prossimo futuro ai rilievi posti all'Italia dalla Commissione europea, tenendo comunque in considerazione che si tratta di esiti relativi a dati raccolti in epoca pre-pandemica e che pertanto non tengono conto delle misure adottate in clima emergenziale e dei loro effetti. Il tentativo dovrà comunque essere quello di coordinare l'attività delle autorità coinvolte nei procedimenti di contrattazione pubblica con gli obiettivi di risultato richiesti dal confronto europeo; allo stesso tempo cogliendo l'occasione per razionalizzare e semplificare le criticità emerse nel contesto nazionale per guadagnare un adeguato grado di efficienza ed economicità dell'azione pubblica in tale settore, che potrà avere evidenti ricadute sull'economia e lo sviluppo del Paese.

5. *Considerazioni conclusive.* – Dall'analisi dei tre ambiti presi in esame, ossia la semplificazione amministrativa, la regolamentazione delle società a partecipazione pubblica e la disciplina dei contratti pubblici, è possibile tracciare alcune linee di sviluppo del diritto amministrativo italiano.

Innanzitutto, si riscontra che elementi di debolezza del sistema amministrativo derivano da cause tanto esogene, quanto endogene. Tra le prime si segnala il pluralismo istituzionale. L'eccessiva frammentazione dei livelli di governo, se non adeguatamente contenuta, moltiplica le procedure e le competenze che si sovrappongono le une alle altre, con il rischio di porre vincoli che gravano in modo sproporzionato sui cittadini. Inoltre, le semplificazioni di un livello di governo non si traducono in altrettante riduzioni di oneri negli altri livelli, limitando dunque la portata di interventi legislativi di snellimento dei procedimenti. Il medesimo problema si rinviene anche nella disciplina dei contratti pubblici: nonostante la

²² Già previsto a livello generico dell'art. 32, l. n. 234/2012.

²³ Lettera della commissione europea Commissione Europea di costituzione in mora dell'Italia con la procedura di infrazione n. 2018/2273. Seguita dalle sentt. Corte di giustizia europea (nella causa «Vitali» C-63/18, sentenza 26 settembre 2019 e «Tedeschi», del 27 novembre 2019 (causa C-402/18).

diminuzione delle centrali di spesa, le pubbliche amministrazioni che possono operare come stazioni appaltanti sono ancora troppo numerose. Permangono rilevanti differenze nella capacità amministrativa di queste ultime, anche perché non tutte sono in possesso di un personale competente altamente qualificato specialmente per gestire le procedure più complesse.

La scarsa fiducia da parte del Parlamento e del governo nei confronti dell'amministrazione è alla base di ulteriori disfunzioni. Si osserva, infatti, che all'inflazione normativa si somma il fenomeno delle disposizioni sempre più dettagliate che mirano a disciplinare integralmente l'azione amministrativa. Gli spazi residuali di discrezionalità sono considerati, nel migliore dei casi, fonte di inefficienza e di lungaggini burocratiche, da contrastare con apposite norme di semplificazione, e, nel peggiore, come cause di potenziali fenomeni corruttivi. In effetti, le norme troppo dettagliate finiscono per irrigidire l'attività amministrativa, paralizzandola e alimentando ritardi e incertezze che si riverberano negativamente sui servizi resi a cittadini e a imprese. Al contempo, la mancanza di fiducia è alla base dell'aumento esponenziale di adempimenti e controlli a cui sono sottoposti dirigenti pubblici e funzionari, all'interno di una cornice di responsabilità crescenti che incentivano la c.d. «fuga dalla firma».

Tra le cause endogene di debolezza del sistema amministrativo si possono menzionare il ricorso costante alle deroghe e alle eccezioni e la diffidenza nei confronti di un più ampio uso del diritto privato nella gestione delle pubbliche amministrazioni. Le deroghe costituiscono uno degli strumenti maggiormente utilizzati, come si è visto, per raggiungere obiettivi di semplificazione amministrativa. Tuttavia, il ricorrente affidamento alle eccezioni rispetto alla disciplina amministrativa generale comporta varie complicazioni. Le semplificazioni ottenute per questa via, infatti, sono effimere, valendo esclusivamente per il singolo procedimento o per circoscritte categorie di procedimenti, non risolvono il problema della complessità amministrativa alla radice e, essendo spesso di carattere emergenziale, hanno un'efficacia provvisoria e delimitata nel tempo.

Deroghe ed eccezioni, inoltre, caratterizzano anche lo statuto delle società a partecipazione pubblica. In questo ambito, le deroghe riguardano l'applicazione della disciplina civilistica a favore di vincoli speciali introdotti dal diritto pubblico. Se alcune di queste eccezioni si giustificano per ragioni di interesse pubblico, molte altre sembrano introdurre limitazioni eccessive all'attività delle pubbliche amministrazioni. Adempimenti sproporzionati si riscontrano, inoltre, nel settore dei contratti pubblici, dove molti oneri burocratici sono stati introdotti in aperta violazione del divieto di *gold plating* della disciplina europea.

L'estensione del regime di diritto privato alle pubbliche amministrazioni, dunque, sembra essere declinata in modo asimmetrico, dal momento che essa è funzionale non ad ampliare i margini di scelta e di autonomia delle amministrazioni, bensì ad applicare a queste ultime regole e obblighi ulteriori che si sovrappongono a quelli che discendono dalla disciplina pubblicistica, rendendo l'azione amministrativa ancora più inefficiente²⁴.

²⁴ È quanto osservato da G. NAPOLITANO, *Ritorno al Diritto privato? Ovvero dei sentieri interrotti dell'efficienza amministrativa*, in AA.VV., *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, I, Torino, Giappichelli, 2021, 184, secondo il quale sembra avere subito una battuta d'arresto la penetrazione del diritto privato nell'attività amministrativa. Infatti, se nel corso della stagione riformistica degli anni Novanta del ventesimo secolo l'adozione di strumenti e moduli privatistici è servita per consentire un recupero di efficienza in favore delle amministrazioni, oggi, al contrario, l'applicazione del regime privatistico per gli enti pubblici è considerata utile solo per moltiplicare le responsabilità e limitare ulteriormente l'autonomia delle amministrazioni.