

GIAN ANTONIO BENACCHIO E MICHELE COZZIO

LA MISURAZIONE DEI SISTEMI
DI CONTRATTAZIONE PUBBLICA
NEGLI STATI DELL'UNIONE EUROPEA.
METODO E STRUMENTI¹

SOMMARIO: 1. Contesto, motivazioni e obiettivi. – 2. Struttura e funzionamento del modello di misurazione sviluppato dalla ricerca. – 3. La misurazione del dato giuridico. – 4. La misurazione del dato economico nella fase dell'evidenza pubblica. – 5. La misurazione del dato economico nella fase dell'esecuzione contrattuale. – 6. Indicazioni per il proseguimento.

1. I sistemi di contrattazione pubblica degli Stati dell'Unione Europea – laddove autorità ed enti pubblici acquistano sul mercato beni e servizi – si caratterizzano per la movimentazione di ingenti risorse economiche² e per essere ambito privilegiato di applicazione delle regole europee³.

¹ L'articolo si basa sui risultati della prima parte di un ampio e articolato progetto di ricerca avente come obiettivo quello di verificare le relazioni che intercorrono fra l'applicazione delle regole dell'Unione Europea e il funzionamento (in termini di efficacia ed efficienza) dei sistemi nazionali (e/o regionali) di contrattazione pubblica, con particolare riferimento agli appalti pubblici. Il progetto, con acronimo SVAP (*Strumenti informativi per valutare l'efficacia e l'efficienza dei sistemi di contrattazione pubblica*), sviluppa con metodologia inedita il tema della misurazione del diritto e rientra nel novero delle cd. ricerche giuridiche empiriche, per le quali si rinvia più ampiamente alle notazioni in P. CANE, e H.M. KRITZER, *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, 2010, Oxford, particolarmente il capitolo II *Doing and using empirical legal research* (p. 875 e ss.). Il progetto è stato attivato nel 2007 dall'Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici (www.osservatorioappalti.unitn.it) presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche e dal Dipartimento di Ingegneria e Scienza dell'Informazione dell'Università degli Studi di Trento coordinato da G.A. BENACCHIO, utilizzando i fondi del Programma Pluriennale della Ricerca 2006-2008 della Provincia autonoma di Trento.

² Nel 2008 il valore degli appalti pubblici banditi (e monitorati) nell'UE ammontava a circa 2.155 mld. di euro, pari al 17-18% del PIL dell'Unione, così nel Rapporto MONTI del 9 maggio 2010, *Una nuova strategia per il Mercato unico - Al servizio dell'economia e della società europea*, pt. 3.4.

³ L'ambito degli appalti pubblici è fra quelli che maggiormente ha contribuito all'enucleazione di principi generali per la definizione dei rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali, così anche G. MORBIDELLI e M. ZOPPOLATO, *Appalti*

Estratto del contributo pubblicato sull'*Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2012, pp. 317-352, presentato in occasione del Convegno organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri, dalla Società Italiana per la Ricerca in Diritto Comparato, dal Dipartimento di Diritto Comparato e Penale dell'Università di Firenze, dalla New York University, e dalla Fondazione Gerardo Romano il 26 ottobre 2012 a Villa la Pietra (Firenze) sul tema *Misurare il Diritto*.

A partire dagli anni '70 del secolo scorso l'azione comunitaria, tanto legislativa quanto giurisprudenziale, ha perseguito l'eliminazione degli ostacoli (diretti e indiretti) al funzionamento di un mercato unico degli appalti pubblici e ha favorito la realizzazione di un quadro giuridico il più possibile omogeneo⁴. In questo modo si è cercato di garantire agli operatori di qualsiasi Stato dell'Unione la possibilità di concorrere per l'aggiudicazione di appalti pubblici in tutti gli Stati membri in condizioni di parità e senza che sia d'ostacolo la *naturale preferenza*⁵ delle amministrazioni per le imprese locali. Il diritto europeo, dunque, prospetta un mercato internazionale degli appalti pubblici, di tipo aperto e concorrenziale e lo fa, principalmente, mediante: (a) la definizione di principi generali⁶ di diretta e immediata applicabilità; (b) l'armonizza-

pubblici, in *Tratt. di dir. amm. europeo* Chiti e Greco, I, Milano, parte speciale, 2^a ed., 2007, p. 424; F. FRACCHIA, *Ordinamento comunitario, mercato e pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2010, p. 7; A. MASSERA, *Lo Stato che tratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PPAA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2011, p. 47; M.E. COMBA, *L'esecuzione di opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, Torino, 2011, p. 7 e ss.

⁴ L'attuale disciplina europea degli appalti pubblici rinvia in parte alle disposizioni sulla libera prestazione dei servizi (artt. 56-62), sulla libertà di stabilimento (artt. 49-55) e sulla concorrenza (artt. 101-109) contenute nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), in parte alle numerose disposizioni di diritto derivato, prime fra tutte le direttive unificate 2004/17/CE e 2004/18/CE, che innervano il processo di integrazione europea. Né va omissso il ruolo della Corte di Giustizia, le cui sentenze interpretando *erga omnes* il diritto dell'Unione costituiscono un punto di riferimento per giudici, legislatori e operatori nazionali. Quanto detto delinea un *corpus* normativo e giurisprudenziale eterogeneo per genesi, forza coercitiva e capacità di uniformazione, ma caratterizzato in senso unitario dall'obiettivo di aprire i mercati nazionali degli appalti pubblici alle imprese di tutti gli Stati membri. Del resto l'obiettivo comunitario di un mercato degli appalti pubblici aperto alla competizione non è mai stato formalmente contestato dagli Stati membri, né vi è mai stata contestazione per quanto riguarda la base giuridica degli atti adottati; così anche M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti. Il Rapporto fra diritto interno e normativa comunitaria*, in *Il nuovo ordinamento dei lavori pubblici* a cura di F. Mastragostino, Torino, 2001, p. 5.

⁵ Rapporto Monti al Presidente della Commissione europea, cit., pt. 3.4.

⁶ Sono i principi già contenuti nel Trattato CEE costitutivi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché i principi che ne derivano in tema di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità, trasparenza ed effettività della tutela. Per una rapida ed efficace descrizione dei principi si rinvia al contributo di A. ZITTO nell'opera collettanea *Guida pratica per i contratti pubblici di servizi e forniture. Il mercato degli appalti*, 2010, Roma, I, p. 10 ss.

Estratto del contributo pubblicato sull'*Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2012, pp. 317-352, presentato in occasione del Convegno organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri, dalla Società Italiana per la Ricerca in Diritto Comparato, dal Dipartimento di Diritto Comparato e Penale dell'Università di Firenze, dalla New York University, e dalla Fondazione Gerardino Romano il 26 ottobre 2012 a Villa la Pietra (Firenze) sul tema *Misurare il Diritto*.

zione e il coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione e degli strumenti di tutela.

Sono tuttavia da verificare le conseguenze di questo processo di europeizzazione⁷, non solo e non tanto sotto il profilo della corretta trasposizione e applicazione delle nuove regole negli ordinamenti interni quanto, soprattutto, sotto il profilo dei benefici che ne conseguono, in termini di migliori o peggiori *performance* dei relativi sistemi di contrattazione.

In altre parole l'applicazione delle regole europee dovrebbe essere valutata, ad esempio, in relazione agli effetti economici (ma non solo) generati nei sistemi nazionali di contrattazione⁸. Non pare sufficiente, infatti, limitare l'ambito di analisi all'efficacia delle regole europee sul piano della trasparenza e della non discriminazione tra imprese⁹, posto che, in questo modo, non verrebbero valutati gli altri (possibili) benefici per la collettività, che pure rientrano fra le aspettative fondamentali attese dalla creazione del mercato europeo degli appalti pubblici¹⁰. Di qui l'interesse

⁷ *L'europeizzazione del diritto* è concetto utilizzato per indicare fenomeni diversi accomunati da un'unica manifestazione costituita dalla «progressiva erosione delle peculiarità nazionali mediante l'innesto di nuovi elementi di impronta comunitaria», G.A. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 2010, 5^a ed., p. 26 ss. Sul tema anche G. GRECO, *Diritto europeo e diritto amministrativo nazionale*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, p. 282 e, con riferimento agli effetti A. SANDULLI, *La concordia discors ed il processo di integrazione europea*, in *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali* a cura di G. Falcon, Padova, 2005, p. 75, osserva che i principi e gli istituti penetrando in un determinato ordinamento lo modificano in maniera irrimediabile, ma ne subiscono loro stessi effetti di trasformazione, originati dal contesto giuridico e culturale nel quale vengono ad operare al punto che ne deriva «un'indubbia omogeneizzazione tra sistemi europei ma anche una moltiplicazione delle varianti, in un contesto di necessaria salvaguardia delle diversità culturali»; sulla *cross fertilization* si segnala, con riferimento alla dottrina interna, P.M. CHITI, *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2003, p. 306.

⁸ Si consideri, inoltre, che i sistemi di contrattazione pubblica possono avere un impatto anche su terzi, oltre che sulle parti contraenti; in particolare in alcuni casi gli appalti possono produrre beni o mali pubblici che presentano un valore e quindi esternalità positive, o un disvalore e quindi esternalità negative per la società in generale. Sul tema, più in generale, si rinvia alle osservazioni di S. GOGLIO, *Local Public Goods: Productive and Redistributive Aspects*, in *Economic Analysis*, 1999, 1.

⁹ Per altro già il raggiungimento di obiettivi riconducibili alla trasparenza del mercato e alla non discriminazione tra le imprese contribuirebbe, in modo significativo, alla riduzione di situazioni di monopolio o quasi monopolio, specie se non giustificate.

¹⁰ Sul tema G. MELE, *La dimensione economica e il funzionamento del mercato de-*

Estratto del contributo pubblicato sull'*Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2012, pp. 317-352, presentato in occasione del Convegno organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri, dalla Società Italiana per la Ricerca in Diritto Comparato, dal Dipartimento di Diritto Comparato e Penale dell'Università di Firenze, dalla New York University, e dalla Fondazione Gerardino Romano il 26 ottobre 2012 a Villa la Pietra (Firenze) sul tema *Misurare il Diritto*.

per gli studi e gli approfondimenti condotti su questi argomenti con approccio multidisciplinare, le cui potenzialità, oggi enormemente favorite dalle applicazioni informatiche, offrono nuove opportunità di analisi. Peraltro la scelta di monitorare l'evoluzione normativa dei sistemi di contrattazione nazionali, così come l'andamento e l'efficienza dei mercati sottostanti, se svolta con continuità, potrebbe portare a risultati significativi per la qualità delle norme e delle politiche di spesa pubblica¹¹.

Quanto detto spiega perché anche gli appalti pubblici rappresentino un settore particolarmente interessante per lo studio e la sperimentazione di modelli e tecniche di *misurazione del diritto*, tema quest'ultimo,

gli appalti pubblici, nell'ambito studio su *Appalti pubblici e concorrenza* del Centro Studi di Confindustria, coordinato da I. CIPOLLETTA, S. MICOSI e G. NARDOZZI, 2006, disponibile su www.astrid-online.it, ritiene che «se l'applicazione della disciplina europea risultasse efficace solo sul piano della trasparenza e della non discriminazione tra imprese, verrebbero meno la valorizzazione delle risorse impiegate ed i benefici per la collettività, che rappresentano una fra le aspettative fondamentali della creazione di un mercato interno di procurement».

¹¹ Sull'opportunità di studiare le relazioni tra le regole che presidono il funzionamento dei sistemi di contrattazione e l'efficienza dei rispettivi mercati degli appalti pubblici è stato autorevolmente sostenuto che «dall'Unità d'Italia ad oggi, il dato meno noto è quello relativo agli stanziamenti destinati al mercato degli appalti pubblici e alla capacità delle pubbliche Amministrazioni di corrispondere con azioni consequenziali e concrete alle attese del Parlamento e, prima ancora, dei cittadini». Per altro il convincimento che il buon funzionamento del mercato, intendendo con quest'espressione le capacità di impegnare le somme come pure di pagarle, nonché di affidare i lavori e di eseguirli, sia insondabile, è tanto diffuso quanto lo è la convinzione che il monitoraggio dell'andamento e dell'efficienza del mercato degli appalti pubblici è un compito, che, se fosse svolto con continuità dai pubblici poteri, condurrebbe a risultati sorprendenti, così F. TITOMANLIO, *Sulla necessità di monitorare l'andamento e l'efficienza del mercato degli appalti pubblici*, in *Mercato, regole e innovazione nel settore degli appalti e dei servizi pubblici* a cura di G.A. Benacchio e M. Cozzio, Torriana (RN), 2010, p. 168 ss. Sul tema si rinvia agli orientamenti conformi espressi dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici nella *Relazione annuale* al Parlamento presentata il 9 luglio 2008, testo disponibile su www.avcp.it e dalla Commissione europea nel recente *Risk management in the procurement of innovation – Concepts and empirical evidence in the European Union*, Lussemburgo, 2010. Si legga anche *Gli acquisti delle amministrazioni pubbliche nella Repubblica federale* a cura di L. Fiorentino, Bologna, 2011, p. 17; L. TURRI, *I Rating nell'esperienza della Banca Mondiale*, relazione al convegno dell'Istituto Grandi Infrastrutture a Roma del 24 giugno 2010 sul tema *Contratti pubblici: nuove modifiche all'orizzonte*, testo disponibile su www.igitalia.it; la documentazione presentata nell'ambito del convegno internazionale del 12 ottobre 2011 a Roma sul tema *Regolazione e Competitività. La qualità della normazione come fattore di competitività e di innovazione nella PA* disponibile su www.qualitanormazione.gov.it.

Estratto del contributo pubblicato sull'*Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2012, pp. 317-352, presentato in occasione del Convegno organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri, dalla Società Italiana per la Ricerca in Diritto Comparato, dal Dipartimento di Diritto Comparato e Penale dell'Università di Firenze, dalla New York University, e dalla Fondazione Gerardino Romano il 26 ottobre 2012 a Villa la Pietra (Firenze) sul tema *Misurare il Diritto*.

ancora caratterizzato da incertezze di ordine generale e metodologico¹², nonché dall'assenza di sistemi di misurazione consolidati e condivisi¹³. Si può parlare, anzi, di settore poco esplorato e solo marginalmente inciso da analisi svolte con approcci prevalentemente monodisciplinari o comunque condotte da specialisti e organizzazioni che operano in settori circoscritti. In effetti sono disponibili contributi soprattutto di eco-

¹² Incertezze dovute a molteplici ragioni, prima fra tutte la distinzione, ancora non del tutto netta, fra i concetti di *misurazione del diritto* e *valutazione della regolamentazione* (o valutazione d'impatto della regolamentazione), laddove il secondo sembra assumere un significato meno esteso del primo e ad esso, in parte, sovrapposto. Sul tema, per valutazioni anche di carattere generale, si rinvia agli articoli di A. GAMBARO, *Misurare il diritto*, in *Le nuove frontiere della comparazione, Atti del Primo Convegno Nazionale della SIRD*, Milano, 5-7 maggio 2011, Pubbl. del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento, Trento, 2012, e *Misurare il diritto?*, presentato all'Accademia Pontaniana e la Società Nazionale di Scienze, Lettere e Arti in Napoli, il 15 marzo 2010, nell'ambito del ciclo di letture dei Lunedì delle Accademie napoletane 2009-2010, disponibile su www.dirittocomparato.unipa.it/system/files/Antonio_Gambaro.pdf. Con riferimento agli strumenti per il controllo e la valutazione degli effetti delle leggi l'autore segnala che «non sono ancora messe a punto le tecniche mediante le quali si possa procedere alle valutazioni richieste», in tal senso, conclude, risulta esservi una domanda di conoscenza vasta e, per il momento, insoddisfatta. Il tema è trattato anche da S. CASSESE e L. CASINI, *Public Regulation of Global Indicators*, in corso di pubblicazione in *Governance by Indicators: Global Power through Quantification and Rankings*, a cura di K. Davis, A. Fisher, B. Kingsbury, S.E. Merry, per i tipi di Oxford University Press. Si segnala, infine, l'iniziativa promossa nell'ambito del Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei Ministri (*infra* note 11 e 19) caratterizzata dall'introduzione di tre strumenti «sinergici» finalizzati a «favorire la concorrenza, oltre che il miglioramento della qualità della regolazione», si tratta: dell'analisi tecnico normativa (ATN); dell'analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR); della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR).

¹³ Va subito detto che, a fronte di questo gap di ordine generale e metodologico, si rileva l'emergere di una tendenza diretta: (i) ad una migliore e più completa rendicontazione del funzionamento degli appalti pubblici (spesso basata su obiettivi di maggiore tracciabilità dei dati del settore e strumenti di automazione) e (ii) all'utilizzo di strutture e organizzazioni predisposte al controllo e al monitoraggio dei dati; così la Commissione europea in *Evaluation Report – Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, parte I, giugno 2011, disponibile su http://ec.europa.eu/internal_market/index.htm.

Fra le esperienze note che possono offrire spunti per la misurazione del diritto segnaliamo quelle dell'OCSE, *Indicators of Regulatory Management Systems, Regulatory Policy Committee*, relazione 2009 e della Banca Mondiale, quest'ultima descritta nella relazione di L. TURRI, *I Rating nell'esperienza della Banca Mondiale*, cit. ma vedi anche i rapporti *Doing Business*, di cui *infra* alla nota 32, nonché la relazione della Corte dei Conti Europea, *Valutazione d'impatto nelle istituzioni UE*, 2010, 3, cit.

Estratto del contributo pubblicato sull'*Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2012, pp. 317-352, presentato in occasione del Convegno organizzato dalla Fondazione Cesfin Alberto Predieri, dalla Società Italiana per la Ricerca in Diritto Comparato, dal Dipartimento di Diritto Comparato e Penale dell'Università di Firenze, dalla New York University, e dalla Fondazione Gerardino Romano il 26 ottobre 2012 a Villa la Pietra (Firenze) sul tema *Misurare il Diritto*.

nomisti, di esperti di statistica o di giuristi¹⁴, mentre sono quasi assenti elaborazioni che associno, oltre alle menzionate, altre competenze che pure potrebbero fornire contributi significativi da parte, ad esempio, di giuslavoristi, criminologi, politologi, sociologi, matematici, informatici etc.¹⁵

In un simile contesto l'attenzione dello studioso si sposta, dunque, sul metodo, i contenuti, gli indicatori, con i quali effettuare la misurazione.

Al riguardo l'esperienza acquisita in sede europea nell'ambito delle cosiddette procedure di valutazione d'impatto della regolamentazione (AIR) costituisce un riferimento essenziale¹⁶. Dopo i primi tentativi de-

¹⁴ Segnaliamo C. GUCCIO, G. PIGNATARO e I. RIZZO, *Efficienza delle procedure di appalto dei lavori pubblici: un'analisi empirica del caso italiano*, relazione alla XIX Conferenza della Società Italiana di Economia Pubblica, Pavia, 13-14 giugno 2007 e F. DE CAROLIS, C. GIORGIANTONIO e V. GIOVANNIELLO, *L'affidamento dei lavori pubblici in Italia: un'analisi dei meccanismi di selezione del contraente privato*, Collana Questioni di economia e finanza, Roma, 2010, p. 83; G. PIGA e K.V. THAI, *The economics of public procurement*, New York, 2007; G. MELE, *La dimensione economica e il funzionamento del mercato degli appalti pubblici*, cit., A. BUCCIOL, O. CHILLEMIZ e G. PALAZZIX, *Cost Overrun and Auction Format in Public Works*, 2011 (testo disponibile su www.osservatorioappalti.unitn.it), nonché le pubblicazioni dell'Ufficio Studi di CON-SIP (www.consip.it) e della Banca d'Italia (www.bancaditalia.it). La bibliografia economica sul rapporto tra pubblica amministrazione e contraente privato, analizzato nell'ambito della cd. teoria dei giochi, è vastissima, per i principali riferimenti si rinvia alle note riportate da G. FIDONE, *Il Codice dei contratti pubblici*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici* a cura di M. Clarich, Torino, 2010, pp. 20-26.

¹⁵ Sul tema L. BETH NIELSEN, *The need for multi – method approaches in empirical legal research*, in *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* a cura di P. Cane e H.M. Kritzer, cit., p. 951 ss. e A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PPA.A.*, cit., p. 14, il quale segnala l'opportunità di approcci e metodi differenziati con riferimento soprattutto (e pur con residue cautele) all'analisi economica del diritto. A livello nazionale si segnala il lavoro curato da G.D. COMPORTI, *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, 2011, Napoli, inserito nella collana *Percorsi di diritto amministrativo* diretta da G.F. Cartei, F. Fracchia, F. Mangano, e alcuni contributi in *Commentario al Codice dei contratti pubblici* a cura di M. Clarich, cit., specialmente quello di L. PROSPERETTI e M. MERINI, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: una prospettiva economica*, inoltre si segnalano i *papers* dell'Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione (OAIR – www.osservatorioair.it).

¹⁶ Ci si riferisce all'esperienza acquisita dalle Istituzioni europee a partire dagli anni '90 del secolo scorso nei processi di valutazione dei programmi di spesa legati all'utilizzo dei fondi strutturali comunitari, laddove l'analisi era condotta nelle tre fasi (predisposizione, esecuzione e rendicontazione) dei programmi. Nella Comunicazione *Legiferare con intelligenza nell'Unione Europea* la Commissione enfatizza soprattutto la va-

Estratto del contributo pubblicato sull'*Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2012, pp. 317-352, presentato in occasione del Convegno organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri, dalla Società Italiana per la Ricerca in Diritto Comparato, dal Dipartimento di Diritto Comparato e Penale dell'Università di Firenze, dalla New York University, e dalla Fondazione Gerardino Romano il 26 ottobre 2012 a Villa la Pietra (Firenze) sul tema *Misurare il Diritto*.

gli anni '90 diretti a valutare l'incidenza delle norme e delle politiche comunitarie nel comparto delle piccole e medie imprese¹⁷, la valutazione d'impatto è stata inserita fra gli obiettivi generali dell'azione comunitaria (2001)¹⁸, divenendo strumento da adottare sistematicamente (*better regulation strategy*)¹⁹ non solo nella fase di preparazione delle proposte legislative (*ex ante*), ma anche durante l'applicazione (*in itinere*) e, infine, *ex post* onde verificare il conseguimento dei risultati preventivati.

Orbene, pur con le incertezze che ancora contraddistinguono significato e strumenti della misurazione del diritto, si può ritenere che il sistema europeo di valutazione d'impatto della regolamentazione rappresenti fino ad oggi uno dei principali modelli di riferimento. Tale rilievo si basa non tanto sulle affermazioni (spesso autoreferenziali) rese dalla Commissione o dalle altre Istituzioni dell'Unione²⁰, quanto sull'impo-

lutazione svolta a posteriori sull'impatto e sull'efficacia della regolamentazione «onde accertare che le disposizioni mantengano quanto promesso nonché consentire le opportune revisioni e correzioni, qualora le disposizioni non si rivelino all'altezza delle attese» (COM/2010/543, 8 novembre 2010, pt. 3.2). Sul punto si leggano anche le indicazioni del Parlamento europeo nella Risoluzione del 9 settembre 2010 sul programma *Legiferare meglio* (P7_TA/2010/311), nonché le osservazioni della Corte dei Conti europea nella Relazione n. 3/2010 *sulla valutazione d'impatto nelle istituzioni UE* e la Comunicazione *Responding to Strategic Needs: Reinforcing the use of evaluation*, SEC/2007/213 del 21 febbraio 2007.

¹⁷ V. la decisione 97/15/CE del Consiglio del 9 dicembre 1996 relativa al *Terzo programma pluriennale per le piccole e medie imprese (PMI) nell'Unione europea (1997-2000)* pubblicata sulla G.U.C.E. L 6 del 10 gennaio 1997.

¹⁸ L'obiettivo è stato formulato nell'ambito delle conclusioni del Consiglio europeo di Göteborg nel giugno 2001 e di Laeken nel dicembre 2001 e in seguito è stato confermato dalla rinnovata strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione nel 2005.

¹⁹ Sul tema si rinvia alla copiosa documentazione dell'UE su http://ec.europa.eu/governance/impact/index_en.htm e http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/key_docs_en.htm. A livello nazionale si segnala l'attivazione nel 2009 dell'Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione, che si propone di studiare l'impiego della metodologia di analisi di impatto della regolazione (www.osservatorioair.it) e l'attivazione (2010) da parte del Dipartimento per gli Affari Giuridici e Legislativi presso la Presidenza del Consiglio di un portale www.qualitanormazione.gov.it e una serie di iniziative finalizzate a curare l'elaborazione delle metodologie in materia di analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR). Il portale è stato presentato nell'ambito del convegno *Qualità della normazione: analisi e buone pratiche in ambito europeo e internazionale* organizzato a Roma il 9 maggio 2011.

²⁰ Si legga, ad esempio, la Relazione della Corte dei Conti europea *sulla valutazione d'impatto nelle istituzioni UE*, cit., nella quale viene riportata la dichiarazione della Com-

Estratto del contributo pubblicato sull'*Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2012, pp. 317-352, presentato in occasione del Convegno organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri, dalla Società Italiana per la Ricerca in Diritto Comparato, dal Dipartimento di Diritto Comparato e Penale dell'Università di Firenze, dalla New York University, e dalla Fondazione Gerardino Romano il 26 ottobre 2012 a Villa la Pietra (Firenze) sul tema *Misurare il Diritto*.

stazione che questo modello adotta e che è tale da prendere in considerazione gli effetti di tipo economico, sociale e ambientale della regolamentazione²¹.

Nel settore degli appalti pubblici le esperienze di *misurazione* finora realizzate a livello europeo si connotano principalmente come *valutazioni d'impatto della regolamentazione* e risultano sistematicamente orientate a dimostrare i benefici derivanti dall'applicazione delle Direttive²².

missione, secondo la quale esistono pochi sistemi di valutazione d'impatto dotati di un livello di approfondimento e di completezza analoghi al proprio (pt. 63).

²¹ Il modello comunitario «sfrutta tutte le competenze pertinenti in seno alla Commissione, aumentando così la coerenza delle iniziative nei vari settori d'azione» e fornisce informazioni non solo sull'impatto della regolamentazione ma anche sulle soluzioni alternative per conseguire gli obiettivi predefiniti. In altri Stati la valutazione è diretta su obiettivi più specifici: negli Stati Uniti, ad esempio, il sistema di valutazione d'impatto è rivolto soprattutto alla fase di attuazione delle leggi e prende in considerazione le misure regolamentari che applicano leggi del Congresso, mentre in alcuni Stati europei (come Paesi Bassi e Germania) il sistema valuta soprattutto gli oneri amministrativi (pt. 5); vedi Comunicazione della Commissione sul *Terzo esame strategico del programma per legiferare meglio*, COM/2009/15 def., del 28 gennaio 2009, § III, pt. 1.

²² Nello studio sulla *Valutazione dell'impatto e dell'efficacia della legislazione UE in materia di appalti pubblici (Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, parti I e II) presentato a Bruxelles durante la conferenza *Modernisation of eu public procurement policy – Towards a more efficient european procurement market* (giugno 2011) viene precisato che gli approfondimenti realizzati hanno lo scopo di stabilire se «le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE sono riuscite a stimolare la trasparenza e la concorrenza transfrontaliera al fine di migliorare il funzionamento degli appalti pubblici Commissione esplicita gli obiettivi» (pt. 1). La valutazione dell'impatto delle direttive è oggetto di altri studi realizzati sia per conto della Commissione: *Final report cross-border procurement above EU thresholds* (marzo 2011); *Libro verde sulla modernizzazione del mercato europeo degli appalti pubblici* (gennaio 2011); *Strategic Use of Public Procurement in Europe Final Report to the European Commission* (marzo 2010); *Public Procurement Indicators* (aprile 2010); *A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future*, del 3 febbraio 2004; sia da altre organizzazioni: *Public procurement in Europe – Cost and effectiveness*, PwC, London Economics, Ecorys (2011); *Taking stock of utilities procurement – A report for DG Internal Market Europe*, realizzato da *Economics Chancery House* (2011); *Estimating the Benefits from the Procurement Directives – A Report for DG Internal Market Europe*, realizzato da *Economics Chancery House* (2011); *Evaluation of Public Procurement Directives*, realizzato da *Europe Economics Chancery House* (2006); *Application of Measurements for the Effective Functioning of the Single Market in the area of public procurement*, realizzato da *Euro-Strategy consultants* (1999), *The Single Market Review, Sub-series III: Dismantling of Barriers*, vol. II, *Public Procurement*, realizzato da *Euro-Strategy con-*

Estratto del contributo pubblicato sull'*Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2012, pp. 317-352, presentato in occasione del Convegno organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri, dalla Società Italiana per la Ricerca in Diritto Comparato, dal Dipartimento di Diritto Comparato e Penale dell'Università di Firenze, dalla New York University, e dalla Fondazione Gerardino Romano il 26 ottobre 2012 a Villa la Pietra (Firenze) sul tema *Misurare il Diritto*.

In altri termini la *ratio* dell'intervento europeo, rinvenibile nell'apertura dei mercati nazionali alle imprese di tutti gli Stati membri, sembra aver condizionato non solo i metodi di misurazione/valutazione, ma anche l'individuazione degli indicatori, che, in effetti, sono sempre in grado di dimostrare l'evoluzione positiva: (a) *della trasparenza del mercato degli appalti pubblici*²³; (b) *della circolazione transnazionale delle imprese*²⁴; (c) *delle condizioni di acquisto negoziate dalle pubbliche amministrazioni*²⁵.

Non si pone in dubbio la veridicità delle affermazioni dell'Unione sugli effetti (sempre positivi) delle regole europee, ma si vorrebbero predisporre nuovi strumenti di analisi e approfondimento.

In effetti le valutazioni operate in sede europea non vanno oltre le indicazioni ricordate e tale circostanza conferma di fatto la mancanza²⁶ di metodi esaustivi (ma anche condivisi e consolidati) per la misurazione:

sultants (1997); i documenti sono disponibili su http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/update/economicreform/index.htm.

²³ La trasparenza rinvia all'obbligo di garantire un adeguato livello di pubblicità a favore di ogni potenziale offerente. Il principale indicatore è rappresentato dal numero di bandi di gara pubblicati (sia in sede europea che nazionale) come pure dal numero di pubblicazioni riguardanti l'aggiudicazione a seguito delle procedure di gara. Sul tema, per altro, si veda quanto riportato *infra* nella nota 2.

²⁴ La circolazione transnazionale degli operatori dovrebbe crescere di pari passo con l'applicazione dei principi del TFUE (libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano in tema di *par condicio* e non discriminazione) e delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE e dovrebbe trovare riscontro anzitutto nei dati relativi alla partecipazione delle imprese di altri Stati alle procedure degli appalti pubblici. Al riguardo gli studi della Commissione rilevano che la partecipazione transfrontaliera nell'UE rimane bassa: 1,5 % nel caso di aggiudicazione transfrontaliera diretta e 11 % nel caso di aggiudicazione transfrontaliera indiretta, v. Libro Verde della Commissione sulla *Modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Verso una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, COM/2011/15, del 27 gennaio 2011, nt. 9; questi dati sono sostanzialmente confermati dal recente *Evaluation Report – Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, Pt. I-II, giugno 2011, cit.

²⁵ Un mercato aperto e in concorrenza comporta, secondo le valutazioni della Commissione, risparmi alle amministrazioni pubbliche fra il 5% e l'8% dei prezzi pagati.

²⁶ Tale considerazione trova conferma anche nelle dichiarazioni rese dalla Commissione europea nel recente *Evaluation Report – Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, cit., § 3.5. del testo di sintesi, laddove viene rilevata l'assenza di *procedure di monitoraggio o di misurazione adeguate* soprattutto con riferimento all'efficacia degli appalti pubblici nel perseguimento di obiettivi di sostenibilità ambientale, sicurezza dei lavoratori, sostegno all'innovazione e altre questioni attinenti la politica sociale.

Estratto del contributo pubblicato sull'*Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2012, pp. 317-352, presentato in occasione del Convegno organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri, dalla Società Italiana per la Ricerca in Diritto Comparato, dal Dipartimento di Diritto Comparato e Penale dell'Università di Firenze, dalla New York University, e dalla Fondazione Gerardo Romano il 26 ottobre 2012 a Villa la Pietra (Firenze) sul tema *Misurare il Diritto*.

1) delle relazioni che intercorrono, rispettivamente, tra l'applicazione delle regole europee, l'efficienza dell'azione contrattuale dei committenti pubblici e il funzionamento dei mercati degli appalti pubblici²⁷;

2) della conformità dei sistemi nazionali alla disciplina europea degli appalti pubblici. Nei Trattati il controllo di conformità delle regole interne è demandato alla Commissione (art. 258 TFUE), la quale si adopera con risultati talvolta severi²⁸, ma senza utilizzare metodologie, schemi e modalità predefinite ed oggettive.

Dette premesse non possono che stimolare l'elaborazione di modelli di misurazione/valutazione delle regole e del mercato degli appalti pubblici.

Le stesse premesse, peraltro, sono alla base della domanda alla quale il progetto di ricerca SVAP²⁹ vuole rispondere, vale a dire: *è vero che alla maggiore o minore conformità comunitaria di un sistema di regole degli appalti pubblici (nazionale, regionale o provinciale) corrisponde una migliore o peggiore capacità performante (in termini di efficacia ed efficienza, economica e non solo) della committenza pubblica e, più in generale, del rispettivo mercato?*

Il progetto, è bene ribadirlo, non affronta pregiudizialmente le conclusioni sugli effetti delle regole europee, ma intende vagliarle predisponendo nuovi strumenti critici. Va da sé che la mancanza e/o la scarsa

²⁷ Il Libro Verde della Commissione sulla *Modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici*, cit. preannunciava i risultati dell'«ampia valutazione» avviata dalla Commissione sull'impatto e l'efficacia dei costi della politica dell'Unione in materia di appalti pubblici «Tale valutazione», viene detto, «raccolgerà prove oggettive basate sui dati del mercato in relazione al funzionamento della vigente normativa sugli appalti, per consentire un'analisi empirica dei settori in cui sono necessari miglioramenti». Lo studio – *Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, Pt. I-II, giugno 2011, cit. – si basa sull'analisi dei dati del funzionamento del mercato degli appalti pubblici e mette a disposizione una consistente mole di informazioni. È forse la prima volta che viene realizzato un lavoro così ampio e approfondito, tuttavia non mancano rilievi critici (*infra* nota 30) né risultano indagate le relazioni tra strumenti giuridici (europeo e nazionali) e funzionamento dei sistemi di contrattazione (nazionali).

²⁸ Si veda, a titolo esemplificativo, la decisione della Commissione europea del 30 gennaio 2008 di costituzione in mora dello Stato italiano con riferimento ad alcune disposizioni del *Codice dei contratti pubblici* (d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 e ss. mm.), attuativo delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. Nella *'blak list'* della Commissione sono finite le disposizioni del Codice ritenute incompatibili con le direttive, nonché quelle giudicate incomplete o con riferimenti erronei.

²⁹ Per la descrizione del progetto di ricerca SVAP si rinvia a quanto riportato nella nota 1.

attendibilità di dati sull'andamento del mercato degli appalti pubblici è una criticità il cui superamento costituisce presupposto irrinunciabile per applicare qualsiasi esercizio di misurazione³⁰.

³⁰ Si segnala che nel recente studio sull'impatto delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici (*Evaluation Report – Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, cit.) realizzato per conto della Commissione europea emerge che la maggior parte della spesa pubblica impiegata negli Stati membri per l'acquisto di prodotti, lavori e servizi (appalti pubblici) non è organizzata secondo la legislazione UE di settore ma viene erogata con modalità e regole non contemplate dalle direttive e, dunque, sfugge alle regole comuni di monitoraggio. Secondo lo studio la spesa pubblica che deroga la disciplina comunitaria riguarda tre principali canali: (i) spesa pubblica per prodotti e servizi destinati alla fornitura di servizi sanitari, di istruzione e sociali (oltre il 6% del PIL UE); (ii) appalti pubblici di importo inferiore alle soglie UE (nel 2008 gli appalti pubblici di importo inferiore alle soglie UE si attestano su valori di circa 250 miliardi di euro, pari al 2% del PIL dell'UE); (iii) appalti pubblici per combustibili, acqua e attrezzature militari (questi ultimi oggetto dal 2009 della direttiva 2009/81/CE relativa al *coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione di taluni appalti di lavori, di forniture e di servizi nei settori della difesa e della sicurezza da parte delle amministrazioni aggiudicatrici/degli enti aggiudicatori*, pubblicata nella G.U.U.E. L 216 del 20 agosto 2009).

Il sistema italiano di raccolta dei dati (organizzato dall'Autorità per la Vigilanza dei Contratti Pubblici) risulta fra i più completi ed efficienti in sede europea e recentemente è stato oggetto di migliorie: ci si riferisce, in particolare, alla normativa introdotta sulla tracciabilità dei flussi finanziari (l. 13 agosto 2010 n. 136 e ss. mm. sul *Piano straordinario contro le mafie*) e al conseguente obbligo per i committenti pubblici di registrarsi presso l'Osservatorio dell'Autorità per la richiesta di Codici Identificativi di Gara (CIG). Il sistema è in fase di applicazione anche se non sono mancati alcuni risultati: si consideri che nel 2010 oltre 1.500 stazioni appaltanti hanno richiesto per la prima volta il CIG, a dimostrazione del fatto che fino ad allora la loro attività contrattuale era rimasta *off the record*. Per altro l'obiettivo di disporre di uno strumento esaustivo per la rilevazione dei dati sugli appalti non è ancora conseguito: si consideri, sempre in via esemplificativa, che fino al 2010 la rilevazione dei contratti di importo inferiore ai 150 mila euro ha interessato esclusivamente gli appalti di lavori e che solo a partire da gennaio 2011 la rilevazione è estesa ai contratti di servizi e forniture. Ciò spiega perché nella Relazione annuale del 2011 l'Autorità osserva che «qualsiasi commento ed elaborazione sugli appalti aggiudicati risente della frammentarietà dei dati... e per questa ragione le analisi devono essere valutate con estrema cautela».

Con riferimento alla situazione dei mercati regionali degli appalti pubblici l'Autorità precisa che «la carenza di informazioni a livello generale è fortemente variabile se si considerano i flussi di dati per singolo Osservatorio regionale. In questi casi si va da situazioni in cui le comunicazioni sulle aggiudicazioni rispondono in modo più compiuto alle attese come nel caso del Veneto, delle Marche, dell'Umbria e dell'Osservatorio centrale a situazioni che denotano una quasi totale assenza di comunicazioni come nel caso della Provincia autonoma di Bolzano, del Lazio, della Basilicata e della Cam-

Estratto del contributo pubblicato sull'*Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2012, pp. 317-352, presentato in occasione del Convegno organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri, dalla Società Italiana per la Ricerca in Diritto Comparato, dal Dipartimento di Diritto Comparato e Penale dell'Università di Firenze, dalla New York University, e dalla Fondazione Gerardo Romano il 26 ottobre 2012 a Villa la Pietra (Firenze) sul tema *Misurare il Diritto*.

Non sfugge, infine, che le valutazioni e i dati selezionati nell'ambito della ricerca possono essere utilizzati per ottimizzare il funzionamento dei sistemi degli appalti pubblici. Il metodo progettuale, infatti, mette a disposizione una mole di informazioni utili per l'elaborazione teorica e pratica, tanto a livello di singolo sistema, quanto per la comparazione fra più sistemi. Si consideri, ad esempio, che il confronto dei risultati delle misurazioni di più sistemi permette di configurare *ratings* di qualità degli stessi (fondati sulla maggiore/minore conformità alle regole europee e sulla migliore/peggiore attitudine performante) auspicando, per questa via, l'individuazione di soluzioni migliorative e una generale 'competizione' al rialzo della qualità.

2. Ogni metodo scientifico dovrebbe indicare schemi e condizioni per conseguire risultati affidabili, obiettivi, riscontrabili. Ferma restando questa premessa non sempre è possibile (né, talvolta, opportuno) rinviare a metodi d'indagine tipici o già sperimentati, soprattutto quando l'oggetto dell'analisi o l'approccio al tema sono nuovi. Tali considerazioni sembrano applicabili al progetto SVAP, che si caratterizza – come detto – per essere una ricerca empirica basata sulla raccolta di evidenze misurabili attraverso l'indagine giuridica ed economica.

Il progetto si è sviluppato con queste uniche coordinate di riferimento, posto che non si conoscevano metodi di analisi, misurazione e valutazione dei sistemi degli appalti pubblici in grado di corrispondere alle esigenze prospettate³¹. Di conseguenza, come spesso avviene nel campo degli studi empirici, si è proceduto 'a vista' sulla base degli obiettivi prefissati, vale a dire:

- i. la misurazione della conformità del diritto interno al diritto europeo;
- ii. la misurazione delle *performance* (in termini di efficacia ed efficienza, tenuto conto anche di criteri temporali, dell'apertura transnazionale delle procedure, ecc.) del mercato degli appalti pubblici;
- iii. lo studio delle relazioni che intercorrono fra le menzionate misurazioni³².

pania», *Relazione annuale* dell'Autorità di Vigilanza, presentata il 15 giugno 2011 a Roma presso il Senato della Repubblica, disponibile su www.avcp.it.

³¹ Al riguardo abbiamo già ricordato l'attitudine, emergente, alla 'rendicontazione' del funzionamento del mercato degli appalti pubblici (vedi *infra* nota 13).

³² Lo studio delle relazioni fra la conformità (alla regola europea) del sistema nazio-