



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DEL MOLISE

XXVIII ciclo

Tesi di Dottorato

in

Diritto Pubblico dell'Economia

Diritto costituzionale – IUS/08

I contratti pubblici alla luce delle direttive europee del 2014 tra rispetto del principio di concorrenza e uso efficiente degli investimenti pubblici

Tutor

Chiar.mo Prof. Michele della Morte

Coordinatore

Chiar.mo Prof. Gianmaria Palmieri

Dottorando

Guglielmo Aldo Giuffrè

Anno accademico 2016/2017

INDICE

<u>INTRODUZIONE</u>	4
I. <u>IL PRINCIPIO DELLA TUTELA DELLA CONCORRENZA</u>	9
1. L'origine storica del principio della tutela della concorrenza.....	9
2. Il principio della tutela della concorrenza nel settore degli appalti pubblici.....	15
3. Evoluzione storica delle direttive appalti.....	23
4. Le “nuove” direttive in tema di contratti pubblici.....	34
II. <u>I PRINCIPI DERIVATI DALL'APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI CONCORRENZA NELL'APPLICAZIONE DATANE DALLE DIRETTIVE DEL 2004 E DEL 2014</u>	42
1. Il principio di parità di trattamento e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità.....	42
2. Il principio di trasparenza e il principio di pubblicità.....	59
3. Il principio di proporzionalità.....	69
III. <u>IL RECEPIMENTO DELLE NUOVE DIRETTIVE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI E IL RUOLO DELL'ANAC</u>	75
1. La difficile riconfigurazione del sistema: dal d.lgs. n. 163 del 2006 al d.lgs. n. 50 del 2016.....	75
2. I poteri dell'ANAC.....	86
IV. <u>LE PRINCIPALI NOVITA' IN TEMA DI AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI</u>	92
1. I criteri di aggiudicazione.....	92
2. Il soccorso istruttorio.....	107

3.	La tutela delle PMI.....	111
4.	Lo sviluppo sostenibile e la tutela dell'ambiente.....	117
5.	La disciplina dell'affidamento delle concessioni	130
6.	La tutela giurisdizionale	140
	<u>CONCLUSIONI</u>	148

Introduzione.

Il presente lavoro intende mettere in luce le innovazioni apportate dalle direttive del 2014 nella materia dei contratti pubblici, evidenziando, in particolare, il mutamento di prospettiva che porta a non identificare solamente in quello di concorrenza, in sé considerato, il principio cardine di rilevanza euro-unitaria (e costituzionale) sotteso al mercato delle commesse pubbliche, ma a considerare una serie di ulteriori e rilevanti principi di pari importanza, finalizzati al raggiungimento di una maggiore efficienza della spesa pubblica, che costituisce lo scopo ultimo della riforma.

Prendendo le mosse dall'origine storica del principio di tutela della concorrenza “nel” e “per il” mercato, si sono ripercorsi cronologicamente l'avvento della Comunità Economica Europea e l'emanazione dei principali atti comunitari tesi a garantire il rispetto dello stesso principio, al fine di evidenziare come la stessa Comunità – e poi l'Unione – abbia fortemente modificato, e uniformato tra loro, le politiche pro concorrenziali dei singoli Stati membri, allo scopo di creare un mercato unico europeo, nel quale le misure protezionistiche scomparissero a beneficio di una sostanziale equivalenza tra gli operatori economici, da qualsiasi Stato membro provenissero.

Dopo aver dato conto delle più importanti pronunce costituzionali ed euro-unitarie in tema di concorrenza, ci si è quindi soffermati sui principi che costituiscono il sistema di garanzie posto a presidio del mercato derivante dalla domanda pubblica, e in particolare su quelli di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità, su quelli di trasparenza e pubblicità, su quello di proporzionalità, allo scopo di mettere in luce le innovazioni concernenti la loro applicazione apportate dalle nuove direttive, mediante un analitico confronto, in particolare, dei considerando della direttiva 24/2014 (c.d. “direttiva appalti nei settori ordinari”) con quelli della previgente direttiva 18/2004.

Si è quindi trattato del recepimento delle recenti direttive nel nostro ordinamento, al quale il legislatore ha accostato dichiaratamente la finalità di superare le difficoltà incontrate nel sistema appalti ante riforma, a causa della suo

eccessivo grado di dettaglio e dell'elevato numero di modifiche normative, spesso disordinate, che lo hanno caratterizzato. Tuttavia le speranze di un effettivo miglioramento del contesto normativo, nell'ottica della semplificazione delle disposizioni (concentrate in un unico codice), e della loro flessibilità applicativa (mediante l'abbandono del regolamento applicativo in favore di linee guida rimesse all'Autorità di settore) sono state in larga parte disattese, dapprima per l'effetto di un percorso di recepimento tortuoso e molto lento, che ha di fatto concesso solo tre mesi al Governo per redigere il testo definitivo a valle dell'emanazione della legge delega (tra l'altro eccessivamente ricca di criteri e principi direttivi rispetto alla precedente delegazione legislativa sulla base della quale era stato redatto il Codice del 2006), e poi dallo stesso Codice, che ha lasciato diversi nodi irrisolti nel quadro normativo di sistema, vanificando l'obiettivo di semplificazione e soprattutto di certezza applicativa della materia che il legislatore euro-unitario aveva prefissato.

Trattando specificamente della difficile riconfigurazione del quadro nazionale a seguito dell'entrata in vigore del nuovo testo normativo, si è segnalata, ad esempio, la difficoltà, allo stato attuale, di individuare una corretta collocazione nel sistema delle fonti per le linee guida ANAC, a causa della loro atipicità, della loro frammentarietà nelle previsioni normative del Codice e della diversa portata (obbligatoria e vincolante in alcuni casi, obbligatoria nell'adozione, ma facoltativa nell'applicazione in altri, libera nell'adozione in via residuale): allo stesso modo sfugge all'inquadramento sistematico nell'organizzazione amministrativa la stessa Autorità, che si connota per ampiezza e disomogeneità dei poteri esercitati senza alcun precedente nel nostro ordinamento, e senza che sia rinvenibile, se non nelle previsioni della legge delega, alcuna adeguata giustificazione.

Si è quindi passati ad analizzare nel dettaglio, attraverso le singole disposizioni del nuovo Codice, le innovazioni che più specificamente sono state introdotte per soddisfare l'intento del legislatore euro-unitario – e poi, per l'effetto, di quello nazionale – di improntare le gare pubbliche anche al rispetto del principio di efficienza della spesa pubblica e del “*value for money*”, oltre che di considerare le ricadute sociali ed ambientali della domanda pubblica, nel

quadro concorrenziale già configurato con le precedenti direttive ed implementato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

In quest'ottica ci si è occupati dapprima dei criteri di aggiudicazione, la cui selezione è stata, sulla spinta delle ultime direttive, profondamente rivisitata nel nuovo Codice, dal momento che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è divenuto la regola generale da seguire: esso inoltre appare caratterizzato, più che dal prezzo offerto, dall'incidenza di diversi tipi di costo, quali quelli del ciclo di vita e quelli di natura ambientalistica, relegando l'applicazione del criterio del prezzo più basso ad ipotesi residuali, tassativamente indicate nel testo di legge.

Quindi si è trattato in chiave critica del recepimento nel Codice delle indicazioni euro-unitarie volte a facilitare l'accesso al mercato delle micro imprese e delle piccole e medie imprese (c.d. PMI), evidenziando come – nonostante la promozione di tali soggetti sia di fondamentale importanza per l'intero sistema appalti, considerato il loro elevato numero, cui non corrisponde però una confacente incidenza percentuale del relativo fatturato su quello complessivo nel settore dei contratti pubblici, e nonostante sia dichiaratamente uno degli obiettivi più importanti della riforma – le previsioni codicistiche si rivelano per lo più di natura programmatica e risultano anche in questo caso inadeguate al perseguimento dello scopo imposto dal legislatore euro-unitario.

Si è poi proseguito con l'analisi delle norme del Codice afferenti lo sviluppo sostenibile e la tutela dell'ambiente, la cui implementazione è un altro obiettivo dichiarato della riforma: sotto questo profilo, diversamente dalle misure volte a facilitare l'accesso al mercato delle PMI, l'operato del legislatore delegato appare essere stato proficuo, anche se, per vero, facilitato da una buona base normativa preesistente.

Infine, si sono segnalate le principali novità apportate dal Codice al rito speciale sui contratti pubblici, evidenziando come troppo spesso la giustizia amministrativa in materia di appalti pubblici è stata ingiustamente additata come fattore di rallentamento, se non di vero e proprio blocco, delle procedure di affidamento, omettendo di considerare che – essendo le tempistiche di risoluzione delle controversie in tale materia notevolmente più brevi rispetto a quelle

dell'ordinario processo di legittimità (e certo più brevi della soluzione giurisdizionale delle controversie in materia di esecuzione affidate al giudice ordinario) – una ulteriore contrazione dei termini del processo rischierebbe di pregiudicare una corretta e compiuta cognizione e valutazione delle delicate problematiche afferenti all'aggiudicazione. Si è inoltre sottolineato che i costi di accesso alla tutela giurisdizionale, benché dichiarati legittimi dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, appaiono costituire un inammissibile fattore dissuasivo, che si traduce per gli appalti di modesta entità – decisamente più numerosi e più confacenti alle aspirazioni concorrenziali delle piccole e medie imprese – in vero e proprio ostacolo ad una corretta tutela giurisdizionale, per come prevista dagli artt. 24 e 111 Cost. Si è trattato, in particolare, della previsione dell'art. 204 del Codice – difficilmente comprensibile sotto il profilo logico giuridico –, che i concorrenti a una procedura di aggiudicazione sono tenuti all'ingiustificato onere di immediata impugnazione di tutti gli atti di ammissione e/o di esclusione alla valutazione delle offerte, evidenziando come tale onere comporti l'inaccettabile conseguenza di dover instaurare giudizi meramente cautelativi, fondati sulla pura ipotesi della effettiva lesività dei provvedimenti impugnati (non essendo affatto certo che il concorrente da escludere abbia presentato una offerta valida, o semplicemente una offerta migliore di quella del ricorrente – o addirittura, nelle procedure ristrette, che presenti offerta dopo essere stato invitato –) con tutti i costi a ciò collegati, non solo per ciò che concerne l'accesso alla giustizia, ma anche per ciò che riguarda le dinamiche proprie del processo in materia di appalti (in astratto una simile soluzione non comporta, infatti, la deflazione del contenzioso, ma un suo potenziale aumento, nonché il rischio di concreta sovrapposizione con altro contenzioso generato dalle doglianze avverso l'aggiudicazione, se sopravvenuta *medio tempore*). Né pare persuasivo, sotto il profilo della sua correttezza costituzionale ed euro-unitaria, il corollario della impossibilità di deduzione delle medesime censure avverso l'ammissione di un concorrente in sede di ricorso incidentale: ciò pregiudica infatti non solo il diritto alla difesa dell'aggiudicatario controinteressato, ma priva anche il giudice amministrativo di strumenti di cognizione piena delle ragioni della partecipazione di imprese alle procedure di gara, in palese controtendenza rispetto alle più recenti

determinazioni della Corte di Giustizia (cfr. CGUE, 5 aprile 2016 causa C-689/13 *Puligienica*, in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016).

In ultimo si è analizzata la nuova disciplina in materia di concessioni, rispetto alla quale l'elemento di maggiore interesse, nella prospettiva qui seguita, è quello di una sostanziale deformalizzazione dei criteri procedurali e soprattutto dei criteri di aggiudicazione, che sono contemplati nelle direttive e nel Codice per principi e non per previsioni prescrittive e puntuali. Ciò impone alle Amministrazioni concedenti di focalizzare l'attenzione sui profili strettamente economici del programma di attività proposto dall'offerente, e sul principio di sostenibilità dell'offerta, con l'avvertenza che la stessa predeterminazione dei criteri di aggiudicazione, a fronte di una offerta di straordinario ed innovativo impatto, può essere oggetto di deroga, dimostrando che il perseguimento di finalità pubbliche e di ottimizzazione delle risorse può anche avvenire tramite l'applicazione di istituti di flessibilità, a condizione che essi siano utilizzati in modo trasparente e corretto e senza alterazioni concorrenziali.

I. Il principio della tutela della concorrenza.

1. L'origine storica del principio della tutela della concorrenza.

La tutela della concorrenza è stata sempre considerata, fin dall'antichità, un'esigenza fondamentale per il corretto funzionamento dell'economia e del mercato. E ciò, nonostante nessun ordinamento – né nei tempi antichi, né in quelli moderni – finanche quello euro-unitario, abbia fornito una definizione normativa del termine “concorrenza”. Tale carenza definitoria è, peraltro, avvertita in modo particolare nel nostro ordinamento, dal momento che il termine “concorrenza” nella lingua italiana ha un doppio significato: quello di confluenza verso un medesimo risultato e quello di competizione per l'ottenimento di un risultato che non tutti possono raggiungere¹.

Storicamente, il “mercato”² era considerato il luogo deputato allo svolgimento delle libere negoziazioni, ove si formava, nel rispetto di un ordine spontaneo (c.d. “mano invisibile del mercato”), il giusto prezzo delle merci. Tale ordine, garantito inizialmente dallo Stato senza alcuna intrusione nel mercato, poteva essere violato solamente dal c.d. “*crimen monopolii*”³, determinato da ogni

¹ Cfr. M. LIBERTINI, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, in (a cura di) P. BARUCCI-C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, Giappichelli, 2010.

² Il mercato viene efficacemente definito da G. PALMIERI (nella relazione per il convegno “*Etica, Impresa, Mercato*” (Campobasso, 6 dicembre 2016) “*luogo immenso, immateriale e pervasivo*” e “*luogo meritocratico ferocemente egualitario, in quanto caratterizzato dalla regola per cui, secondo la più basilare esigenza di sopravvivenza, l'essere più forte vince, mentre il più ingenuo è destinato a soccombere*”.

³ Il *crimen monopolii* era un reato progressivamente scomparso nei Paesi moderni. In Italia questo reato è stato abolito nel 1889 con l'avvento del Codice Zanardelli, anche se poi è stato “mascheratamente” reintrodotta, benché con scarsa applicazione nella prassi, nel 1976 con l'articolo 501 c.p., “*Manovre speculative sulle merci*”, a norma del quale “*chiunque, nell'esercizio di qualsiasi attività produttiva o commerciale, compie manovre speculative ovvero occulta, accaparra od incetta materie prime, generi alimentari di largo consumo o prodotti di prima necessità, in modo atto a determinarne la rarefazione o il rincaro sul mercato interno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 516 a euro 25.822. Alla stessa pena*

artificio diretto ad alzare i prezzi al di sopra del loro livello naturale, costituito dal libero incontro della domanda e dell'offerta.

Tale definizione di mercato era però astratta e decisamente lontana dalla realtà economica contemporanea, come confermato dall'affermazione, nei secoli, prima da parte delle organizzazioni corporative delle attività produttive e poi, con l'avvento del mercantilismo, dei neo-affermati Stati moderni, che, seppure aspramente criticati dagli esponenti del c.d. "liberalismo economico", hanno iniziato ad assumere fra i propri compiti anche quello di sostenere, direttamente o indirettamente, gli investimenti produttivi volti al proprio sviluppo economico.

Nel XX secolo la regolazione amministrativa delle attività contrattuali veniva, comunque, ancora ammessa eccezionalmente nelle sole ipotesi in cui si riteneva che la libertà di contrattazione avrebbe portato inevitabilmente al c.d. "fallimento del mercato". Pur iniziando a essere proibita ogni tipologia di concorrenza sleale, quali la denigrazione commerciale e la pubblicità comparativa, i c.d. "cartelli" tra le imprese venivano, infatti, inizialmente consentiti quali strumenti moderni di autoregolamentazione dei mercati, a condizione che non nascondessero intenti monopolistici.

Sotto la spinta dell'influenza dell'esperienza americana maturata con il modello *antitrust*, anche nel nostro continente si è però iniziato presto a considerare in modo sfavorevole i cartelli e a svolgere alcuni incisivi interventi volti a proteggere le categorie socialmente più deboli, ad assicurare la stabilità monetaria e a garantire il mantenimento di una situazione di concorrenza effettiva nel mercato. Il principale obiettivo della politica della concorrenza in Europa diveniva così, similmente alla visione americana, quello di arginare il potere

soggiace chiunque, in presenza di fenomeni di rarefazione o rincaro sul mercato interno delle merci indicate nella prima parte del presente articolo e nell'esercizio delle medesime attività, ne sottrae all'utilizzazione o al consumo rilevanti quantità. L'autorità giudiziaria competente e, in caso di flagranza, anche gli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria procedono al sequestro delle merci, osservando le norme sull'istruzione formale. L'autorità giudiziaria competente dispone la vendita coattiva immediata delle merci stesse nelle forme di cui all'articolo 625 del codice di procedura penale. La condanna importa l'interdizione dall'esercizio di attività commerciali o industriali per le quali sia richiesto uno speciale permesso o una speciale abilitazione, autorizzazione o licenza da parte dell'autorità e la pubblicazione della sentenza".

economico privato, contrastando ogni abuso che potesse ledere la democrazia economica e politica.

In questo quadro si è progressivamente inserito il problema dei possibili riflessi sull'equilibrio del mercato dei contratti stipulati da soggetti pubblici, che, per diverse ragioni, possono essere indotti a scegliere il contraente in base a logiche diverse da quelle tipicamente mercatorie.

È sorto così il bisogno di tutelare il mercato anche nei contesti in cui non è possibile realizzare una piena concorrenza “nel mercato”, in quanto gli scambi commerciali sono influenzati dalla natura pubblicistica di uno dei soggetti, attraverso la previsione di un sistema di concorrenza “per il mercato”, introducendo l'obbligo di osservare specifiche modalità di contrattazione nell'affidamento delle commesse pubbliche, anche mediante l'imposizione di apposite procedure, definite “di evidenza pubblica”, che comportano che la scelta del miglior offerente avvenga attraverso criteri e modalità disciplinati in via generale dalla legge (oltre che da eventuali norme secondarie di attuazione) e, nel dettaglio, dagli enti aggiudicatori per il tramite della *lex specialis* di gara⁴.

Alla vigilia della nascita della Comunità Economica Europea, vari degli Stati che ne sarebbero a breve divenuti membri possedevano già, in linea di massima, una propria politica a tutela della concorrenza, benché talvolta ancora protezionista nei confronti delle imprese nazionali e poco incline a dare fiducia al libero andamento del mercato. Tra questi vi era anche l'Italia, dove la tutela della concorrenza era destinata a mutare notevolmente sotto la spinta del diritto comunitario, che, in forza degli artt. 11 e (dal 2001 anche) 117, comma 1, Cost., costituisce fonte “super primaria”⁵ del nostro sistema giuridico.

Il diritto *antitrust* europeo ha infatti anche l'ulteriore finalità di favorire l'integrazione tra i diversi mercati dell'Unione, nella logica della creazione di un

⁴ Cfr. S. VALAGUZZA, *Sustainable development in public contracts. An example of Strategic Regulation*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

⁵ Come noto, sono definite fonti “super primarie” quelle fonti che hanno una “forza” attiva o passiva superiore alla legge ordinaria, potendo così prevalere su quest'ultima. Il diritto dell'Unione Europea, pur essendo fonte “super primaria” all'interno del nostro sistema giuridico, deve essere tuttavia rispettoso dei principi fondamentali del nostro ordinamento nazionale (i c.d. “controlimiti”), che non possono mai essere violati da alcuna fonte.

mercato unico, in cui la concorrenza gioca un ruolo fondamentale⁶. In particolare, già il Trattato istitutivo della Comunità Europea⁷ contemplava tra gli obiettivi prefissati della sua azione “a) l’abolizione fra gli Stati membri dei dazi doganali e delle restrizioni quantitative all’entrata e all’uscita delle merci, come pure di tutte le altre misure di effetto equivalente”, “c) l’eliminazione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali”, “f) la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune” e “g) l’applicazione di procedure che permettano di coordinare le politiche economiche degli stati membri e di ovviare agli squilibri delle loro bilance dei pagamenti”⁸.

In termini particolarmente significativi, la versione consolidata del Trattato sull’Unione Europea, pur senza citare espressamente il principio di concorrenza, sottolinea, all’articolo 3, il compito dell’Unione di adoperarsi per favorire lo sviluppo sostenibile dell’Europa, mediante una crescita economica equilibrata, fondata sulla stabilità dei prezzi, oltre che tramite un’economia sociale di mercato fortemente competitiva, mirante a ottenere la piena occupazione e il progresso sociale della popolazione, e un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell’ambiente⁹.

La versione consolidata del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea enuncia invece espressamente che, “ai fini enunciati dall’articolo 3 del trattato sull’Unione europea”, l’azione degli Stati membri e dell’Unione comprende, alle condizioni previste dai trattati, l’adozione di una politica economica fondata sullo stretto coordinamento delle politiche economiche dei vari Stati, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni, condotta conformemente al principio di un’economia di mercato aperta e in libera

⁶ Cfr. M. LIBERTINI, *op. cit.*

⁷ Trattato di Roma del 25 marzo 1957, in www.europa.eu.

⁸ Cfr. Trattato di Roma, articolo 3.

⁹ Cfr. TUE, versione consolidata firmata a Lisbona il 13 dicembre 2007 ed entrata in vigore a partire dal 1° gennaio 2009, articolo 3, comma 3, in www.europa.eu, che si riferisce inequivocabilmente alla tutela della concorrenza come mezzo per perseguire il raggiungimento degli obiettivi dell’Unione, contemperandolo, tra l’altro, con la necessità di salvaguardare l’ambiente.

concorrenza e che “*questa azione comprende una moneta unica, l’euro, nonché la definizione e la conduzione di una politica monetaria e di una politica del cambio uniche, che abbiano l’obiettivo principale di mantenere la stabilità dei prezzi e, fatto salvo questo obiettivo, di sostenere le politiche economiche generali nell’Unione conformemente al principio di un’economia di mercato aperta e in libera concorrenza*”¹⁰. Tale disposto si “limita”, tuttavia, a fondare l’impegno per gli Stati membri di concordare nel futuro delle pratiche comuni, improntate al raggiungimento di un’economia di mercato aperta e in libera concorrenza.

Diverso è il principio affermato dal successivo articolo 120, che “*gli Stati membri attuano la loro politica economica allo scopo di contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell’Unione definiti dall’articolo 3 del trattato sull’Unione europea e nel contesto degli indirizzi di massima di cui all’articolo 121, paragrafo 2. Gli Stati membri e l’Unione agiscono nel rispetto dei principi di un’economia di mercato aperta e in libera concorrenza, favorendo un’efficace allocazione delle risorse, conformemente ai principi di cui all’articolo 119*”. L’articolo 120 implica, infatti, diversamente dall’articolo 119, che l’azione degli Stati membri deve avvenire, fin da subito, nel rispetto dei principi di un’economia di mercato aperta e in libera concorrenza.

Come ben evidenziato da autorevole dottrina, il principio di concorrenza è invero lo strumento migliore per addivenire ad un’efficiente allocazione delle risorse ed è, di conseguenza, la via preferibile per la promozione della crescita economica, motivo per cui, esso, più che identificarsi come un mezzo tra i tanti finalizzati a promuovere il benessere economico, “*si identifica, piuttosto con quest’ultimo. L’attitudine del mezzo a raggiungere il fine ne fa tutt’uno con il fine*”¹¹.

Con il Trattato di Lisbona si è, peraltro, sancito che la concorrenza non è un “valore in sé”, bensì uno “strumento”, volto a perseguire l’obiettivo del massimo benessere del consumatore attraverso il miglioramento continuo della

¹⁰ Cfr. TFUE, versione consolidata firmata a Lisbona il 13 dicembre 2007 ed entrata in vigore a partire dal 1° gennaio 2009, articolo 119, commi 1 e 2, in www.europa.eu.

¹¹ F. TRIMARCHI BANFI, *Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento*, in *Dir. Amm.*, 2013.

quantità e della qualità delle merci offerte nei mercati e la rimessione della sovranità di scelta al consumatore, non influenzato dal potere politico.

Pur non incidendo sul significato del concetto “tutela della concorrenza”, l’ordinamento dell’Unione ha consentito di giustificare il bilanciamento fra quest’ultima e gli interessi sociali di varia natura talora confliggenti con la stessa. Bilanciamento, tuttavia, ancora oggi di difficile perseguimento e per questo – come si vedrà – fondamentale obiettivo anche delle direttive del 2014 sui contratti pubblici di appalti e concessioni.

Con la riforma del Titolo V della Costituzione, approvata dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, il nostro ordinamento, nel confermare, all’articolo 117, comma 1, il primato del diritto dell’Unione sul diritto nazionale, ha espressamente inserito il richiamo alla tutela della concorrenza al comma 2, lett. e), dello stesso articolo, che la annovera tra le materie in relazione alle quali lo Stato ha potestà legislativa esclusiva, fermo comunque il rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, ai sensi del comma 1¹².

¹² La precedente versione dell’articolo, anteriore alla modifica operata dall’articolo 3, l. cost. 18 ottobre 2001, non dovendo individuare le materie riservate alla competenza legislativa statale, non contemplava, infatti, la tutela della concorrenza (che la riforma costituzionale si è, appunto, premurata di riservare allo Stato). Prima di allora, quindi, la concorrenza non formava oggetto di specifica attenzione a livello costituzionale, pur essendo specificamente tutelata – benché in una accezione ben diversa da quella rilevante nel settore dei contratti pubblici – dalla c.d. “*legge antitrust*” (legge 10 ottobre 1990 n. 287 “*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*”), istitutiva dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), che all’articolo 1 testualmente prevedeva che “*le disposizioni della presente legge in attuazione dell’articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese*”.

2. Il principio della tutela della concorrenza nel settore degli appalti pubblici.

La concorrenza riveste un ruolo fondamentale, in particolare, nella materia dei contratti di affidamento delle commesse pubbliche, dove essa è essenziale per garantire il rispetto degli obiettivi dell'ordinamento euro-unitario di libertà di circolazione delle merci e dei servizi e di libertà di stabilimento delle imprese. Tali libertà invero incontrarono fortissimi ostacoli al loro esercizio nelle norme e nelle prassi degli Stati membri, che, nel disciplinare i contratti di appalto stipulati dalle pubbliche Amministrazioni, erano soliti dettare regole tendenti sostanzialmente a favorire le imprese nazionali (richiedendo il possesso della cittadinanza, l'onere dell'iscrizione in un albo nazionale, il rispetto di specifiche caratteristiche tecniche, consentendo il facile ricorso alla trattativa privata, ecc.). Il mercato delle commesse pubbliche, già connotato da una struttura tendenzialmente anticoncorrenziale per effetto della limitatezza degli acquirenti, incontrava quindi ulteriori effetti restrittivi a causa delle normative interne, ispirate frequentemente, come già accennato al paragrafo precedente, da finalità di protezione delle imprese nazionali¹³.

Le istituzioni comunitarie si preoccuparono dunque sin dagli anni '70 di aprire alla concorrenza i settori degli appalti pubblici. Le prime fonti derivate risalgono proprio agli anni '70: il riferimento è alla direttiva 71/305/CEE del 26 luglio 1971, che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, e alla direttiva 72/277/CEE del 26 luglio 1972, relativa alle modalità e condizioni di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee dei bandi di gara per gli appalti e le concessioni di lavori pubblici. Tali testi, indubbiamente parziali, erano volti a dettare regole comuni per l'affidamento degli appalti pubblici di lavori di importo superiore al miliardo di lire nel tentativo di garantire la massima partecipazione alle relative procedure, mediante la fissazione di oneri pubblicitari idonei ad assicurarne la conoscibilità anche a soggetti di altri Stati membri, e di salvaguardare la *par condicio* dei potenziali concorrenti.

¹³ Cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2013.

I principi generali di riferimento erano dunque quelli di trasparenza, pubblicità, non discriminazione e parità di trattamento.

Tali direttive “di prima generazione” sono state integrate nel ventennio successivo dalle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE, 88/295 CEE, in materia di appalti pubblici di forniture, oltre che dalla direttiva 89/440/CEE, modificativa della citata direttiva 71/305/CEE, in tema di appalti pubblici di lavori.

Il Parlamento e il Consiglio della Comunità Europea rivelarono tuttavia l'inidoneità delle suddette fonti derivate a imporre il rispetto delle proprie disposizioni, in quanto non contenevano disposizioni specifiche che permettessero di garantirne l'effettiva applicazione. Pertanto, con la direttiva 89/665/CEE del 21 dicembre 1989 (c.d. “prima direttiva ricorsi”), le istituzioni comunitarie hanno ritenuto necessario affiancare alle predette norme sostanziali un testo appositamente rivolto ad assicurare che la loro violazione non restasse priva di effetti¹⁴.

All'inizio degli anni '90, in una con lo sviluppo dei principi comunitari di liberalizzazione delle attività economiche, recependo gli obiettivi indicati nell'Atto unico europeo del 1986 e le esigenze rappresentate dalla Commissione nel rapporto al Consiglio del 1984 e nel Libro bianco sul mercato interno del 1985, la CEE è reintervenuta con maggior forza in materia, con le direttive 92/50/CEE (relativa alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori), 93/36/CEE (relativa alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture), 93/37/CEE (relativa alle procedure di aggiudicazione degli

¹⁴ La direttiva 89/665/CEE del 21 dicembre 1989 coordinava le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori. Tale direttiva, denotando l'inefficienza dei precedenti testi, si è preoccupata di avviare un processo volto a permettere una maggiore effettività delle disposizioni euro-unitarie processuali in materia nei confronti degli Stati membri, prevedendo espressamente che “*l'applicazione effettiva delle disposizioni della presente direttiva dovrà essere riesaminata, prima della scadenza di un periodo di quattro anni successivo all'attuazione della stessa, in base ad informazioni che gli Stati membri dovranno fornire in merito al funzionamento delle procedure nazionali di ricorso*”. La direttiva 89/665, integrata dalla direttiva 92/13/CEE, è stata poi significativamente modificata dalla direttiva 2007/66/CE (su cui si veda *infra*, sub IV.5).

appalti pubblici di servizi) e 90/531/CEE e 93/38/CEE (relative alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono i servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni)¹⁵.

L'esigenza di garantire il rispetto del principio di concorrenza ha invero ispirato anche la scelta di assoggettare a regole pubblicistiche, ancorché meno rigide, i settori esclusi dall'applicazione delle prime direttive.

In particolare, il legislatore comunitario, in ragione delle caratteristiche particolari di alcuni mercati (acqua, energia, servizi di trasporto e telecomunicazioni), ne aveva inizialmente disposto la sottrazione dall'ambito di applicazione delle prime direttive in tema di appalti (con la conseguente denominazione di "settori esclusi"). Le ragioni del regime differenziato erano connesse alle peculiarità normative e strutturali degli operatori attivi in tali settori e dei mercati di riferimento: in larga parte si tratta di settori riconducibili a servizi pubblici ed oggetto di monopoli legali, connessi, tendenzialmente, a situazioni di monopolio naturale delle infrastrutture necessarie alla loro erogazione e distribuzione o alla previsione di regimi concessori a favore di soggetti privati mediante l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi. La forte compresenza di soggetti pubblici e privati avrebbe pertanto determinato una ingiusta diversità di disciplina tra le stazioni appaltanti.

A seguito dei processi di liberalizzazione – favoriti da un progressivo avanzamento tecnologico delle risorse infrastrutturali – che hanno interessato detti settori, il legislatore comunitario ha ritenuto peraltro opportuno introdurre anche in questi settori procedure di evidenza pubblica in grado di garantire l'accesso paritario degli operatori economici privati alle attività di produzione e fornitura di beni e servizi, sia pure con una disciplina speciale rispetto a quella valevole per i settori ordinari, giustificata dalle peculiarità – comunque persistenti – dei settori interessati.

In particolare, si ricorda che la direttiva 93/38/CEE (recante *“Coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di*

¹⁵ Gli appalti in tali settori, prima dell'adozione delle direttive 90/531/CEE e 93/38/CEE erano "esclusi" dall'applicazione della normativa comunitaria.

energia, degli enti che forniscono i servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni”) individuava le ragioni della specialità dei sopramenzionati settori:

- nell’VIII considerando, identificando una prima ragione nel *“fatto che gli enti che gestiscono tali servizi sono in alcuni casi disciplinati dal diritto pubblico, mentre in altri sono disciplinati dal diritto privato”*, in quanto l’indiscriminata estensione ai settori speciali della disciplina in materia di appalti avrebbe determinato differenze sostanziali tra i regimi giuridici applicabili nei diversi Stati in dipendenza della natura giuridica, pubblica o privata, dei soggetti aggiudicatori, con la conseguenza che *“la necessità di assicurare una effettiva liberalizzazione del mercato ed un giusto equilibrio nell’applicazione delle norme sull’aggiudicazione degli appalti in questi settori esige che gli enti interessati siano definiti in modo diverso dal semplice riferimento alla loro qualificazione giuridica”* (IX considerando);

- nell’XI considerando, dove si legge che *“uno dei principali motivi per cui gli enti che operano in questi settori non procedono ad appelli alla concorrenza a livello europeo è la naturale chiusura dei mercati nei quali essi operano, dovuta alla concessione, da parte delle autorità nazionali, di diritti speciali o esclusivi per l’approvvigionamento, la messa a disposizione o la gestione di reti che forniscono il servizio di cui trattasi, lo sfruttamento di una data area geografica per un fine determinato, la messa a disposizione o lo sfruttamento di reti pubbliche di telecomunicazioni o la fornitura di servizi pubblici di telecomunicazioni”*;

- nel XII considerando, dove *“un altro motivo importante per cui manca in tali settori una concorrenza a livello comunitario”* viene ravvisato nei *“diversi modi che le autorità nazionali utilizzano per influenzare il comportamento di detti enti, ivi comprese l’assunzione di partecipazioni nei relativi capitali sociali o la rappresentanza negli organi amministrativi, direttivi o di vigilanza di tali enti”*.

Le esigenze di semplificazione e modernizzazione della composita disciplina di settore hanno poi spinto il legislatore comunitario a un nuovo importante intervento di risistemazione del quadro giuridico con l’introduzione di

un vero testo unico europeo¹⁶, articolato nelle direttive 2004/18/CE (relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi) e 2004/17/CE (relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti banditi dagli enti erogatori di acqua e di energia e dagli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali – c.d. “settori speciali” o “ex esclusi”), che hanno espressamente sancito la necessità di “assicurare l’apertura degli appalti pubblici alla concorrenza”¹⁷.

Le direttive del 2004, e – come si dirà – anche quelle del 2014, hanno confermato un regime particolare per gli appalti relativi ai c.d. “settori speciali” o “ex esclusi”, anche se il regime speciale di questi ultimi è stato attenuato, in ragione del venir meno in alcuni casi dei vincoli alla concorrenza derivanti dalle situazioni di monopolio e di esclusiva, caratterizzanti i settori *de quibus*.

Le principali novità apportate da tali direttive, incentrate sull’esigenza di tutelare la concorrenza nel settore, riguardavano i sistemi e le tecniche di acquisto, quali le centrali di committenza, gli accordi quadro, le aste elettroniche, i sistemi dinamici di acquisizione e il dialogo competitivo. Il loro principale tratto caratteristico era costituito dalla scelta di dettare prescrizioni analitiche con l’intento di regolare pressoché tutti gli aspetti delle procedure di affidamento di appalti pubblici.

Le direttive del 2004 hanno trovato attuazione in Italia nella legge delega 18 aprile 2005, n. 62 e poi nel d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, meglio noto come il “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”, entrato in vigore il successivo 1° luglio e ripetutamente integrato e modificato nel corso del decennio successivo.

¹⁶ Cfr. R. GAROFOLI, *Introduzione* in R. GAROFOLI e M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2005.

¹⁷ Cfr. direttiva 2004/18/CEE, considerando 2: “*per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l’apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato*”.

Ai fini del presente studio merita ricordare che, chiamata a pronunciarsi su ricorso di alcune Regioni, che lamentavano l'asserita lesione delle proprie competenze legislative, la Corte costituzionale ha avuto modo, con la nota sentenza 23 novembre 2007 n. 401¹⁸, di analizzare nel dettaglio la nozione di "tutela della concorrenza" e di chiarirne gli ambiti di rilevanza e la natura. La decisione ha infatti chiarito che nella nozione di concorrenza utilizzata nel nostro ordinamento, in necessaria osservanza e recepimento di quella operante in ambito comunitario, rientrano sia i c.d. "interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto"¹⁹, sia gli interventi mirati a ridurre gli squilibri attraverso la creazione delle condizioni per la instaurazione di assetti concorrenziali²⁰, con la conseguenza che costituisce tutela della concorrenza tanto la garanzia del mantenimento di mercati già concorrenziali, quanto la liberalizzazione dei mercati stessi²¹.

La tutela della concorrenza, in particolare, secondo la Consulta, "*si concretizza, in primo luogo, nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi*"²², assicurando l'uniformità delle procedure di evidenza pubblica adottate per la scelta del contraente, nel rispetto dei fondamentali principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità, di trasparenza e di pubblicità, di proporzionalità (ovvero i principi

¹⁸ Cfr. Corte cost., 23 novembre 2007 n. 401, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁹ Cfr. Corte cost., 1 febbraio 2006 n. 29, in www.cortecostituzionale.it.

²⁰ Cfr. anche Corte cost., 27 luglio 2004 n. 272 e 13 gennaio 2004 n. 14, in www.cortecostituzionale.it.

²¹ In realtà, secondo parte della dottrina (F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*) l'ampiezza della nozione di "tutela della concorrenza" assunta dalla Corte costituzionale, ha portato ad includere al suo interno "*ogni misura che tenda allo sviluppo dell'economia nazionale ed arriva (...) a motivare la pertinenza delle leggi statali alla materia in questione con la "razionalità" delle misure disposte dalle leggi stesse*". Secondo l'Autrice, i ragionamenti della Consulta "*sembrano talora sfidare la logica, ma possono divenire condivisibili come riflesso della cultura corrente, che assegna alla concorrenza la virtù della razionalità e dell'attitudine ad operare per il progresso economico*".

²² Cfr. Corte cost., 401/2007, *cit.*

derivati dall'applicazione del principio di concorrenza, di cui si parlerà specificamente nel prossimo capitolo).

Non si tratta, peraltro, certo di principi innovativi di per sé, dal momento che, da un lato, come visto, già il Trattato istitutivo della Comunità Europea contemplava tra gli obiettivi prefissati dell'azione della Comunità l'instaurazione di un mercato competitivo e, dall'altro, essi costituiscono di fatto attuazione delle stesse regole costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento, che devono guidare l'azione della pubblica Amministrazione ai sensi dell'articolo 97 della nostra Costituzione.

Come evidenziato dalla Consulta, l'osservanza delle prescrizioni comunitarie ed interne di evidenza pubblica garantisce il rispetto delle regole dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività dei pubblici poteri, dal momento che la selezione della migliore offerta assicura la piena attuazione degli interessi pubblici in relazione al bene o al servizio oggetto di aggiudicazione. In sintesi, la nozione comunitaria di concorrenza, che viene in rilievo in questa sede e che si riflette su quella di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera e), Cost., è definita come concorrenza "per" il mercato, la quale impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali sopra indicati. Ciò ovviamente non significa che nello stesso settore degli appalti, soprattutto relativi ai servizi di rete, non sussistano concomitanti esigenze di assicurare la cosiddetta concorrenza "nel" mercato attraverso la liberalizzazione dei mercati stessi, che si realizza, tra l'altro, mediante l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese²³.

La Corte ha conseguentemente respinto il ricorso delle Regioni, rilevando che la materia della tutela della concorrenza ha natura trasversale, in quanto è "*una funzione individuabile sui più diversi oggetti*"²⁴, dal momento che non se ne possono desumere limiti individuabili in modo certo. Pertanto, considerati i peculiari rapporti tra le competenze statali e quelle regionali nello specifico settore degli appalti pubblici, da cui si evince l'indubbia prevalenza della disciplina

²³ Cfr. ancora Corte cost., 401/2007, *cit.*

²⁴ Cfr. Corte cost., 27 luglio 2005 n. 336, in *www.cortecostituzionale.it*, oltre a Corte cost., 1 febbraio 2006 n. 29, *cit.*, 27 luglio 2004 n. 272, *cit.*, e 13 gennaio 2004 n. 14, *cit.*

statale, la Consulta ha evidenziato che la fase della procedura di evidenza pubblica, riconducibile alla tutela della concorrenza, potrà essere interamente disciplinata dal legislatore statale e che *“avendo riguardo al fine perseguito, dal legislatore statale, di assicurare che le procedure di gara si svolgano nel rispetto delle regole concorrenziali poste a presidio dei principi della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi della trasparenza e della parità di trattamento – le procedure di qualificazione e selezione dei concorrenti, le procedure di affidamento (esclusi i profili attinenti all’organizzazione amministrativa), i criteri di aggiudicazione, ivi compresi quelli che devono presiedere all’attività di progettazione ed alla formazione dei piani di sicurezza, nonché i poteri di vigilanza sul mercato degli appalti, rientrano nell’ambito della tutela della concorrenza di cui all’articolo 117, secondo comma, lettera e), Cost.”*²⁵.

²⁵ Cfr. ancora Corte cost., 401/2007, *cit.*

3. Evoluzione storica delle direttive appalti.

L'importanza del principio di tutela della concorrenza nel settore dei contratti pubblici è stata ripetutamente sottolineata anche dalle comunicazioni interpretative della Commissione Europea che, operando una sorta di "interpretazione autentica" – in quanto volte a far conoscere agli Stati membri la portata dei diritti e degli obblighi derivanti dal diritto comunitario, alla luce delle più recenti pronunce giurisprudenziali in un determinato settore –, hanno un ruolo che non può essere trascurato nell'analisi di tale principio.

Di particolare rilevanza sono quelle rese nel 2000 (comunicazione del 12 aprile 2000 "*sulle concessioni nel diritto comunitario*") e nel 2006 (comunicazione del 1 agosto 2006 "*relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalto non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici*")²⁶. In tali atti la Commissione ha infatti osservato che molte disposizioni del Trattato dell'Unione Europea assumono direttamente rilievo ai fini della disciplina degli appalti pubblici e delle concessioni, a prescindere dal mancato riferimento del Trattato stesso a questi ultimi. Vengono in rilievo, in particolare, le norme dirette ad assicurare il buon funzionamento del mercato unico, in specie quelle che vietano qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità (articolo 12, par. 1, ex articolo 6, par. 1, Trattato di Roma); quelle relative alla libera circolazione delle merci (artt. 28, ex 30 ss.); alla libertà di stabilimento (articolo 43, ex 52 ss.); alla libera circolazione dei servizi (articolo 49, ex 59 ss.); nonché le eccezioni a tali norme (artt. 30, 45 e 46, ex artt. 36, 55 e 56).

Sin dal 2000 le istituzioni comunitarie hanno, pertanto, precisato che gli enti aggiudicatori che intendano affidare appalti o concessioni di lavori o servizi non regolamentati dal diritto europeo derivato sono comunque tenuti a conformarsi alle disposizioni e ai principi del Trattato, tra i quali, in particolare,

²⁶La Comunicazione del 12 aprile 2000 "*sulle concessioni nel diritto comunitario*" e quella del 1° agosto 2006 "*relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalto non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici*" sono entrambe rinvenibili in www.eur-lex.europa.eu.

quelli di libera circolazione delle merci, di stabilimento, di libera prestazione di servizi, di non discriminazione e di uguaglianza di trattamento, di trasparenza, di proporzionalità, di riconoscimento reciproco.

Ciò comporta che, anche nell'affidamento dei contratti esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive (per esempio i contratti "sotto soglia" e, fino alla direttiva 23 del 2014, le concessioni di servizi), gli stessi enti non possano prescindere dall'applicazione dei richiamati principi, i quali, più o meno direttamente, assicurano la tutela della concorrenza del mercato tra le imprese operanti nei singoli Stati membri.

In linea con le richiamate comunicazioni interpretative, la Corte di Giustizia, ha espressamente affermato che *"sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono ciò nondimeno tenute a rispettare i principi fondamentali del trattato"*²⁷.

In altri termini, la procedura finalizzata all'aggiudicazione di un appalto (o di una concessione di lavori o servizi pubblici) deve avvenire sempre nel rispetto delle disposizioni e dei principi dei Trattati, al fine di garantire condizioni di concorrenza eque a tutti gli operatori astrattamente interessati a tale aggiudicazione²⁸.

Con specifico riferimento all'applicabilità della normativa comunitaria a un contratto di concessione di servizi, la Corte ha così chiarito che la circostanza che tale tipologia di contratti fosse esclusa, all'epoca di tale pronuncia, dalla sfera di applicazione del diritto comunitario derivato sugli appalti di servizi (nella specie direttiva 93/38), a causa in particolare del fatto che la controprestazione fornita dalla prima impresa alla seconda consiste nell'ottenimento, da parte di quest'ultima, del diritto di sfruttare, ai fini della sua remunerazione, una propria prestazione²⁹ (e non, quindi, di un corrispettivo in denaro), non impediva che la

²⁷ Cfr. CGUE, 3 dicembre 2001 causa C-59/00 *Bent Moustén Vestergaard*, Racc. I-9505, punto 20; in termini anche CGUE, 7 dicembre 2000 causa C-324/98 *Teleaustria e Telefonadress*, Racc. I-10745, punto 60.

²⁸ Cfr. CGUE, 12 dicembre 2002 causa C-470/99 *Universale-Bau*, Racc. I-11617, punto 93.

²⁹ Cfr. CGUE, *Teleaustria, cit.*, punto 58.

stessa Corte potesse fornire al giudice nazionale che le aveva sottoposto varie questioni pregiudiziali una soluzione utile. Sottolineava in particolare la pronuncia che *“a tal fine, la Corte può prendere in considerazione altri elementi interpretativi che possano rivelarsi utili per la soluzione della causa principale. A tale proposito occorre rilevare come, nonostante il fatto che siffatti contratti, allo stadio attuale del diritto comunitario, siano esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva 93/38, gli enti aggiudicatori che li stipulano siano cionondimeno tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato, in genere, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in particolare. Infatti, come ha statuito la Corte nella sentenza 18 novembre 1999, causa C-275/98, Unitron Scandinavia e 3-S (Racc. pag. I-8291, punto 31), tale principio implica, segnatamente, un obbligo di trasparenza al fine di consentire all’amministrazione aggiudicatrice di accertare che il detto principio sia rispettato. Tale obbligo di trasparenza cui è tenuta l’amministrazione aggiudicatrice consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l’apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull’imparzialità delle procedure di aggiudicazione”*³⁰.

Anche la Comunicazione interpretativa della Commissione sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)³¹, resa nel 2008, conferma la generale applicabilità del principio di parità di trattamento, mediante l’affermazione del divieto di discriminazione in base alla nazionalità e della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, oltre che dei principi di trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Testualmente, vi si afferma che *“se l’incarico affidato a un’entità a capitale misto è l’esecuzione di un appalto pubblico interamente soggetto all’applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici, la procedura di selezione del partner privato è stabilita da tali direttive”* e che anche *“se si tratta di una concessione di lavori o di un appalto*

³⁰ Cfr. CGUE, *Teleaustria*, cit., punti 59-62.

³¹ *“Comunicazione interpretativa della Commissione, sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)”*, (2008/C 91/02), in www.eur-lex.europa.eu.

pubblico parzialmente disciplinato dalle direttive in materia, si applicano le regole e i principi fondamentali derivanti dal trattato CE insieme alle pertinenti disposizioni delle direttive. Nel caso di servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE, si applicano i principi fondamentali di cui agli articoli 43 e 49 del trattato CE qualora si ritenga che gli appalti presentano un interesse certo per imprese con sede in uno Stato membro diverso da quello in cui ha sede l'amministrazione aggiudicatrice. Infine, nel caso di una concessione di servizi o di un appalto pubblico non rientrante nel campo di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici, la selezione del partner privato deve essere effettuata nel rispetto dei principi del trattato CE".

La Comunicazione evidenzia, dunque, una volta di più, la graduazione dell'impatto comunitario sui contratti pubblici. A seconda del livello di sottoposizione alla disciplina delle direttive (totale, parziale o nullo), le procedure di gara devono adeguarsi, infatti, in modo più o meno stringente, alla normativa comunitaria, con il limite di non potere comunque mai prescindere dal rispetto dei principi stabiliti dal Trattato di Roma, e in particolare di quello di concorrenza, neppure con riguardo a un istituto, quello del partenariato pubblico-privato, caratterizzato dalla collaborazione tra un soggetto privato e un'Amministrazione aggiudicatrice nell'ambito di un'entità a capitale misto finalizzata al perseguimento di finalità pubbliche³².

³² La Corte di Giustizia dell'Unione Europea aveva già rilevato, con la sentenza CGUE, 11 gennaio 2005 causa C-26/03 *Stadt Halle e RPL Lochau*, Racc. I-1, punto 49, che "un'amministrazione aggiudicatrice intende concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 92/50 con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private...le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla...direttiva debbono sempre essere applicate" e ciò in quanto "la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi". Secondo la CGUE, 6 aprile 2006 causa C-410/04 *Anav c. Comune di Bari*, Racc. I-3303, punto 21, al fine di escludere l'esistenza di una relazione "in house" tra l'Amministrazione aggiudicatrice e la società controllata con partecipazione privata è rilevante, oltre all'effettività della partecipazione del soggetto privato al capitale di un'impresa pubblica, la

Il valore primario della concorrenza è stato nuovamente rimarcato nel Libro verde del 2011³³, di fondamentale importanza nel processo che ha portato all'ultima riforma della normativa euro-unitaria in materia di contratti pubblici.

Il documento ha considerato l'instaurazione di condizioni di forte concorrenza nel settore un elemento essenziale per poter perseguire l'obiettivo di una maggiore efficienza della spesa pubblica, attraverso il miglior rapporto qualità-prezzo, enunciando, in particolare, testualmente che *“gli offerenti devono avere la possibilità di competere in condizioni di parità e occorre evitare distorsioni della concorrenza”*.

Lo stesso Libro verde sottolineava, peraltro, al contempo l'esigenza fondamentale di accrescere l'efficienza delle stesse procedure di appalto, dal momento che procedure d'appalto più flessibili, attraverso misure di semplificazione, mirate a soddisfare le specifiche esigenze delle Amministrazioni aggiudicatrici più piccole, avrebbero potuto aiutare i committenti pubblici a ottenere i migliori risultati possibili in materia di appalti con i minori investimenti possibili in termini di tempo e denaro pubblico, evidenziando come la maggiore efficienza delle procedure avrebbe necessariamente favorito tutti gli operatori economici, consentendo una più ampia partecipazione sia alle PMI che agli offerenti transfrontalieri³⁴.

Sin da allora la Commissione segnalava poi come un altro obiettivo complementare dovesse essere quello di incentivare i committenti a fare un miglior uso degli appalti pubblici a sostegno di obiettivi sociali comuni – quali, in

reale intenzione dell'Amministrazione aggiudicatrice di aprire in futuro il capitale di una propria società controllata al capitale privato, con la conseguenza che l'aggiudicazione *“in house”* di un contratto pubblico è esclusa se l'intenzione dell'Amministrazione aggiudicatrice è quella di aprirne il capitale a soggetti privati nel corso dell'esecuzione del contratto, mentre è consentita qualora siffatta apertura costituisca una semplice possibilità, prevista su un piano meramente teorico.

³³ *“Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti”*, Bruxelles, 27.1.2011, in www.anticorruzione.it.

³⁴ Il documento rilevava, invero, che, nel 2011, la partecipazione transfrontaliera alle procedure di appalti pubblici nell'Unione rimaneva decisamente bassa e che il confronto con il settore privato, caratterizzato da scambi transfrontalieri molto più elevati, dimostrava come il potenziale da sfruttare fosse ancora considerevole.

particolare, la tutela dell'ambiente, una maggiore efficienza energetica e sotto il profilo delle risorse, la lotta contro i cambiamenti climatici, la promozione dell'innovazione e dell'inclusione sociale e infine la garanzia delle migliori condizioni possibili per la fornitura di servizi pubblici di elevata qualità – evidenziando come il perseguimento di questo obiettivo avrebbe anche potuto contribuire al conseguimento del fondamentale obiettivo di accrescere l'efficienza della spesa pubblica a lungo termine, ad esempio spostando l'accento dal prezzo iniziale più basso al costo del ciclo di vita più basso.

Il documento affermava, quindi, l'importanza del principio di concorrenza nel settore degli appalti, ma anche la necessità – finalizzata al raggiungimento del primario obiettivo di accrescere l'efficienza della spesa pubblica (condiviso anche dalle ultime direttive del 2014 – di cui si dirà *infra* – che proprio nel Libro verde rinvencono il loro primo tassello di formazione) – di tutelare altri fondamentali valori, *in primis* quello dell'ambiente.

Il Libro verde, con la finalità di condividere “*alcune idee sul modo migliore per raggiungere i vari obiettivi*”, evidenziava peraltro la sussistenza di rilevanti questioni non ancora trattate in maniera adeguata in ambito comunitario, quali la necessità di combattere la dilagante corruzione nel sistema e quella di semplificare e chiarificare la normativa di settore, e manifestava l'utilità, a tali fini, di favorire anche lo sviluppo di partenariati pubblico-privati³⁵.

Con specifico riferimento alla necessità di garantire una concorrenza equa ed effettiva³⁶, il documento profetizzava che tale obiettivo avrebbe potuto essere frustrato in quegli Stati membri i cui mercati sono caratterizzati da un'intrinseca

³⁵ Parallelamente al Libro verde, la Commissione aveva avviato anche un'ampia valutazione dell'impatto e dell'efficacia sotto il profilo dei costi della politica UE in materia di appalti pubblici, con la finalità di raccogliere prove oggettive basate sui dati del mercato in relazione al funzionamento della vigente normativa sugli appalti, per consentire un'analisi empirica dei settori che necessitano miglioramenti. Ricerca i cui risultati, unitamente ai contributi delle parti interessate hanno permesso di alimentare la riflessione sulla riforma portata a conclusione con l'emanazione delle direttive del 2014. Le questioni relative agli appalti elettronici erano, invece, già state affrontate in uno specifico Libro verde pubblicato il 18 ottobre 2010, a riprova dell'importanza che ha assunto nell'ultimo decennio questa tematica in ambito euro-unitario.

³⁶ Cfr. Libro verde, *cit.*, punto 3.2.

anti-concorrenzialità, in quanto dominati di fatto da pochissimi grandi operatori. Infatti, la Commissione rilevava che le decisioni adottate in materia di appalti pubblici in carenza di una previa adeguata valutazione delle strutture e delle peculiarità del singolo mercato, benché conformi alle norme contenute nelle direttive, rischiano di consolidare o addirittura di aggravare le strutture anticoncorrenziali, e ciò in modo particolare in quei casi in cui il valore dell'appalto sia particolarmente elevato, specialmente in quei settori nei quali le Amministrazioni pubbliche siano i principali clienti e la domanda privata non sia sufficiente a compensare l'impatto derivante sul mercato dagli acquisti da esse effettuati.

La Commissione sosteneva dunque che, per assicurare la massimizzazione della concorrenza anche nei mercati caratterizzati da una maggiore anti-concorrenzialità, sarebbe stato auspicabile, in primo luogo, che i committenti ne conoscessero la struttura e che, conseguentemente, potessero adeguare alle peculiari caratteristiche di tali mercati le proprie strategie di appalto. In particolare, per raggiungere siffatto obiettivo, la Commissione – pur tenendo presente che ovviamente la forma giusta degli appalti dipende necessariamente dalla struttura del mercato pertinente – rappresentava, ad esempio, l'esigenza di evitare che le Amministrazioni aggiudicatrici bandissero appalti che potessero essere eseguiti soltanto da uno o pochi operatori di mercato, denunciando che l'ammissione di tali procedure non farebbe che consolidare le strutture oligopolistiche e rendere quasi impossibili nuovi accessi al mercato, con la conseguenza che, nel peggiore dei casi, l'Amministrazione aggiudicatrice si ritroverebbe con un fornitore dominante che potrebbe dettare le condizioni e i prezzi dell'appalto.

Le possibili soluzioni delineate dalla Commissione allo scopo di aumentare la concorrenza nei diversi settori sono varie e avranno eco nelle direttive successive.

Per il caso in cui le piccole imprese operanti sul mercato non siano nelle condizioni di poter fornire il servizio richiesto su scala più ridotta, veniva infatti già auspicata la riduzione del volume e/o della durata degli appalti, oppure anche la suddivisione degli appalti in lotti, eventualmente limitando altresì il numero dei

lotti aggiudicabili a un unico offerente, tema che poi sarà sviluppato dalle direttive del 2014 – come si vedrà *infra*.

Per il diverso caso in cui tra le imprese minori non ci siano abbastanza concorrenti, un valido rimedio volto a garantire una concorrenza reale ed efficiente veniva invece identificato nel raggruppamento degli acquisti in un unico appalto, in modo tale da attirare potenziali concorrenti da diversi Stati membri.

Si richiamavano, inoltre, diversi ulteriori strumenti, idonei ad assicurare un'efficiente concorrenza nei mercati degli appalti, suggerendone l'indicazione alle fonti comunitarie quali opzioni da offrire agli Stati membri o alle Amministrazioni aggiudicatrici. Più specificamente, il documento evidenziava che criteri di selezione meno esigenti normalmente permettono di ottenere un maggior numero di offerte valide e che sarebbe stato possibile evitare appalti svantaggiosi imposti da fornitori dominanti mediante la previa fissazione di un prezzo massimo di riserva oltre il quale l'appalto non avrebbe potuto essere aggiudicato o ammettendo la possibilità di revocare la procedura nel caso in cui la fase di selezione fosse superata da un unico concorrente.

Più in generale, si rilevava l'opportunità di prevedere misure volte a favorire la massima partecipazione degli offerenti di altri Stati membri ogni qualvolta fosse possibile, sottolineando la già evidenziata sussistenza di un cospicuo potenziale da sfruttare per accrescere gli scambi intraeuropei nel settore degli appalti pubblici, al fine di creare un vero mercato europeo degli appalti, tale da permettere l'esponentiale incremento sia delle opportunità economiche per le imprese europee, sia della base potenziale dei fornitori per le Amministrazioni aggiudicatrici.

Tra le misure volte a favorire la partecipazione transfrontaliera, la Commissione segnalava, in particolare, quella di un migliore riconoscimento reciproco dei certificati (o addirittura la realizzazione di un sistema comune europeo di prequalificazione) e quella, quantomeno per taluni appalti di valore particolarmente elevato, di provvedere alla redazione delle specifiche dell'offerta anche in una seconda lingua (o almeno di accettare le offerte presentate in una lingua straniera), evidenziando anche l'opportunità di ipotizzare l'utilizzo di un

sistema di traduzione automatica – almeno per fornire informazioni preliminari – per alcune fasi della procedura.

Il Libro verde evidenziava però ancora una volta che tutte le misure volte a garantire la concorrenza nei mercati degli appalti presuppongono necessariamente che le Amministrazioni aggiudicatrici dispongano di una buona conoscenza dei mercati sui quali effettuano i loro acquisti (ad esempio, realizzando studi sulla struttura e la conformazione del mercato scelto prima dell'effettivo appalto), rivelandosi ben coscienti delle difficoltà legate alla loro concreta attuazione, dal momento che *“mettere in atto queste o altre garanzie richiederebbe uno sforzo ulteriore da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, che probabilmente sarebbe giustificato solo per appalti di valore elevato con un notevole impatto potenziale sulla struttura del mercato”*.

Il testo prosegue ancora denotando la sussistenza di frequenti comportamenti collusivi dei partecipanti che impattano negativamente sulla concorrenzialità del sistema appalti, quali turbative d'asta e tecniche di spartizione del mercato, facilitati anche dalla stabilità e prevedibilità della domanda pubblica.

La formazione di “cartelli” – secondo alcuni analisti provocata proprio dalla estrema trasparenza del sistema – non era ancora contrastata specificamente dalla normativa euro-unitaria ma unicamente da linee guida volte all'individuazione e alla prevenzione dei comportamenti collusivi, motivo per cui la Commissione si interrogava anche sulla necessità di una normativa più puntuale sul punto, ad esempio mediante l'approntamento di regole di esclusione più severe in caso di turbativa d'asta e l'introduzione sia del divieto di divulgazione di alcune informazioni, sia dell'obbligatorietà dell'utilizzo della procedura negoziata in determinati settori nei quali la formazione di cartelli sia particolarmente probabile, oltre che della necessità di consultazione delle autorità responsabili della concorrenza da parte dei committenti nel caso di offerte sospette.

Il Libro verde dà conto poi del fatto che l'esperienza acquisita induce a ritenere che potrebbe essere utile *“rendere “a prova di collusione” alcuni strumenti che sono particolarmente a rischio di abusi a fini collusivi”*, evidenziando come, ad esempio, con particolare riguardo all'istituto del subappalto, potrebbe essere sufficiente proibirne l'utilizzo – in presenza di

determinate condizioni – ad alcune imprese che abbiano partecipato alla procedura di appalto, al fine di evitare la sconveniente prassi per cui il ricorso allo stesso per l'esecuzione di alcune parti dell'appalto veniva normalmente utilizzato come “moneta di scambio” per ricompensare i membri del cartello di avere rispettato predeterminati accordi collusivi, ed evidenziando che ulteriori garanzie volte a prevenire comportamenti anticoncorrenziali potrebbero contribuire al mantenimento di una solida concorrenza nei mercati degli appalti, pur essendo sempre necessario valutare attentamente il contemperamento tra i vantaggi derivanti dall'applicazione di tali innovazioni e gli oneri amministrativi supplementari che tali norme comporterebbero per committenti e imprese.

Infine, per quanto qui interessa, il Libro verde, con riguardo ai casi di concorrenza inesistente, dovuti alla necessità di rivolgersi a uno specifico operatore economico perché esso detiene diritti esclusivi sulla produzione dei beni o l'erogazione dei servizi, contesta la previsione della direttiva 18/2004 che consente il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l'appalto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato, ritenendo che, seppure effettivamente in presenza di un diritto esclusivo una gara di appalto avrebbe mero valore formalistico, ciò non esime dal valutare la correttezza dell'attribuzione di tale diritto esclusivo *“e in particolare se vi sia stata concorrenza equa nella fase di attribuzione del diritto esclusivo (che pregiudica la successiva decisione in materia di appalto)”*.

La Commissione osserva che la questione è stata affrontata dalle direttive sugli appalti pubblici del 2004 solamente nel contesto della cooperazione pubblico-pubblico – laddove gli appalti di servizi pubblici tra le Amministrazioni aggiudicatrici sono esclusi dall'applicazione della direttiva se vengono aggiudicati sulla base di un diritto esclusivo – e solamente a condizione che tale diritto esclusivo sia compatibile con i principi del Trattato, ma non con riguardo agli appalti aggiudicati agli operatori privati. Per tale motivo, afferma che l'individuazione di una soluzione globale per le questioni connesse alla cooperazione pubblico-pubblico e una sua generalizzazione sarebbe particolarmente opportuna allo scopo di favorire una solida concorrenza nei

mercati degli appalti pubblici, così da permettere l'aggiudicazione di questi senza una procedura competitiva sulla base di diritti esclusivi, a condizione ovviamente che tali diritti esclusivi siano stati previamente soggetti ad altra procedura competitiva.

Quest'ultimo profilo è stato specificamente preso in considerazione dal legislatore euro-unitario nella direttiva 24/2014, che, prendendo espressamente coscienza dell'*“incertezza giuridica circa la misura in cui i contratti conclusi tra enti nel settore pubblico debbano essere disciplinati dalle norme relative agli appalti pubblici”* e del fatto che la giurisprudenza della Corte di Giustizia sul tema viene interpretata in modo tutt'altro che univoco, sottolinea la necessità di precisare i casi in cui determinati contratti pubblici possano andare esenti dalla disciplina delle direttive, evidenziando in particolare che il solo fatto che entrambe le parti di un accordo siano esse stesse Autorità pubbliche non esclude di per sé l'applicazione delle norme sui contratti pubblici.

Ciò in quanto l'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici non dovrebbe interferire con la libertà delle Amministrazioni di svolgere i compiti di servizio pubblico loro affidati utilizzando le loro stesse risorse, oppure ricorrendo alla cooperazione con altre autorità pubbliche, essendo sufficiente garantire che le cooperazioni pubblico-pubblico esentate dall'applicazione delle norme sui contratti pubblici non possano dar luogo a una distorsione della concorrenza in pregiudizio degli operatori economici privati, ponendo un fornitore privato di servizi in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti³⁷.

³⁷ Cfr. direttiva 24/2014, considerando 31.

4. Le “nuove” direttive in tema di contratti pubblici.

Nel corso degli anni, le analisi sull’impatto del quadro normativo, compiute anche alla luce delle modifiche già avvenute su scala nazionale in alcuni Stati membri, hanno fatto gradualmente emergere una crescente complessità del sistema, unitamente all’aumento dei costi delle procedure di affidamento³⁸.

Per queste ragioni e per quelle indicate nel Libro verde, il legislatore euro-unitario ha quindi ritenuto opportuno reintervenire sulla materia dei contratti pubblici, operando un mutamento di strategia³⁹.

Il 28 marzo 2014, a dieci anni dalla pubblicazione delle direttive 17 e 18 del 2004, sono state così pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea tre “nuove” direttive: le direttive 24 e 25, inerenti, rispettivamente, gli appalti nei settori ordinari e nei settori speciali (e dunque sostitutive di quelle del 2004), e la direttiva 23, che si occupa, per la prima volta in ambito euro-unitario, dei contratti di concessione⁴⁰.

Le nuove direttive, decisamente più ampie e più dettagliate delle precedenti, a testimonianza di una materia complessa, magmatica e multi-livello, giocano un ruolo fondamentale per il raggiungimento degli obiettivi prefissati dalla “strategia Europa 2020”⁴¹, volta a superare la crisi economica imperversante sul nostro continente, mediante una crescita che, utilizzando le parole del 2°

³⁸ Cfr. la risoluzione del Parlamento Europeo del 25 ottobre 2011.

³⁹ Cfr. F. FRANCONIERO, “*La nuova disciplina dei contratti pubblici e le questioni sulla tutela giurisdizionale*”, relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi (Varenna, 17-19 settembre 2015), in www.astrid-online.it.

⁴⁰ Sul punto, cfr. G. GIOVANNINI, “*La disciplina degli appalti tra il vecchio e il nuovo*”, relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi (Varenna, 17-19 settembre 2015), dove si dà conto della tesi secondo cui, in passato, l’introduzione di una disciplina europea in materia sia stata ostacolata da alcuni Stati, ed in particolare dalla Francia, i quali preferivano riservare integralmente tale disciplina alle diverse normazioni nazionali. Tesi oggi confermata dalla circostanza che la direttiva concessioni è comunque quella caratterizzata da maggiore genericità, oltre che dalla più ampia discrezionalità concessa agli Stati membri per la sua attuazione.

⁴¹ La strategia Europa 2020 è stata illustrata nella Comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo “*Europa 2020 - Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*”, in www.eur-lex.europa.eu.

considerando della direttiva 24, sia *“intelligente, sostenibile e inclusiva, garantendo contemporaneamente l’uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici”*⁴².

È chiara la volontà politica di promuovere, al di là dei consueti principi pro-concorrenziali, protagonisti incontrastati delle direttive del 2004, soprattutto l’innovazione, la competitività, l’uso strategico degli appalti, in un sistema di regole certe e di semplice applicazione⁴³, che possa consentire all’intero sistema di funzionare in modo più efficiente, razionalizzando e riducendo il più possibile la spesa pubblica.

Ai fini del presente studio, si analizzerà in particolare la direttiva 24, che, in considerazione della sua valenza di “direttiva generale sugli appalti nei settori ordinari”, è evidentemente quella che più significativamente rappresenta il disegno complessivo dell’intervento riformatore. Già i considerando di tale direttiva, infatti, permettono di cogliere agevolmente il mutamento di rotta rispetto al passato.

Il primo considerando esordisce evidenziando subito che l’aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi generali del TFUE *“e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento, la libera prestazione dei servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza”*⁴⁴. Lo stesso considerando precisa poi che per gli appalti pubblici con valore superiore alla soglia euro-unitaria indicata nella medesima direttiva è comunque opportuno elaborare specifiche disposizioni per coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione, in modo tale da garantire che a tali principi sia dato effetto pratico e che gli appalti pubblici siano aperti alla concorrenza.

⁴² Le parole utilizzate nel 2° considerando della direttiva 24/2014 sono a loro volta riprese dalla “strategia Europa 2020”.

⁴³ Cfr. F. CARDARELLI, *Le direttive europee sui contratti pubblici*, in *Libro dell’anno del diritto*, Treccani, 2015.

⁴⁴ Cfr. 1° considerando, direttiva 24/2014.

Si conferma dunque ancora una volta, in modo chiaro e univoco, che l'aggiudicazione dei contratti non specificatamente ricondotti dalle direttive nel proprio ambito di applicazione è comunque soggetta ai surrichiamati principi generali.

Subito dopo, però, nel 2° considerando, già citato, si precisa che la normativa sugli appalti adottata ai sensi delle direttive 17 e 18 del 2004 “*dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale*”⁴⁵.

È evidente come il 1° considerando, sebbene sia sicuramente meritevole di pregio per indicare, all'esordio della direttiva, i fondamentali principi che devono essere rispettati nelle gare pubbliche, non sia particolarmente innovativo rispetto alle direttive del decennio scorso, in quanto i principi in esso enucleati erano già previsti in quei testi e sono oramai condivisi.

Il 2° considerando pone, invece, subito in luce le grandi novità apportate dalle direttive del 2014. Infatti, efficienza della spesa pubblica, facilitazione dell'accesso al mercato delle PMI e perseguimento degli obiettivi di valenza sociale (e ambientale) sono sicuramente i principali traguardi, assolutamente innovativi rispetto al passato, fissati dal legislatore euro-unitario del 2014. Merita parimenti segnalare l'attenzione del medesimo considerando al principio di certezza del diritto e alla correlata esigenza di chiarire alcuni concetti e nozioni di base e di incorporare alcuni aspetti della giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia in materia.

Il principio di concorrenza, nelle sue tradizionali declinazioni, espressamente confermate e sviluppate nelle nuove direttive, è stato coerentemente messo in rapporto con i nuovi principi economici. In particolare, l'esigenza di garantire un uso più efficiente del denaro pubblico ha imposto una

⁴⁵ Cfr. ancora il 2° considerando della direttiva.

maggiore semplificazione, flessibilità e correttezza delle procedure; una maggiore apertura transfrontaliera del mercato; la promozione dell'innovazione⁴⁶.

Più nello specifico, il primo obiettivo viene perseguito nella direttiva soprattutto mediante l'introduzione di procedure semplificate per alcune tipologie di servizi (artt. 74 ss.) e la centralizzazione delle procedure di affidamento delle commesse pubbliche, attraverso una riduzione del numero delle stazioni appaltanti e un maggiore utilizzo delle centrali uniche di committenza⁴⁷, l'implemento del

⁴⁶ Cfr., *ex multis*, sul concetto di promozione dell'innovazione, *Appalti pubblici per l'innovazione – indagine conoscitiva*, maggio 2010, in www.strategiadilisbonalazio.it. Detta indagine è stata realizzata dall'Istituto per la Promozione Industriale (IPI) su mandato della Direzione Generale per la Politica Industriale e la Competitività del Ministero dello nell'ambito delle attività di Programma Pluriennale dell'Istituto Italiana per la Diffusione dell'Innovazione e il Trasferimento Tecnologico alle imprese.

⁴⁷ In Italia, la figura della centrale di committenza è stata introdotta seguendo il modello sviluppato da Consip S.p.a. per le acquisizioni di beni e servizi. Consip S.p.a. è una società per azioni del Ministero dell'Economia e delle Finanze, che ne è l'azionista unico, ed opera secondo i suoi indirizzi strategici, lavorando al servizio esclusivo della pubblica amministrazione. In qualità di centrale di committenza nazionale, realizza il Programma di razionalizzazione degli acquisti nella pubblica amministrazione e, sulla base di specifiche convenzioni, supporta singole amministrazioni in tutti gli aspetti del processo di approvvigionamento. Essa si prefigge l'obiettivo di rendere più efficiente e trasparente l'utilizzo delle risorse pubbliche, fornendo alle amministrazioni strumenti e competenze per gestire i propri acquisti di beni e servizi, stimolando le imprese al confronto competitivo con il sistema pubblico. Questi obiettivi vengono realizzati attraverso un modello organizzativo del tutto innovativo nella realtà italiana, che coniuga le esigenze delle amministrazioni con l'attenzione alle dinamiche del mercato, in un'ottica di massima trasparenza ed efficacia delle iniziative. In considerazione della natura della società e degli scopi, Consip si è dotata di un modello di organizzazione, gestione e controllo conforme al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 («*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*») sui sistemi di responsabilità amministrativa delle società e di altri enti per reati contro la pubblica amministrazione, nonché reati societari commessi da propri amministratori e dipendenti. Alla stregua delle società partecipate in controllo pubblico (società a partecipazione pubblica ovvero società controllata o collegata a una società a partecipazione pubblica, ai sensi dell'articolo 2359 c.c.), Consip S.p.a è, altresì, sottoposta agli obblighi di trasparenza e di prevenzione della corruzione per i quali si è dotata degli strumenti di trasparenza e delle misure gestionali di analisi e prevenzione del rischio di corruzione, anche in materia di appalti, in quanto settore sensibile. In conseguenza dei profili soggettivi ed oggettivi che connotano l'inquadramento di Consip S.p.a, per il ruolo assunto quale centrale di committenza ovvero sia amministrazione aggiudicatrice,

ricorso al dialogo competitivo e ai sistemi dinamici di acquisizione per acquisti di uso corrente e la generalizzazione della possibilità di utilizzo alla procedura negoziata, il contrasto della corruzione mediante la formalizzazione del conflitto di interessi e la previsione di indicazioni puntuali e specifiche concernenti il subappalto.

All'obiettivo di una maggiore apertura transfrontaliera del mercato sono rivolte, tra l'altro, le disposizioni dirette a favorire le PMI, anche mediante l'introduzione della regola della suddivisione in lotti, salvo precise giustificazioni; l'apertura verso l'istituto dell'*in house providing* e la semplificazione del relativo utilizzo; la maggiore flessibilità nella dimostrazione dei requisiti di partecipazione e di qualità, anche mediante un più ampio riconoscimento del potere/dovere di

qualificata nell'ambito dei Soggetti aggregatori, essa è tenuta, dunque, a dare attuazione al *corpus* normativo individuato dalla l. 6 novembre 2012, n. 190, dai decreti delegati 14 marzo 2013, n. 33 e 8 aprile 2013 n. 39, nonché dal Piano Nazionale Anticorruzione dell'11 settembre 2013 e dall'aggiornamento al PNA 2015, approvato dall'ANAC con determinazione 28 ottobre 2015, n. 2, in ragione degli indirizzi ministeriali per le società controllate o partecipate dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, emanati con direttiva del 25 agosto 2015 e recepite nell'ambito delle «*Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici*» (ANAC, determinazione 17 giugno 2015, n. 8, in www.anticorruzione.it). Accanto alla centrale di committenza di livello nazionale rappresentata da Consip S.p.a., la legge finanziaria 2007 ha, poi, previsto l'istituzione di centrali di committenza regionali, che, unitamente alla prima, costituiscono un "sistema a rete" per il perseguimento dei piani di razionalizzazione della spesa pubblica e per la realizzazione di sinergie nell'utilizzo di strumenti informatici per l'acquisto di beni e servizi (articolo 1, comma 457, l. n. 296 del 2006). Alle amministrazioni regionali è fatto obbligo di utilizzare le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento ovvero, qualora non siano operative convenzioni regionali, le convenzioni-quadro stipulate da Consip S.p.A. (articolo 1, comma 449, l. n. 296 del 2006, così come modificato dall'articolo 7, comma 1, d.-l. n. 52 del 2012, convertito in l. n. 296 del 2012). Fermi restando gli obblighi previsti dall'articolo 1, comma 449, l. n. 296 del 2006, tutte le altre amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, d.-l. 30 marzo 2001, n. 165, per gli acquisti di beni e servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi dell'articolo 328, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. In tema cfr. C. SICILIANO, *Centrale di committenza* (bussola del 4 marzo 2016), in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016.

soccorso istruttorio da parte delle Amministrazioni aggiudicatrici e l'introduzione del c.d. “*self cleaning*”, istituto che consente all'operatore economico colpito da un motivo di esclusione di dimostrare comunque la sua affidabilità, ponendo in essere comportamenti specificamente individuati dalla stessa direttiva⁴⁸.

La c.d. “promozione dell'innovazione” è stata perseguita attraverso la modernizzazione delle procedure di aggiudicazione (anche mediante l'utilizzo di nuovi strumenti tecnologici e mezzi di comunicazione elettronici) e la generalizzazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, legata anche al costo del ciclo di vita e alla sostenibilità ambientale e sociale.

In termini di estrema sintesi, gli obiettivi perseguiti dalle tre nuove direttive euro-unitarie nell'ambito della strategia Europa 2020 sono stati sintetizzati come segue⁴⁹:

- rendere più efficiente l'uso dei fondi pubblici, che, come noto, vengono ordinariamente allocati attraverso le commesse pubbliche; a tale obiettivo sono improntati i surriferiti canoni di semplificazione, flessibilità e correttezza delle procedure;

- garantire la dimensione europea del mercato dei contratti pubblici, assicurando la tutela della concorrenza, vietando pratiche discriminatorie e tutelando anche le piccole e medie imprese;

- fare un uso strategico degli appalti pubblici, come strumento di politica economica e sociale, promuovendo l'innovazione tecnologica, la crescita sostenibile, la tutela ambientale e il perseguimento di obiettivi sociali, quali la tutela dei lavoratori impiegati nell'esecuzione dei contratti pubblici e l'impiego nel lavoro dei soggetti svantaggiati;

- promuovere la lotta alla corruzione attraverso procedure semplici e trasparenti, rimuovendo le incertezze normative.

⁴⁸ Cfr. articolo 57 della direttiva, che identifica detti comportamenti nell'aver risarcito o essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito; nell'aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale, collaborando attivamente con le autorità investigative; nell'aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori illeciti.

⁴⁹ Cfr. R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2016, 5.

Tali obiettivi vengono declinati dalle tre nuove direttive, oltre che attraverso gli strumenti e gli istituti già contenuti nelle direttive del 2004, attraverso alcune significative novità, quali – oltre all'introduzione di una disciplina sistematica delle concessioni di beni e servizi, affidata a una specifica e autonoma direttiva – il *favor* per il ricorso a strumenti di aggiudicazione innovativi e flessibili, come il partenariato per l'innovazione e il dialogo competitivo, a strumenti elettronici di negoziazione e aggiudicazione e a forme di comunicazione elettronica; la tendenza alla centralizzazione delle committenze e alla suddivisione in lotti; la preferenza per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, valutata anche alla stregua di criteri di sostenibilità ambientale; la previsione di un'apposita disciplina per gli appalti relativi ai servizi sociali e di una tutela rafforzata per i subappaltatori; l'introduzione del documento unico europeo di gara; la disciplina dei conflitti di interesse; la risoluzione del contratto, anche a distanza notevole di tempo, per stigmatizzare gravi violazioni commesse in sede di aggiudicazione; la disciplina della fase di esecuzione del contratto, per evitare una effettiva libertà di rinegoziazione delle relative condizioni frustri la tutela della concorrenza.

Prima di esaminare più nel dettaglio le disposizioni finalizzate al perseguimento dei suesposti obiettivi, merita segnalare, tra le novità introdotte, la presa di posizione del legislatore euro-unitario rispetto allo spinoso tema del c.d. "*in house providing*". In particolare, il considerando 5 esprime per la prima volta un sostanziale *favor* del diritto euro-unitario nei confronti dell'istituto, evidenziando testualmente che "*nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva*". Dal che deriva che l'affidamento *in house* può essere considerato una valida alternativa alla procedura di evidenza pubblica, a condizione che siano rispettate le regole proprie dell'istituto.

Peraltro, il considerando 32 conferma che gli appalti pubblici aggiudicati a persone giuridiche controllate non dovrebbero essere soggetti all'applicazione delle procedure previste dalla direttiva qualora l'amministrazione aggiudicatrice

eserciti su tali un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, a condizione però che la persona giuridica controllata svolga più dell'80% delle proprie attività in favore dell'Amministrazione aggiudicatrice o di altre persone giuridiche da questa controllate. L'esenzione, tuttavia, *“non dovrebbe estendersi”*, continua il dettato, ai casi di partecipazione diretta di un operatore economico privato al capitale della controllata, in quanto l'aggiudicazione dell'appalto mediante affidamento diretto rischierebbe in questo caso di concedere a tale operatore una indebita posizione di vantaggio rispetto ai suoi concorrenti.

II. I principi derivati dall'applicazione del principio di concorrenza nell'applicazione datane dalle direttive del 2004 e del 2014.

1. Il principio di parità di trattamento e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità.

Il principio di concorrenza è sicuramente il principio cardine in materia di contratti pubblici, essendo primaria la necessità di garantire un mercato europeo libero e senza frontiere.

Affinché tale principio possa massimizzare la sua utilità, è tuttavia necessario che siano rispettati appieno, conformemente al disposto già dell'articolo 2 della direttiva 18/2004 e ora anche dell'articolo 1 della direttiva 24/2014, i principi che ne costituiscono diretta applicazione, già richiamati nel precedente capitolo e dei quali si tratterà più nel dettaglio nei prossimi paragrafi.

I principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità degli operatori economici costituiscono forse la più immediata esplicazione del principio di concorrenza⁵⁰ e sono tra loro strettamente connessi, tanto da dover essere necessariamente trattati congiuntamente. Infatti, soprattutto con riguardo alla materia dei contratti pubblici, il principio di parità di trattamento tra i potenziali concorrenti implica necessariamente l'obbligo per le stazioni appaltanti di astenersi dal porre in essere comportamenti che si rivelino discriminatori della nazionalità degli stessi concorrenti, ma ancor prima il dovere per i legislatori nazionali di conformare la normativa interna dei singoli Stati membri ai principi informanti l'Unione Europea, predisponendo in materia regole che siano, per quanto possibile, uniformemente percepibili in ambito euro-unitario. Significativamente, come già visto *supra*, il considerando 2 della direttiva 24 pone l'accento sulla necessità di assicurare la certezza del diritto.

Ne deriva che ogni singola gara deve necessariamente essere disciplinata dando concreta attuazione ai principi recepiti dalla normativa nazionale,

⁵⁰ Cfr. CGUE, *Universale-Bau*, cit., ma anche CGUE, *Teleaustria*, cit., secondo cui questi due principi sono considerati prevalenti rispetto ai principi di trasparenza e proporzionalità, dai quali derivano.

attribuendo la medesima possibilità di partecipazione e permettendo la piena comprensione delle regole a tutti i partecipanti, a prescindere dallo Stato membro dal quale provengano.

Per tentare di distinguere i due principi si può dire che il principio di non discriminazione in base alla nazionalità è contenuto nel più ampio principio di parità di trattamento, in quanto, mentre la discriminazione in un determinato contesto produce inevitabilmente disparità di trattamento, quest'ultima non sempre comporta una discriminazione in base alla nazionalità⁵¹. Inoltre, con specifico riferimento alla materia dei contratti pubblici, è evidente come il principio di non discriminazione si riferisca alla prima fase della procedura, ovvero, più nello specifico, alla definizione dell'ambito della stessa, dell'oggetto del contratto e dei requisiti tecnici richiesti, mentre il principio di parità di trattamento può rilevare anche durante lo svolgimento della procedura e in particolare dopo la fissazione delle regole di gara nella *lex specialis*, momento in cui deve necessariamente improntare le decisioni della stazione appaltante in ordine all'ammissione e all'esclusione dei concorrenti e, soprattutto, le sue scelte discrezionali relative all'attribuzione dei punteggi sulla base dei criteri prestabiliti⁵².

Il principio di non discriminazione è stato affermato, in via più generale, dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo⁵³, dove all'articolo 14 si enuncia che *“il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a*

⁵¹ Cfr. SIGMA, Public Procurement in the EU, Legislative Framework, Basic Principles and Institutions, 2011, 5: *“whilst discrimination in a given context will produce unequal treatment, unequal treatment does not always give rise to discrimination”*.

⁵² Cfr. S. VALAGUZZA, *op. cit.*

⁵³ *“Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”*, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 84, in www.echr.coe.int.

*una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione*⁵⁴. Lo specifico divieto di discriminazione in base alla nazionalità all'interno della Comunità europea era stato, peraltro, sancito fin dal Trattato di Roma, dove all'articolo 7 si prescriveva che *“nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità”*⁵⁵.

Il principio di parità di trattamento – che impone che situazioni analoghe non siano trattate in modo differente e che situazioni invece differenti non siano trattate in modo analogo, salvo che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato⁵⁶ – era invece stato specificamente tutelato da tre apposite direttive dell'Unione Europea, sulla parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica⁵⁷, sulla parità di trattamento tra donne e uomini all'esterno del mercato del lavoro⁵⁸ e sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro⁵⁹.

E proprio nelle direttive dell'Unione Europea in tema di contratti pubblici, tanto in quelle del 2004, quanto in quelle del 2014, il principio di parità di trattamento, così come quello di non discriminazione in base alla nazionalità, che del primo costituisce, come visto, il naturale presupposto, assume, come sopra accennato, un ruolo fondamentale.

⁵⁴ Tale testo è sostanzialmente riprodotto dall'articolo 21 della Carta di Nizza del 7 dicembre 2000 a norma del quale *“è vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali. Nell'ambito d'applicazione del Trattato che istituisce la Comunità europea e del Trattato sull'Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi”*.

⁵⁵ Tale disposto è il medesimo previsto tanto dall'articolo 18 del TFUE, quanto dall'articolo 12 della versione consolidata del Trattato CE.

⁵⁶ Cfr. CGUE, 3 marzo 2003 causa C-34/03 *Fabricom*, Racc. I-1559, punto 27.

⁵⁷ Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, in www.eur-lex.europa.eu.

⁵⁸ Direttiva 2004/113/CE del Consiglio, del 13 dicembre 2004, in www.eur-lex.europa.eu.

⁵⁹ Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, in www.eur-lex.europa.eu.

La direttiva 18/2004 esprimeva, infatti, già al considerando 2, la necessità di rispettare nell'aggiudicazione degli appalti pubblici i principi del Trattato ed in particolare quelli di libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché, in quanto da questi derivati, *“i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza”*, precisando che *“per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle disposizioni del trattato”*.

Al considerando 4 la direttiva 18/2004 si preoccupava della possibilità che la partecipazione di concorrenti pubblici alle procedure di aggiudicazione potesse provocare *“distorsioni della concorrenza nei confronti degli offerenti privati”* e auspicava, di conseguenza, la previsione di misure cautelative in tal senso ad opera degli Stati membri, in modo tale che fosse garantita la sostanziale parità di trattamento tra i concorrenti pubblici e quelli privati, nonostante la veste privilegiata dei primi.

Per contemperare il rispetto del principio di parità di trattamento con le oggettive diversità esistenti negli Stati membri, il considerando 16 rappresentava, peraltro, l'esigenza di lasciare a questi ultimi la facoltà di prevedere la possibilità per le Amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere ad accordi quadro, a centrali di committenza, a sistemi dinamici di acquisizione, ad aste elettroniche e al dialogo competitivo, per come definiti e disciplinati dalla stessa direttiva.

I riferiti strumenti costituivano, come noto, esplicitazione della modernizzazione delle procedure di scelta del contraente, auspicata dalle proposte della Commissione del 10 maggio 2000, per adeguarsi alle esigenze di efficienza legate alla rapida evoluzione dell'economia del XXI secolo⁶⁰.

⁶⁰ Cfr. *“Appalti pubblici: la Commissione propone di semplificare e modernizzare il quadro giuridico”*, Bruxelles, 10 maggio 2000, IP/00/461, in www.europa.eu.

La disciplina degli accordi quadro – *framework agreement* nel diritto anglosassone⁶¹ – è collegata a quella delle centrali di committenza, in quanto detti accordi sono frequentemente stipulati da queste ultime, che, per il loro ruolo e la loro funzione, tendono a concludere un numero elevatissimo di contratti a favore di diverse pubbliche Amministrazioni. Le tematiche relative ai due istituti si legano a quelle relative all'*e-procurement*, altro fondamentale aspetto della modernizzazione dei contratti pubblici.

Il ricorso alle procedure elettroniche era stato già varie volte sollecitato dal legislatore comunitario. Il riferimento è alla comunicazione “*Gli appalti pubblici nell’Unione europea*” dell’11 marzo 1998, in cui la Commissione, nel fissare gli obiettivi per la realizzazione di un “*sistema paneuropeo di aggiudicazione elettronica degli appalti pubblici*”, invitava gli acquirenti e gli operatori interessati a partecipare attivamente alla realizzazione, entro il 2003, di un sistema nel quale una parte significativa, “*ad esempio il 25% dell’insieme degli appalti aggiudicati*”⁶², avesse luogo tramite supporto elettronico. Di nuovo, nelle conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo di Lisbona del 23-24 marzo 2000⁶³ veniva chiesto alla Commissione, al Consiglio e agli Stati membri, nell’ambito delle rispettive competenze, di prendere i provvedimenti necessari per garantire che, entro il 2003, le procedure relative agli appalti comunitari e pubblici fossero espletate per via elettronica. E ancora, un marcato segnale di favore del legislatore europeo verso una gestione elettronica delle procedure di appalto pubblico era espressa nella comunicazione n. 276/C/2000 del 13 luglio 2000⁶⁴.

⁶¹ Cfr. S. ARROWSMITH, *Future prospects for the European Community’s Regime on Public Procurement*, in L. GORMLEY, *Gordian Knots in European Public Procurement Law*, Publications by the Academy of European Law in Trier, vol. 24, Colonia, 1997; S. ARROWSMITH, *Framework Purchasing and Qualification Lists under European Procurement Directive*, in *Public Procurement Law Review*, 1999, 155 ss; R. CARANTA, *Gli accordi quadro*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, cit., p. 448 ss.

⁶² Cfr. Comunicazione della Commissione “*Gli appalti pubblici nell’Unione Europea*”, 11 marzo 1998, COM (98).

⁶³ Cfr. www.europarl.europa.eu.

⁶⁴ Proposta di modifica della direttiva 17/2004.

Solo con le direttive del 2004 si è ottenuto però un radicale cambio di impostazione in favore di un sistema di *e-procurement* pubblico⁶⁵, con la fissazione di regole specifiche per l'istituzione e il funzionamento di sistemi di acquisto interamente elettronici (sistemi dinamici di acquisizione) e di processi di valutazione delle offerte interamente elettronici (aste elettroniche), superando definitivamente le diffidenze manifestate dalla precedente legislazione in materia.

Anche il dialogo competitivo si inseriva nello sforzo di cercare strumenti più efficaci e flessibili di confronto tra il mondo degli enti aggiudicatori e quello degli operatori economici, rispondendo alla medesima *ratio* di modernizzazione e efficienza.

⁶⁵ Il termine nasce nel mondo aziendale, e con esso si intende il complesso dei sistemi tecnologici e dei processi che consentono alle aziende l'approvvigionamento di beni e servizi per via telematica. In particolare, per *e-procurement* pubblico deve intendersi “*quella branca dell'attività amministrativa rivolta all'approvvigionamento di beni e servizi, caratterizzata da un modello di acquisto di tipo elettronico, basato cioè sull'utilizzo di strumenti tecnologici avanzati che, consentendo l'accesso a internet, permettono di compiere in tale ambiente una serie di passaggi che conducono all'approvvigionamento di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni*” (cfr. G. BARBON, *Sistemi dinamici ed aste elettroniche*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, cit. Per un'approfondita analisi del sistema di *e-procurement* pubblico si veda S. SARZANA DI S. IPPOLITO, *L'E-procurement pubblico*, in *E-government: profili teorici e applicazioni pratiche del governo digitale*, Piacenza, 2003, 217 ss. Per quanto concerne le differenze tra *e-procurement* pubblico e quello del settore privato cfr. M. GATTI, *E-procurement sottosoglia: analisi normativa e modelli a confronto*, in *www.diritto.it*, il quale evidenzia che “*per ciò che concerne la specifica materia contrattuale si ricorre tradizionalmente alla distinzione fra la fase di formazione della volontà e quella dell'esecuzione dell'accordo; la prima è disciplinata dal diritto pubblico, mentre nella seconda non sono solitamente ravvisabili distinzioni rispetto a quanto dettato dal codice civile. Di conseguenza, mentre per i soggetti privati sono giuridicamente irrilevanti gli atti che precedono la stipulazione di un contratto, gli Enti Pubblici, onde addivenire alla scelta del contraente, devono attenersi al rispetto delle forme prescritte dalle leggi in materia. Il complesso di queste regole permea le procedure dette “di evidenza pubblica”, le cui fonti normative sono integrate dall'insieme dei principi elaborati nel corso del tempo da dottrina e giurisprudenza pubblicistiche, quali ad esempio il rispetto della “par condicio” fra i partecipanti, l'obbligo di trasparenza, la necessaria adozione di criteri ermeneutici ispirati a favorire la massima partecipazione alle procedure, ecc.*”.

Il legislatore comunitario si era preoccupato, peraltro, di garantire che l'utilizzazione dei suddetti nuovi strumenti non pregiudicasse il rispetto dei principi generali sopra invocati.

Con specifico riguardo agli accordi quadro, il considerando 11 della direttiva 18/2004 evidenziava, in particolare, che *“il rilancio del confronto competitivo dovrebbe rispettare alcune regole il cui obiettivo è quello di garantire la flessibilità richiesta nonché l'osservanza dei principi generali, ivi compreso il principio della parità di trattamento”* e suggeriva a tale scopo che la durata massima degli accordi quadro dovrebbe essere limitata in modo tale da non poter superare quattro anni, tranne in casi debitamente giustificati dalle Amministrazioni aggiudicatrici.

Con riferimento alle centrali di committenza, il considerando 15 denotava l'utilità di tale strumento per aumentare la concorrenza nel settore dei contratti pubblici, ma, allo stesso tempo non trascurava la necessità di prestabilire le condizioni in base alle quali – sempre nel rispetto dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento – le Amministrazioni aggiudicatrici che acquistano lavori, forniture e/o servizi facendo ricorso a una centrale di committenza possono essere considerate rispettose delle disposizioni della presente direttiva.

Relativamente alle “nuove tecniche di acquisto elettronico”, in costante sviluppo in quanto comportanti un notevole aumento della concorrenza, il considerando 12 sottolineava, a sua volta, la necessità che il relativo utilizzo avvenga sempre nel rispetto delle norme stabilite dalla presente direttiva e dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, mentre il considerando 13 auspicava la definizione di un sistema dinamico di acquisizione interamente elettronico per acquisti di uso corrente, mediante l'approntamento di norme specifiche concernenti l'istituzione e il funzionamento di tale sistema, allo scopo di garantire l'equo trattamento degli operatori economici che desiderassero farne parte e di assicurare un'utilizzazione ottimale delle finanze pubbliche mediante un'ampia concorrenza.

Ancora, con riguardo alle aste elettroniche, il considerando 14 evidenziava l'importanza di introdurre una definizione comunitaria di tali strumenti e di

regolamentarli mediante l'introduzione di norme specifiche volte a garantire che il loro svolgimento avvenga nel pieno rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza.

Da ultimo – nel riconoscere che le Amministrazioni aggiudicatrici che realizzano progetti particolarmente complessi possono trovarsi nell'impossibilità oggettiva per carenze loro non imputabili di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche e/o di soluzioni giuridico/finanziarie, con conseguente impossibilità di ricorrere a procedure aperte o ristrette – il considerando 31 affermava la necessità di prevedere *“una procedura flessibile che salvaguardi sia la concorrenza tra operatori economici sia la necessità delle amministrazioni aggiudicatrici di discutere con ciascun candidato tutti gli aspetti dell'appalto”* (c.d. *“dialogo competitivo”*). Ma lo stesso considerando aveva tuttavia cura di sottolineare, in evidente applicazione del principio di parità di trattamento, la necessità di prestare la massima attenzione affinché tale procedura non fosse utilizzata in modo tale da limitare o distorcere la concorrenza, in particolare consentendo modifiche di elementi sostanziali delle offerte o imponendo all'offerente prescelto il rispetto di nuovi elementi in un momento successivo all'aggiudicazione ovvero ancora coinvolgendo qualsiasi altro offerente che non sia quello che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nell'ottica di impedire l'adozione di scelte discriminatorie e restrittive della concorrenza, la direttiva dedicava speciale attenzione alle c.d. *“specifiche tecniche”*, apprestando una serie di contromisure idonee a contrastare i fenomeni distorsivi individuati con la icastica formula di *“capitolati fotografia”*. In particolare, sin dal considerando 29, il legislatore comunitario precisava che i committenti pubblici dovevano consentire, allo scopo di permettere l'apertura alla concorrenza, la presentazione di *“offerte che riflettano la pluralità di soluzioni tecniche”*, chiarendo che queste ultime, conseguentemente, devono poter essere fissate in termini di prestazioni e di requisiti funzionali e che, in caso di riferimento alla norma europea, o in mancanza di quest'ultima, alla norma nazionale, le Amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a prendere in considerazione offerte basate su altre soluzioni equivalenti. Nel medesimo

considerando si sottolineava inoltre che gli offerenti, per dimostrare la suddetta equivalenza, dovrebbero essere messi nella condizione di poter utilizzare qualsiasi mezzo di prova, mentre le stazioni appaltanti, laddove ritengano che in un determinato caso l'equivalenza non sussiste, dovrebbero sempre avere l'onere di motivare adeguatamente tale decisione. Nello stesso senso veniva inoltre affermato che, ogni qualvolta ciò sia possibile, le Amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero definire le specifiche tecniche in modo da tener conto di una progettazione adeguata per tutti gli utenti e indicarle in modo sufficientemente chiaro, affinché tutti gli offerenti siano resi edotti degli aspetti disciplinati dai requisiti da esse prefissati.

In altri termini, la direttiva evidenziava la prevalenza, ai fini del raggiungimento dell'obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza, della sostanza – ovvero della possibilità concreta per gli operatori coinvolti nella procedura (anche solo astrattamente per la possibilità di un'eventuale partecipazione) di conoscere i requisiti necessari per parteciparvi e di poterne ottenere l'aggiudicazione anche mediante soluzioni sostanzialmente equipollenti a quelle richieste – sulla forma.

Come è stato prontamente sottolineato⁶⁶, il legislatore comunitario, pur apparentemente confermando e ri assemblando materiali normativi già presenti nel sistema, sebbene con il completamento dei chiarimenti in tema di clausole di equivalenza e di perseguimento di obiettivi ambientali e sociali, presentava, sotto questo profilo, una portata innovativa ben più ampia.

L'accentuazione e la generalizzazione dell'utilizzo delle clausole di equivalenza rispetto alle prestazioni imposte dagli enti aggiudicatori costituivano invero espressioni di un cambiamento di tipo storico, economico e culturale.

L'ampliamento, anche formale, delle ipotesi di accettabilità di offerte equivalenti, mostrava il passaggio dal mero obiettivo di prevenire discriminazioni basate sulla nazionalità degli offerenti o dei prodotti, tipico delle prime

⁶⁶ R. INVERNIZZI, *Le specifiche tecniche*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, cit., 209 ss.

disposizioni comunitarie in tema di specifiche tecniche⁶⁷, a quello più ambizioso di prevenire fenomeni distorsivi più direttamente legati al prodotto in sé considerato.

In un clima di globalizzazione economica, che coinvolge sempre più spesso soggetti multinazionali in quasi tutti i Paesi dell'Unione, le modifiche apportate nel 2004 avevano lo scopo di evitare che l'uno o l'altro operatore riuscisse a imporre il proprio standard produttivo come standard unico di mercato, in connivenza con l'ente aggiudicatore.

In termini più generali, la direttiva 18/2004 affermava la necessità di rispettare i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in relazione ai criteri di aggiudicazione e agli oneri imposti ai potenziali contraenti, anche in riferimento all'esecuzione delle prestazioni.

In particolare, il considerando 33 riconosceva la compatibilità di qualsivoglia condizione di esecuzione di un appalto con la direttiva 18/2004, purché indicata nel bando di gara o nel capitolato d'oneri e sempre che la stessa non si rivelasse in concreto “*direttamente o indirettamente discriminatori(a)*”.

Il considerando 39 prevedeva che la verifica dell'idoneità dei partecipanti alla procedura, così come la loro successiva selezione dovesse avvenire in condizioni di trasparenza e mediante l'utilizzo di criteri non discriminatori, che le Amministrazioni aggiudicatrici dovevano preventivamente indicare, unitamente al livello di capacità tecniche specifiche eventualmente preteso dagli operatori economici, e i successivi considerando 40 e 41 permettevano la limitazione del numero dei candidati alle procedure ristrette o negoziate a condizione che avvenisse nel rispetto di criteri oggettivi (e dunque non discriminatori), previamente indicati nel bando di gara, così da consentire una reale concorrenza.

Infine, il considerando 46, riprendendo quanto già espresso dal citato considerando 2, affermava che l'aggiudicazione dell'appalto deve essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione

⁶⁷ Cfr., *inter alia*, articolo 14 della direttiva 92/50/CE e in dottrina, per tutti, G. MORBIDELLI e M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M.P. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 1997, Parte speciale, I, 247.

delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza, facendone discendere l'ammissibilità di due soli criteri di aggiudicazione tra di loro alternativi, quello del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁶⁸, precisando che *“al fine di garantire la parità di trattamento, i criteri di aggiudicazione dovrebbero consentire di raffrontare le offerte e di valutarle in maniera oggettiva”*, solo così potendo consentire all'Amministrazione aggiudicatrice di rispondere ai bisogni della collettività quali espressi dalle specifiche dell'appalto.

Dieci anni dopo, la direttiva 24/2014 ha espresso la necessità di attualizzare i principi del TFUE nell'aggiudicazione degli appalti pubblici sin dal primo considerando, riferendosi, in particolare, alla libera circolazione delle merci, alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, nonché ai *“principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza”*.

Con riferimento ai requisiti in materia ambientale, sociale e di lavoro, il cui rispetto costituisce una delle principali innovazioni apportate dalla modifica euro-unitaria, il considerando 37 si premura di affermare che le misure adottate dai singoli Stati membri per garantire il rispetto degli obblighi in tali materie devono essere applicate in conformità dei principi dell'Unione Europea, così da evitare politiche discriminatorie, dirette o indirette, nei confronti di operatori economici e lavoratori di altri Stati membri.

⁶⁸ Il combinato disposto degli artt. 81 e 83 del d.lgs. n. 163 del 2006 sanciva una sostanziale equipollenza tra i criteri di valutazione delle offerte, onerando la stazione appaltante di corredare la scelta del criterio con ragionevoli contemperamenti contenuti nella *lex specialis* di gara. I due criteri erano quindi pari ordinati ed era rimessa alla discrezionalità della P.A. l'alternativa nella scelta dell'uno o dell'altro criterio: il primo, quello del prezzo più basso, connotato da semplicità e rapidità nella selezione dell'offerta migliore, con preferenza dei principi di immediatezza e di trasparenza delle operazioni di gara; il secondo, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, invece, caratterizzato da maggiore attenzione all'aspetto qualitativo dell'offerta, ma con conseguente maggiore complessità dello svolgimento delle operazioni di gara e minore definitezza nell'analisi delle offerte. Tale rapporto di equipollenza tra i criteri di aggiudicazione è, come si vedrà *infra* (sub IV.1), stato radicalmente modificato dalle nuove direttive.

Il principio di parità di trattamento ritorna poi al considerando 45 dove la direttiva, con particolare riguardo alla procedura competitiva con negoziazione, sostiene la necessità di approntare “*adeguate misure di salvaguardia garantendo l’osservanza dei principi di parità di trattamento e di trasparenza*”, tra cui in particolare la previa indicazione dei requisiti minimi caratterizzanti l’appalto⁶⁹, immutabili in linea di principio nel corso delle negoziazioni. Infatti, si ritiene essenziale per garantire la parità di trattamento a tutti gli operatori economici che i criteri di aggiudicazione originariamente individuati si mantengano stabili per l’intera durata della procedura di gara, escludendo che possano essere anch’essi oggetto delle negoziazioni, le quali devono essere mirate esclusivamente a migliorare le offerte, incidendo su qualsivoglia caratteristica delle stesse, ma sempre “*se e in quanto non costituiscano requisiti minimi*”. Tale stabilità dei criteri di aggiudicazione è del resto necessaria affinché la loro successiva ponderazione non sia in qualche modo alterata.

Il considerando 53, che si riferisce ai mezzi elettronici di informazione e comunicazione, in quanto tali – come si vedrà *infra* – principalmente improntati alla tutela dei principi di trasparenza e di pubblicità, prevede l’onere in via generale per le Amministrazioni aggiudicatrici di fare uso di mezzi di comunicazione elettronici che non siano discriminatori, siano completamente disponibili e compatibili con i prodotti TIC generalmente in uso e non limitino l’accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione. Ancora una volta, quindi, si ritiene essenziale a garantire una reale concorrenza nel sistema che sia assicurata a tutti gli operatori, a qualsivoglia Stato membro appartengano, la possibilità di partecipare alle procedure di gara e di farlo ad armi pari.

Con specifico riferimento ai cataloghi elettronici, il considerando 68, nel rimarcare che essi hanno la finalità di consentire un aumento della concorrenza e dell’efficacia della commessa pubblica, in particolare in termini di risparmi di tempo e di denaro, si preoccupa di disciplinarne l’utilizzo in modo da garantire che esso avvenga nel rispetto della direttiva e dei principi di parità di trattamento,

⁶⁹ Siffatti requisiti minimi vanno intesi come “*le condizioni e le caratteristiche (soprattutto fisiche, funzionali e giuridiche) che ogni offerta deve soddisfare o possedere per permettere all’amministrazione aggiudicatrice di aggiudicare l’appalto in base ai criteri prescelti*”.

non discriminazione e trasparenza, chiarendo altresì che, qualora siano offerte garanzie sufficienti per assicurarne la tracciabilità, la parità di trattamento e la prevedibilità, le Amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la facoltà di elaborare offerte per acquisti specifici sulla base di cataloghi elettronici precedentemente trasmessi, in particolare se la concorrenza è stata riaperta nell'ambito di un accordo quadro o se viene utilizzato un sistema dinamico di acquisizione e che laddove l'Amministrazione aggiudicatrice abbia elaborato un'offerta, l'operatore economico interessato dovrebbe avere la facoltà di verificare che l'offerta così costituita non contenga errori materiali, così da non dover essere vincolato all'offerta stessa qualora tali errori siano presenti, salvo che gli stessi vengano previamente corretti dall'Amministrazione. In linea con i requisiti delle norme in materia di mezzi di comunicazione elettronici, il considerando evidenzia che le Amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero peraltro evitare la formazione di ostacoli ingiustificati all'accesso degli operatori economici alle procedure di appalto in cui le offerte devono essere presentate in forma di cataloghi elettronici, in modo tale da assicurare il rispetto dei principi fondamentali di non discriminazione e di parità di trattamento.

Con riguardo, invece, alle aste elettroniche, il considerando 67 precisa che non dovrebbe essere permessa alcuna ulteriore riduzione del numero di offerenti partecipanti all'asta elettronica dopo l'inizio della stessa.

In coerenza con quanto già stabilito dalla direttiva 18/2004, con riferimento all'accordo quadro, il considerando 61 indica che per assicurare la trasparenza e la parità di trattamento, le Amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero indicare nei documenti di gara per l'accordo quadro i criteri oggettivi su cui si fonderà la scelta tra i relativi metodi di esecuzione e afferma che non si dovrebbe ricorrere ad accordi quadro in modo improprio o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza.

Il considerando 69 ribadisce quanto già affermato nel 2004 in merito all'utilità della tecnica di centralizzazione delle committenze ai fini dell'aumento della concorrenza nel settore, di cui la direttiva ha cura di definire il ruolo, le responsabilità e le modalità operative, mostrando speciale *favor* per l'uso di mezzi

di comunicazione elettronici, che il considerando 72 auspica siano resi obbligatori per tale procedura.

Nella stessa ottica, il considerando 74 pone di nuovo l'accento sull'equivalenza dei prodotti, sottolineando che le specifiche tecniche fissate dai committenti pubblici devono consentire la presentazione di offerte che riflettano la varietà di possibili soluzioni equivalentemente praticabili, in modo da favorire l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza e il conseguimento degli obiettivi di sostenibilità.

Sempre con riferimento alle specifiche tecniche, merita poi menzionare il considerando 81, che, pur prevedendo l'astratta possibilità di addivenire alla modificazione in corso di procedura delle specifiche tecniche richieste, prevede espressamente che queste *“non dovrebbero essere così sostanziali da consentire l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o da attirare ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione”*, in quanto altrimenti tali modifiche potrebbero essere strumentalizzate al fine di escludere taluni offerenti e di includerne altri, ponendosi così in contrasto con il principio di parità di trattamento.

Il principio di parità di trattamento è alla base anche della tutela apprestata dal legislatore euro-unitario alle PMI (piccole e medie imprese) – già tratteggiata prima dal *“Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici”*⁷⁰ e poi dal richiamato Libro verde del 2011 –, spesso invocata come esempio principe della più generale tutela della concorrenza *“a vantaggio dei più deboli”*.

La direttiva 24 è la prima fonte euro-unitaria a porsi il problema di adeguare la disciplina dei contratti pubblici alle necessità delle PMI.

Già il considerando 2 precisa che la normativa sugli appalti adottata ai sensi delle direttive 17 e 18 del 2004 *“dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la*

⁷⁰ Il *“Codice europeo di buone pratiche”*, di cui al documento di lavoro dei servizi della Commissione del 25 giugno 2008, fornisce orientamenti sulle modalità di applicazione della normativa in tema di contratti pubblici al fine di poter agevolare l'accesso al mercato delle piccole e medie imprese.

partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale”.

I considerando 78 e 79, a questi fini, stimolano gli Stati membri a incoraggiare le Amministrazioni aggiudicatrici ad avvalersi del suddetto Codice europeo di buone pratiche, anche attraverso la suddivisione in lotti dei grandi appalti. Nella consueta ricerca di temperamento delle diverse esigenze, la direttiva riconosce comunque alla stazione appaltante la facoltà di operare un’espresa valutazione di non appropriatezza della divisione, congruamente motivata in riferimento a problemi di coordinamento tra i diversi operatori economici, di eccessiva complessità tecnica o onerosità della divisione e di limitazione di concorrenza. Nei suddetti considerando, si auspica, peraltro, proprio allo scopo di evitare quest’ultimo inconveniente, che possa essere rimessa alle Amministrazioni aggiudicatrici la scelta di limitare il numero dei lotti per i quali un operatore economico possa presentare un’offerta e quello dei lotti che possono essere aggiudicati a uno stesso offerente⁷¹.

Una specifica attenzione alle PMI è prestata anche dal considerando 80, in relazione ai termini e alle modalità per la partecipazione alle procedure di gara e alla predisposizione delle offerte. In particolare, tale disposizione precisa che, nella fissazione dei suddetti termini, le Amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero tener conto della complessità dell’appalto e del tempo necessario per presentare le offerte, in modo da contemperare le esigenze di rapidità e efficacia delle procedure con l’obiettivo generale di non creare indebiti ostacoli all’accesso di operatori economici di tutto il mercato dell’Unione, in particolare delle PMI.

Il *favor* manifestato dal legislatore euro-unitario per le PMI – di cui si parlerà più dettagliatamente al paragrafo 2.3 del prossimo capitolo – si giustifica per il loro elevato numero a livello europeo, per una loro considerevole presenza

⁷¹ Si deve invero sottolineare che tale auspicio non risulta essere particolarmente innovativo, dal momento che esso era analogamente espresso nel citato Libro verde già tre anni prima, nel 2011.

sul versante dell'offerta di prestazioni oggetto di acquisti pubblici⁷² e per l'opportunità di sostenerle nella crisi globale nonché di tutelarle quali incubatori di sviluppo scientifico e tecnologico⁷³.

All'esito delle nuove previsioni in tema di criteri di aggiudicazione – di cui si parlerà specificamente nel paragrafo 2.2 del prossimo capitolo – il considerando 90, riprendendo quanto già affermato al considerando 1, ribadisce che l'aggiudicazione dell'appalto dovrebbe avvenire applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, allo scopo di garantire un raffronto oggettivo del valore relativo delle offerte, così da determinare, in condizioni di effettiva concorrenza, quale sia l'offerta economicamente più vantaggiosa, ulteriormente precisando che, allo specifico fine di assicurare l'applicazione del principio di parità di trattamento in sede di aggiudicazione degli appalti, le Amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere obbligate ad assicurare la trasparenza necessaria per consentire a qualsiasi offerente di essere ragionevolmente informato dei criteri e delle modalità che verranno applicati nella decisione di aggiudicazione dell'appalto⁷⁴.

⁷² Ai sensi del Codice europeo di buone pratiche, *cit.*, “*la percentuale degli appalti pubblici al di sopra delle soglie UE aggiudicati alle PMI nel 2005 è stata pari al 42% in termini di valore e al 64% in termini di numero di contratti*”.

⁷³ Il formato imprenditoriale della PMI è spesso la base di lancio per soluzioni tecnologiche innovative, che possono affermarsi anche attraverso l'accesso al mercato dei contratti pubblici.

⁷⁴ In tema, cfr. anche CGUE, Sez. VI, 2 giugno 2016 causa C-27/15, *Pippo Pizzo*, in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016, che ha recentemente chiarito che i principi generali dell'Unione Europea in materia di appalti, e in particolare quelli di *par condicio* tra i concorrenti, parità di trattamento e trasparenza, ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di gara in seguito al mancato rispetto di un obbligo che non risulta espressamente dagli atti di gara o dal diritto nazionale vigente, ma è frutto di un'interpretazione e del meccanismo di eterointegrazione degli atti della stessa. In tali fattispecie, la Corte precisa che si deve infatti consentire al concorrente la regolarizzazione della propria posizione attraverso la possibilità di adempiere l'obbligo entro un termine fissato dall'Amministrazione aggiudicatrice. Tale ultima decisione, insieme ad altre pronunce invocate dalla Corte e volte ad enunciare i medesimi principi, evidenziano in particolare la necessità che tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione delle loro offerte, e che siano messi in condizione di comprendere l'esatta portata delle regole di gara (v. CGUE 6 novembre 2014, C-42/13, *Cartiera dell'Adda*, in

Il considerando 110, infine, enuncia la regola per cui, in via generale e in coerenza con i principi di parità di trattamento e di trasparenza, in caso di interruzione del rapporto tra l'Amministrazione aggiudicatrice e l'appaltatore, quest'ultimo non può essere sostituito in via diretta da altro appaltatore, dovendosi necessariamente riaprire l'appalto alla concorrenza. Diverso è il caso di modifiche ai contratti, che, ai sensi del successivo considerando 111, sono possibili ma dovrebbero essere specificamente previste nel contratto iniziale mediante l'inserimento di clausole chiare e puntuali.

In definitiva, quindi, la nuova "direttiva appalti" ha confermato la centralità del ruolo del principio di parità di trattamento e del principio di non discriminazione in base alla nazionalità nel "sistema appalti", adattandolo il più possibile alle esigenze riscontrate nell'ultimo decennio. E così, in particolare, il legislatore euro-unitario ha inteso escludere in radice comportamenti discriminatori nei confronti di offerenti provenienti da diversi Stati membri, garantendo l'immutabilità dei criteri di aggiudicazione. Inoltre, pur considerando favorevolmente istituti semplificatori come i mezzi elettronici di comunicazione e di documentazione, il legislatore euro-unitario si è preoccupato di assicurarne la completa disponibilità da parte di tutti i partecipanti alle procedure in modo da evitare che possano incidere negativamente sul loro accesso alle stesse, oltre che la tracciabilità e il rispetto del principio di trasparenza.

Ma soprattutto i principi in analisi hanno assunto una rilevanza particolare nell'intento di promozione delle PMI, che costituisce uno dei tratti più interessanti e innovativi delle nuove direttive, e nell'apposizione di limiti, come visto, alla possibilità di modificare, nel corso delle procedure, le specifiche tecniche e i contratti.

Urb. e App., 2015, 2). Più in generale, prosegue la Corte, le condizioni sostanziali e procedurali di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica devono essere chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, affinché gli offerenti possano essere posti in effettiva condizione di parità (v. CGUE 9 febbraio 2006, C-226/04, *La Cascina*, in www.curia.europa.it), ciò anche per scongiurare la posizione di svantaggio in cui verserebbero gli offerenti stabiliti in altri Stati membri, il cui grado di conoscenza del diritto nazionale e della sua interpretazione potrebbe non essere comparabile a quello degli offerenti nazionali.

2. Il principio di trasparenza e il principio di pubblicità.

Il principio di trasparenza riflette il bisogno di evitare i rischi di procedure non chiare e arbitrarie, tali da favorire illegittimamente determinate offerte, in contrasto con le finalità proprie della procedura di evidenza pubblica e con i principi che garantiscono una leale competizione in un libero mercato⁷⁵. Rischi che possono essere evitati solo definendo *ex ante* le procedure e i criteri sulla cui base saranno valutate le offerte, comunicandoli in modo chiaro ai potenziali concorrenti così da permettere loro una coscienziosa e avveduta presentazione delle offerte, e assicurando *ex post* la maggiore accessibilità possibile alle decisioni prese dalle stazioni appaltanti e alle relative motivazioni⁷⁶.

Il principio è riconducibile peraltro al diritto a una buona amministrazione, garantito dall'articolo 41 della Carta di Nizza, che si sostanzia tra l'altro nel diritto di ogni individuo ad accedere agli atti dei procedimenti che lo riguardano e nell'obbligo dell'Amministrazione di motivare le proprie decisioni.

Inoltre, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità appena analizzati comportano essi stessi un obbligo di trasparenza che “*consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione*”⁷⁷. Ciò impone che un'impresa situata sul territorio di un altro Stato membro debba poter avere accesso ad informazioni adeguate relative all'appalto non appena sia indetta la relativa procedura di aggiudicazione, così da poter decidere, liberamente e in piena consapevolezza, se ritiene o meno conveniente parteciparvi⁷⁸. La necessità di un'informazione chiara induce

⁷⁵ Cfr. A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto della corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1127; in tema v. anche C.E. QUESADA, *Competition and transparency in public procurement markets*, in *Public Procurement Law Review*, 2014, 5.

⁷⁶ Cfr. S. VALAGUZZA, *op. cit.*

⁷⁷ Cfr. CGUE, *Teleaustria*, *cit.*, punto 62, e 13 ottobre 2005 causa C-458/03, *Parking Brixen*, Racc. I-8585, punto 49.

⁷⁸ Cfr. CGUE, 21 luglio 2005 causa C-231/03, *Coname*, Racc. I-7287, punto 21.

addirittura la Commissione a non ritenere sufficiente né una forma di pubblicità meramente passiva, consistente nella mera risposta della committente alle domande di chi abbia avuto autonomamente notizia della gara in atto, né un approccio consistente nella selezione discrezionale, ad opera della stessa committente, dei potenziali concorrenti, sebbene anche di altri Stati membri⁷⁹. Ciò in considerazione della circostanza che le norme che disciplinano i vari procedimenti di scelta del contraente non sono poste nell'interesse dell'Amministrazione, bensì nell'interesse all'attuazione di un regime di libera concorrenza fra le imprese, di talché tutelano l'interesse di queste ultime in via diretta e non meramente eventuale.

Ne deriva, quindi, la doverosità, salvo situazioni di estrema urgenza⁸⁰, per le Amministrazioni aggiudicatrici di pubblicizzare la procedura in atto – seppure

⁷⁹ Cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione, *cit.*

⁸⁰ Cfr. Direttiva 2004/18/CE, articolo 31 “*Aggiudicazione mediante procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara*”: “*Le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara nelle fattispecie seguenti: 1) per gli appalti pubblici di lavori, forniture e di servizi: a) qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata o non sia stata depositata alcuna candidatura in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché una relazione sia trasmessa alla Commissione a richiesta di quest'ultima; b) qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l'appalto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato; c) nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le amministrazioni aggiudicatrici in questione, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate con pubblicazione di un bando di gara di cui all'articolo 30. Le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici; 2) per gli appalti pubblici di forniture: a) qualora i prodotti in questione siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo; in questa disposizione non rientra la produzione in quantità volta ad accertare la redditività commerciale del prodotto o ad ammortizzare i costi di ricerca e di sviluppo; b) nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate o al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe l'amministrazione aggiudicatrice ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può,*

tramite il mezzo che discrezionalmente ritengano più adeguato, purché sia realmente accessibile ai soggetti interessati prima dell'aggiudicazione dell'appalto – al fine di aprirla alla concorrenza⁸¹. A quest'onere le stazioni appaltanti devono adempiere, in particolare, mediante una descrizione puntuale dell'oggetto dell'appalto e dei criteri di aggiudicazione, che si riveli uniformemente percepibile nei diversi Stati membri.

Ai principi di pubblicità e trasparenza si ricollegano poi evidentemente le disposizioni e l'evoluzione giurisprudenziale in tema di pubblicità della

come regola generale, superare i tre anni; c) per forniture quotate e acquistate in una borsa di materie prime; d) per l'acquisto di forniture a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dal curatore o liquidatore di un fallimento, di un concordato giudiziario o di una procedura analoga prevista nelle legislazioni o regolamentazioni nazionali; 3) per gli appalti pubblici di servizi, qualora l'appalto in questione faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba, in base alle norme applicabili, essere aggiudicato al vincitore o a uno dei vincitori del concorso di progettazione. In quest'ultimo caso tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati; 4) per gli appalti pubblici di servizi e gli appalti pubblici di lavori: a) per i lavori o i servizi complementari, non compresi nel progetto inizialmente preso in considerazione né nel contratto iniziale, che sono divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, all'esecuzione dell'opera o del servizio quali ivi descritti, a condizione che siano aggiudicati all'operatore economico che presta tale servizio o esegue tale opera: — qualora tali lavori o servizi o complementari non possano essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dall'appalto iniziale senza recare gravi inconvenienti all'amministrazione aggiudicatrice. Oppure — qualora tali lavori o servizi, pur essendo separabili dall'esecuzione dell'appalto iniziale, siano strettamente necessari al suo perfezionamento. Tuttavia, l'importo cumulato degli appalti aggiudicati per lavori o servizi complementari non deve superare il 50% dell'importo dell'appalto iniziale; b) per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo le procedure aperte o ristrette. La possibilità di valersi di questa procedura è indicata sin dall'avvio del confronto competitivo nella prima operazione e l'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi è preso in considerazione dalle amministrazioni aggiudicatrici per l'applicazione dell'articolo 7. Il ricorso a questa procedura è limitato al triennio successivo alla conclusione dell'appalto iniziale”.

⁸¹ Cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione, *cit.*

documentazione e delle sedute di gara e in tema di comunicazione degli atti assunti nel corso della procedura ai concorrenti interessati.

L'importanza di tali principi – che come già evidenziato rientrano tra quelli derivati dal principio di concorrenza al cui rispetto l'aggiudicazione degli appalti pubblici negli Stati membri dell'Unione Europea era vincolata già ai sensi del considerando 2 della direttiva 18/2004 – è di immediata percezione.

Significativamente, le direttive vi fanno ripetutamente riferimento nei rispettivi considerando.

In particolare, con riferimento alle tecniche di acquisto elettronico, delle quali si è già dato conto in relazione ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione, la direttiva 18/2004 evidenziava, al considerando 12, la necessità che l'utilizzo di tali tecniche avvenisse nel pieno rispetto anche del principio di trasparenza, prevedendo specificamente che *“la presentazione di un'offerta da parte di un offerente, in particolare in caso di rilancio del confronto competitivo per l'applicazione di un accordo quadro o di attuazione di un sistema dinamico di acquisizione, può assumere la forma del catalogo elettronico di detto offerente”*, ma solamente *“a condizione che quest'ultimo utilizzi i mezzi di comunicazione scelti dall'amministrazione aggiudicatrice, conformemente all'articolo 42”*, al fine di evitare in radice una differenziazione delle metodologie utilizzate per le comunicazioni delle proprie offerte dai diversi concorrenti che potrebbe rivelarsi irrispettosa proprio del principio di trasparenza, oltre che di quelli sopra analizzati di parità di trattamento e di discriminazione in base alla nazionalità.

Anche con riferimento alle aste elettroniche, il legislatore comunitario del 2004 si era premurato di evidenziare, al considerando 14, la necessità di addivenire ad una puntuale definizione e regolazione di tale istituto, finalizzata a consentirne l'utilizzo nel rispetto del principio di trasparenza, per garantire il quale aveva anche provveduto a escludere espressamente dagli elementi potenzialmente trattabili mediante asta elettronica quelli inidonei a essere assoggettati ad una valutazione automatica in cifre o percentuali a mezzo elettronico, necessitando di un intervento dell'Amministrazione aggiudicatrice, quali ad esempio quelli afferenti le prestazioni intellettuali.

Ma la corretta applicazione delle regole volte al rispetto del principio di trasparenza è imprescindibile soprattutto con riguardo alle procedure di selezione delle offerte. Infatti, già il considerando 39 della direttiva 18/2004 rimarcava che tanto la verifica dell'idoneità degli offerenti quanto la loro selezione deve necessariamente avvenire in condizioni di assoluta trasparenza. Condizioni che possono essere garantite solo mediante la preventiva individuazione e chiara indicazione dei criteri non discriminatori che le Amministrazioni aggiudicatrici possono utilizzare per la selezione dei candidati e dei mezzi di cui gli operatori economici possono avvalersi per dimostrarne il rispetto, oltre che del livello di capacità specifiche eventualmente preteso per l'ammissione degli stessi operatori alla procedura di aggiudicazione.

Anche il considerando 40, pur ammettendo in astratto la limitazione del numero dei candidati nelle procedure ristrette, in quelle negoziate con pubblicazione del bando di gara e nel dialogo competitivo, precisava che siffatta limitazione non può che essere effettuata in base a criteri oggettivi preindicati nel bando di gara, pena la inammissibile violazione del principio di trasparenza.

Il principio di pubblicità era invece garantito dal considerando 36, ove si affermava che lo sviluppo di una effettiva concorrenza nel settore degli appalti pubblici richiede una pubblicità comunitaria dei bandi di gara redatti dalle Amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri, tale da permettere a qualsivoglia operatore economico risiedente nella Comunità Europea di poter valutare, con cognizione di causa, se le procedure indette possano realmente essere di loro interesse o meno. E ciò attraverso la garanzia di una visibilità dei bandi pubblicati che dovrebbe essere resa il più ampia possibile mediante gli strumenti più idonei a tal fine, così da consentire agli operatori astrattamente interessati di conoscere in modo sufficientemente chiaro l'oggetto dell'appalto messo a gara e le relative condizioni. Anche con riguardo alle procedure ristrette, il considerando affermava che il principio di pubblicità dovrebbe mirare più in particolare a permettere agli operatori economici degli Stati membri di manifestare il loro interesse per gli appalti, sollecitando le Amministrazioni aggiudicatrici a invitare questi ultimi a presentare un'offerta in conformità alle condizioni prescritte.

Coerentemente, il considerando 46, nel ribadire la necessità di garantire che l'aggiudicazione dei contratti pubblici avvenga nel rispetto, tra gli altri principi, di quello di trasparenza, rimarcava altresì la fondamentale importanza di assicurare la trasparenza necessaria per consentire a qualsiasi offerente di essere ragionevolmente informato dei criteri e delle modalità applicati per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa.

La direttiva 24/2014 ha implementato significativamente anche i mezzi di tutela dei suddetti principi.

In particolare – nel riconoscere l'opportunità che gli Stati membri possano prevedere la facoltà per le Amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere a procedure competitive con negoziazione e al dialogo competitivo qualora le procedure aperte o ristrette senza negoziazione non possano portare a scelte soddisfacenti (considerando 42 ss.) – la novella normativa euro-unitaria afferma, al considerando 45, che la procedura competitiva con negoziazione dovrebbe essere comunque accompagnata da adeguate misure di salvaguardia, garantendo l'osservanza del principio di trasparenza (oltre che di parità di trattamento) mediante la previa indicazione dei requisiti minimi caratterizzanti la natura dell'appalto, immodificabili nel corso delle negoziazioni, e l'accurata documentazione di tutte le fasi del processo.

Il considerando 50 sancisce poi significativamente l'assoluta eccezionalità delle procedure negoziate senza previa negoziazione, imponendo agli enti aggiudicatori puntuali obblighi di esternazione dei motivi che avrebbero giustificato il ricorso a questa eccezione.

Il considerando 51, prendendo posizione sulla *vexata quaestio* del rapporto tra tutela della riservatezza e garanzia della trasparenza, precisa che le disposizioni riguardanti la protezione delle informazioni non ostano in alcun modo alla diffusione pubblica di parti dei contratti conclusi, comprese le successive modifiche, che non siano riservate.

Nell'esprimere un chiaro *favor* per i mezzi elettronici di informazione e comunicazione quali strumenti idonei a semplificare notevolmente la pubblicazione degli appalti e ad accrescere l'efficacia e la trasparenza delle relative procedure, i considerando 52 e seguenti esprimono l'auspicio che i mezzi

elettronici di comunicazione, qualora il loro utilizzo diventi la norma per lo scambio di informazioni, aumentino anche le possibilità di partecipazione alle gare nell'ambito del mercato interno. A tale fine il legislatore euro-unitario evidenzia inoltre l'opportunità di introdurre l'obbligo di trasmissione di bandi e avvisi per via elettronica, l'obbligo di rendere disponibili in forma elettronica i documenti di gara e anche l'obbligo, seppure differito al termine di trenta mesi dall'emanazione della direttiva, di pervenire ad una comunicazione integralmente elettronica in tutte le fasi della procedura, comprese la trasmissione delle richieste di partecipazione e delle offerte⁸².

Per quanto concerne la tracciabilità della documentazione di gara, il considerando 58 prevede che le richieste di partecipazione, le offerte e gli altri documenti provenienti dai concorrenti – sebbene dovrebbero, in linea di massima, essere sempre in forma scritta – possono anche essere eccezionalmente comunicati per via orale, a condizione che il relativo contenuto sia sufficientemente documentato con mezzi appropriati, così da garantire comunque un adeguato livello di trasparenza.

Nel considerando 82 viene coerentemente precisato che le informazioni riguardanti determinate decisioni prese nell'ambito di una procedura d'appalto, così come la relazione sintetica dei motivi delle stesse, dovrebbero essere automaticamente inviate dalle Amministrazioni aggiudicatrici senza che i candidati o gli offerenti siano costretti a farne preventiva richiesta. Inoltre, la disposizione afferma la necessità di consentire a questi ultimi di richiedere informazioni più dettagliate circa le motivazioni di tali decisioni, cui in ossequio al principio di trasparenza le Amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere vincolate a rispondere, salvo che vi ostino gravi motivi.

Il considerando 90, nel ribadire, come visto, che l'aggiudicazione dell'appalto dovrebbe essere effettuata in condizioni di effettiva concorrenza, nel

⁸² Il considerando 52 specifica altresì che *“l'obbligo di ricorrere a mezzi di comunicazione elettronici non dovrebbe riguardare alcun elemento della procedura di appalto pubblico dopo l'aggiudicazione dell'appalto né la comunicazione intera nell'ambito dell'amministrazione aggiudicatrice”*, facendo così presumere che l'utilizzo di siffatti mezzi innovativi, seppure promosso per incentivare la pubblicità e la trasparenza delle procedure, comporti ancora qualche difficoltà che ne ostacola la sua completa generalizzazione.

rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, evidenzia l'opportunità che le Amministrazioni aggiudicatrici siano obbligate a indicare i criteri di aggiudicazione dell'appalto e la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di tali criteri, proprio al fine di assicurare il necessario livello di trasparenza, tale da consentire a ciascun ipotetico offerente di essere adeguatamente informato circa i criteri e le modalità che saranno applicati nell'aggiudicazione dell'appalto.

Il principio di trasparenza assume una specifica rilevanza anche in relazione all'istituto del subappalto, cui la direttiva 24/2014 dedica il considerando 105, il quale statuisce che *“è necessario garantire una certa trasparenza nella catena dei subappalti, in quanto ciò fornisce alle amministrazioni aggiudicatrici informazioni su chi è presente nei cantieri edili nei quali si stanno eseguendo i lavori per loro conto o su quali imprese forniscono servizi (...) dei quali le amministrazioni aggiudicatrici sono responsabili o su cui hanno un controllo diretto”* e che *“dovrebbe essere chiarito che l'obbligo di fornire le necessarie informazioni grava in ogni caso sul contraente principale”*, espressamente lasciando, peraltro, agli Stati membri la possibilità di imporre condizioni ancora più rigorose *“ad esempio estendendo gli obblighi in materia di trasparenza, consentendo il pagamento diretto ai subappaltatori, oppure permettendo o imponendo alle amministrazioni aggiudicatrici di verificare che i subappaltatori non si trovino in una delle situazioni che giustificano l'esclusione dell'operatore economico”*⁸³.

La direttiva si preoccupa in ogni caso di dare conto della necessità di coordinare il principio di trasparenza con la libertà organizzativa degli operatori economici nel corso del contratto. Così, il considerando 110, già analizzato con riferimento al principio di parità di trattamento, evidenzia che, sebbene, anche alla luce del principio di trasparenza, l'aggiudicatario non dovrebbe poter essere

⁸³ Con specifico riguardo all'istituto del subappalto, mi sia consentito rimandare ai miei scritti per eventuali approfondimenti: G.A. GIUFFRÈ, *Subappalto* (bussola del 21 aprile 2016), in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016; V. DI IORIO, G.A. GIUFFRÈ, *Il subappalto*, in F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI (a cura di), *Manuale di Diritto Amministrativo. IV. I contratti pubblici*, Dike, 2014.

sostituito nel corso dell'esecuzione del contratto, tuttavia, in particolare nel caso di aggiudicazione a più di un'impresa, si dovrebbe riconoscere la possibilità che esso subisca modifiche strutturali (dovute ad esempio a riorganizzazioni puramente interne, incorporazioni, fusioni e acquisizioni, oppure insolvenza) senza che questo importi la necessità di richiedere nuove procedure selettive.

Il considerando 111, sempre in forza del principio di trasparenza, contempera la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di prevedere modifiche dei singoli contratti con l'esigenza di limitarne la discrezionalità, attraverso la previsione di una specifica disciplina delle modalità con cui tale facoltà può essere esercitata, consentendo agli offerenti di averne adeguata contezza in via preventiva rispetto alla stipulazione del contratto.

Infine, il considerando 126 ribadisce, una volta di più, la vitale importanza della tracciabilità e della trasparenza del processo decisionale nelle procedure di appalto per poter “*garantire procedure leali nonché combattere efficacemente la corruzione e le frodi*”, evidenziando la necessità, a tal fine, che le Amministrazioni aggiudicatrici conservino le copie dei contratti conclusi di valore elevato per garantire alle parti interessate l'accesso a tali documenti, in conformità alla normativa in tema di accesso⁸⁴, mentre il considerando 128 evidenzia la necessità di un'efficace cooperazione amministrativa per lo scambio delle informazioni richieste per lo svolgimento delle procedure di aggiudicazione in situazioni transfrontaliere, pur se, evidentemente, nei soli casi in cui le Amministrazioni aggiudicatrici riescano concretamente ad accedere a tali dati.

Dunque, anche i principi di pubblicità e trasparenza sono stati implementati dal legislatore euro-unitario, che si è preoccupato, come visto, di assicurare la tracciabilità, nel rispetto del principio di trasparenza, dei nuovi strumenti di comunicazione e documentazione elettronica, strumenti comunque

⁸⁴ A norma del considerando 126, inoltre, “*è altresì necessario che gli elementi essenziali e le decisioni delle singole procedure di aggiudicazione degli appalti siano documentati in una relazione sull'appalto. Onde evitare, per quanto possibile, oneri amministrativi dovrebbe essere permesso che la relazione sull'appalto rimandi a informazioni già riportate nel pertinente avviso di aggiudicazione. Occorre inoltre migliorare i sistemi elettronici per la pubblicazione di tali avvisi, gestiti dalla Commissione, al fine di facilitare l'inserimento dei dati e, nel contempo, l'estrazione delle relazioni globali e lo scambio di dati tra i sistemi*”.

considerati favorevolmente nella loro finalità semplificatoria, oltre che di facilitare il più possibile il dialogo tra privati e Amministrazione, riducendo gli oneri documentali in capo ai primi. Inoltre, viene dato ampio risalto alla necessità di provvedere ad un'ampia pubblicità dei bandi e della documentazione di gara, oltre dei criteri e delle modalità di aggiudicazione.

Ma soprattutto, allo scopo di combattere efficacemente la corruzione diffusa nel settore, si impone una documentazione quanto più dettagliata ed accurata possibile in modo da garantire la trasparenza delle operazioni, specialmente con riguardo al controverso istituto del subappalto.

3. Il principio di proporzionalità.

Il principio di proporzionalità⁸⁵ è finalizzato ad evitare che la compressione dei diritti individuali (o di diritti pubblici secondari) operata da una pubblica Amministrazione possa andare al di là di quanto strettamente necessario per il perseguimento del fine pubblico primario, che deve essere individuato preliminarmente in modo esplicito, così da permettere il corretto svolgimento del sindacato sulla proporzionalità dell'azione amministrativa. Tale principio, diversamente da quello di ragionevolezza – rispetto al quale inizialmente, dopo l'acclamazione del principio di proporzionalità come principio generale del diritto della Comunità Europea ad opera della Corte di Giustizia dell'Unione Europea avvenuta nel 1969 con la sentenza *Stauder*⁸⁶, si ponevano nel nostro ordinamento notevoli problemi di compatibilità e di sovrapposibilità – è caratterizzato da tre elementi che devono essere cumulativamente presenti affinché la misura amministrativa possa superare il vaglio di proporzionalità: idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto.

Infatti, l'Amministrazione deve innanzitutto operare una valutazione di tipo prognostico in ordine all'idoneità della misura adottanda a rispondere, in futuro, alla finalità pubblica per la quale è stata espressamente assunta (valutazione, evidentemente, molto più complicata rispetto a quella cui sarà eventualmente tenuto il giudice in caso di impugnativa della misura, dal momento che ad esso spetterà una valutazione su una situazione di fatto già esistente).

Una volta che il provvedimento è stato valutato dall'Amministrazione come astrattamente idoneo a raggiungere la finalità pubblica al cui soddisfacimento è rivolto, essa dovrà preoccuparsi del fatto che lo stesso provvedimento potrebbe non essere necessario, considerando le diverse opzioni

⁸⁵ Cfr. sul principio di proporzionalità, *ex multis*, D.U. GALETTA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità*, Treccani, 2012; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità* in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998.

⁸⁶ CGUE, 12 gennaio 1969 causa C-29/1969, *Stauder c. Città di Ulm*, Racc. I-419.

disponibili e bilanciando la finalità pubblica individuata come interesse primario con gli altri interessi con esso confliggenti, pubblici o privati che siano.

Infine, occorrerà valutare, nel caso concreto, se gli interessi secondari possano essere ritenuti sacrificabili all'interesse pubblico primario. Occorre peraltro rilevare che su tali valutazioni il nostro sistema consente al giudice amministrativo un sindacato limitato alla manifesta irragionevolezza, illogicità ed errore nei presupposti. Quest'ultimo non può, invero, pronunciarsi sul merito della scelta discrezionale dell'Amministrazione concernente la selezione dell'interesse prevalente.

Come noto, il principio di proporzionalità non costituisce un criterio di ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri, bensì una mera modalità di esercizio delle competenze stesse, sia per quanto concerne le materie di competenza concorrente sia per quelle di competenza esclusiva, volta ad un'azione correttamente proporzionata agli obiettivi da perseguire.

Analogamente al principio di sussidiarietà, il principio di proporzionalità regola l'esercizio delle competenze esercitate dall'Unione Europea. Esso mira a inquadrare le azioni delle istituzioni dell'UE entro certi limiti. In virtù di tale regola, l'azione dell'UE deve limitarsi a quanto è necessario per raggiungere gli obiettivi fissati dai trattati. In altre parole, il contenuto e la forma dell'azione devono essere in rapporto con la finalità perseguita.

Il principio di proporzionalità è illustrato nell'articolo 5 del Trattato dell'Unione Europea, nella sua versione consolidata⁸⁷, mentre i suoi criteri di

⁸⁷ Articolo 5 TUE: “1. La delimitazione delle competenze dell’Unione si fonda sul principio di attribuzione. L’esercizio delle competenze dell’Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità. 2. In virtù del principio di attribuzione, l’Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all’Unione nei trattati appartiene agli Stati membri. 3. (...). 4. In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell’azione dell’Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati. Le istituzioni dell’Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità”.

applicazione sono specificati nel protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, allegato ai trattati⁸⁸.

Nell'ambito dei contratti pubblici, il principio implica che gli enti aggiudicatori non possono imporre requisiti di partecipazione alle gare pubbliche tali da renderla eccessivamente onerosa o di fatto impossibile e che le stesse, di fronte a più possibilità, devono optare, anche in ossequio del principio del *favor participationis*, per la soluzione in grado di ampliare maggiormente la concorrenza, tenendo presenti gli interessi dei potenziali partecipanti.

Come già visto, anche quello di proporzionalità rientrava tra i principi derivati dal principio di concorrenza al cui rispetto l'aggiudicazione degli appalti pubblici negli Stati membri dell'Unione Europea era vincolata già in base alle precedenti direttive, ma, a differenza degli altri principi esaminati, la direttiva 18/2004 lo richiamava espressamente soltanto al considerando 2.

Diversamente, la direttiva 24/2014, oltre a ribadire al considerando 1 la necessità del suo generale rispetto nelle procedure di aggiudicazione, si rivela particolarmente attenta al rispetto di tale principio, come risulta di immediata evidenza, tra l'altro, dalla lettura delle disposizioni sulla selezione dei partecipanti e sull'aggiudicazione dei contratti e, in particolare, degli artt. 57 e 58, rispettivamente concernenti i motivi di esclusione e i criteri di selezione degli operatori economici (in particolare riferimento all'individuazione dei requisiti necessari e alle modalità per dimostrarne il possesso), dell'articolo 63, sulla possibilità di ricorrere all'istituto di avvalimento, e dell'articolo 33 sulle condizioni di utilizzazione e sui limiti di durata degli accordi quadro.

La direttiva declina, del resto, esplicitamente il principio di proporzionalità in vari specifici considerando.

In particolare, al considerando 15, il legislatore euro-unitario si preoccupa di specificare che le condizioni che possono essere fissate dalle stazioni appaltanti per l'esecuzione di appalti da parte di raggruppamenti di operatori economici devono sempre essere giustificate da ragioni obiettive ed essere proporzionate rispetto allo scopo perseguito, in modo da evitare non solo che le stesse possano

⁸⁸Cfr. Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, in <http://www.assemblea.emr.it>.

essere scelte in modo arbitrario e magari addirittura in un momento successivo a quello della presentazione delle offerte, ma anche che possano arrecare agli operatori economici un pregiudizio non giustificabile in ragione dell'obiettivo cui sono rivolte.

Il principio di proporzionalità ispira anche il considerando 53, che, con specifico riguardo ai mezzi di comunicazione elettronici, afferma l'inopportunità di imporre il ricorso a tali strumenti qualora esso implichi l'utilizzo di strumenti specializzati o di formati di file non comunemente disponibili e qualora le predette comunicazioni possano essere trattate solo mediante attrezzature specializzate.

Sulla stessa linea prosegue il considerando 55, che auspica la standardizzazione dei formati del catalogo elettronico, al fine di consentire l'interoperabilità delle procedure tra gli Stati membri, evitando così a ogni singolo offerente l'inutile sforzo di dover adattare i propri cataloghi a ciascuna procedura di appalto che richieda l'uso del catalogo informatico.

Il principio di proporzionalità viene poi invocato, con riguardo al livello di sicurezza necessario per l'utilizzo dei mezzi di comunicazione elettronici nelle diverse fasi delle procedure di gara, al considerando 57, dove si afferma che le Amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero valutare la proporzionalità dei requisiti intesi ad assicurare un'identificazione corretta e affidabile dei mittenti, onde evitare un onere ingiustificato in capo ai concorrenti.

Ancora, il considerando 83, nell'evidenziare che requisiti eccessivamente severi concernenti la capacità economica e finanziaria spesso costituiscono un ostacolo ingiustificato alla partecipazione delle PMI agli appalti pubblici, specifica che la relativa fissazione dovrebbe comunque essere preceduta da una valutazione sull'attinenza e sulla proporzionalità degli stessi rispetto all'oggetto dell'appalto e che, in particolare, le Amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero essere autorizzate a esigere dagli operatori economici un fatturato minimo sproporzionato rispetto al valore stimato dell'appalto (ovvero superiore a più del doppio dello stesso), salvo, previa congrua motivazione, casi in cui vi siano alti rischi connessi alla sua esecuzione o qualora sia di fondamentale importanza realizzarla in modo tempestivo e corretto.

Il considerando 85, nell'affermare l'importanza che le decisioni delle Amministrazioni aggiudicatrici in merito ai concorrenti siano basate su informazioni recenti, in particolare per quanto concerne i motivi di esclusione, e nel prescrivere che esse non debbano richiedere documentazione di cui già dispongano sulla base di precedenti procedure, sottolinea tuttavia la necessità di evitare che le medesime affrontino, in tale contesto, "*oneri sproporzionati in materia di archiviazione e fascicolazione*", escludendo di conseguenza l'applicabilità del suddetto obbligo fino a quando non sarà obbligatorio il ricorso a mezzi di comunicazione elettronici.

Il considerando 101 afferma, a sua volta, che gli enti aggiudicatori dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere da future procedure di aggiudicazione quegli operatori economici che si sono in passato dimostrati inaffidabili, ad esempio per aver violato gli obblighi ambientali o sociali o le norme in materia di concorrenza, e che, nell'applicare motivi di esclusione "facoltativi" (ovvero non specificamente imposti dalla normativa in materia), dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità, in modo da precludere a irregolarità trascurabili di comportare l'esclusione di un operatore economico, salvo circostanze eccezionali o ipotesi di reiterazione di irregolarità, che, seppur lievi, siano, a causa della loro perpetuazione, tali da far nascere dubbi in merito all'affidabilità dell'operatore.

Anche con riferimento alla eventuale esigenza di lavori, forniture o servizi supplementari durante l'esecuzione del contratto, la direttiva richiama, all'articolo 108, il principio di proporzionalità per giustificare una modifica del contratto iniziale senza una nuova procedura di appalto, qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe la stazione appaltante ad acquistare materiali, lavori o servizi con caratteristiche tecniche diverse, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate.

Infine, il considerando 136, nel ribadire che l'obiettivo della direttiva 24 del 2014, come del resto anche delle direttive 23 e 25 del medesimo anno, è quello di coordinare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di contratti pubblici, che non potrebbe essere perseguito, in considerazione della sua portata e dei suoi effetti, in modo soddisfacente dai

singoli Stati membri in via autonoma – motivo per cui è affidato, in base al principio di sussidiarietà, all’Unione, che esercita tale prerogativa proprio attraverso la direttiva in esame (oltre che con le direttive 23 e 25) – sottolinea che l’Unione deve limitarsi a disporre quanto strettamente necessario per il perseguimento del proprio obiettivo, in ossequio al principio di proporzionalità.

Il principio di proporzionalità, dunque, oltre al “classico” compito di limitare le competenze dell’Unione Europea a quanto strettamente necessario a raggiungere lo scopo per cui tali competenze le sono state attribuite, implementa nella nuova normativa euro-unitaria l’ulteriore e fondamentale ruolo di principio mitigatore degli effetti sui concorrenti degli stringenti e non sempre chiari requisiti necessari per la partecipazione alle procedure di aggiudicazione. Infatti, attraverso tale principio, si consente alla sostanza di prevalere sulla forma, in modo da evitare conseguenze ingiustificatamente pregiudizievoli, in quanto evidentemente sproporzionate in relazione allo scopo della norma e al suo bilanciamento con la condotta tenuta dall’offerente.

III. Il recepimento delle nuove direttive nell'ordinamento italiano: il Codice dei contratti pubblici e il ruolo dell'ANAC.

1. La difficile riconfigurazione del sistema: dal d.lgs. n. 163 del 2006 al d.lgs. n. 50 del 2016.

I principi richiamati nel precedente capitolo trovano specifica declinazione nell'ampio e articolato complesso di disposizioni delle tre direttive del 2014 e delle fonti interne, con le quali i singoli Stati membri ne hanno dato attuazione.

In Italia, come noto, il recepimento delle recenti direttive ha avuto un avvio irragionevolmente lento⁸⁹, che ha negativamente influito anche sulla qualità del testo del nuovo Codice dei contratti pubblici. Significativamente, dopo appena tre mesi dalla relativa approvazione (*in limine* alla scadenza del termine previsto per il recepimento, con pubblicazione ed entrata in vigore addirittura il giorno successivo), il Governo ha adottato un decreto “di rettifica”, disponendo, con effetto retroattivo (e con buona pace del principio di certezza del diritto), modifiche – in alcuni casi solo apparentemente formali – a ben 98 articoli su 220 (44% del totale).

Il decreto delegato di recepimento delle direttive ha, peraltro, ridisegnato il quadro delle fonti interne, sostituendo il regolamento governativo di attuazione⁹⁰ con strumenti di regolazione “flessibile” e ha sensibilmente inciso sulla tutela giurisdizionale.

La complessità del quadro normativo che si è andato delineando in questi mesi rende opportuno soffermarsi anche su tali importanti modifiche di tipo istituzionale, di grandissimo impatto sui principi di certezza del diritto e di

⁸⁹ Particolarmente influente sulla tempistica di recepimento nell'ordinamento italiano delle direttive del 2014 è stata la scelta inusuale di non inserire la delega per il recepimento nell'ambito della legge di delegazione europea prevista in via generale dall'articolo 29 della l. 234/2012, come fatto normalmente in passato, ma di procedere per altre vie, con la nefasta conseguenza che, mentre la legge di delegazione europea è stata pubblicata il 9 luglio 2015 (l. n. 114/2015), la legge delega è stata pubblicata solo il 28 gennaio 2016, ovvero ben sei mesi dopo e meno di tre mesi prima della scadenza del termine di recepimento.

⁹⁰ D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207.

effettività della tutela, che, come detto, sono essenziali per una reale garanzia di quello di concorrenza, e concentrare l'analisi delle innovazioni più specificamente legate all'aggiudicazione del contratto su quelle, di elevato impatto economico, più direttamente rispondenti alle esigenze di contemperamento del principio di concorrenza e dei principi da esso derivati con la necessità di massimizzare, in un periodo storico di generalizzata crisi economica, l'efficienza della spesa pubblica in uno dei settori di maggior impatto sul PIL europeo⁹¹.

Le nuove direttive, entrate in vigore il 17 aprile 2014, prevedevano il loro obbligatorio recepimento, da parte dei Paesi membri dell'Unione, entro il 18 aprile 2016, sebbene con possibile deroga al 2018 per alcuni specifici aspetti concernenti la direttiva 24.

Il nostro Paese ha accolto con entusiasmo la possibilità di procedere a un complessivo riordino della normativa interna sui contratti pubblici, nella speranza di poter rendere più efficiente il sistema italiano in materia, dopo un decennio di vigenza del d.lgs. 163/2006, nel corso del quale il legislatore aveva apportato, a più riprese, diverse (spesso disordinate) modifiche al tessuto normativo al fine di provare a porre rimedio alle problematiche mostratesi di volta in volta più evidenti nella prassi.

Numerosi sono stati fin da subito i commenti ai nuovi testi, al fine di analizzarne le principali innovazioni, anche nell'ottica di offrire suggerimenti per recepirne i contenuti in un modo che fosse, allo stesso tempo, il più rispondente possibile alle istanze euro-unitarie e il più adatto e meno traumatico possibile per il nostro Paese.

In particolare, si segnala l'analisi svolta, nel suo ruolo di supporto alla Conferenza delle Regioni e agli operatori pubblici e privati che lavorano nel settore dei contratti pubblici, dall'Istituto per l'innovazione e Trasparenza degli Appalti e la Compatibilità Ambientale ("ITACA"), che, pubblicata il 19 febbraio 2015, si è rivelata un punto di riferimento fondamentale per i lavori che hanno

⁹¹ In generale, sulla rilevanza dell'efficienza come canone della buona amministrazione, cfr. da ultimo, R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, Maggioli, 2016.

permesso di addivenire al recepimento delle direttive del 2014 mediante l'adozione del nuovo Codice dei contratti pubblici⁹².

Fin dalla sua prefazione, tale analisi evidenziava che l'emanazione delle tre nuove direttive in materia di appalti e di concessioni ha segnato l'inizio di un fondamentale processo di riforma, che ha comportato la necessità per il legislatore nazionale di attuare la *“complessa attività di recepimento che, nell'attuale momento storico, costituisce un'importante occasione per rivedere l'attuale normativa nazionale in materia di appalti”*.

Il quadro derivante dalle nuove norme euro-unitarie imponeva, invero, una profonda revisione del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, approvato con d.lgs. 163/2006 per dare attuazione alle precedenti direttive 17 e 18 del 2004.

Il recepimento, sebbene avente termine biennale, non era tuttavia un traguardo di facile raggiungimento per il nostro Paese, in cui il “sistema appalti” è purtroppo tradizionalmente caratterizzato da molte disfunzioni, incidenti anche su interessi costituzionalmente protetti.

I documenti di analisi e le relazioni che hanno accompagnato la proposizione al Senato del disegno di legge delega per il suddetto recepimento hanno evidenziato le numerose e complesse problematiche con cui il legislatore interno doveva interfacciarsi nell'attuazione delle nuove direttive, al fine di delineare un sistema normativo più confacente alle peculiari e a volte contrastanti esigenze proprie della materia dei contratti pubblici.

Tanto la Relazione⁹³ e la Relazione Tecnica, quanto l'Analisi Tecnico-Normativa e l'Analisi di Impatto della Regolamentazione, si sono rivelate

⁹² Cfr. Documento di analisi della direttiva 2014/24/UE in materia di appalti pubblici, in www.itaca.org.

⁹³ La relazione del disegno di legge (rinvenibile, al pari della Relazione Tecnica, dell'Analisi Tecnico-Normativa e dell'Analisi di Impatto della Regolamentazione, in www.senato.it) considera comunque espressamente il recepimento della nuova direttiva europea *“un'importante occasione per rivedere e razionalizzare la materia nel suo complesso, al fine di creare un sistema più snello, trasparente ed efficace, necessario per garantire la certezza giuridica nel settore e assicurare un'effettiva concorrenza e condizioni di parità tra gli operatori economici”*. Considerazioni analoghe si possono rinvenire in A. PAJNO, L. TORCHIA (a cura di), *La nuova disciplina dei*

concordi nel rinvenire i nodi più delicati del settore essenzialmente nell'eccessiva copiosità della regolamentazione e nei continui interventi sulla medesima mediante aggiustamenti e deroghe, nel livello esasperato di contenzioso, nella scarsa efficacia ed efficienza delle procedure di aggiudicazione delle gare pubbliche e nella scarsa qualità dei servizi prestati, nello sperpero delle finanze pubbliche, nell'elevato rischio di non completamento delle opere, negli eccessivi ostacoli in fase di realizzazione e negli eccessivi costi da sostenere a carico delle imprese.

Il compito del legislatore interno era aggravato dal fatto che il Codice del 2006, nato indubbiamente con una sua coerenza e organicità, aveva subito oltre cinquanta interventi legislativi, che hanno apportato oltre 600 modifiche alle sue varie disposizioni, così che soltanto il 42 per cento del totale degli articoli aveva conservato il testo originario. Tali modifiche erano state, peraltro, il più delle volte non adeguatamente ponderate, in quanto dettate dall'urgenza, quando non addirittura da pressioni esterne, con la conseguenza che hanno ingenerato spesso dubbi e incertezze negli operatori del settore, per la gioia degli avvocati e meno dei giudici.

Al Codice si aggiungeva il regolamento attuativo, approvato (circa quattro anni dopo) con d.P.R. n. 207/2010, che constava a sua volta di ben 350 articoli.

Tra codice e regolamento il quadro normativo ante 2016 constava di 630 articoli e 37 allegati, a cui si aggiungevano una serie di norme statali sparse, oltre

contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo, Paper Astrid, 2015, dove, a pagina 4, si legge che “il recepimento delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni è un'occasione importante di modernizzazione del sistema italiano. Le dimensioni economiche del settore, il numero di imprese e operatori economici e finanziari coinvolti, il coinvolgimento di migliaia di amministrazioni pubbliche, la rilevanza delle procedure pubbliche di acquisto come strumenti di una politica chiara, trasparente e efficiente, che consenta la concorrenza ed assicuri la qualità dell'azione amministrativa: tutti questi elementi richiedono che l'occasione non sia perduta e anzi la si utilizzi per correggere errori e storture emerse nell'applicazione della disciplina oggi vigente e modificare in profondità un sistema di norme troppo complesso e farraginoso, costellato di controlli allo stesso tempo eccessivi e inadeguati, afflitto da un formalismo spesso paralizzante e, soprattutto, terribilmente lento rispetto alle esigenze e alle aspettative di una società moderna”. Ancora G. GIOVANNINI, *op. cit.*, conferma che il sopravvenire delle nuove direttive europee “è stato visto – e va visto – con estremo favore”.

alle varie normative regionali, espressione della potestà legislativa esclusiva delle Regioni e delle Province a statuto speciale e della potestà legislativa concorrente delle Regioni a statuto ordinario.

L'esistenza di oltre 32.000 stazioni appaltanti aggravava ulteriormente la complessità del quadro anche sul piano soggettivo, favorendo, per un verso, la sperequazione tra i metodi di aggiudicazione adottati e rendendo, per altro verso, più difficile un controllo sulla legittimità del loro operato, tanto in sede di scelta del contraente quanto in sede di esecuzione del contratto.

Emblematica conferma dell'assoluta incertezza gravante sul nostro "sistema appalti" era data del resto dall'ingente contenzioso portato dinanzi al giudice amministrativo e dal numero particolarmente elevato delle questioni interpretative inerenti i contratti pubblici pervenute all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁹⁴: oltre cinquanta nell'ultimo quinquennio. Per non parlare del contenzioso penale, dei giudizi di responsabilità per danno erariale davanti alla Corte dei Conti e del contenzioso ordinario e arbitrale per l'esecuzione dei contratti. Con evidente incremento dei costi per le imprese e per gli enti aggiudicatori, nonché, più in generale, dei costi del sistema giustizia e, per l'effetto, dell'intero "sistema Paese".

A fronte dei numerosi problemi riscontrati, i richiamati documenti hanno evidenziato gli obiettivi che il legislatore nazionale avrebbe dovuto perseguire nella non facile attività di recepimento delle nuove norme euro-unitarie. In particolare, si prevedeva che *"in linea con la normativa europea, la nuova disciplina sarà improntata alle seguenti direttrici: certezza giuridica, pubblicità e trasparenza, snellezza, tutela giuridica, tenendo conto delle migliori pratiche adottate in altri Paesi dell'Unione europea, secondo un approccio alla disciplina degli appalti e delle concessioni di tipo sostanzialmente diverso da quello previsto nell'attuale contesto normativo, caratterizzato da una regolamentazione forse troppo puntuale"*⁹⁵.

Gli obiettivi individuati dai documenti di analisi, conformemente alle previsioni delle nuove direttive, sono, in particolare, la semplificazione e

⁹⁴ Cfr. G. GIOVANNINI, *op. cit.*

⁹⁵ Cfr. Relazione al disegno di legge, *cit.*, p. 1.

l'armonizzazione della normativa in tema di appalti, la riduzione degli oneri documentali a carico delle imprese e la semplificazione delle procedure di verifica espletate dalle stazioni appaltanti, il miglioramento delle condizioni di accesso al mercato dei soggetti economicamente più deboli quali le micro, piccole e medie imprese (c.d. "PMI") e le imprese di nuova costituzione, il coinvolgimento dei soggetti portatori di interessi qualificati nelle procedure di aggiudicazione, la revisione del sistema di qualificazione degli operatori economici (c.d. "rating") mediante l'introduzione di criteri reputazionali volti a favorire la trasparenza e a evitare la corruzione, la razionalizzazione della spesa pubblica.

Quest'ultimo obiettivo doveva essere considerato il fulcro della riforma, in quanto di primaria importanza per addivenire a un sostanziale miglioramento dell'efficienza del "sistema appalti" in Italia, e doveva essere perseguito applicando rigorosamente i criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle pubbliche Amministrazioni, riduzione del numero delle stazioni appaltanti, centralizzazione delle committenze, verificabilità dei flussi finanziari, misure di contenimento del ricorso a varianti progettuali in corso d'opera, razionalizzazione di rimedi alternativi al ricorso giurisdizionale, contenimento delle tempistiche (procedimentali, realizzative e, eventualmente, processuali).

Inoltre, per monitorare il conseguimento degli stessi obiettivi, i richiamati documenti di analisi prevedevano l'utilizzo di specifici indicatori di risultato, costituiti dal numero di adempimenti documentali a carico dei partecipanti alle gare, dal numero delle procedure di verifica, dal numero di partecipazioni rilevanti di soggetti portatori di interessi qualificati ai processi decisionali delle procedure di gara, dal numero delle opere completate e collaudate nei tempi prefissati in assenza di contenziosi, dal tasso di decremento degli oneri amministrativi e da quello di incremento dell'accesso al mercato delle PMI.

Grandi aspettative e voglia di riscatto hanno accompagnato dunque il recepimento delle nuove direttive, nella speranza di cogliere l'opportunità per addivenire ad un sostanziale miglioramento del sistema appalti nel suo complesso.

Come anticipato, l'*iter* di approvazione della legge delega, anormalmente lungo e conclusosi solo il 26 gennaio 2016, ha però di fatto esaurito quasi tutto il tempo concesso dal legislatore euro-unitario (21 mesi sui 24 complessivi),

rendendo estremamente arduo il compito del Governo, costretto a redigere e approvare il nuovo Codice in meno di tre mesi; tempo ancora più irrisorio se si tiene conto della necessità di acquisire i prescritti pareri e di ponderare la necessità/opportunità di provvedere alle conseguenti modifiche⁹⁶.

A ciò si aggiunga che la legge n. 11/2016, pur essendo costituita, analogamente alla legge delega del Codice del 2006, da un solo articolo – composto a sua volta da tredici comma, il primo dei quali, contenente i “principi e criteri direttivi specifici” della delega, conta ben cinquantanove lettere, recanti settantuno principi di delega⁹⁷ – ha operato una delega “a maglie strette” per l’integrale riordino del settore, con un’articolazione e un dettaglio difficilmente compatibili con il dichiarato obiettivo di semplificazione delle regole in materia⁹⁸.

⁹⁶ Si segnala che nel 2006, invece, le tempistiche erano invece state più oculatamente bilanciate, dal momento che la legge delega n. 62/2005 fu promulgata il 18 aprile, così lasciando al Governo incaricato quasi un anno di tempo per la predisposizione del “vecchio” Codice, promulgato il 12 aprile 2006.

⁹⁷ Con particolare riguardo ai principi di delega (o criteri direttivi) si segnala il loro significativo incremento rispetto a quelli contenuti all’interno della legge delega del “vecchio” Codice (l. 62/2005), pari addirittura al 1400%.

⁹⁸ Evidente è dunque la differenza rispetto alla legge 18 aprile 2005, n. 62, che, delegando il Governo alla attuazione di numerose direttive comunitarie, riservava anch’esso un solo articolo alla delega relativa all’adozione delle direttive 17 e 18 del 2004 in tema di appalti, ma nel quale individuava solamente quattro “principi e criteri direttivi”. In particolare, l’articolo 25 della legge n. 62/2005 richiedeva la compilazione di un unico testo normativo in materia di procedure di appalto, la semplificazione delle procedure di affidamento non costituente diretta applicazione delle normative comunitarie al fine di contenere i tempi e garantire la massima flessibilità degli strumenti giuridici, il conferimento all’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (AVCP, oggi ANAC) dei compiti di vigilanza nei settori oggetto di disciplina, l’adeguamento della normativa alla sentenza CGUE, 7 ottobre 2004 causa C-247/02, *Sintesi*, Racc. I-9215, la quale ha affermato il principio di diritto per cui è preclusa ad una norma nazionale la possibilità di imporre in termini generali e astratti alle amministrazioni aggiudicatrici di appalti di lavori pubblici mediante procedure aperte o ristrette di ricorrere necessariamente al criterio del prezzo più basso. Come agevolmente intuibile, la differenza tra le indicazioni minimaliste utilizzate nel 2005 e quelle notevolmente più copiose del 2016 trova la sua ragione essenziale nella circostanza che undici anni fa il “sistema appalti” era notevolmente diverso, in quanto la prima esperienza di codificazione in materia doveva ancora avere inizio, proprio mediante il recepimento delle

Sul piano formale, in una prospettiva di *better regulation*, la legge delega richiedeva invero espressamente, alla lettera c) dello stesso articolo, la redazione di un codice “snello”, che assicurasse una “*ricognizione e riordino del quadro normativo*” e una “*drastica riduzione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni*” per un “*più elevato livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti*”.

Tra i criteri sostanziali, ai fini che qui più specificamente interessano, in una logica di semplificazione e flessibilità, il Parlamento ha delegato il Governo a recepire le direttive nel rispetto del divieto del c.d. “*gold plating*”, previsto alla lettera a) del comma 1 (ma già anticipato nella legge di stabilità 2012, nella parte in cui modificava l’articolo 14 della legge di semplificazione 2005) e consistente nel divieto di introdurre o di mantenere livelli di regolamentazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, divieto tuttavia derogato varie volte dalla stessa legge delega alle lettere successive, mediante l’inserimento di principi direttivi più rigorosi rispetto alle norme europee derivate⁹⁹, e anche dal nuovo Codice, come prontamente rilevato dal Consiglio di Stato, nel parere sullo schema di regolamento ANAC in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui all’art. 211, comma 2, e 213¹⁰⁰, con riguardo all’art. 176, nella parte in cui prevede una forma di autotutela doverosa (“*la concessione cessa*”), in contrasto

direttive 17 e 18 del 2004, e in quanto molte delle criticità poi rilevate non erano neppure ipotizzabili.

⁹⁹ Basti pensare al riguardo alla previsione di un sistema di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive (criterio di delega *q5*, sviluppato nell’articolo 83, comma 10 del nuovo Codice); all’istituzione di un nuovo albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici (criterio di delega *hh*, sviluppato nell’articolo 78 del nuovo Codice); all’istituzione presso l’ANAC di un elenco di enti aggiudicatori di affidamenti in regime di c.d. “*in house providing*” (criterio di delega *eee*, sviluppato nell’articolo 192 del nuovo Codice); alla previsione di una particolare disciplina transitoria per l’affidamento delle concessioni autostradali scadute o prossime alla scadenza (criterio di delega *mmm*, sviluppato nell’articolo 178 del Codice); all’introduzione di una prima disciplina nazionale in tema di ‘lobbismo accreditato’ e di *débat public* (criteri di delega *ppp* e *qqq*, sviluppati nell’articolo 22 del nuovo Codice).

¹⁰⁰ Cfr. Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 28 dicembre 2016 n. 2777, in *L’Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016.

con quella di tipo facoltativo prevista dalle direttive¹⁰¹.

Nell'ottica del presente studio, merita peraltro sottolineare che la violazione del divieto di *gold plating* non crea di per sé problemi di legittimità costituzionale o euro-unitaria, in quanto l'obiettivo generale posto dalla stessa delega di recepire le direttive sfruttandone i margini di flessibilità può legittimamente trovare nella stessa legge interna un temperamento a tutela di interessi e obiettivi che il Parlamento ritenga meritevoli di tutela, quali la prevenzione della corruzione e la lotta alla mafia, la trasparenza, una tutela rafforzata della concorrenza, la salvaguardia di valori ambientali e sociali. In altri termini, come ben sottolineato nel parere reso dal Consiglio di Stato sul decreto delegato¹⁰², il divieto di *gold plating* deve essere correttamente interpretato in una prospettiva di riduzione degli "oneri non necessari" (sproporzionati) e non anche in una prospettiva di abbassamento del livello delle garanzie di altri valori costituzionali, rispetto ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza perseguite dalle nuove direttive non possono non essere recessive.

Pertanto, il maggior rigore delle norme interne deve, per un verso, ritenersi consentito nella misura in cui, alla stregua dei criteri generali di ragionevolezza e proporzionalità, non si traduce in un ingiustificato ostacolo alla concorrenza; dall'altro, ritenersi giustificato, quando non addirittura imposto, dalla salvaguardia

¹⁰¹ In particolare, secondo il Consiglio di Stato, che ha proposto di sostituire la locuzione "*la concessione cessa*" con "*la concessione può essere annullata*", in ossequio alle previsioni della direttiva il Codice deve necessariamente prevedere una forma di autotutela non doverosa onde evitare di incorrere nel divieto di *gold plating*, in coerenza peraltro con l'assetto nazionale dell'autotutela provvedimento, sempre discrezionale, essendo comunque necessario, oltre al presupposto della violazione di legge, quello ulteriore della sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'annullamento. Sull'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi cfr., da ultimo, F. FRANCIOSI, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, relazione per il Convegno annuale AIPDA (Roma, 7-8 ottobre 2016); ID., *Profili evolutivi dell'autotutela (decisoria) amministrativa*, in A. RALLO e A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Rimedi contro la cattiva amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

¹⁰² Cfr. Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, 1 aprile 2016 n. 855, in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016.

di interessi e valori costituzionali, ovvero di quelli enunciati nell'articolo 36 TFUE¹⁰³.

Non può tuttavia non rilevarsi che, se vi era già la consapevolezza che le nuove direttive non potessero fornire risposte concrete ad alcuni rilevanti interrogativi di sistema, non era evidentemente opportuno che il delegante vincolasse *ex ante* il legislatore delegato entro gli angusti confini del divieto di *gold plating*, per poi disattendere tale regola egli stesso un momento dopo averla posta¹⁰⁴.

Al di là di questo profilo, il legislatore italiano non ha comunque, in generale, dato la miglior prova di un corretto recepimento, attento, *in primis*, al già richiamato fondamentale principio di certezza delle regole di partecipazione alle gare e di selezione dei contraenti, indispensabile per garantire un'effettiva parità di trattamento e dunque una reale tutela della concorrenza e un concreto rispetto dei vari principi ispiratori delle nuove direttive.

Si è già detto che le prime critiche investono la stessa procedura di redazione e approvazione del Codice e che la compressione dei tempi per l'approvazione del decreto delegato ha inciso anche sui pareri che dovevano accompagnare lo schema di Codice (in particolare, quelli del Consiglio di Stato, della Conferenza Stato-Regioni e delle Commissioni Parlamentari), costretti in un arco temporale di soli venti giorni e redatti contestualmente (in parallelo), con evidente alterazione dell'ordinario *modus procedendi*, che li vuole espressi in sequenza.

A dispetto di ogni intento semplificatorio, il Codice del 2016 consta di 220 articoli e di 25 allegati. È più lungo del testo originario del Codice del 2006 e solo poco più snello rispetto a quest'ultimo come progressivamente modificato.

¹⁰³ Il potere discrezionale degli Stati membri di introdurre disposizioni più rigorose rispetto a quelle disciplinate dalle direttive è stato riconosciuto, del resto, dalla stessa Commissione Europea nella comunicazione 20 marzo 2015 n. 215 “*Legiferare meglio per ottenere risultati migliori*”, in www.eur-lex.europa.eu, che ammette espressamente la possibilità di *gold plating* da parte degli Stati membri purché adeguatamente motivato, e da CGUE, 22 ottobre 2015 causa C-425/2014, *Edilux Srl*, Racc. gen.

¹⁰⁴ Cfr. in termini C. CONTESSA, D. CROCCO, *Il nuovo codice degli appalti commentato*, Roma, DEI, 2016.

Abbandona, come anticipato, il modello del regolamento unico e lo sostituisce con circa 50 atti attuativi di diversa natura: strumenti classici e “linee guida” di varie tipologie. Si contano in particolare 14 decreti del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, 15 atti dell’ANAC, 6 decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e 15 decreti di altri Ministri, cui si aggiungono le leggi regionali e delle Province autonome.

L’incertezza del quadro normativo è aggravata dalla inevitabile scarsa qualità del decreto delegato e dalla complessità della normativa transitoria, delineata dagli artt. 216¹⁰⁵ e 217¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Oltre alla regola generale che le nuove disposizioni si applicano alle procedure e ai contratti i cui bandi o avvisi di indizione di gara, o nelle procedure senza bando, i cui inviti siano pubblicati o trasmessi successivamente alla data di entrata in vigore del codice, vi sono ben 26 ulteriori regimi transitori specifici.

¹⁰⁶ Cercando di conciliare le tempistiche necessarie per redigere i nuovi atti attuativi con la previsione di abrogazione del regolamento contenuta nella legge delega, l’articolo affida ai futuri atti attuativi il compito di una ricognizione delle disposizioni del regolamento n. 207/2010 che essi sostituiranno.

2. I poteri dell'ANAC.

Uno dei profili più delicati, sul quale merita fermare l'attenzione, investe gli speciali strumenti di regolazione flessibile (c.d. "linee guida"), che dovrebbero dichiaratamente garantire la migliore attuazione del Codice e, per l'effetto, dei principi euro-unitari oggetto del presente studio.

Il d.lgs. n. 50 del 2016 ne prevede diverse tipologie (approvate con decreto ministeriale su proposta dell'ANAC, approvate dall'ANAC con carattere vincolante, approvate dall'ANAC senza carattere vincolante) di non sempre agevole inquadramento, con quanto ne consegue anche ai fini del regime giuridico applicabile.

Le nuove linee guida, pur rispondendo in astratto a una scelta innovativa e idonea a soddisfare più rapidamente le esigenze di chiarezza, in ossequio al principio costituzionale ed euro-unitario di garanzia di certezza del diritto, rischiano pertanto in concreto di determinare incertezze ben maggiori e di generare ulteriore contenzioso¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Sulle problematiche legate alla c.d. "soft law" vedi G. MONTEDORO, *Il giudice e l'economia*, Roma, Luiss University Press, 2015; A. MOSCARINI, *Fonti dei privati e globalizzazione*, Roma, Luiss University Press, 2015, e sulla sempre più frequente abdicazione del ruolo regolatore spettante alla legge in favore delle regole tecniche e della giurisprudenza M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 2012, pp. 3823 ss.; G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto: un'evoluzione storica e teorica*, in Id., *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 4 ss.; M. MENGOZZI, *Normatività delle decisioni giudiziarie: nomofilachia e Costituzione*, in *Aic – Osservatorio costituzionale*, marzo 2015, www.osservatorioaic.it. Il tema è stato specificamente affrontato da V. DOMENICHELLI, *Il ruolo normativo del giudice nella formazione e nello sviluppo del diritto amministrativo*, relazione per il Convegno annuale Aipda (Padova, 9-10 ottobre 2015), significativamente dedicato a Le fonti nel diritto amministrativo. L'autore, richiamando il legame del fenomeno con la c.d. "globalizzazione del diritto", ha posto in luce la difficoltà di trovare un equilibrio che non trasformi il ruolo del giudice chiamato a individuare la norma "attraverso tecniche di interpretazione affidate a giudizi di prevalenza/primazia delle norme superiori rispetto a quelle inferiori e attraverso il ricorso alla c.d. interpretazione adeguatrice (delle norme vigenti a norme o principi superiori)", da quello di individuare la norma del caso concreto in quello di "crearla, con inevitabili pericoli di scelte soggettive, se non arbitrarie".

A fronte delle critiche mosse dalla dottrina¹⁰⁸ contro i nuovi atti regolatori a carattere vincolante, dal contenuto generale e non necessariamente tecnico, affidati all'Autorità Nazionale Anti Corruzione al di fuori di una specifica previsione costituzionale e in assenza di puntuali criteri e principi da parte della legge delega¹⁰⁹, da un lato il legislatore, nel testo definitivo del Codice, ne ha ridotto la portata, sottoponendoli in parte (in termini peraltro ancora più ambigui se si pensa alla natura indipendente che si vorrebbe riconoscere all'Autorità) all'approvazione ministeriale e ne ha espressamente affermato l'impugnabilità davanti al giudice amministrativo¹¹⁰, dall'altro lato, il Presidente dell'ANAC ha ritenuto opportuno sottoporli comunque ai pareri preventivi del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari, riproponendo, dunque, in fatto, l'*iter* approvativo proprio del regolamento.

Tali "correttivi" non sono stati, comunque, sufficienti a fare chiarezza sulla qualificazione giuridica di tali atti, che costituiscono una novità assoluta per l'ordinamento giuridico italiano, in quanto del tutto atipici, perfino nel nome, e sconosciuti al tradizionale assetto dei modelli di produzione del diritto. È indubbio, infatti, che le linee guida non possono essere ricondotte nell'alveo delle fonti di rango secondario, disciplinato dagli artt. 117, comma 6, Cost., e 17 l. n. 400/1988.

¹⁰⁸ Cfr. G. GRECO, *La direttiva in materia di "concessioni"*, relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi (Varenna, 17-19 settembre 2015), in www.astrid-online.it; M.A. SANDULLI, *Ricordo di Aldo M. Sandulli avvocato nel centenario della nascita*, in www.federalismi.it, 2015, e C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustizia-amministrativa.it, che sottolinea come le linee guida dell'Anac costituiscano un grave esempio di fuga dal regolamento e dalle responsabilità politiche che si accompagnano alla redazione di un atto normativo in uno Stato democratico.

¹⁰⁹ Cfr. in particolare sul punto ancora C. DEODATO, *op. cit.*

¹¹⁰ Cfr. la legge delega (legge 28 gennaio 2016 n. 11), articolo 1, lett. t), che, nell'attribuire all'ANAC ogni più ampia funzione, si preoccupa espressamente di precisare che è "*fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa*" e il Codice dei contratti pubblici, che, all'articolo 213, comma 2 conferma che "*resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa*".

Il Consiglio di Stato, nel formulare il proprio parere sullo schema di decreto legislativo¹¹¹, ha preferito qualificare le linee guida come atti di regolazione ascrivibili alla tipologia di quelli adottati dalle Autorità amministrative indipendenti, piuttosto che come atti normativi atipici, non mancando peraltro di rilevare che, diversamente dai suddetti atti di regolazione delle *Authorities*, esse non rispondono certamente all'esigenza di affidare a un'Autorità indipendente dal Governo l'introduzione di regole tecniche in circoscritti settori di mercato nei quali lo Stato opera direttamente mediante società partecipate, e, anzi, posseggono i requisiti di generalità e astrattezza propri degli atti normativi regolamentari.

Appare dunque un'evidente forzatura, soprattutto a livello di compatibilità con il sistema costituzionale delle fonti, la scelta legislativa di consentire l'ingresso nel sistema di atti atipici quali quelli in esame, adottati da un'Autorità diversa dal Governo e priva della necessaria legittimazione democratica, ma deputati ad assolvere un ruolo normativo fondamentale in un settore così delicato come quello dei contratti pubblici: appare pertanto indubbia la necessità di rivedere al più presto questo strumento, attribuendogli una funzione di ausilio all'attuazione della normativa, anziché di normazione in senso stretto.

Come non si è mancato di sottolineare, a ben vedere, è lo stesso richiamo alla nozione di "*soft law*" ad essere discutibile, dal momento che l'aggettivo "*soft*" postula necessariamente l'assenza di vincolatività e la remissione del rispetto della regola in questione all'adesione volontaria dei soggetti destinatari, mentre gli atti in esame sono stati previsti per costituire veri e propri diritti e obblighi in capo ai destinatari, tanto da sostituire le disposizioni regolamentari contestualmente abrogate. Secondo la concezione tradizionale, del resto, anche la locuzione "linee guida" denota un'espressione propria del potere di direttiva¹¹², che si declina, a sua volta, mediante l'indicazione delle modalità attuative del precetto normativo, ma mai per mezzo di regole cogenti e vincolanti.

¹¹¹ Cfr. Cons. Stato, parere n. 855/2016, *cit.*

¹¹² Cfr. Cons. Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, parere 21 gennaio 2008, in www.giustizia-amministrativa.it.

Così chiarito che la *soft regulation* è cosa ben diversa dalla regolazione imposta dalle linee guida vincolanti previste dal nuovo Codice, non vi è dubbio che, se è auspicabile una regolazione nella materia dei contratti pubblici che sia più snella e veloce (rispetto ai tempi e alle modalità di approvazione dei regolamenti), è anche vero che un tale obiettivo, per quanto lodevole, non può, all'evidenza, essere perseguito a scapito di una regolazione seria, strutturata, controllata, ma, soprattutto, affidata ad Autorità che se ne assumano la responsabilità politica¹¹³. È infatti di fondamentale importanza il raggiungimento di un equilibrio, quanto più solido possibile, tra la richiesta di una regolazione flessibile, adattabile e agile, proveniente dal mercato, e le esigenze normative che impongono che la produzione delle norme giuridiche sia riservata ad autorità democraticamente legittimate.

In via più generale, sembra opportuno sottolineare che – al di là del potere di emanare linee guida per disciplinare aspetti determinanti delle procedure di aggiudicazione, che, come visto, è un compito strategico nell'ambito della normazione secondaria in materia di contratti pubblici – è l'intero sistema di funzioni attribuito all'ANAC prima dalla legge delega n. 11/2016 e poi dal nuovo Codice a destare perplessità.

Il criterio di delega t) prevedeva invero la “*attribuzione all'ANAC di più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa*” e l'articolo 213 del Codice, che vi ha dato specificatamente attuazione, si contraddistingue per la sua estrema complessità, avendo tentato di convogliare tutti i compiti della nuova Autorità nei suoi quindici comma. Tali compiti sono in particolare: (a) generali compiti di

¹¹³ Cfr. sul punto, C. DEODATO, *op. cit.*

vigilanza, controllo e regolazione nel settore degli appalti e delle concessioni, in linea di sostanziale continuità con quanto già previsto dall'articolo 6 del "vecchio" Codice; (b) il potere di emanare, oltre alle richiamate linee-guida, "*bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati*"; (c) il potere di rivolgere atti di segnalazione e proposta al Governo, nonché di relazionare al Parlamento; (d) la gestione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza; (e) la gestione della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, "*nella quale confluiscono tutte le informazioni contenute nelle banche dati esistenti, anche a livello territoriale, onde garantire accessibilità unificata, trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi a essa prodromiche e successive*", tramite l'utilizzo dell'Osservatorio dei contratti pubblici già previsto dall'articolo 7 del "vecchio" Codice; (f) la gestione del Casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; (g) la tenuta della Camera arbitrale per i contratti pubblici di cui all'articolo 210; (h) la gestione e l'aggiornamento dell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle Commissioni giudicatrici di cui all'articolo 78; (i) la tenuta dell'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti e dell'elenco dei soggetti aggregatori; (j) il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie.

È allora evidente come l'ANAC stessa si caratterizza per un'assoluta atipicità nell'intero sistema ordinamentale italiano, non potendo essere ricondotta né alla categoria delle *Authorities* con funzione di regolazione dei mercati, né alla categoria di quelle con funzione regolativo-giustiziale, assommando di fatto le caratteristiche di entrambe e risultando così un *unicum* nel sistema¹¹⁴.

A ciò si aggiungano i poteri conferiti all'ANAC dall'articolo 211 del Codice, che, sotto la rubrica "*Pareri di precontenzioso*" (nel capo dedicato ai "*Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale*"), al primo comma, modifica e

¹¹⁴ Come sottolineato condivisibilmente da R. GRECO, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, relazione per il seminario sul tema "*Il nuovo Codice degli appalti dopo le Linee Guida ANAC*", organizzato da Paradigma S.p.a. (Milano, 28-30 novembre 2016), l'ANAC è "*connotata da un'irrisolta "dualità" fra la propria natura giuridica di autorità di regolazione e vigilanza e la crescente assunzione di un ruolo di fatto "giustiziale" e fondamentalmente repressivo*".

affina lo strumento del parere precontenzioso - già previsto dal Codice del 2006 (art. 6, comma 7, lett. n), d.lgs. n. 163/2006) come parere non vincolante dell'AVCP, poi ANAC - , affidando all'Autorità, su istanza dalla stazione appaltante o di una o più delle altre parti, il potere di risolvere “*questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara*”, mediante un parere che assume carattere vincolante nei confronti di chi abbia “*previamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito*”; e, al secondo comma introduce il nuovo, e giustamente criticato¹¹⁵, istituto della “raccomandazione vincolante”, attraverso il quale l'ANAC, “*nell'esercizio delle proprie funzioni*”, invita la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere gli eventuali effetti degli atti illegittimi entro un termine non superiore a sessanta giorni, pena l'applicazione di sanzioni pecuniarie, insistenti anche sul *rating*.

L'espressa previsione dell'impugnabilità di tali atti innanzi al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 120 c.p.a. non risolve i problemi che essi creano per ciò che il primo circoscrive di fatto la possibilità di interpellare l'ANAC unicamente vincolandosi al rispetto del parere conseguentemente reso e introduce una sorta di presunzione legale di correttezza e legittimità di tale parere, considerando addirittura sanzionabile il comportamento del dirigente pubblico che non vi si conformi; mentre il secondo impone alla stazione appaltante di eliminare atti di cui nessun giudice ha rilevato l'illegittimità, a meno di esporsi alle pesanti conseguenze previste dal Codice, evitabili solo all'esito dell'accoglimento, evidentemente incerto, del ricorso (a sua volta oneroso – v. *infra*, sub 4.6) avverso la “raccomandazione”.

Si conferiscono, in altri termini, ulteriori importanti poteri a un'*Authority* che di fatto tale non è, sia per le innumerevoli funzioni che ricopre, sia per la sostanziale mancanza di indipendenza dall'esecutivo, che costituisce, appunto, il *proprium* delle Autorità indipendenti¹¹⁶.

¹¹⁵ M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e 'precontenziosa' nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.federalismi.it.

¹¹⁶ Cfr. in generale per una visione critica delle funzioni attribuite all'ANAC a fronte del suo difficile inquadramento in una delle categorie del nostro ordinamento C. CONTESSA – D. CROCCO, *Il nuovo codice degli appalti commentato*, cit.

IV. I nuovi principi guida dell'affidamento dei contratti pubblici.

1. I criteri di aggiudicazione.

Come anticipato, a fronte di un quadro normativo di notevole complessità e delle modifiche di grandissimo impatto apportate anche sul piano istituzionale, nel presente studio si vuole concentrare l'analisi sulle innovazioni che più specificamente testimoniano il mutamento di approccio del legislatore (euro-unitario e nazionale) nel ridisciplinare la materia, nell'ottica di contemperare il principio di concorrenza e i principi da esso derivati con la necessità di massimizzare, in un periodo storico di generalizzata crisi economica, l'efficienza della spesa pubblica in uno dei settori di maggior impatto sul PIL europeo.

L'attenzione va evidentemente, in primo luogo, alla disciplina dei criteri di aggiudicazione, di fondamentale rilievo in quanto finalizzata a garantire che la selezione della migliore offerta avvenga nel rispetto degli analizzati principi di trasparenza e concorrenzialità, garantendo al contempo l'effettiva convenienza e qualità della prestazione da acquisire in ossequio ai principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa.

I criteri di aggiudicazione costituiscono, infatti, uno dei punti focali del sistema di affidamento dei contratti pubblici, sia nazionale che euro-unitario, come emergeva già dal primo considerando della direttiva 18/2004, che sottolineava come l'intera direttiva si basasse *“in particolare sulla giurisprudenza relativa ai criteri di aggiudicazione, che chiarisce le possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di soddisfare le esigenze del pubblico interessato, tra l'altro in materia ambientale e sociale, purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano all'amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati e rispettino principi fondamentali di cui al considerando 2”*.

La medesima direttiva ammetteva, al considerando 46, l'applicazione di due soli criteri di aggiudicazione, ovvero quello del “prezzo più basso” e quello della “offerta economicamente più vantaggiosa”, la scelta tra i quali era rimessa alle stazioni appaltanti, come del resto la ponderazione dei relativi punteggi, al

fine di consentire all'ente aggiudicatore di rispondere ai bisogni della collettività nella selezione del concorrente aggiudicatario del contratto.

L'articolo 53 della direttiva 18/2004, rubricato "*Criteri di aggiudicazione dell'appalto*", specificava che l'offerta economicamente più vantaggiosa doveva essere selezionata sulla base di "*diversi criteri collegati all'oggetto dell'appalto pubblico in questione, quali, ad esempio, la qualità, il prezzo, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali, il costo d'utilizzazione, la redditività, il servizio successivo alla vendita e l'assistenza tecnica, la data di consegna e il termine di consegna o di esecuzione*".

L'articolo 81 del d.lgs. 163/2006, tuttora applicabile alle procedure formalmente avviate fino alla pubblicazione del nuovo Codice¹¹⁷, stabiliva coerentemente che la migliore offerta dovesse essere selezionata attraverso i due criteri, tassativi e alternativi, del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo l'apprezzamento discrezionale dell'ente aggiudicatore, consentendo la deroga a tali criteri soltanto nelle ipotesi espressamente contemplate da apposite disposizioni normative, riguardanti la remunerazione di specifici servizi, normalmente riconducibili ai servizi intellettuali, caratterizzati da evidenti peculiarità, o ad altre particolari modalità di affidamento.

Come noto, il legislatore italiano, in passato, aveva, con riferimento agli appalti di lavori pubblici, fortemente ridotto la discrezionalità delle stazioni appaltanti, imponendo la prevalente adozione del prezzo più basso¹¹⁸, basato su calcoli oggettivi e dunque difficilmente influenzabili da fenomeni di infiltrazione mafiosa e da altre pressioni.

La previsione, contenuta nell'articolo 21 della l. n. 109 del 1994, è stata tuttavia censurata dalla Corte di Giustizia¹¹⁹, che ne ha rilevato il contrasto con il

¹¹⁷ Cfr. art. 216 d.lgs. n. 50 del 2016 e note MIT-ANAC del 22 aprile e del 3 maggio 2016, in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016.

¹¹⁸ Il criterio del prezzo più basso consiste invero nel mero confronto, che può essere effettuato con diverse modalità, tra le offerte economiche presentate dai concorrenti, in modo da individuare quella più conveniente in relazione all'importo posto a base di gara dall'ente aggiudicatore.

¹¹⁹ Cfr. CGUE, *Sintesi, cit.*, che ha sottolineato che "*la fissazione da parte del legislatore italiano, in termini generali e astratti, di un unico criterio di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici priva le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la natura e*

dettato dell'articolo 30 della direttiva 93/37/CEE, evidenziando come l'ordinamento euro-unitario privilegiasse, all'epoca, la discrezionalità del committente nella scelta del criterio ritenuto più idoneo ad assicurare la selezione del contraente nel rispetto della libera concorrenza e dei principi generali già più volte richiamati.

La giurisprudenza aveva poi elaborato appositi criteri di valutazione dell'adeguatezza del metodo prescelto in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, rilevando che a una maggiore complessità della prestazione sarebbe dovuta corrispondere una maggiore discrezionalità ed elasticità di valutazione da parte della committente, con conseguente maggiore adeguatezza del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Ciò in quanto quest'ultimo criterio non si limita ai profili meramente economici dell'offerta, ma si fonda, piuttosto, sull'apprezzamento di aspetti tecnici e, più in generale, qualitativi, della stessa, alla stregua dei criteri stabiliti dal bando di gara.

Più in particolare, l'articolo 53 della direttiva 18/2004 prevedeva invero che la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa potesse essere effettuata sulla base di diversi criteri, sempre previamente individuati dalla legge di gara e collegati all'oggetto specifico dell'appalto, quali, ad esempio, la qualità, il prezzo, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali, il costo d'utilizzazione, la redditività, il servizio successivo alla vendita e l'assistenza tecnica, la data di consegna e il termine di consegna o di esecuzione.

L'articolo 83, comma 1, del codice del 2006 sanciva a tale proposito un criterio di pertinenza e proporzionalità dei criteri di valutazione delle offerte alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto ed elencava taluni possibili (“*esemplificativi*”) criteri di valutazione (prezzo, qualità, pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, caratteristiche ambientali e contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, costo di utilizzazione e manutenzione, redditività, servizio successivo alla vendita,

le caratteristiche peculiari di tali appalti isolatamente considerati scegliendo per ognuno di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta”.

assistenza tecnica, data di consegna ovvero termine di consegna o di esecuzione, impegno in materia di pezzi di ricambio, sicurezza di approvvigionamento e origine produttiva; in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti)¹²⁰.

In ogni caso, il peso ponderale assegnato ad ogni criterio doveva essere indicato in via preventiva nel bando di gara, in attuazione del considerando 46 della medesima direttiva 18, di cui gli articoli 81 e ss. del Codice 2006 costituivano attuazione diretta.

Come sopra ricordato, tale considerando richiamava, infatti, l'esigenza primaria di aggiudicare l'appalto applicando criteri obiettivi, idonei a garantire il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e ad assicurare una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza.

Gli enti aggiudicatori erano (e sono tuttora), pertanto, tenuti a indicare i criteri di aggiudicazione nonché la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di

¹²⁰ La giurisprudenza ha da tempo chiarito che la distribuzione del punteggio tra i vari elementi di valutazione può essere censurata per irrazionalità o irragionevolezza, nell'ipotesi in cui essa non sia equilibrata, ad esempio attribuendo un "peso" ingiustificatamente preponderante a taluni criteri, a discapito degli altri (TAR Lazio, Roma, Sez. III *quater*, 13 novembre 2008, n. 10141). Più recentemente, anche l'ANAC ha avuto modo di sottolineare che *"ai fini della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'individuazione da parte della stazione appaltante dei criteri e dei sub criteri, con relativi punteggi, purché pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, è espressione di ampia discrezionalità, ferma restando la sindacabilità della scelta in caso di una sua manifesta illogicità e irragionevolezza (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 16 marzo 2005, n. 1079). La suddivisione di un criterio di valutazione in sub criteri non può non essere effettuata qualora questo sia caratterizzato da più aspetti che devono essere valutati separatamente"* (ANAC, parere di precontenzioso 2 settembre 2014 n. 31, in www.anticorruzione.it). In proposito, peraltro, l'articolo 120, d.P.R. n. 207 del 2010 stabiliva che, in caso di contratti aventi ad oggetto, oltre alla realizzazione dei lavori, anche la progettazione (definitiva o esecutiva), di cui all'articolo 53, comma 2, lettere *b*) e *c*), c.c.p., i fattori ponderali da assegnare ai "pesi" o "punteggi" attribuiti agli elementi riferiti alla qualità, al pregio tecnico, alle caratteristiche estetiche e funzionali e alle caratteristiche ambientali non devono essere complessivamente inferiori a sessantacinque.

tali criteri in tempo utile, affinché gli offerenti ne siano a conoscenza al momento di formulare le proprie offerte.

I medesimi principi hanno peraltro ispirato le successive scelte legislative, in merito alla possibile introduzione di ulteriori specificazioni dei criteri di aggiudicazione indicati nel bando da parte della Commissione giudicatrice.

In proposito, il legislatore aveva inizialmente ammesso¹²¹ l'introduzione di subcriteri (c.d. "criteri motivazionali") da parte della Commissione, purché ciò avvenisse prima di conoscere il contenuto delle offerte presentate, per evidenti ragioni di trasparenza e *par condicio*, ma tale previsione è stata successivamente soppressa con il d.lgs. n. 152 del 2008 (terzo correttivo)¹²².

Per quanto concerne, invece, la possibilità di aggiudicare l'appalto utilizzando il criterio del prezzo più basso, cui la direttiva 18 concedeva, comunque, un ampio ambito di applicazione, la linea interpretativa seguita nel nostro ordinamento è stata nel senso di considerarlo più adeguato in relazione a un appalto fortemente standardizzato nei contenuti e nelle regole di prestazione, che lasciasse quindi ristretti margini di modulazione dell'offerta da parte dell'operatore interessato, con la conseguenza che il valore economico della stessa costituiva parametro più adatto per la selezione dell'affidataria¹²³. È stata quindi considerata illogica la scelta del criterio del prezzo più basso quando la legge di gara attribuisca rilievo ad aspetti qualitativi variabili dell'offerta, in riferimento al particolare valore tecnologico delle prestazioni, al loro numero, al livello qualitativo e quantitativo dei servizi di formazione del personale e di manutenzione delle apparecchiature, in quanto la pluralità di tali elementi si pone evidentemente in contrasto con la caratteristica unicità del prezzo più basso¹²⁴.

L'AVCP nel 2008 aveva invero in proposito osservato che "*la scelta del criterio di aggiudicazione rientra nella discrezionalità tecnica delle Stazioni*

¹²¹ Cfr. d.lgs. 163/2006, articolo 83, comma 4.

¹²² Nello specifico, la soppressione è stata disposta a seguito di una procedura di infrazione n. 2007/2309, avviata nei confronti del nostro Paese dalla Commissione Europea, che aveva ritenuto che tale norma attribuiva una eccessiva discrezionalità alla Commissione giudicatrice.

¹²³ Cfr. AVCP, deliberazione 16 luglio 2009 n. 65, in *www.anticorruzione.it*, e Cons. Stato, Sez. III, 11 luglio 2013 n. 6738, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹²⁴ Da ultimo, TAR Puglia, Lecce, 19 gennaio 2017 n. 80, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

appaltanti, che devono valutarne l'adeguatezza rispetto alle caratteristiche oggettive e specifiche del singolo contratto, applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento. Il criterio del prezzo più basso può reputarsi adeguato al perseguimento delle esigenze dell'amministrazione quando l'oggetto del contratto non sia caratterizzato da un particolare valore tecnologico o si svolga secondo procedure largamente standardizzate; il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa può essere adottato quando le caratteristiche oggettive dell'appalto inducano a ritenere rilevanti, ai fini dell'aggiudicazione, uno o più aspetti qualitativi, quali ad esempio, l'organizzazione del lavoro, le caratteristiche tecniche dei materiali, l'impatto ambientale, la metodologia utilizzata”¹²⁵.

Come anticipato, la direttiva 24/2014 ha sensibilmente mutato indirizzo in ossequio alle nuove esigenze di efficienza ed economicità.

E così, mentre il considerando 45, come già visto *supra*, ha ribadito il principio generale che, affinché sia garantita la parità di trattamento a tutti gli operatori economici, i criteri di aggiudicazione e la loro ponderazione devono mantenersi stabili lungo l'intera procedura e non possono essere oggetto di negoziazione, l'articolo 67¹²⁶, sostitutivo del richiamato articolo 53 della direttiva

¹²⁵ Cfr. AVCP, determinazione 8 ottobre 2008 n. 5, in www.anti-corrruzione.it.

¹²⁶ Direttiva 24/2014, articolo 67 “Criteri di aggiudicazione dell'appalto”: “1. Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di taluni servizi, le amministrazioni aggiudicatrici procedono all'aggiudicazione degli appalti sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa. 2. L'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice è individuata sulla base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita conformemente all'articolo 68, e può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto pubblico in questione. Tra tali criteri possono rientrare ad esempio: a) la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, caratteristiche sociali, ambientali e innovative, e la commercializzazione e relative condizioni; b) organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto; o c) servizi post-vendita e assistenza tecnica, condizioni di consegna quali data di consegna, processo

18, ha ridefinito il criterio della “offerta economicamente più vantaggiosa”, privilegiandone l’utilizzo. Con un’evidente inversione di rotta rispetto alle precedenti indicazioni normative e giurisprudenziali, la nuova direttiva afferma invero testualmente che *“le amministrazioni aggiudicatrici procedono all’aggiudicazione degli appalti sulla base dell’offerta economicamente più vantaggiosa”* e riconosce espressamente agli Stati membri la possibilità di escludere l’utilizzo del prezzo o del costo *“come unico criterio di aggiudicazione o limitarne l’uso a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o a determinati tipi di appalto”*, relegando conseguentemente il criterio del prezzo più basso a un ruolo residuale.

Per quanto concerne il nuovo concetto di “offerta economicamente più vantaggiosa”, l’articolo 67 ha previsto, in termini fortemente innovativi, che essa

di consegna e termine di consegna o di esecuzione. L’elemento relativo al costo può inoltre assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi. Gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici non possano usare solo il prezzo o il costo come unico criterio di aggiudicazione o limitarne l’uso a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o a determinati tipi di appalto. 3. I criteri di aggiudicazione sono considerati connessi all’oggetto dell’appalto pubblico ove riguardino lavori, forniture o servizi da fornire nell’ambito di tale appalto sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita, compresi fattori coinvolti: a) nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi; o b) in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale. 4. I criteri di aggiudicazione non hanno l’effetto di conferire all’amministrazione aggiudicatrice una libertà di scelta illimitata. Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l’efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte. In caso di dubbio le amministrazioni aggiudicatrici verificano efficacemente l’accuratezza delle informazioni e delle prove fornite dagli offerenti. 5. L’amministrazione aggiudicatrice precisa nei documenti di gara la ponderazione relativa che attribuisce a ciascuno dei criteri scelti per determinare l’offerta economicamente più vantaggiosa, tranne i casi in cui questa sia individuata unicamente in base al prezzo. Tale ponderazione può essere espressa prevedendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato. Se la ponderazione non è possibile per ragioni obiettive, l’amministrazione aggiudicatrice indica i criteri in ordine decrescente di importanza”.

deve essere individuata sulla base del prezzo o del costo, mediante un approccio costo/efficacia, che tenga conto di diversi indicatori tra cui il costo del ciclo di vita, e che può includere il rapporto qualità/prezzo, valutato però sulla base di diversi criteri, di tipo qualitativo, ambientale e sociale, che avranno maggiore o minor peso in relazione all'appalto in questione¹²⁷. L'elemento "costo", peraltro, potrà assumere la forma di un prezzo fisso, con la conseguenza che la competizione fra gli offerenti si svolgerà esclusivamente in relazione agli elementi di tipo qualitativo, ambientale e sociale.

Il ciclo di vita è definito dall'articolo 2, comma 1, n. 20), della direttiva, come *"tutte le fasi consecutive e/o interconnesse, compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e alla fine del servizio o all'utilizzazione"*.

L'articolo 68 riconduce conseguentemente ai suoi costi, sempre che pertinenti all'oggetto del contratto, i costi sostenuti dall'Amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti, quali, a titolo esemplificativo, i costi relativi all'acquisizione del prodotto, servizio o lavoro, i costi connessi al relativo utilizzo (ad esempio il consumo di energia elettrica) e alla manutenzione, oltre a quelli più propriamente relativi al "fine vita", quali i costi di raccolta e di riciclaggio del bene/servizio. A essi si aggiungono i costi imputati a esternalità ambientali, legate ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita, sempre che il loro valore monetario possa essere determinato e verificato, oltre ai costi delle emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti, nonché agli altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici.

Per la valutazione dei costi imputati alle esternalità ambientali, in ossequio ai più volte richiamati principi generali a tutela della concorrenza, il metodo che la stazione appaltante andrà a impiegare deve in ogni caso soddisfare alcune specifiche condizioni, dettate dal medesimo articolo 68: a) essere basato su criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori e, se non è stato previsto per

¹²⁷ Sul punto, vd. par. 2.4.

un'applicazione ripetuta o continua, non deve favorire né svantaggiare indebitamente taluni operatori economici; b) deve essere accessibile a tutte le parti interessate; c) i dati richiesti devono poter essere forniti con ragionevole sforzo da operatori economici normalmente diligenti, compresi gli operatori economici di Paesi terzi parti dell'AAP o di altri accordi internazionali che l'Unione è tenuta a rispettare.

Si segnala peraltro l'introduzione, tra i criteri qualitativi di aggiudicazione, anche di profili di carattere tipicamente soggettivo, quale, ai sensi dell'articolo 67, comma 2, lett. b), quello dell'*“organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto”*.

È stato in proposito rilevato che, in base alla precedente giurisprudenza comunitaria, tali profili, investendo l'elemento soggettivo, non potevano tendenzialmente essere utilizzati ai fini della selezione dell'appaltatore per i possibili effetti distorsivi che avrebbero potuto comportare a favore di aziende da più tempo presenti sul mercato. Si riteneva, infatti, che tra i criteri di valutazione delle offerte, non si potessero includere elementi attinenti alla capacità tecnica dell'impresa (certificazione di qualità e pregressa esperienza presso soggetti pubblici e privati), ma solo quelli relativi alla qualità dell'offerta, alla luce dei principi ostativi a ogni commistione fra i criteri soggettivi di qualificazione e criteri afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione¹²⁸.

La giurisprudenza aveva peraltro da tempo elaborato anche un orientamento, meno rigido, che riteneva che il principio della netta separazione tra criteri soggettivi di qualificazione e criteri di aggiudicazione dovesse essere interpretato in modo tale da consentire alle stazioni appaltanti – nei casi in cui determinate caratteristiche soggettive del concorrente, direttamente riguardanti l'oggetto del contratto, potessero essere valutate anche per la selezione dell'offerta – di prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo, concernenti, in particolare, la specifica attitudine del

¹²⁸ Cfr. sul punto, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 28 agosto 2013 n. 4191, in www.giustizia-amministrativa.it.

concorrente, anche sulla base di analoghe esperienze pregresse, a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara¹²⁹.

L'articolo 67, comma 2, lett. b), ha seguito tale ultimo approccio. Come rilevato dai primi commentatori, in ossequio ai surrichiamati principi generali, dovrebbe comunque ritenersi ancora valido anche l'insegnamento secondo cui la predetta "commistione" è da considerarsi ammissibile, se e in quanto, per un verso, gli aspetti dell'attività dell'impresa da valorizzare ai fini dell'assegnazione del punteggio possano effettivamente illuminare la qualità dell'offerta e, per altro verso, lo specifico punteggio assegnato, ai fini dell'aggiudicazione, per attività analoghe a quella oggetto dell'appalto, non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo¹³⁰.

Prima di passare ad analizzare le norme di recepimento delle predette disposizioni in ambito nazionale, è opportuno, ai fini della presente indagine, soffermare l'attenzione sulla previsione, nell'articolo 56 della direttiva ("*Principi generali sulla selezione dei partecipanti*"), della possibilità per le Amministrazioni aggiudicatrici di decidere di posticipare la verifica dell'assenza dei motivi di esclusione dei partecipanti e del rispetto dei criteri di selezione qualitativa delle offerte ad un momento successivo alla disamina di queste ultime, con l'unico limite di garantire che l'esito di tale disamina non condizioni il successivo espletamento della medesima verifica, che deve quindi in ogni caso essere effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato ad un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 57 o che non soddisfi i criteri di selezione prestabiliti dall'Amministrazione aggiudicatrice. La riferita possibilità di inversione del momento di disamina delle offerte e di quello di verifica della relativa ammissibilità può, peraltro, ai sensi dello stesso articolo, essere limitata dagli Stati membri anche a determinati tipi di appalti o a circostanze specifiche.

La previsione, fortemente innovativa, ha il chiaro scopo di semplificare e accelerare le procedure, evitando un aggravio procedimentale, che potrebbe poi

¹²⁹ Cfr., *inter alia*, Cons. Stato, Sez. V, 3 ottobre 2012 n. 5197, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹³⁰ Si veda sull'argomento L. GRISELLI, *Criteri di aggiudicazione* (bussola del 25 luglio 2016), in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016.

rivelarsi inutile qualora le verifiche effettuate si riferiscano ad offerte non utilmente collocate in graduatoria. Il legislatore euro-unitario si è comunque preoccupato di sollecitare gli Stati membri a disciplinare la procedura in modo da evitare che l'esperto confronto tra le offerte possa influenzare indebitamente il successivo controllo sulla loro ammissibilità.

Il legislatore italiano non ha tuttavia ritenuto di prevedere tale possibilità.

Il Codice del 2016 recepisce i nuovi obiettivi perseguiti dalle direttive del 2014 in tema di aggiudicazione ed esecuzione dei contratti pubblici, sottolineando, all'articolo 30, rubricato "*Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni*", che l'affidamento e l'esecuzione dei suddetti contratti devono primariamente garantire la qualità delle prestazioni, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Solamente in seconda battuta, afferma poi che le stazioni appaltanti rispettano – "*altresì*" – i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità.

In linea con i richiamati obiettivi euro-unitari, il legislatore delegato specifica poi che il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti espressamente consentiti dalle norme vigenti e dallo stesso Codice, agli eventuali criteri previamente definiti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.

Significativo è anche il richiamo, al successivo comma 3, con specifico riferimento alla fase di esecuzione, all'esigenza di rispettare gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali.

L'attenzione per il rilancio dell'economia, oltre che per la redistribuzione della ricchezza e per la lotta alla corruzione, è manifestata anche nell'espressa prescrizione, al comma 7, che "*i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese*" (vd. *infra*, par. 3).

Le nuove disposizioni euro-unitarie sui criteri di aggiudicazione dei contratti pubblici sono più specificamente recepite nel diritto interno all'articolo

95 del Codice, rubricato “*Criteri di aggiudicazione dell’appalto*”, corrispondente, quanto al principio di delega recepito, all’articolo 1, comma 1, lett. p), ff), gg), oo), ddd), eee), fff) e ggg), della legge n. 11 del 2016 e, quanto alla disciplina previgente, agli artt. 81, 82 e 83 del d.lgs. 163/2006.

Tale articolo dispone testualmente, ai primi due commi, che “*1. I criteri di aggiudicazione non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell’offerta. Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l’efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte. Le stazioni appaltanti verificano l’accuratezza delle informazioni e delle prove fornite dagli offerenti. 2. Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici, le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono all’aggiudicazione degli appalti e all’affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell’elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all’articolo 96*”.

La norma enuncia quindi il principio, che costituisce una delle più importanti novità del nuovo sistema di affidamento delle commesse pubbliche, che, conformemente alle previsioni della direttiva 24/2014, l’utilizzo del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa costituisce la regola per l’aggiudicazione dei contratti pubblici, mentre l’utilizzo del criterio del prezzo più basso è divenuto possibile unicamente in determinate ipotesi tassativamente individuate e previa adeguata motivazione della stazione appaltante.

In particolare, il Codice elenca, al comma 4 dell’articolo 95, gli unici tre casi in cui è possibile, sempre previa adeguata motivazione, utilizzare il criterio del “minor prezzo”. Tali ipotesi tassative si caratterizzano per il fatto che la qualità dell’offerta è stata già garantita *aliunde* (lett. a: “*i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro, purché la procedura di gara avvenga sulla base del*

progetto esecutivo)” o per il fatto che la standardizzazione del servizio o della fornitura messa a gara esclude la necessità di accertare la qualità delle singole offerte (lett. b: “*i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato*” e lett. c: “*i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia di cui all’articolo 35, [e cioè le soglie comunitarie] caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo*”).

Fuori dalle suddette ipotesi derogatorie, l’unico criterio di aggiudicazione utilizzabile è dunque quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, sia esso declinato sulla base del costo più basso o del rapporto qualità/prezzo¹³¹.

Come è facile constatare, il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa è diametralmente mutato rispetto alla sua originaria accezione, che riguardava esclusivamente parametri incentrati sulla valutazione qualitativa dell’offerta. La riportata disposizione, infatti, impone, per la prima volta in modo espresso, l’inclusione tra i parametri di valutazione qualitativa delle offerte, non solo di indici “sincronici”, come il rapporto qualità/prezzo, ma anche di termini di raffronto “diacronici”, quale la comparazione costo/efficacia, che impone un’analisi, anche dilazionata nel tempo, delle proposte in competizione, tenendo conto, in linea con l’attenzione che la direttiva 24/2014 riserva alle tematiche ambientali, del costo del ciclo di vita, disciplinato dettagliatamente all’articolo 96.

Con riferimento ai primi indici, l’articolo 95 stabilisce, in particolare, che la valutazione del miglior rapporto qualità/prezzo deve essere effettuata sulla base di “*criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali connessi all’oggetto dell’appalto*”; e aggiunge, tra i suddetti criteri oggettivi di valutazione, parametri quali il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, l’accessibilità per le persone con disabilità, il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali, il costo di utilizzazione e manutenzione riferiti all’intero ciclo di vita dell’opera, bene o servizio “*con l’obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un’economia circolare che promuova ambiente*

¹³¹ Cfr. Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, 1 aprile 2016 n. 855, *cit.*

e occupazione”, il servizio successivo alla vendita e assistenza tecnica, le condizioni di consegna¹³².

Come la direttiva, il Codice include, poi, tra i suddetti parametri, quello afferente l’organizzazione, le qualifiche e l’esperienza del personale effettivamente utilizzato nell’appalto, nel caso in cui la qualità del personale incaricato possa avere un’influenza significativa sul livello dell’esecuzione dell’appalto. Si tratta dell’unico parametro a carattere strettamente soggettivo, afferendo non già alla prestazione, bensì all’organizzazione dell’offerente. Alcuni commentatori hanno pertanto segnalato il rischio che il parametro, se non correttamente utilizzato, possa creare possibili effetti distorsivi, avvantaggiando le aziende da più tempo presenti nel mercato¹³³.

In proposito è stata richiamata la già citata giurisprudenza, che in passato aveva rilevato l’inopportunità di includere, tra i criteri di valutazione delle offerte, elementi attinenti alla capacità tecnica dell’impresa (certificazione di qualità e pregressa esperienza presso soggetti pubblici e privati), anziché alla qualità dell’offerta, “*alla luce dei principi ostativi ad ogni commistione fra i criteri soggettivi prequalificazione e criteri afferenti alla valutazione dell’offerta ai fini dell’aggiudicazione*”¹³⁴.

In disparte la considerazione che il nuovo criterio è, come già visto, introdotto dalla stessa direttiva 24/2014 all’articolo 67, comma 2, lett. b), e il richiamo al diverso orientamento giurisprudenziale, citato *supra* in riferimento a tale disposizione, merita tuttavia precisare che proprio la richiamata giurisprudenza, nell’affermare la necessità di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli pertinenti all’offerta e all’aggiudicazione,

¹³² Cfr. tra gli altri criteri individuati dall’articolo 95, il possesso di un marchio di qualità ecologica dell’Unione Europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi oggetti del contratto, in misura pari o superiore al 30% del relativo valore; la compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra associate all’attività dell’azienda, calcolate secondo i metodi stabiliti in base alla raccomandazione della Commissione Europea n. 2013/179/UE.

¹³³ Cfr. F. ELEFANTE, *I criteri di aggiudicazione*, in *Guida al diritto*, 2016, 26.

¹³⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 agosto 2013 n. 4191, *cit.*; Id., 3 ottobre 2012 n. 5197, in www.giustizia-amministrativa.it; CGUE, 24 gennaio 2008 causa C-532/06, *Lianakis e a.*, Racc. I-251.

ha rimarcato che non possono, infatti, rientrare tra questi ultimi “*i requisiti soggettivi in sé considerati, avulsi dalla valutazione dell’incidenza dell’organizzazione sull’espletamento dello specifico servizio da aggiudicare*”. Proprio quest’ultimo criterio dovrebbe quindi guidare le stazioni appaltanti nell’utilizzazione del parametro organizzativo ai fini della determinazione del punteggio.

Il rischio di una commistione tra parametri oggettivi e soggettivi di valutazione delle offerte è dato piuttosto dalla possibilità per la stazione appaltante di attribuire – pur con la solita clausola di compatibilità con il diritto dell’Unione Europea e con i richiamati principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità – punteggi aggiuntivi (c.d. “premiati”) in relazione al maggior *rating* di legalità dell’offerente, nonché per agevolare la partecipazione alle procedure di affidamento per le micro imprese, per le piccole e medie imprese, per i giovani professionisti e per le imprese di nuova costituzione¹³⁵.

Si tratta di una delle novità più pubblicizzate del Codice, che si correla anche ai nuovi importanti poteri dell’ANAC, in relazione al *rating* di legalità

Quanto sin qui osservato – ferma evidentemente la necessità di dar conto analiticamente, già *ex ante*, dei criteri di ponderazione attribuiti a ciascuno dei suddetti parametri, nonché l’espressa individuazione, ove necessario, di appositi subcriteri – rivela, in ogni caso, il riconoscimento alle Amministrazioni aggiudicatrici di un’ampia discrezionalità nella definizione e valutazione degli elementi qualitativi, rafforzata con riferimento alla qualità delle offerte nella loro prospettiva diacronica.

¹³⁵ Cfr. d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, articolo 95, comma 13.

2. Il soccorso istruttorio.

Come anticipato nella prima parte del presente lavoro, un'ulteriore, importante, novità nell'attuale sistema di affidamento dei contratti pubblici è indubbiamente rappresentata dall'approccio di tipo sostanzialista abbracciato dalle direttive del 2014, che, come ha ispirato la richiamata possibilità di *self cleaning* in presenza di uno dei motivi di esclusione previsti dall'articolo 57 della direttiva, ha indotto il legislatore euro-unitario a dimostrare un espresso *favor* per l'istituto del "soccorso istruttorio", al quale il Codice ha specificamente dedicato l'articolo 83.

In coerenza con i nuovi obiettivi di efficienza ed economicità, l'articolo 56 della direttiva 24 dispone invero che, qualora le informazioni o la documentazione richieste agli operatori economici siano o sembrano essere incomplete o non corrette, o qualora manchino documenti specifici, le Amministrazioni aggiudicatrici, salvo apposite diverse previsioni del diritto nazionale in sede di recepimento della medesima direttiva, possono chiedere agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, esplicitando naturalmente, ancora una volta, la "*condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza*".

Il nuovo approccio era stato per vero anticipato dal nostro diritto interno, che, proseguendo nell'approccio sostanzialista che aveva già ispirato nel 2011 – d.-l. 70, convertito, con modificazioni nella l. 106 – l'introduzione della regola della rigorosa tassatività delle cause di esclusione, nel 2014 – d.-l. 90, convertito, con modificazioni, nella l. 133 –, anche nella speranza di porre fine al dilagante contenzioso sul possesso dei requisiti di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, aveva ridefinito i confini dell'istituto, già disciplinato dall'art. 46 del Codice del 2006, differenziandolo significativamente dalla disciplina generale del soccorso istruttorio procedimentale disegnata dall'articolo 6 della l. n. 241 del 1990, ma anche rispetto alla conformazione che esso aveva assunto nell'elaborazione giurisprudenziale nell'ambito delle procedure di affidamento di commesse pubbliche.

Il difficile bilanciamento tra l'interesse alla scelta del miglior contraente in un'ottica di massima partecipazione e quello alla *par condicio* rispetto ai concorrenti che avevano diligentemente rispettato le disposizioni sulla presentazione della documentazione di gara aveva invero determinato un notevole contenzioso sui limiti contenutistici del soccorso istruttorio. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato aveva, in particolare, precisato che il rimedio era utilizzabile solo per chiarire o integrare il contenuto di dichiarazioni o documenti già prodotti in sede di gara nel termine perentorio fissato dalla *lex specialis*, ma non poteva consentire di rimettere in termini i concorrenti per ciò che concerne la produzione di dichiarazioni o documentazioni mancanti e attinenti ad elementi essenziali dell'offerta.

L'ambito di applicazione dell'art. 46 era inoltre, in origine, specificamente circoscritto ai requisiti di partecipazione (di ordine generale; di idoneità professionale; di qualificazione relativi agli appalti di lavori pubblici; di capacità economica e tecnica dei fornitori e prestatori di servizi; di rispetto delle norme di garanzia della qualità e delle norme di gestione ambientale; di iscrizione negli elenchi ufficiali di fornitori o prestatori di servizi) e non poteva mai condurre a supplire a carenze dell'offerta o a completarla delle dichiarazioni mancanti dopo il termine fissato nel bando, salva la mera rettifica di errori materiali o refusi¹³⁶.

In estrema sintesi, prima della riforma del 2014, la disposizione consentiva la regolarizzazione della documentazione relativa al possesso dei requisiti essenzialmente all'unico fine di rimediare ad incertezze o equivoci generati dall'ambiguità delle clausole del bando e della lettera d'invito o comunque presenti nella normativa applicabile alla concreta fattispecie, mentre l'inosservanza di specifici oneri documentali o dichiarativi posti a pena di esclusione determinava inevitabilmente l'esclusione dei concorrenti.

Come prontamente rilevato dall'ANAC nella determinazione dell'8 gennaio 2015, la novella legislativa determinava pertanto un superamento dei

¹³⁶ Cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 2012 n. 467; Id., 11 aprile 2011 n. 2228; Id. 9 novembre 2010 n. 7963; Id., 22 febbraio 2010 n. 1038; Id., Sez. IV, 10 maggio 2007 n. 2254; Cons. Giust. Amm. Sicilia, 27 dicembre 2006 n. 802; Cons. Stato, Sez. V, 11 febbraio 2005 n. 392, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

suddetti limiti *“comportando un'inversione radicale di principio; inversione in base alla quale è generalmente sanabile qualsiasi carenza, omissione o irregolarità, con il solo limite intrinseco dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e di inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara”*.

A maggior ragione, alla luce della presa di posizione delle direttive 2014, la legge delega per il relativo recepimento, dando il massimo spazio all'istituto, ha quindi previsto, tra i principi e criteri direttivi per il nuovo Codice – oltre alla riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti e alla semplificazione delle procedure di verifica del possesso dei requisiti con particolare riguardo all'accertamento di quelli di qualificazione (costantemente aggiornati attraverso l'accesso a un'unica banca dati centralizzata gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti) – l'attribuzione ai concorrenti della *“piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda”* a condizione che *“non attenga agli elementi oggetto di valutazioni sul merito dell'offerta”* (art. 1, comma 1, lett. z).

Il Codice del 2016 si occupa del soccorso istruttorio al comma 9 dell'articolo 83, disciplinandolo nei termini di seguito sintetizzati.

In antitesi con quanto sostenuto dall'ANAC nel 2015, il legislatore delegato esclude la sanabilità con soccorso delle *“irregolarità essenziali e le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”*. Sono parimenti espressamente insanabili le mancanze, incompletezze e afferenti all'offerta tecnica ed economica.

In caso di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, il soccorso è invece ammesso, ma il concorrente è tenuto al pagamento di una *“sanzione pecuniaria”* stabilita dal bando di gara (entro il limite massimo di 5.000 euro) e al rispetto di un termine non superiore a dieci giorni per l'integrazione nel rispetto dell'indicazione del *“contenuto e dei soggetti che le devono rendere”* e per presentare il documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione.

Il soccorso è infine in ogni caso ammesso, senza alcuna sanzione, in caso di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali ovvero di mere irregolarità formali¹³⁷, fermo il rispetto del termine fissato per la regolarizzazione. Non è più contemplata, pertanto, alcuna ipotesi di irregolarità che non dia luogo a soccorso istruttorio¹³⁸.

¹³⁷ Lo strumento si estende in questo modo anche a vizi che il Codice del 2006 escludeva dal suo perimetro, riproducendo, quanto al regime procedurale, la categoria introdotta in via ermeneutica dall'ANAC, delle “*dichiarazioni o elementi “esigibili” ai fini di una celere verifica dell'autodichiarazione resa dal concorrente*”.

¹³⁸ In tema cfr. F. APERIO BELLA, *Soccorso istruttorio* (bussola del 2 maggio 2016), in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016.

3. La tutela delle PMI.

Nell'analizzare i nuovi principi informativi che hanno guidato il legislatore euro-unitario del 2014 si è già visto come favorire l'accesso delle PMI al mercato dei contratti pubblici costituisca uno degli obiettivi più declamati delle nuove direttive, che individuano lo strumento per perseguirlo nel frazionamento dei contratti, in modo da renderli accessibili alle inferiori capacità economiche di tali imprese.

Nelle direttive del 2004, infatti, le PMI venivano prese in considerazione esclusivamente dal considerando 32, che prevedeva che *“per favorire l'accesso alle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, è necessario prevedere disposizioni in materia di subappalto”*, in quanto vi era il malcelato sospetto che il frazionamento degli appalti potesse comportare l'elusione delle regole pro concorrenziali.

Solo nel 2008, con il citato Codice europeo di buone pratiche e con il c.d. *“Small Business Act”*¹³⁹, si iniziò a guardare con maggiore attenzione al ruolo delle PMI in sede di contrattazione pubblica¹⁴⁰.

Sulla spinta di tali indicazioni euro-unitarie, con il d.-l. 201/2011 sono stati inseriti all'articolo 2 (“Principi”) del d.lgs. 163/2006 i commi 1-*bis* e 1-*ter*, che, al fine di allargare l'accesso delle PMI al mercato, prevedevano la possibilità per le stazioni appaltanti, *“ove possibile ed economicamente conveniente”*, di suddividere gli appalti in lotti funzionali e l'onere in capo alle stesse di motivare un'eventuale scelta contraria¹⁴¹.

¹³⁹ *“Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale e al comitato delle Regioni”* del 25 settembre 2008, COM (2008) 394, in www.eur-lex.europa.eu.

¹⁴⁰ Il Codice europeo di buone pratiche, *cit.*, evidenzia infatti che *“la percentuale degli appalti al di sopra delle soglie UE aggiudicati alle PMI nel 2005 è stata pari al 42% in termini di valore e al 64% in termini di numero di contratti”*.

¹⁴¹ A dire il vero siffatta previsione non differisce particolarmente da analoga disposizione contenuta nel r.d. 23 maggio 1924 n. 827 (Regolamento di Contabilità pubblica), che imponeva le procedure ad evidenza pubblica per la stipula di contratti che comportassero un'entrata o una spesa dello Stato e stabiliva che le forniture, i trasporti e i lavori fossero *“possibilmente”* suddivisi in lotti

Tali innovazioni normative non hanno però comportato una concreta promozione dell'accesso al mercato delle PMI, dal momento che l'inciso *“ove possibile ed economicamente conveniente”* ha consentito il più delle volte alle stazioni appaltanti di disattendere l'intento del legislatore nazionale, spesso anche con l'avallo dell'AVCP (oggi ANAC)¹⁴², sulla base della valutazione della

quando ciò fosse *“più vantaggioso per l'amministrazione”* (articolo 37). Il decreto statuiva inoltre che, con riferimento ad una sola opera oppure ad un solo lavoro, la suddivisione era possibile *“in caso di speciali necessità indicate nel decreto di approvazione del contratto”* (articolo 43) e che, qualora l'appaltatore o il fornitore fossero la stessa persona e le forniture e i lavori fossero parte di una sola impresa, era vietata la *“divisione artificiosa in plurimi e diversi contratti”*. Successivamente, la legge 11 febbraio 1994, n. 109 (Legge quadro sui lavori pubblici – c.d. Legge Merloni) ha previsto la possibilità per le Amministrazioni di inserire nella programmazione annuale uno solo o più lotti d'intervento, purché fosse stata elaborata la progettazione preliminare dell'opera nella sua interezza e fossero state quantificate le risorse per la realizzazione, oltre alla nomina ad opera dell'amministrazione aggiudicatrice, nell'ambito del personale ad essa addetto, di un soggetto idoneo a certificare la funzionalità, fruibilità e fattibilità di ciascun lotto ex articolo 14, comma 7, norma poi sostanzialmente trasfusa nell'articolo 128, comma 7, del Codice dei contratti pubblici.

¹⁴² Cfr. *ex multis* AVCP, parere 13 settembre 2012, AG 18/12, che, pur ravvisando il *favor* del legislatore interno nei confronti del frazionamento degli appalti, ne ha escluso la possibilità nel caso di specie rilevando che *“la stazione appaltante dovrà inoltre valutare con grande attenzione il quadro generale dei costi e dei benefici di una gara suddivisa in lotti, da cui consegue la stipula di più contratti. La gestione di plurimi contratti, infatti, potrebbe comportare per l'ente un incremento dei costi in relazione al potenziale aumento del contenzioso giurisdizionale. La suddivisione in lotti, poi, dovrà essere tecnicamente possibile ma anche economicamente vantaggiosa e ciò impone alla stazione appaltante che voglia attuarla un'analisi che ponga a confronto tale scelta con moduli organizzativi della fornitura alternativi, capaci di valorizzare, ad esempio, anche la grande distribuzione che offre, come noto, una presenza sul territorio più capillare delle piccole e medie imprese. E' certo, infatti, che la doverosità della suddivisione dell'appalto al fine di favorire le piccole e medie imprese non può andare a discapito dell'economica gestione della commessa pubblica, come del resto impone lo stesso articolo 2 del Codice dei contratti pubblici. È vero, infatti, che tale norma qualifica come doveroso il frazionamento se diretto a favorire le piccole e medie imprese, a condizione però che siano rispettati gli altri presupposti quali la possibilità tecnica e il vantaggio economico del frazionamento, valori che non possono in alcun caso essere sacrificati, pena l'illegittimità del frazionamento”*.

sfavorevole incidenza della suddivisione dell'appalto in lotti sul quadro generale dei costi.

In questo contesto sopravvengono le direttive del 2014, che, come visto, si segnalano per una forte spinta alla facilitazione dell'accesso delle PMI al mercato.

La normativa interna di recepimento appare, tuttavia, *prima facie*, di impatto per lo più programmatico, caratterizzandosi per l'esiguità di disposizioni dirette a specificare quali siano le concrete modalità mediante le quali i criteri di partecipazione dovrebbero favorire l'accesso al mercato delle PMI¹⁴³.

Analogamente al citato articolo 30, comma 7, infatti, l'articolo 36 prescrive che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 debba avvenire, oltre che nel rispetto dei principi summenzionati di cui all'articolo 30, comma 1, anche nel rispetto del principio di rotazione e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle PMI.

L'articolo 41 – nell'enunciare la necessità di individuare, entro un anno dalla data di entrata in vigore del Codice, le misure di revisione e di incremento dell'efficacia delle procedure di appalto, degli accordi quadro, delle convenzioni e in genere delle procedure utilizzabili da Consip, dai soggetti aggregatori e dalle centrali di committenza, finalizzate a migliorare la qualità degli approvvigionamenti e ridurre i costi e i tempi di espletamento delle gare – evidenzia del pari la necessità di promuovere anche un sistema di reti di committenza volto a determinare un più ampio ricorso alle gare e agli affidamenti di tipo telematico e, in particolare, l'effettiva partecipazione delle microimprese e delle piccole e medie imprese, nel rispetto delle disposizioni stabilite dal Codice e dalla normativa dell'Unione Europea, e onera i summenzionati soggetti aggiudicatori della trasmissione alla Cabina di regia¹⁴⁴ e all'ANAC, entro trenta

¹⁴³ La scarsa incisività della normativa interna in tema di promozione delle PMI era del resto stata evidenziata già all'esame della sola legge delega 11/2016 da R. INVERNIZZI, *L. 11/2016; la suddivisione in lotti e le PMI*, Milano, 2016, che esprimeva le perplessità dell'autore in merito all'utilità dei generici criteri ivi contenuti in materia ai fini di un effettivo miglioramento delle condizioni di accesso al mercato delle PMI.

¹⁴⁴ La Cabina di regia, prevista dall'art. 212 del Codice, si è insediata il primo dicembre 2016 presso il Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi (DAGL) della Presidenza del Consiglio

giorni dall'adozione di detti provvedimenti di revisione, di una relazione sull'attività di revisione svolta, mirata a evidenziare gli accorgimenti adottati per garantire l'effettiva partecipazione delle PMI.

Anche l'articolo 212, rubricato *“Indirizzo e coordinamento”* prevede al comma 3 che *“entro il 18 aprile 2017 [ovvero entro un anno dall'entrata in vigore del Codice] e successivamente ogni tre anni, la Cabina di regia, anche avvalendosi di ANAC, presenta alla Commissione una relazione di controllo contenente, se del caso, informazioni sulle cause più frequenti di non corretta applicazione o di incertezza giuridica, compresi possibili problemi strutturali o ricorrenti nell'applicazione delle norme, sul livello di partecipazione delle microimprese e delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici e sulla prevenzione, l'accertamento e l'adeguata segnalazione di casi di frode, corruzione, conflitto di interessi e altre irregolarità gravi in materia di appalti e*

dei Ministri e ha iniziato le proprie attività, con il compito di: a) effettuare la ricognizione sullo stato di attuazione del codice ai vari livelli istituzionali e sulle difficoltà riscontrate dalle stazioni appaltanti nella fase di applicazione, anche al fine di proporre eventuali soluzioni correttive e di miglioramento; b) esaminare eventuali proposte di modifiche normative nella materia disciplinata dal codice al fine di valutarne l'impatto sulla legislazione vigente, garantire omogeneità e certezza giuridica; c) promuovere la diffusione dell'utilizzo degli strumenti informatici e della digitalizzazione delle fasi del processo di acquisto; d) segnalare eventuali specifiche violazioni o problemi sistemici all'ANAC; e) presentare le relazioni di controllo previste dalla normativa europea. La composizione e le modalità di funzionamento della Cabina di regia sono definite dal d.P.C.M. 10 agosto 2016, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 203 del 31 agosto 2016. La Cabina di regia è presieduta dal Capo del DAGL ed è composta dal Capo dell'Ufficio legislativo del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, con funzioni di vice presidente, e da rappresentanti effettivi e supplenti designati da amministrazioni, autorità ed organismi interessati (Dipartimento per le politiche europee, Ministero dell'Economia e delle Finanze, ANAC, Regioni e Province autonome, autonomie locali, AgID e CONSIP). Il DPCM 8 novembre 2016 individua i componenti dell'organismo. La Cabina di regia, già nella seduta di insediamento, ha avviato le proprie attività esaminando lo stato di attuazione del codice nonché il tema delle difficoltà riscontrate dalle stazioni appaltanti in fase di applicazione, anche al fine di avviare l'individuazione di eventuali soluzioni di miglioramento del Codice, in vista dell'elaborazione del provvedimento correttivo previsto dall'articolo 1, comma 8, della legge delega n. 11 del 28 gennaio 2016. A tale scopo, la Cabina di regia ha deliberato di avviare, nel mese di dicembre, una consultazione rivolta a tutte le stazioni appaltanti.

di concessioni”, a conferma dell’interesse dimostrato, quantomeno sul piano programmatico dal nostro legislatore nazionale per la tutela delle PMI.

Ancora, l’articolo 83, nel riservare alle linee guida dell’ANAC il compito di disciplinare, per l’affidamento di lavori, il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente e la documentazione richiesta ai fini della dimostrazione del loro possesso, si limita ad affermare che tale disciplina è rivolta anche a favorire l’accesso da parte delle PMI; e l’articolo 84 si preoccupa, in termini però ancora una volta assai vaghi, di evidenziare la necessità di ammorbidire i criteri, previsti dalle medesime linee guida, per la determinazione dei corrispettivi dell’attività di qualificazione, in rapporto all’importo complessivo ed al numero delle categorie generali o specializzate cui si richiede di essere qualificati, qualora il soggetto richiedente la qualificazione sia una PMI.

Altra norma di grande impatto programmatico ma ancora incerta nelle sue concrete modalità attuative è quella, prevista dal comma 13 dell’articolo 95, che, prevedendo l’onere per le Amministrazioni aggiudicatrici di indicare, nel rispetto dei più volte citati principi, i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell’offerta in relazione al maggior *rating* di legalità dell’offerente, ne sottolinea lo scopo, tra gli altri, di agevolare la partecipazione alle procedure di affidamento per le PMI.

L’articolo 51, diversamente, si rivela di immediato impatto prevedendo che *“al fine di favorire l’accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti”* funzionali o prestazionali, di valore adeguato a garantire l’effettiva partecipazione delle PMI, e obbligando le medesime a motivare la mancata suddivisione in lotti dell’appalto messo a gara nel bando oppure nella lettera di invito. Nella documentazione di gara, le stazioni appaltanti, a norma del comma 2, devono inoltre indicare se le offerte possono essere presentate per uno o più lotti e se questi ultimi possono essere aggiudicati a un solo offerente, secondo regole e criteri oggettivi e non discriminatori, a tutela della *par condicio* e della massima apertura delle gare pubbliche alla concorrenza.

Anche l’articolo 174, nel reintrodurre nel nostro ordinamento, in recepimento dell’articolo 71 della direttiva 24/2014, l’obbligo per gli operatori

economici (soppresso dall'articolo 9 della l. 18 novembre 1998, n. 415) di indicare in sede di offerta, in alcuni casi ivi espressamente previsti¹⁴⁵, i nominativi¹⁴⁶ tra cui selezionare il futuro subappaltatore, ne esclude espressamente l'applicazione nei confronti delle PMI, rivelandosi così di immediato impatto, prevedendo pure, qualora la natura del contratto lo consenta, l'obbligo per le stazioni appaltanti di procedere al pagamento diretto dei subappaltatori che siano PMI¹⁴⁷, sempre che la verifica della regolarità contributiva e retributiva dei dipendenti del subappaltatore abbia avuto esito positivo.

In conclusione sul tema – in disparte quanto si osserverà anche in riferimento alla tutela giurisdizionale al paragrafo 2.5 – si può affermare che, benché nel nuovo Codice si rinvenivano alcune disposizioni di indubbio pregio, volte a correggere alcuni aspetti storicamente penalizzanti nei confronti delle PMI, in modo tale da consentire a queste ultime di poter cogliere al meglio le opportunità del mercato degli appalti pubblici, la strada per fare in modo che le PMI non vengano più penalizzate nelle gare di appalto è ancora lunga.

Per colmare realmente il *gap* che le separa dalle grandi imprese occorrerebbe innanzitutto vigilare attentamente sull'attuazione del Codice con un meccanismo che garantisca alle PMI l'effettiva partecipazione alle gare e presentare alle Camere il disegno di legge annuale per la tutela e lo sviluppo delle PMI, previsto dallo Statuto delle imprese¹⁴⁸.

¹⁴⁵ “a) concessione di lavori, servizi e forniture per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione; b) concessione di lavori, servizi e forniture per i quali risulti possibile reperire sul mercato una terna di nominativi di subappaltatori da indicare, atteso l'elevato numero di operatori che svolgono dette prestazioni”.

¹⁴⁶ Questa volta nel numero di tre, a differenza della normativa nazionale previgente summenzionata, che prevedeva l'indicazione del nominativo dei futuri subappaltatori in numero da 1 a 6.

¹⁴⁷ Per le altre imprese subappaltatrici, invece, il pagamento diretto può avvenire solo in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore o in caso di richiesta del subappaltatore.

¹⁴⁸ In questi termini il Presidente di Confartigianato, Giorgio Merletti, che rinviene le novità più positive apportate dal nuovo Codice in particolare nell'obbligo imposto alle stazioni appaltanti di pagare in via diretta i subappaltatori alle microimprese, nella suddivisione in lotti di lavorazione o

4. Lo sviluppo sostenibile e la tutela dell'ambiente.

Lo sviluppo sostenibile è una forma di sviluppo economico, caratterizzato dalla compatibilità con la salvaguardia dell'ambiente e dei beni liberi per le generazioni future, i cui obiettivi sono essenzialmente costituiti dalla prosperità economica della società, dalla coesione sociale, dalla sostenibilità ambientale e dal buon governo¹⁴⁹.

Tale processo si concretizza attraverso un percorso dinamico, caratterizzato da meccanismi volti a rendere più efficienti le procedure e i risultati dell'azione amministrativa, senza peraltro ridurre il potere discrezionale delle pubbliche Amministrazioni, bensì incoraggiando queste ultime a scegliere sempre gli obiettivi e i processi più virtuosi.

Il primo invito diretto dal legislatore euro-unitario a quelli dei singoli Stati membri a riconoscere la possibilità per gli enti aggiudicatori di prendere in considerazione, nel corso del processo di selezione del contraente, anche fattori di ordine non economico, tra i quali quelli volti alla tutela dell'ambiente, è contenuto nelle direttive del 2004¹⁵⁰. In particolare, il considerando 5 prevedeva che *“conformemente all'articolo 6 del trattato, le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente sono integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e*

prestazionali, nella restituzione alle imprese della libertà di scelta del contratto da applicare e nell'anticipazione del prezzo pari al 20%, pur subordinata ad una fideiussione, in F. VINCIARELLI, *Nuovo codice appalti: luci e ombre*, in www.pmi.it.

¹⁴⁹ Dal momento che l'esatto significato della locuzione “sviluppo sostenibile” non è stato ancora precisato da alcuna fonte normativa, varie sono le definizioni che ne sono state date. Tra queste particolare rilievo assume, anche in considerazione della precoce data in cui è stata resa, quella rinvenibile nel documento DEFRA del 7 marzo 2005 *“Securing the Future, delivering the UK sustainable development strategy”*, ove lo sviluppo sostenibile viene connesso indissolubilmente con un approccio globale rivolto al perseguimento del benessere sociale, ovvero *“living within environmental limits, ensuring a strong, healthy and fair society, and achieving a sustainable economy, promoting good governance, using sound science responsibly”*.

¹⁵⁰ Le precedenti direttive non si occupavano infatti di tale questione, sebbene vi erano già stati numerosi interventi di vario livello in questo senso, tra i quali il Libro verde del 1996, il Libro bianco del 1998, le comunicazioni del 2000, del 2001 e del 2003, oltre a vari programmi di azione ambientale.

azioni comunitarie di cui all'articolo 3 del trattato, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile. La presente direttiva chiarisce dunque in che modo le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile garantendo loro al tempo stesso di poter ottenere per i loro appalti il miglior rapporto qualità/prezzo”, per poi precisare al successivo considerando che nessuna disposizione della presente direttiva dovrebbe vietare di imporre o di applicare misure necessarie alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, della salute, della vita umana e animale o alla preservazione dei vegetali, in particolare nell'ottica dello sviluppo sostenibile, a condizione che dette misure siano conformi al Trattato.

In Italia il percorso per il recepimento delle indicazioni euro-unitarie in materia è iniziato con la legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007), che, al comma 1126, prevedeva la necessità di definire a livello amministrativo le specifiche tecniche relative ai vari settori in modo da fornire alle Amministrazioni parametri tecnici di riferimento da inserire nei bandi di gara, per poi proseguire con la predisposizione del *“Piano d’azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica Amministrazione”*¹⁵¹, che costituisce tutt’oggi il riferimento fondamentale in materia, e dei Criteri ambientali minimi¹⁵², che riportano indicazioni generali volte ad indirizzare l’ente verso una razionalizzazione dei consumi e degli acquisti e forniscono considerazioni ambientali collegate alle diverse fasi delle procedure di gara, volte a qualificare in

¹⁵¹ Il c.d. *“Piano di azione nazionale sul GPP”* è stato adottato con il decreto interministeriale 11 aprile 2008 n. 135 – predisposto dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e dello sviluppo economico, d'intesa con le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, e sottoposto alla approvazione dalla CONSIP S.p.a. – e successivamente aggiornato con il d. min. 10 aprile 2013.

¹⁵² La definizione dei Cam rientra fra i compiti assegnati al Comitato di Gestione. Per la loro elaborazione vengono istituiti dei gruppi di lavoro composti da esperti e referenti delle associazioni di categoria dei produttori. I documenti così elaborati vengono sottoposti ad un confronto con gli operatori economici, tramite le associazioni di categoria e successivamente approvati dal Comitato di Gestione. La stesura finale dei CAM viene inviata ai Ministeri interessati per acquisire eventuali osservazioni. Infine il documento viene adottato con Decreto del Ministero dell’Ambiente e pubblicato in G.U.

termini ambientalistici sia le forniture che gli affidamenti lungo l'intero ciclo di vita del servizio o del prodotto.

In un quadro normativo nazionale di settore costituito essenzialmente da poche scarse disposizioni contenute nel Codice dell'ambiente¹⁵³, nel vecchio Codice¹⁵⁴, oltre che in alcune leggi regionali e in atti ministeriali quali il riferito Piano di azione e i decreti Cam, si è inserito il c.d. “*Collegato ambientale*”¹⁵⁵, recante disposizioni volte a promuovere l'adozione di misure di *green economy* e a contenere l'uso eccessivo delle risorse naturali. Tale testo normativo si è rivelato di grande impatto, in quanto l'articolo 16 (modificativo dell'articolo 75 del d.lgs. 163/2006, ora confluito nell'articolo 93, comma 7, del nuovo Codice) ha previsto significative riduzioni in termini di garanzia finanziaria richiesta agli operatori economici in possesso di certificazioni ambientali quali l'EMAS, la certificazione UNI EN ISO 14001 o la certificazione Ecolabel, ma soprattutto l'articolo 18 (ora

¹⁵³ Cfr. d.lgs. 152/2006 e s.m.i., artt. 180, comma 1, lett. b), 180 *bis*, comma 1, lett. c), e 196, comma 1, lett. p).

¹⁵⁴ Cfr. d.lgs. 163/2006 e s.m.i., artt. 2 (“*il principio di economicità può essere subordinato (...) a criteri ispirati alla tutela dell'ambiente*”); 40 (“*qualificazione per eseguire lavori pubblici*”), 42 (“*capacità tecnica e professionale*”), 44 (“*norme di gestione ambientale*”), 58 (“*dialogo competitivo*”), 68 (“*specifiche tecniche*”), 69 (“*condizioni particolari di contratto*”); 83 (“*criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*”).

¹⁵⁵ Legge 28 dicembre 2015 n. 221 “*Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali*”, entrata in vigore il 2 febbraio 2016, che – fornendo gli elementi giuridici per dare un forte impulso agli appalti verdi, mirati a premiare molto più incisivamente la qualità, ed in particolar modo quella ambientale, e i benefici in termini di risparmio di risorse finanziarie pubbliche e private che tale qualità ambientale determina, nonché valorizzandone la ricaduta positiva nell'arco del ciclo di vita dell'appalto – potrebbe portare a miglioramenti consistenti per l'intero sistema socioeconomico del Paese. In particolare, per le stazioni appaltanti che non hanno ancora familiarizzato con il *Green Procurement*, si dovrebbe aprire un capitolo nuovo della storia degli appalti, in cui la sostenibilità giocherà un ruolo primario. E se il tempo e le risorse non consentono un'integrazione autonoma dei Criteri Ambientali Minimi definiti dal Ministero dell'Ambiente, arrivano in soccorso gli strumenti del portale www.acquistinretepa.it, dove è possibile effettuare gli acquisti verdi e applicare i Criteri ambientali minimi selezionando prodotti e servizi contenuti in convenzioni, accordi quadro e bandi del Mercato elettronico della pubblica Amministrazione facendosi guidare da una fogliolina verde.

confluito nell'articolo 34 del nuovo Codice) ha reso obbligatorio per la prima volta, sebbene per ora con esclusivo riferimento ad alcuni settori, l'inserimento di clausole ecologiche tra le specifiche tecniche richieste dai bandi di gara.

In questo quadro si è inserita la direttiva 24/2014, che richiama lo sviluppo sostenibile al considerando 41 e al considerando 91, riproducti sostanzialmente il dettato dei richiamati considerando 5 e 6 della direttiva 18/2004. Ma la vera innovazione in tema è costituita dal comma 3 dell'articolo 57 della nuova direttiva, rubricato "*Motivi di esclusione*", a norma del quale gli Stati membri possono prevedere, in via eccezionale, una deroga alle esclusioni obbligatorie di cui ai paragrafi 1 e 2 per esigenze imperative connesse a interessi generali, tra i quali richiama espressamente la salute pubblica e la tutela dell'ambiente.

Si è visto *supra* che il principio di parità di trattamento può essere derogato in caso di ragioni obiettive. Ora, si può evidenziare che l'articolo 57 ha di fatto dato conferma normativa a quell'orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, a partire già dall'inizio del nuovo millennio, ha iniziato ad accettare giustificazioni basate sul principio dello sviluppo sostenibile come deroghe al principio di parità di trattamento. Il riferimento è alla causa *Concordia Bus Finland*¹⁵⁶, pronunciandosi sulla quale la Corte di Giustizia ha affermato testualmente che "*l'amministrazione aggiudicatrice, quando decide di attribuire un appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, conformemente all'articolo 36, n. 1, lett. a), della direttiva 92/50, può prendere in considerazione criteri relativi alla tutela dell'ambiente, purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano alla detta amministrazione una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati nel capitolato d'appalto o nel bando di gara e rispettino tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare il principio di non discriminazione*" e ha evidenziato

¹⁵⁶ Cfr. CGUE, 17 settembre 2002 causa C-513/99, *Concordia Bus Finland*, Racc. I-7213, con commento di J.M. FERNANDEZ MARTIN, *Commission of the European Communities v Belgium*, in *Public Procurement Law Review*, 1996, 133; in termini anche, più recentemente, CGUE, 10 maggio 2012 causa C-368/10, *Commissione vs. Paesi Bassi*, in www.federalismi.it, ove si afferma che i requisiti ambientalistici sono di per sé legittimi, a condizione che sia data sufficiente pubblicità agli stessi da parte della stazione appaltante e della documentazione di gara.

che il principio della parità di trattamento non osta a che siano presi in considerazione criteri collegati alla tutela dell'ambiente per il solo fatto che l'azienda di trasporti dell'Amministrazione aggiudicatrice rientri fra le rare imprese che hanno la possibilità di offrire un materiale che soddisfi i detti criteri.

Ne deriva che il principio dello sviluppo sostenibile, se applicato unitamente ai principi di trasparenza e pubblicità, è in grado di imporsi sulle considerazioni di mercato di tipo meramente commerciale, al fine di perseguire l'obiettivo di un maggiore benessere sociale.

Particolarmente significativo al riguardo è anche l'articolo 42 della direttiva, che, in tema di specifiche tecniche, statuisce che le stesse possono essere formulate dalle stazioni appaltanti seguendo varie modalità, anche in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, quali le caratteristiche ambientali, a condizione che i parametri siano sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e poi alle Amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicarlo. Ciò a riprova del *favor* di cui godono i requisiti ambientalistici nella nuova normativa euro-unitaria, sempre che il loro utilizzo non osti al rispetto degli altri fondamentali principi in tema di contratti pubblici ed in particolare di quelli di trasparenza e di proporzionalità.

Si è già evidenziato che il principio di proporzionalità è indispensabile per operare il bilanciamento tra l'interesse pubblico generale e gli interessi privati, bilanciamento che, per sua natura, il principio dello sviluppo sostenibile può facilitare, grazie alla sua forza propulsiva, facendo prevalere, a parità di altre condizioni, gli interessi a sé più confacenti.

Il pregio delle direttive del 2014 è aver positivamente influenzato la concorrenza sul mercato dei contratti pubblici di elementi non inferenti la concorrenza in quanto tale, derivanti dall'interesse tipicamente pubblico al perseguimento di diverse finalità, tra i quali la tutela dell'ambiente, in relazione alle quali la mera concorrenza diventa un valore recessivo. Per tale motivo, quest'ultima deve essere bilanciata con i principi posti a tutela dello sviluppo sostenibile, che sono egualmente, e spesso anche maggiormente, importanti. E ciò comporta che lo sviluppo sostenibile diventa anche un criterio di valutazione della buona amministrazione, spingendo le pubbliche Amministrazioni a considerare le

conseguenze derivanti dalle proprie azioni non solo nel presente ma anche nel futuro¹⁵⁷.

Ne deriva che lo sviluppo sostenibile – da intendersi come una forma di “*gentle force*”¹⁵⁸, non impositiva ma meramente propulsiva, rivolta a perseguire l’obiettivo di un miglioramento della società odierna attraverso il ragionamento e la persuasione, anziché necessariamente mediante un’imposizione coatta¹⁵⁹ – costituisce un nuovo limite per l’esercizio della discrezionalità delle pubbliche Amministrazioni, rappresentando contestualmente un principio guida per la legge amministrativa in generale e per quella relativa ai contratti pubblici nello specifico, ma anche un metodo che concerne l’adozione delle decisioni discrezionali delle Amministrazioni, dal momento che impone a queste ultime, come visto, la valutazione degli effetti delle proprie azioni non solo con riguardo al presente, ma anche al futuro. E quindi le stazioni appaltanti, nell’indicazione dei requisiti previsti per la partecipazione ad una procedura di gara, devono

¹⁵⁷ Cfr. J.D. SACHS, *The age of sustainable development*, Columbia, Columbia University Press, 2015: “*To achieve the economic, social, and environmental objectives of the SDGs, a [further] objective must also be achieved: the good governance. Governments must carry out many core functions to enable societies to prosper. Among these core functions of government are the provision of social services such as health care and education; the provision of infrastructure such as roads, ports, and power; the protection of individuals from crime and violence; the promotion of basic science and new technologies; and the implementation of regulations to protect the environment. Of course, this list is just a brief subset of what people around the world hope from their governments. In fact, all too often they get the reverse: corruption, war, and an absence of public services*”.

¹⁵⁸ La “*gentle force*” può essere assimilata al concetto di “*soft regulation*” o di “*soft law*”, sebbene differisce notevolmente, quanto al livello di precettività, rispetto alle linee guida dell’ANAC, che pure sono state considerate una forma di “*soft law*”.

¹⁵⁹ Questo il pensiero di S. VALAGUZZA, *op. cit.*, ove si precisa anche che “*nothing strange happens when a principle is not constrained in a closed system of precepts and precise descriptions*”, soprattutto alla luce della considerazione che, per definizione, “*the principle of sustainable development cannot be required to have well defined content and scope*”.

considerare lo sviluppo sostenibile quale principio guida volto a perseguire un elevato livello di efficienza¹⁶⁰.

Come rilevato in dottrina¹⁶¹, anche in assenza di specifiche disposizioni normative che glielo impongano, le pubbliche Amministrazioni avrebbero comunque l'obbligo di adottare provvedimenti sostenibili dal punto di vista ambientale, in ragione dell'articolo 3 *quater*, comma 2, del Codice dell'Ambiente, che impone alle Amministrazioni di ricercare la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, attraverso la prioritaria considerazione degli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale nell'ambito delle scelte discrezionali che si trovino ad eseguire. Ciò, ovviamente, anche in materia di appalti pubblici, sebbene tale compito diventi in questo caso ancora più delicato, considerata la tendenziale conflittualità tra le esigenze ambientali e quelle proprie degli appalti¹⁶². Infatti, i c.d. "appalti verdi" hanno naturalmente costi più elevati rispetto a quelli che non si preoccupano delle esigenze ambientali, con intuibili riflessi sul vincolo dell'equilibrio di bilancio¹⁶³. D'altra parte, se da un lato gli appalti attenti alle esigenze ambientalistiche non sono affatto

¹⁶⁰ Cfr. S. VALAGUZZA, *op. cit.*, che auspica un generale cambio di mentalità nel settore dei contratti pubblici, tale da permettere, attraverso un dibattito globale sull'ambiente e sullo sviluppo sostenibile, un cambiamento significativo nel modo di operare nel settore.

¹⁶¹ Cfr. S. VILLAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la <<competitività non di prezzo>> anche alla luce della recente disciplina europea, in Il diritto pubblico dell'economia*, Modena, Mucchi Editore, 2015, 2.

¹⁶² Ancora, S. VILLAMENA, *op. cit.*, mette in luce come, nonostante l'evidente conflittualità tra tali esigenze, ci si sia tuttavia "resi conto che i <<vantaggi>> derivanti da una maggior attenzione al tema ambientale sono più forti degli <<oneri>> che ne scaturiscono in termini di costo dell'appalto".

¹⁶³ Il vincolo del pareggio di bilancio è stato introdotto nel nostro ordinamento dalla legge costituzionale n. 1 del 2012 (rubricata "Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale"), con efficacia a partire dall'esercizio finanziario dell'anno 2014, e la rigidità nella sua applicazione è stata successivamente confermata dalle pronunce della Consulta (cfr., da ultima, Corte cost., 25 febbraio 2016, n. 40, secondo cui tale principio "impone a tutti gli enti di concorrere ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea, pur con la salvaguardia degli ambiti di autonomia costituzionalmente garantiti").

convenienti dal punto di vista meramente economico, è però vero che gli stessi appalti apportano notevoli benefici alle imprese sul piano reputazionale, soprattutto in ambito locale¹⁶⁴.

Un'altra fondamentale innovazione apportata dalle nuove direttive è, nello stesso spirito, la sostanziale sostituzione – eccezion fatta per il solo caso, oramai, come visto al paragrafo 2.2, del tutto residuale, in cui la selezione dell'offerta avvenga in base a una valutazione concernente il solo prezzo – del criterio di aggiudicazione al “prezzo più basso”, con quello del “costo più basso”, inescindibilmente legato al concetto di costo del ciclo di vita, che comprende tutti i costi che emergono durante il ciclo di vita dei lavori, delle forniture o dei servizi, abbracciando così tanto i costi interni, come le ricerche da realizzare, lo sviluppo, la produzione, il trasporto, l'uso e la manutenzione e i costi di smaltimento finale, quanto i costi imputabili a esternalità ambientali quali l'inquinamento causato dall'estrazione delle materie prime utilizzate nel prodotto ovvero causato dal prodotto stesso o dalla sua fabbricazione, a condizione che possano essere monetizzati e controllati¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Cfr. in termini M. CALABRÒ, *Le certificazioni di qualità ambientale di prodotto quali fattori di competitività per il made in Italy*, in *Foro amm.-T.A.R.*, Milano, Giuffrè, 2009, 2640.

¹⁶⁵ Cfr. considerando 96 della direttiva: “...Occorre pertanto chiarire che, tranne se la valutazione è basata esclusivamente sul prezzo, le amministrazioni aggiudicatrici possono determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa e il costo più basso ricorrendo a un approccio basato sui costi del ciclo di vita. Il concetto di costo del ciclo di vita comprende tutti i costi che emergono durante il ciclo di vita dei lavori, delle forniture o dei servizi. Il concetto abbraccia i costi interni, come le ricerche da realizzare, lo sviluppo, la produzione, il trasporto, l'uso e la manutenzione e i costi di smaltimento finale ma può anche abbracciare costi imputabili a esternalità ambientali quali l'inquinamento causato dall'estrazione delle materie prime utilizzate nel prodotto ovvero causato dal prodotto stesso o dalla sua fabbricazione, a condizione che possano essere monetizzati e controllati. I metodi impiegati dalle amministrazioni aggiudicatrici per valutare i costi imputati alle esternalità ambientali dovrebbero essere stabiliti anticipatamente in modo oggettivo e non discriminatorio ed essere accessibili a tutte le parti interessate. Siffatti metodi possono essere stabiliti a livello nazionale, regionale o locale ma, al fine di evitare distorsioni della concorrenza attraverso metodologie ad hoc, dovrebbero rimanere generali nel senso che non dovrebbero essere definiti in modo specifico per una particolare procedura d'appalto. È necessario elaborare metodologie comuni a livello di Unione per il calcolo dei costi del ciclo di vita per specifiche categorie di forniture o servizi. In caso di elaborazione di siffatte metodologie

Il recepimento nel nostro Paese delle innovazioni in tema di sviluppo sostenibile e di tutela dell'ambiente contenute nella direttiva è iniziato fin dalla legge delega n. 11/2016, che ha espressamente previsto, tra i propri criteri direttivi, l'approntamento di misure volte a garantire il rispetto dei criteri di sostenibilità energetica e ambientale nell'affidamento delle commesse pubbliche, *“facendo ricorso anche al criterio di aggiudicazione basato sui costi del ciclo di vita e stabilendo un maggiore punteggio per i beni, i lavori e i servizi che presentano un minore impatto sulla salute e sull'ambiente”*¹⁶⁶.

Nel nuovo Codice, poi, le norme euro-unitarie sono state recepite innanzitutto al più volte richiamato articolo 30, che, recando i principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione degli appalti e delle concessioni, enuncia dapprima, similmente al vecchio Codice, che il principio di economicità può essere subordinato, ovviamente nei limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai diversi criteri eventualmente previsti nel bando che siano ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico, per poi affermare, al comma 3, che nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi e dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X¹⁶⁷.

Ma già l'articolo 4, individuando i criteri da seguire anche nell'affidamento dei contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice, vi include espressamente la tutela dell'ambiente, conferendogli, dunque, un amplissimo ambito di applicazione, addirittura superiore a quello del

comuni, è opportuno renderne obbligatorio l'uso. Si dovrebbe inoltre esaminare la possibilità di definire una metodologia comune per la determinazione dei costi sociali del ciclo di vita, tenendo conto delle metodologie esistenti come gli orientamenti per l'analisi sociale del ciclo di vita dei prodotti adottati nel quadro del programma delle Nazioni Unite per l'ambiente”.

¹⁶⁶ Cfr. legge 11/2016, articolo 1, comma 1 lett. p), ma nello stesso senso anche la lett. b).

¹⁶⁷ Tale ultima disposizione si rivela in particolare di grande impatto, in quanto punta a richiamare tutte le principali convenzioni dell'*International Labor Organization (ILO)* come principi fondamentali in materia di esecuzione degli appalti.

Codice stesso, similmente ai ben noti principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, pubblicità e proporzionalità.

Anche in tema di progettazione di lavori e servizi, l'articolo 23 pone particolare attenzione affinché siano assicurati la conformità alle norme ambientali, un limitato consumo del suolo, la compatibilità geologica, geomorfologica e idrogeologica dell'opera, oltre che la valutazione del ciclo di vita e di manutenibilità delle opere.

Ancora, l'articolo 34, inerente i criteri di sostenibilità energetica e ambientale, riprendendo, come visto, le disposizioni del c.d. "*Collegato ambientale*", sancisce l'obbligo di applicazione dei "Criteri ambientali minimi", stabiliti dal Ministero dell'Ambiente, almeno per le specifiche tecniche e per le condizioni di esecuzione contrattuale. L'obbligo, che si applica a tutte le stazioni appaltanti a prescindere dal valore dell'appalto, viene riferito al 100% del valore a base d'asta per tutti gli appalti dove si può conseguire efficienza negli usi finali, mentre per le altre categorie di appalti per cui sono previsti i decreti di adozione dei Criteri ambientali minimi l'obbligo si applica al 50% del valore a base d'asta, con una progressione estensiva dell'obbligo fino al 100% entro il 2020, così come definito nel decreto del Ministero dell'Ambiente del 24 maggio 2016. Inoltre, ai sensi del medesimo articolo, i Criteri ambientali minimi sono tenuti in considerazione per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'articolo 95, comma 6, del Codice.

L'articolo 38, che prevede la redazione, ad opera dell'ANAC, di un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate, individua tra i criteri per la qualificazione anche l'applicazione da parte di queste ultime di criteri di sostenibilità ambientale e sociale nell'attività di progettazione e di affidamento¹⁶⁸.

Un discorso a parte merita la questione delle specifiche tecniche, alle quali il legislatore dedica un'attenzione particolare all'articolo 68. Esse possono

¹⁶⁸ A decorrere dalla data di entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione, l'ANAC non rilascerà il CIG (codice identificativo gara) alle stazioni appaltanti non qualificate, motivo per cui l'applicazione dei criteri di sostenibilità ambientale e sociale nell'attività di progettazione e di affidamento potrebbe rivelarsi dirimente per l'ottenimento della qualificazione da parte delle Amministrazioni aggiudicatrici.

riguardare tanto uno specifico processo o metodo di produzione o prestazione dei lavori, delle forniture o dei servizi richiesti, quanto uno specifico processo per un'altra fase del ciclo di vita anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale, purché tali specifiche siano collegate con l'oggetto dell'appalto e proporzionate al suo valore o agli obiettivi. La novità è rilevante in quanto il vecchio Codice proibiva la valutazione dei metodi di produzione, mentre ora tale impostazione viene definitivamente superata a favore di una maggiore verticalità delle valutazioni tecniche negli appalti.

Più in generale, le specifiche tecniche devono essere formulate mediante riferimento: a prestazioni o requisiti funzionali, comprese le caratteristiche ambientali, a condizione che i parametri siano sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle commissioni aggiudicatrici di aggiudicare l'appalto; a specifiche tecniche che fanno riferimento alle norme europee, alle valutazioni tecniche, alle specifiche tecniche comuni, alle norme internazionali, ad altri sistemi tecnici di riferimento adottati dagli organismi europei di normalizzazione o, in mancanza, alle norme, omologazioni o specifiche tecniche nazionali per la progettazione, il calcolo e la realizzazione delle opere e uso delle forniture, con la precisazione che ogni riferimento deve essere accompagnato con la locuzione "*o equivalente*"; a una combinazione di tali tipologie.

In sostanza, nel nuovo codice, la prescrittività dell'individuazione dei requisiti ambientali sembrerebbe estendersi alle specifiche tecniche tout court definite. Viene tuttavia sempre fatto salvo il principio dell'equivalenza, che, invertendo l'onere della prova, comporta nei confronti dell'offerente che decida di avvalersene, l'onere di provare con qualsiasi mezzo appropriato che le specifiche o le caratteristiche funzionali proposte siano equivalenti rispetto a quelle richieste della stazione appaltante.

Per quanto concerne invece le etichettature, l'articolo 69 prevede una sostanziale semplificazione, dando alle Amministrazioni aggiudicatrici che intendano acquistare lavori, forniture o servizi con specifiche caratteristiche ambientali la possibilità di richiedere come mezzo probatorio un'etichetta specifica che contenga caratteristiche di tipo ambientale o di altro tipo, purché i

requisiti delle etichette siano volti a definire le caratteristiche dell'appalto e siano ad esso connessi, i criteri siano oggettivi, verificabili e non discriminatori, il procedimento di definizione delle etichette sia aperto e trasparente e accessibile da tutte le parti e la valutazione sia effettuata da una parte terza indipendente.

Con riguardo ai criteri di aggiudicazione dell'appalto, l'articolo 95, nell'individuazione, come già si è visto *supra* al paragrafo 2.2., quale criterio generale da seguire nell'aggiudicazione degli appalti pubblici di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa *“individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all'articolo 96”*, afferma che, per valutare l'offerta migliore, le stazioni appaltanti devono utilizzare criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto, tra i quali indica espressamente *“a) la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità per le persone con disabilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, quali OSHAS 18001, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, caratteristiche innovative, commercializzazione e relative condizioni; b) il possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, in misura pari o superiore al 30 per cento del valore delle forniture o prestazioni oggetto del contratto stesso; c) il costo di utilizzazione e manutenzione avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera, bene o servizio, con l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione; d) la compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra associate alle attività dell'azienda calcolate secondo i metodi stabiliti in base alla raccomandazione n. 2013/179/UE della Commissione del 9 aprile 2013, relativa all'uso di metodologie comuni per misurare e comunicare le prestazioni ambientali nel corso del ciclo di vita dei prodotti e delle organizzazioni”*.

È quindi di tutta evidenza l'accresciuta importanza che il nuovo sistema normativo riconosce agli aspetti qualitativi, ed in particolare a quelli ambientali, al fine di favorire la transizione verso un'economia sempre più sostenibile e competitiva, capace di qualificare e, quindi, razionalizzare gli acquisti della pubblica Amministrazione nella direzione della *green economy*¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Per un approfondimento in tema di *green economy*, cfr. F. DE LEONARDIS, *Norme di gestione ambientale* (bussola del 2 gennaio 2017), in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016.

5. La disciplina dell'affidamento delle concessioni.

Come anticipato¹⁷⁰, una delle novità più significative apportate dal legislatore euro-unitario del 2014 è stata la scelta di disciplinare, per la prima volta, le concessioni di lavori e servizi, occupandosene in modo sistematico in una specifica e autonoma direttiva¹⁷¹.

La direttiva 23/2014 fornisce innanzitutto, all'articolo 5, una chiara definizione del termine "concessione", differentemente dalla direttiva 18/2004, che si limitava invece a cercare di delinearne le differenze rispetto a quello di appalto pubblico. L'articolo richiamato, in particolare, definisce la concessione di lavori e quella di servizi come *"un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori ("la fornitura e la gestione di servizi" in caso di concessione di servizi) ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori ("i servizi" in caso di concessione di servizi) oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo"*.

È subito evidente il richiamo al concetto di "rischio operativo", inteso come l'alea che il concessionario è costretto a sopportare circa l'effettivo recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti per eseguire i lavori o gestire i servizi¹⁷². Tale rischio deve necessariamente trovare la sua origine non in possibili inadempienze del concessionario, bensì in fattori esterni e incontrollabili da

¹⁷⁰ Vd. *supra*, sub I.4.

¹⁷¹ Di contro, la direttiva non si applica alle concessioni di beni.

¹⁷² Cfr. considerando 18 della direttiva: *"La caratteristica principale di una concessione, ossia il diritto di gestire un lavoro o un servizio, implica sempre il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore. L'applicazione di norme specifiche per la disciplina dell'aggiudicazione di concessioni non sarebbe giustificata se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sollevasse l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale garantendogli un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore economico deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto"*.

quest'ultimo, legati o all'incerta previsione rispetto all'effettiva domanda proveniente dal mercato o ai cambiamenti delle abitudini degli utenti¹⁷³, comportando quindi una reale esposizione dello stesso concessionario alla fluttuazione del mercato¹⁷⁴.

Proprio il trasferimento di tale rischio costituisce la sostanziale differenza tra le concessioni e gli appalti pubblici. Come rilevato dalla dottrina più autorevole in materia, il trasferimento del rischio operativo dall'ente aggiudicatore al concessionario non è fine a se stesso, in quanto finalizzato a *“stimolare una maggiore efficienza, produttività e ricerca di soluzioni innovative, idonee a superare i possibili effetti negativi dell'alea assunta a proprio carico da parte dell'operatore privato. E, d'altro lato, è diretto a costituire un importante*

¹⁷³ Cfr. considerando 20 della direttiva, ai sensi del quale *“un rischio operativo dovrebbe derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti. Rischi come quelli legati a una cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico o a cause di forza maggiore non sono determinanti ai fini della qualificazione come concessione, dal momento che rischi del genere sono insiti in ogni contratto, indipendentemente dal fatto che si tratti di un appalto pubblico o di una concessione. Il rischio operativo dovrebbe essere inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni del mercato, che possono derivare da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta ovvero contestualmente da un rischio sul lato della domanda e sul lato dell'offerta. Per rischio sul lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto. Per rischio sul lato dell'offerta si intende il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda. Ai fini della valutazione del rischio operativo, dovrebbe essere preso in considerazione in maniera coerente ed uniforme il valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario”*.

¹⁷⁴ Cfr. articolo 5, n. 1, comma 2, della direttiva: *“L'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile”*.

*strumento di finanziamento (o prefinanziamento), esonerando le Amministrazioni dai connessi problemi”*¹⁷⁵.

Particolare attenzione bisogna prestare tuttavia all'ipotesi in cui il corrispettivo garantito dall'Amministrazione non consista nel mero diritto di gestione dei lavori o dei servizi affidati ma anche nel pagamento di un prezzo, onde evitare che il rischio non risulti totalmente annullato, in quanto in tal caso l'affidamento in questione non potrebbe più essere definito una concessione ai sensi della direttiva 23¹⁷⁶, rivelandosi a tutti gli effetti un appalto ai sensi della direttiva 24, almeno per quel che concerne la fase di aggiudicazione.

Con riguardo alla percentuale di rischio necessaria affinché possa parlarsi di concessione, la giurisprudenza della Corte non pare univoca, avendo ritenuto talvolta sufficiente la traslazione di un rischio anche molto ridotto¹⁷⁷, mentre altre volte ha reputato necessaria una traslazione di entità più significativa¹⁷⁸.

La direttiva 23, pur disciplinando dettagliatamente l'istituto concessionario, si caratterizza per la sua estrema elasticità, dichiaratamente

¹⁷⁵ G. GRECO, *La direttiva in materia di “concessioni”*, cit.

¹⁷⁶ Il considerando 19 della direttiva non a caso enuncia espressamente che “*il fatto che il rischio sia limitato sin dall'inizio non dovrebbe escludere che il contratto si configuri come concessione*”.

¹⁷⁷ Secondo CGUE, Sez. III, 10 marzo 2011, causa C-274/09 *Munus*, in *Public Procurement Law Review*, 2011, 4 “*invero, è normale che alcuni settori di attività, in particolare quelli riguardanti attività di pubblica utilità [...] siano disciplinati da normative che possono avere per effetto di limitare i rischi economici che si corrono. In particolare, le amministrazioni aggiudicatrici devono conservare la possibilità, agendo in buona fede, di assicurare la prestazione dei servizi attraverso una concessione, qualora esse reputino che si tratti del modo migliore per assicurare il servizio pubblico in oggetto, e ciò anche qualora il rischio legato alla gestione sia molto ridotto*”. La stessa sentenza ha così definito il concetto di rischio economico: “*esso deve essere inteso come rischio di esposizione all'alea del mercato [...], il quale può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio*”.

¹⁷⁸ Il riferimento è a CGUE, 10 settembre 2009 causa C-206/08 *Eurawasser*, Racc. I-8377, punto 77, e a CGUE, 10 novembre 2011 causa C-348/10, *Norma-A e Dekom*, Racc. I-10983, punto 45, secondo cui “*l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca integralmente o, almeno, in misura significativa, al concessionario il rischio nel quale essa incorre*”.

afferzata dal considerando 5, ai sensi del quale *“la presente direttiva riconosce e riafferma il diritto degli Stati membri e delle autorità pubbliche di decidere le modalità di gestione ritenute più appropriate per l’esecuzione dei lavori e la fornitura dei servizi”* e dal successivo considerando 8, che enuncia che le norme di coordinamento dovrebbero limitarsi, in base al principio di sussidiarietà, a prescrivere quanto strettamente necessario per realizzare gli obiettivi euro-unitari, garantendo un alto livello di flessibilità e che *“gli Stati membri dovrebbero avere la facoltà di completare e sviluppare ulteriormente tali norme qualora lo ritenessero opportuno, in particolare per meglio garantire la conformità ai summenzionati principi”*¹⁷⁹.

L’elasticità della direttiva è confermata anche dalla possibilità di scelta rimessa agli Stati membri e alle Amministrazioni di eseguire i lavori o di gestire i servizi in proprio o di affidarli a terzi¹⁸⁰ e di decidere quali servizi definire quali *“di interesse economico generale”*¹⁸¹ e, quindi, di escludere dall’ambito di applicazione della direttiva 23 quelli non definiti tali.

¹⁷⁹ In realtà tale normativa di c.d. *“coordinamento minimo”* non si può dire altrettanto sintetica, dal momento che è costituita da ben 88 considerando, 55 articoli e XI allegati.

¹⁸⁰ Cfr. ancora il considerando 5 della direttiva: *“In particolare, la presente direttiva non dovrebbe in alcun modo incidere sulla libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi”*.

¹⁸¹ Cfr. il considerando 6 della direttiva: *“È opportuno ricordare che gli Stati membri sono liberi di decidere, in conformità ai principi del TFUE in materia di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e libera circolazione delle persone, di organizzare la prestazione di servizi come servizi di interesse economico generale o come servizi non economici di interesse generale ovvero come una combinazione di tali servizi. È altresì opportuno ricordare che la presente direttiva lascia impregiudicata la libertà delle autorità nazionali, regionali e locali di definire, in conformità del diritto dell’Unione, i servizi d’interesse economico generale, il relativo ambito e le caratteristiche del servizio da prestare, comprese le eventuali condizioni relative alla qualità del servizio, al fine di perseguire gli obiettivi delle politiche pubbliche. Anche la facoltà delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, affidare e finanziare i servizi di interesse economico generale, conformemente all’articolo 14 TFUE e al protocollo n. 26 allegato al TFUE e al trattato sull’Unione europea (TUE), dovrebbe restare impregiudicata. Inoltre, la presente direttiva non riguarda il finanziamento dei servizi di interesse economico generale o le sovvenzioni concesse dagli Stati membri, in particolare nel settore sociale, in conformità delle*

Ma soprattutto è confermata dall'impostazione del titolo II della Direttiva, che si riferisce alle garanzie procedurali e alle norme sull'aggiudicazione. Esso infatti detta per lo più prescrizioni non puntuali e criteri di larga massima, cui gli Stati membri debbono attenersi, come testimoniato dall'articolo 30, che lascia assoluta libertà alle Amministrazioni aggiudicatrici di organizzare le procedure di scelta del concessionario come meglio credano, purché assicurino il rispetto dei principi e degli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro enunciati dall'articolo 3.

Tale ampia libertà, tuttavia, come rilevato ancora dalla dottrina più autorevole¹⁸², potrebbe rivelarsi non priva di pericoli, considerando l'estrema complessità dell'istituto concessorio, che implica analisi, previsioni e valutazioni delicate sia dal punto di vista giuridico, sia da quello economico, che verosimilmente non tutte le Amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di padroneggiare al meglio, anche in considerazione dello squilibrio informativo che le pone in posizione di netto vantaggio rispetto agli operatori economici. Servirebbe allora, oltre alla auspicata centralizzazione delle committenze e alla professionalizzazione delle stazioni appaltanti, soprattutto la configurazione di un quadro normativo più dettagliato, tale da permettere alle stazioni committenti di muoversi in modo più sicuro all'interno di questa delicata materia¹⁸³.

Ovviamente tale libertà sussiste unicamente al momento della scelta della procedura, mentre nel corso della stessa vale il principio della sua totale immodificabilità in ordine ai requisiti minimi e ai criteri di aggiudicazione¹⁸⁴. Infatti, l'articolo 41 della direttiva impone alle Amministrazioni aggiudicatrici tanto l'onere preventivo di elencare in ordine decrescente di importanza i criteri

norme dell'Unione sulla concorrenza. È opportuno chiarire che i servizi non economici di interesse generale non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva".

¹⁸² Cfr. G. GRECO, *op. ult. cit.*

¹⁸³ Ciò non deve comportare tuttavia una restrizione dello spazio di manovra delle Amministrazioni aggiudicatrici. La Corte di giustizia, a proposito dei criteri di aggiudicazione, ha infatti giudicato in contrasto con la libertà di scelta tra prezzo più basso e offerta economicamente più vantaggiosa una normativa italiana che imponeva "in termini generali e astratti, alle Amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al prezzo più basso" (CGUE, *Sintesi*, cit).

¹⁸⁴ Cfr. articolo 31 della direttiva.

oggettivi in base ai quali le concessioni verranno aggiudicate, quanto quello successivo di verificare la conformità effettiva delle offerte ai criteri di aggiudicazione. Anche se, lo stesso articolo 41 stabilisce, in deroga a quanto disposto in via generale al primo comma, che, nel caso in cui all'Amministrazione aggiudicatrice pervenga un'offerta che propone una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali che non avrebbe potuto essere previamente prevista da alcuno, la stessa può, in via eccezionale, modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tenere conto di tale soluzione innovativa, debitamente informando tutti gli offerenti in merito alla modifica dell'ordine di importanza e permettendo loro la presentazione di nuove offerte sulla base di tale modifica.

La direttiva 23 è intervenuta incisivamente anche su un altro aspetto cruciale dell'istituto concessorio, quello della durata dei rapporti. Infatti, il d.lgs. 163/2006 prevedeva una durata generale di trenta anni, ma, all'articolo 143, comma 8, statuiva addirittura che la stazione appaltante, al fine di assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario, poteva anche stabilire che la concessione avesse una durata superiore, tenendo conto del rendimento della concessione e dei rischi connessi alle modifiche delle condizioni di mercato. La direttiva 23 è intervenuta sulla questione in modo deciso, stabilendo che la durata delle concessioni è limitata al fine di evitare la preclusione dell'accesso al mercato e restrizioni della concorrenza, fissandone il termine ordinario in un periodo al massimo quinquennale e prevedendo che comunque l'eventuale incremento di quest'ultimo non può superare *“il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell'esecuzione dei lavori o dei servizi, insieme con un ritorno sul capitale investito tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici”*¹⁸⁵. La durata massima della concessione, peraltro, ai sensi del considerando 52 della direttiva, dovrebbe sempre essere indicata nei documenti di gara, a meno che la durata sia utilizzata come criterio di aggiudicazione del contratto e, comunque, le Amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero sempre poter aggiudicare una

¹⁸⁵ Cfr. articolo 18 della direttiva.

concessione per un periodo più breve di quello necessario per recuperare gli investimenti, a condizione che la corrispondente compensazione non elimini il rischio operativo¹⁸⁶.

Il nuovo Codice dedica espressamente ai contratti di concessione la parte III, che contiene appena quindici articoli (artt. 164-178), sufficienti a esternare le differenze dei contratti in esame rispetto a quelli di appalto e a recepire, nel complesso abbastanza fedelmente, le indicazioni del legislatore euro-unitario¹⁸⁷.

Alcune norme codicistiche, tuttavia, si sono in parte discostate dalle succitate previsioni delle direttive.

Con riferimento al rischio operativo¹⁸⁸, l'articolo 165, comma 2, – dopo aver precisato che l'equilibrio economico finanziario rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi – prescrive che l'eventuale riconoscimento, ulteriore al diritto di gestione, di un prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica Amministrazione, non può comunque essere superiore al trenta per cento¹⁸⁹ del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari, quantificando così il prezzo massimo riconoscibile al concessionario da

¹⁸⁶ Ciò sembrerebbe significare che il legislatore euro-unitario spinge affinché la durata contrattuale delle concessioni venga limitata dalle stazioni concedenti ad un periodo inferiore a quello necessario al privato per vedere soddisfatto il proprio interesse economico. Sul punto cfr. M. RICCHI, *La nuova direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul codice dei contratti*, in *Urb. e App.*, 2014, 7.

¹⁸⁷ Il fedele recepimento incomincia, a onor del vero, all'articolo 3, comma 1, lett. uu) e vv), del nuovo Codice, che riproducono testualmente le definizioni di “concessione di lavori” e “concessione di servizi”, previste dal succitato articolo 5 della direttiva 23/2014.

¹⁸⁸ La definizione di “rischio operativo” è fornita dal nuovo Codice sempre all'articolo 3, comma 1, alla lett. zz), che lo identifica con “*il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito al concessionario. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile*”.

¹⁸⁹ Le ultime bozze del decreto recavano la cifra superiore del 50%, ridimensionata non del tutto comprensibilmente *in extremis*, prima della pubblicazione del testo definitivo.

parte della pubblica Amministrazione affinché il rischio non sia annullato del tutto.

Una siffatta limitazione dell'eventuale pagamento del concessionario si era peraltro resa necessaria, dopo che la Corte di Giustizia, proprio su un caso italiano riguardante l'autostrada della Val Trompia, aveva affermato con decisione l'assoluta inderogabilità dell'assunzione di un rischio operativo qualitativamente e quantitativamente differenziato rispetto a quello sostenuto in un normale appalto¹⁹⁰.

La stessa limitazione renderà di fatto inapplicabile il modello concessorio alle c.d. "opere fredde", prive di una intrinseca capacità di generare reddito attraverso i ricavi dell'utenza, alle quali l'applicabilità delle concessioni aveva da tempo sollevato gravi dubbi: da un lato, sul fronte nazionale, si denunciava una forma di aggiramento, attraverso l'accesso al credito, dei limiti di indebitamento pubblico, dato che il finanziamento dell'opera da parte del concessionario veniva poi compensato con il pagamento scaglionato e/o con canoni di affitto; dall'altro, sul fronte euro-unitario, invece, si imputava all'utilizzo delle concessioni una finalità elusiva delle più severe procedure di affidamento degli appalti pubblici.

Con riferimento, invece, alla durata del rapporto concessorio, l'articolo 168 del nuovo Codice si segnala per la scelta, forse dovuta alla palese non corrispondenza con la prassi nazionale, di non riprodurre il termine massimo quinquennale di durata ordinaria della concessione, previsto dal legislatore euro-unitario, ma di limitarsi a statuire che *"la durata massima della concessione non può essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario individuato sulla base di criteri di ragionevolezza, insieme ad una remunerazione del capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici come risultante dal piano economico-finanziario"*¹⁹¹.

Di particolare interesse è poi l'articolo 176, in tema di *"Cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro"*. Tale norma, infatti, prevede

¹⁹⁰ Cfr. CGUE, 27 ottobre 2005 causa C-234/03 *Contse*, Racc. I-9315.

¹⁹¹ Tale scelta è stata peraltro effettuata successivamente alla prima versione del Codice, che prevedeva espressamente anche il predetto limite quinquennale.

una mera riparazione economica per il caso di risoluzione del contratto per vizio non imputabile al concessionario, mentre, per il caso di risoluzione per vizio imputabile al concessionario, il comma 8 prevede la comunicazione della propria intenzione di risolvere il contratto da parte della stazione committente a quest'ultimo e agli enti finanziatori e la designazione ad opera di questi ultimi di un operatore economico che subentri nella concessione, assicurando la ripresa dell'esecuzione della concessione e l'esatto adempimento originariamente richiesto al concessionario sostituito entro il termine indicato dalla stazione appaltante.

Come sostenuto autorevolmente¹⁹², tale impostazione finisce di fatto per premiare, del tutto irragionevolmente, il concessionario autore del vizio, motivo per cui sarebbe forse stato più opportuno prevedere una più logica riparazione economica nei limiti dell'arricchimento della P.A. Peraltro, seppure il comma 10 dell'articolo 176 afferma che la sostituzione del concessionario è limitata al "*tempo necessario per l'espletamento di una nuova procedura di gara*" – a prescindere dalla eccessiva genericità di tale riferimento temporale, che rischia di consentire tale subentro perfino dopo mesi se non addirittura anni – non si comprende perché questa sia possibile solo nel caso in cui i vizi siano imputabili al concessionario e non anche nel caso in cui la risoluzione non sia a questi imputabile.

Una norma assolutamente *sui generis*, in quanto riferita specificamente a una questione di rilevanza puramente nazionale, è costituita dall'articolo 178, che impone la predisposizione di bandi di gara per l'affidamento delle concessioni autostradali previamente aggiudicate senza gara e ne vieta categoricamente la proroga.

Vale infine la pena accennare al fatto che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, chiamata a pronunciarsi in merito all'applicabilità o meno alle vertenze concessorie dello speciale rito processuale previsto per gli appalti pubblici dagli artt. 119 e 120 c.p.a., ha statuito che questi ultimi sono

¹⁹² R. DE NICTOLIS, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit.

integralmente applicabili anche alle procedure di affidamento di servizi in concessione¹⁹³.

¹⁹³ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016 n. 22, in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016.

6. La tutela giurisdizionale.

Già ai sensi del terzo considerando della direttiva 89/665/CEE (la già richiamata c.d. “prima direttiva ricorsi”) – come ribadito anche dalla recentissima ordinanza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea del 7 aprile 2016 (C-495/14), che ha affermato la legittimità dell’obbligatorio versamento di elevati importi (contributi unificati) per poter accedere alla giustizia amministrativa italiana per controversie in tema di contratti pubblici – l’apertura degli appalti pubblici alla concorrenza ha reso necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione e ha richiesto, affinché potesse produrre effetti concreti, l’approntamento di mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto dell’Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscano tale diritto.

Tale fondamentale esigenza è stata successivamente ribadita dalla direttiva 2007/66/UE, intervenuta a rafforzare le prescrizioni di garanzia processuale previste, appunto, nel 1989. In particolare, l’articolo 1 della “direttiva ricorsi” ha previsto espressamente che *“1. (...) Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva 2004/18/CE, le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli da 2 a 2 septies della presente direttiva, sulla base del fatto che hanno violato il diritto [dell’Unione] in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono. (...) 3. Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione”*.

L’attenzione riservata al “problema giustizia” nel settore dei contratti pubblici è da sempre legata all’obiettivo difficoltà di trovare un equo contemperamento tra l’esigenza, economica e funzionale, che le prestazioni richieste dalle pubbliche Amministrazioni (e dai soggetti ad esse equiparati) siano

sollecitamente rese e quella, morale e giuridica, che il relativo affidamento sia improntato al massimo rispetto della legalità, oltre che alla tutela delle regole di contabilità pubblica e di garanzia della concorrenza e degli altri interessi di volta in volta individuati dall'ordinamento¹⁹⁴.

Tale difficoltà ha comportato, negli ultimi anni, una visione spesso distorta della giustizia amministrativa. Infatti, si è addirittura additato il giudice amministrativo come fattore di freno della competitività e dello sviluppo, mettendo in discussione le sue capacità di far fronte alle esigenze economiche della società, in costante espansione, fino a ipotizzare perfino la sua soppressione. E ciò nonostante l'indiscutibile circostanza che, dati alla mano, la definizione del contenzioso in materia di contratti pubblici (costituente circa il 10% di quello totale) avvenga, nel doppio grado di giudizio, in media in un solo anno e mezzo (tempistica oggettivamente invidiabile, specialmente se si considera la differenza con le controversie civili o penali)¹⁹⁵.

Peraltro, questa eccessiva attenzione alla "rapidità" dei contenziosi rischia di porsi, quantomeno, in una posizione di dubbia compatibilità con il dettato costituzionale e, in particolare, con gli artt. 24 e 111 Cost, oltre che con il principio euro-unitario di effettività della tutela, sancito dall'art. 47 della Carta di Nizza.

L'articolo 24, infatti, prevede l'inviolabilità del diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento, oltre ad assicurare, per altro verso, anche ai non abbienti i mezzi per agire e difendersi in giudizio dinanzi ad ogni giurisdizione (in evidente contraddizione – checché ne dica la Corte di Giustizia¹⁹⁶ – con gli esorbitanti importi dei contributi necessari per accedere alla giustizia italiana in materia di contratti pubblici).

L'articolo 111 è invece chiaro nel suo intento di voler assicurare la "ragionevole durata" dei processi, espressione che non può evidentemente avere conseguenze aberranti quali la forzata definizione di questi ultimi in tempi

¹⁹⁴ Cfr. M.A. SANDULLI, *Rito speciale in materia di contratti pubblici* (bussola del 19 aprile 2016), in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016.

¹⁹⁵ Cfr. F. FRANCONIERO, *op. cit.*

¹⁹⁶ Il riferimento è ancora CGUE, 7 aprile 2016 causa C-495/14 *Tita*, in www.curia.europa.eu.

talmente ristretti – soprattutto se relazionati alla tecnicità delle questioni affrontate e alla complessità delle relative fasi istruttorie – da comportare il sacrificio, pur di assicurarne la rapida conclusione, oltre che di ingenti interessi di natura economica, proprio di quell’inviolabilità del diritto di difesa garantita dall’articolo 24 Cost. e dall’art. 47 della Carta di Nizza.

Il “rito appalti”, disciplinato dall’articolo 120 c.p.a., è invero caratterizzato da alcune peculiarità ulteriori rispetto a quelle già presenti nel “rito abbreviato” ex articolo 119 c.p.a., al cui *genus* il “rito appalti” appartiene. In particolare, è prevista la dimidiazione dei termini anche per la proposizione del ricorso in primo grado, senza neppure consentire l’alternativa del ricorso straordinario. Caratteristiche che comportano non certo un rallentamento del contenzioso in materia di contratti pubblici, bensì la sua maggiore celerità rispetto ad altre tipologie di contenzioso. Tanto che la Corte di Giustizia ha dovuto precisare a più riprese¹⁹⁷ che la previsione, ad opera della normativa nazionale, di termini di decadenza dall’impugnazione degli atti di gara non può tradursi in un ostacolo alla valutazione del giudice in merito all’effettività della tutela garantita dal comportamento delle stazioni appaltanti nelle singole fattispecie, in quanto, altrimenti, il termine decadenziale dovrebbe essere necessariamente disapplicato poiché contrastante con la normativa euro-unitaria¹⁹⁸.

Del resto, l’indipendenza e il buon funzionamento della giustizia sono coerentemente indicati anche dalle istituzioni europee come condizioni indispensabili per ottenere e conservare la fiducia degli operatori e degli investitori. Esse, infatti, come è stato autorevolmente rimarcato¹⁹⁹, non sono certo la malattia quanto piuttosto la terapia, atta a prevenire le disfunzioni del sistema.

¹⁹⁷ Cfr. CGUE, 27 febbraio 2003 causa C-327/00 *Santex*, Racc. I-1877, ma anche CGUE *Universale-Bau*, *cit.*

¹⁹⁸ La CGUE ha inoltre statuito espressamente che “*ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici possono essere garantiti soltanto se i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni*” (Cfr. CGUE, 8 maggio 2004 causa C-161/13, *Idrodinamica Spurgo Velox*, in www.osservatorioappalti.unitn.it, e 28 gennaio 2010 causa C-406/08, *Uniplex*, Racc. L08769).

¹⁹⁹ Cfr. M.A. SANDULLI, *op. ult. cit.*

La malattia si può piuttosto rinvenire nella frammentazione e nella mancanza di unitarietà della normativa in materia, che ha costituito una delle principali concause della riforma che ha condotto alla promulgazione delle direttive del 2014 e al loro successivo recepimento.

Il Codice si occupa specificamente dei risvolti processuali della riforma all'articolo 204, la cui innovazione di maggiore importanza è senza alcun dubbio costituita dall'introduzione dell'onere di immediata impugnazione degli atti di ammissione alla valutazione delle offerte.

In particolare, l'articolo in esame ha aggiunto il nuovo comma 2-*bis* all'articolo 120 c.p.a., che impone oggi ai soggetti partecipanti a una procedura di aggiudicazione di una gara pubblica di impugnare, a pena di decadenza, entro il termine dimezzato di trenta giorni decorrenti dalla pubblicazione degli elenchi dei soggetti ammessi o esclusi sul profilo del committente²⁰⁰, non soltanto i provvedimenti di esclusione – che, come è ovvio, si rivelano immediatamente e definitivamente lesivi dell'interesse a concorrere all'affidamento della commessa –, ma anche quelli di ammissione degli altri partecipanti alle fasi successive della procedura, di carattere evidentemente endoprocedimentale e inidonei ad arrecare alcuna “immediata” lesione agli interessi degli altri concorrenti, precisando peraltro che, qualora i partecipanti non contestino le altrui ammissioni entro il

²⁰⁰ Il *dies a quo* dal quale decorre il termine per l'impugnazione in tema di contratti pubblici è stato in questa parte modificato dal nuovo Codice dei contratti pubblici che, con l'articolo 204 ha aggiunto all'articolo 120 c.p.a. alcune nuove disposizioni, tra le quali il comma 2-*bis*, che testualmente prevede “*l provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. È altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività*”. Secondo il precedente disposto dell'articolo 120 c.p.a., invece, il *dies a quo* da prendere in considerazione era quello della ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del d.lgs. 163/2006 ovvero quello della diversa conoscenza dell'atto, se anteriore alla comunicazione.

predetto termine, essi non potranno più far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti della medesima procedura, neppure con ricorso incidentale. Con la conseguenza che, a seguito dell'aggiudicazione oppure della proposizione di un eventuale ricorso avverso l'aggiudicazione, potranno essere denunciati soltanto i vizi relativi alla valutazione delle offerte o alla verifica dei requisiti e non anche quelli concernenti la regolarità della fase di ammissione, quali, in particolare, la tempestività e correttezza della domanda o la completezza delle autodichiarazioni e autocertificazioni.

Così facendo, il legislatore nazionale ha introdotto, di fatto, un rito "iper-contratto" contro gli atti di ammissione alle procedure di gara, siano essi di esclusione o di ammissione, stravolgendo i canoni tradizionali sulla stretta e imprescindibile correlazione tra termini di impugnazione e lesione di un interesse concreto e attuale e imponendo agli operatori che aspirano ad aggiudicarsi una commessa pubblica di adire preventivamente il giudice amministrativo per contestare atti che successivamente potrebbero rivelarsi non avere alcun effetto sulla loro posizione, dal momento che la reciproca interferenza tra le offerte è realmente percepibile e valutabile soltanto all'esito della formazione della graduatoria.

Gli effetti negativi di una simile previsione sono evidenti. In un momento di forte crisi economica quale quello che sta attraversando il nostro Paese e l'intera Unione Europea, l'onere di instaurare giudizi meramente cautelativi – che comporta l'elevato esborso del contributo unificato, oltre che degli onorari di legali altamente specializzati²⁰¹ – è infatti certamente insostenibile per gli imprenditori, soprattutto per quelli di piccole e medie dimensioni²⁰².

²⁰¹ I legali in materia di appalti sono chiamati dal nuovo Codice a un compito di non facile assoluzione, consistente nel redigere in un tempo ulteriormente contratto dalle esigenze prudenziali imposte dal nuovo processo telematico, atti difensivi super sintetici, per contestare l'ammissione di concorrenti di cui non possono preconizzare la collocazione in graduatoria, al mero fine di non rischiare di far perdere ai propri clienti le *chances* di aggiudicazione di una gara di cui non possono ancora in alcun modo prevedere l'esito.

²⁰² Le PMI risultano estremamente penalizzate da tale disposizione, in quanto, contrariamente allo spirito complessivo della riforma, le obbliga sostanzialmente a scegliere se sopportare le eventuali

Né pare persuasivo, sotto il profilo della sua correttezza costituzionale ed euro-unitaria, il corollario della impossibilità di deduzione delle medesime censure avverso l'ammissione di un concorrente in sede di ricorso incidentale: ciò pregiudica infatti non solo il diritto alla difesa dell'aggiudicatario controinteressato, ma priva anche il giudice amministrativo di strumenti di cognizione piena delle ragioni della partecipazione di imprese alle procedure di gara, in palese controtendenza rispetto alle più recenti determinazioni della Corte di Giustizia²⁰³.

Un'ulteriore modifica all'articolo 120 apportata dall'articolo 204 del nuovo Codice consiste nell'aggiunta del comma 11-*bis*. Tale disposizione, non aderendo a un'interpretazione eccessivamente restrittiva resa in passato con riguardo alle ipotesi di esperibilità del ricorso cumulativo, ha opportunamente chiarito che *“nel caso di presentazione di offerte per più lotti l'impugnazione si propone con ricorso cumulativo solo se vengono dedotti identici motivi di ricorso avverso lo stesso atto”*²⁰⁴.

vessazioni delle Amministrazioni aggiudicatrici oppure rischiare il fallimento a causa del versamento delle insostenibili spese di giustizia.

²⁰³ Cfr. CGUE, 5 aprile 2016 causa C-689/13 *Puligienica*, in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016.

²⁰⁴ Sul punto, la Commissione speciale del Consiglio di Stato, nel citato parere sullo schema del nuovo Codice, ha evidenziato che limitare i ricorsi cumulativi *“al solo caso di censure identiche”* per il dichiarato *“fine di razionalizzare”* il rito speciale in esame rischia di provocare *“un sacrificio al diritto di difesa, aggravato dal rilevante peso del contributo unificato”*, tale da generare *“sospetti di incostituzionalità per contrasto con gli artt. 3, 24 e 113 Cost.”*. Le suddette osservazioni hanno portato all'eliminazione dal testo finale del citato comma 11-*bis* dell'*incipit* relativo alle finalità di *“razionalizzazione”* del rito speciale, ma sembrano evidenziare anche un'apertura dello stesso Consiglio di Stato verso un'interpretazione meno restrittiva delle condizioni di ammissibilità dei ricorsi cumulativi. Sul tema cfr. M.A. SANDULLI e M. LIPARI (a cura di), *Rassegna nell'Osservatorio sulla giustizia amministrativa*, Parte I, in *Foro amm*, 2016, 2, 203; *ivi*, 2016, 9. Sulle condizioni di ammissibilità del suddetto istituto cfr., Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015 n. 5, *ivi*, 2015, 4, 1025; con riferimento ai contratti pubblici Cons. Stato, Sez. III, 4 febbraio 2016 n. 449, in *www.giustizia-amministrativa.it*, dove si afferma che l'ammissibilità di un ricorso cumulativo contro le aggiudicazioni di distinti lotti di gara riferibili ad unico bando è *“subordinata all'articolazione, nel gravame, di censure idonee ad inficiare segmenti procedurali comuni (ad esempio il bando, il disciplinare di gara, la composizione della commissione*

Anche la tutela cautelare è stata fortemente intaccata dalla riforma.

Innanzitutto, è agevole osservare che nel descritto rito iper-contratto di cui al nuovo comma 2-*bis* dell'art. 120 c.p.a. essa troverà difficilmente spazio di applicazione²⁰⁵. Infatti, come rilevato dal Consiglio di Stato in occasione dell'emanazione del parere sullo schema di decreto, *“la tutela cautelare diventa, di fatto e nella ordinarietà dei casi, superflua, attesi i tempi strettissimi in cui si perviene alla decisione di merito, di cui può anche essere anticipata la pubblicazione del dispositivo. Sicché la funzione anticipatoria che è propria e tipica della tutela cautelare non troverà ordinariamente possibilità di pratica esplicazione”*.

Il legislatore è in ogni caso intervenuto a delimitare in via generale i poteri del giudice in sede cautelare per tutte le controversie in tema di contratti pubblici. Il neo-introdotta comma 8-*ter* dell'art. 120 c.p.a. stabilisce infatti che nella decisione cautelare il giudice, ove rilevi la sussistenza del *fumus* del ricorso, deve ora tener conto delle previsioni generali stabilite dagli articoli 121 e 122 c.p.a. (concernenti la dichiarazione di inefficacia del contratto pubblico in esito all'annullamento dell'aggiudicazione) e motivare in ordine alla sussistenza di *“esigenze imperative connesse a un interesse generale alla esecuzione [...] del contratto”*.

Preoccupa soprattutto quest'ultima affermazione, posto che in uno Stato di diritto non dovrebbe poter esistere un'esigenza imperativa connessa a un interesse

giudicatrice, la determinazione di criteri di valutazione delle offerte tecniche ecc.) alle differenti e successive fasi di scelta delle imprese affidatarie dei diversi lotti e, quindi, a caducare le pertinenti aggiudicazioni”; Cons. Stato, Sez. V, 5 maggio 2016 n. 1818, in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016; TAR Veneto, Sez. III, 27 settembre 2016 n. 1077, *ivi*.

²⁰⁵ Tuttavia, si deve segnalare che una recente giurisprudenza (TAR Campania, Napoli, 20 dicembre 2016 n. 5852, in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016) ha già avuto modo di chiarire il rapporto tra il nuovo rito “superaccelerato” disciplinato dall'art. 120 c.p.a., comma 2-*bis* e 6-*bis* e la tutela cautelare, nella specie monocratica ex art. 56 c.p.a. In particolare, il Collegio ha confermato l'esigenza insopprimibile di effettività della tutela giurisdizionale, affermando che l'introduzione di tale speciale disciplina non può precludere al g.a. la possibilità di accordare la tutela cautelare nelle sue varie “forme”, inclusa quella monocratica.

generale all'esecuzione del contratto, quanto piuttosto un'esigenza imperativa connessa all'interesse generale al suo corretto affidamento, sicché il giudice che rileva serie violazioni delle norme interne e/o euro-unitarie non dovrebbe trovare un limite al proprio potere di sospensione della procedura nell'esigenza di eseguire comunque la prestazione.

Conclusioni.

Le grandi innovazioni apportate dal d.lgs. 50/2016 al sistema nazionale dei contratti pubblici hanno comportato, come di frequente avviene dopo una riforma di così ampio respiro, una sostanziale stasi delle pubbliche Amministrazioni, le quali, in attesa di comprendere appieno le modalità con cui rispondere al meglio alle esigenze rappresentate dalla nuova normativa, hanno di fatto rimandato, per quanto possibile, l'indizione delle gare pubbliche necessarie per l'affidamento dei rispettivi contratti a un momento di maggiore chiarezza sulla reale portata delle modifiche intercorse. Ciò, tra l'altro, al fine di evitare di incorrere in violazioni delle disposizioni del nuovo Codice e, conseguentemente, di rischiare tanto di risultare soccombenti in eventuali giudizi intentati dai singoli operatori economici partecipanti alle suddette gare, quanto di essere sanzionate dall'Autorità Nazionale Anti Corruzione²⁰⁶.

Allo stato attuale non è dato comprendere quanto la riforma si potrà rivelare effettivamente utile per raggiungere lo scopo di una maggiore efficienza della spesa pubblica (verosimilmente un dato in tal senso potrà aversi solo diversi mesi dopo l'adozione del decreto correttivo previsto per il prossimo aprile), ma ciò non preclude la formulazione di alcune considerazioni conclusive.

Gli enti aggiudicatori, dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice, sono tenuti, nella predisposizione degli atti delle procedure di gara e nella gestione di

²⁰⁶ Secondo i numeri diffusi dall'associazione dei costruttori edili, Ance, nei primi 11 mesi del 2016 i bandi di gara per lavori sono diminuiti del 2,3% nel numero e del 12,6% in valore in confronto all'analogo periodo del 2015. Tra gli enti appaltanti a patire le novità sono stati in primo luogo i Comuni, come agevolmente rilevabile dalla circostanza che le commesse da questi messe a gara hanno subito una riduzione pari addirittura al 10,4% nel numero e al 38,3% nell'importo. Come affermato dall'associazione – che significativamente parla di “*shock da innovazione*”, attribuendo il calo all'incertezza derivante dall'applicazione delle nuove regole – è soprattutto il valore che va guardato, dal momento che il numero delle commesse messe a gara è viziato dal fatto che, alla luce della complicazione delle procedure, gli assessori ai lavori pubblici hanno scelto di andare avanti con tanti piccoli bandi dal valore unitario inferiore a 150.000, che infatti sono cresciuti in valore del 23 per cento (i cali maggiori sono avvenuti nella fascia tra i 500.000 e i 5 milioni di euro), in evidente pregiudizio del principio di trasparenza, il cui implementamento era stato viceversa annunciato come uno degli obiettivi prioritari della riforma.

queste ultime, ad applicare, unitamente ai principi di parità di trattamento e non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità (che, come visto, costituiscono i corollari del principio di concorrenza) anche quelli della maggiore efficienza della spesa pubblica (*best value for money*) e del perseguimento del c.d. “sviluppo sostenibile”, attraverso la valorizzazione di aspetti sociali e ambientali nel mercato delle commesse pubbliche.

Peraltro, simili finalità di pubblico interesse (che trascendono per la loro portata il settore dei contratti pubblici) non erano certamente estranee ai criteri che avrebbero dovuto sorreggere l’azione degli enti aggiudicatori già ai sensi del previgente quadro normativo euro-unitario e nazionale (che già imponeva un’attenta valutazione delle ricadute sulla spesa pubblica di lavori, acquisti e forniture; una preferenza per prodotti o servizi o catene produttive rispettose dei criteri di sostenibilità ambientale; uno stimolo verso l’innovazione del settore attraverso l’uso delle tecnologie dell’informazione e verso l’agevolazione dell’accesso al mercato delle PMI; la protezione della sicurezza dei lavoratori; la garanzia (quantomeno) del mantenimento dei livelli occupazionali).

Tali finalità, tuttavia, si configuravano nel quadro previgente quali obiettivi propri di ogni singolo committente (e quindi, per definizione, variabili in relazione alle dimensioni e caratteristiche dei singoli interventi, della loro collocazione geografica, del contesto socio-economico sul quale si trovavano a incidere), essendo il loro perseguimento affidato alle eventuali determinazioni degli Stati membri o degli enti aggiudicatori, al più sorrette da indicazioni programmatiche euro-unitarie, assunte più come strumenti di “*moral suasion*” che come veri e propri vincoli operativi (Libri verdi sulla modernizzazione degli appalti pubblici; comunicazioni interpretative della Commissione Europea sugli aspetti ambientali e sociali nei contratti pubblici, etc.).

Se l’obiettivo del legislatore euro-unitario era in origine (e soprattutto nell’impianto delle direttive del 2004) quello di consentire un adeguato sviluppo della concorrenza nel mercato, l’economia della crisi ha imposto una diversa prospettiva (si rammenta che il valore delle commesse pubbliche è pari a circa il 18% del PIL dell’Unione Europea), imponendo l’emersione di regole – anche procedurali – destinate a fare della spesa per gli acquisti delle pubbliche

Amministrazioni una leva per lo sviluppo sostenibile: la differenza tra le direttive del 2004 e quelle del 2014 risiede quindi nella semplificazione delle regole, nella flessibilità degli strumenti procedurali (perché siano destinati a soddisfare le molteplici esigenze pubbliche), nella certezza del diritto. Questi obiettivi non sono affatto in competizione con l'assetto pro-concorrenziale delineato dalle regole euro-unitarie progressivamente affinate nella sequenza delle direttive e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, ma, a differenza del passato, ne viene consentita e promossa l'emersione attraverso la fissazione di nuovi parametri e disposizioni (l'offerta economicamente più vantaggiosa quale regola generale; la legittimità di criteri volti a privilegiare prodotti o servizi di alta compatibilità ambientale; l'obbligo della suddivisione in lotti; la definizione del costo del ciclo di vita; la facilitazione verso forme aggregate di committenza; l'obbligo di motivare le scelte strutturali della procedura individuata; la sanzione espulsiva per la violazione di livelli minimi retributivi nel caso di offerte anomale).

Ciò comporta ineluttabilmente la necessità per gli enti aggiudicatori di porre la massima attenzione nella scelta delle regole di gara, al fine di individuare il criterio di aggiudicazione e i requisiti di partecipazione più adeguati per rispondere alle peculiari esigenze di ogni singola commessa e di improntare la procedura selettiva in modo tale da consentire, sempre nel pieno rispetto di regole che facilitino l'accesso delle imprese al mercato, l'emersione degli interessi pubblici perseguiti, in particolare di quelli che nel caso specifico si rivelino più idonei allo scopo.

La corretta attuazione della riforma passa dunque per una imprescindibile "professionalizzazione" delle stazioni appaltanti, che, insieme all'ampliamento del proprio margine di discrezionalità, vedono accrescere anche le loro responsabilità. La prospettiva di valorizzazione del ruolo delle Amministrazioni aggiudicatrici auspicata dalle direttive richiede, anche ai fini di contrasto dei fenomeni corruttivi, un rafforzamento delle loro capacità tecniche, una loro maggiore responsabilizzazione sulla base dei risultati effettivamente conseguiti e un implemento degli obblighi di trasparenza e dei controlli gestionali.

Un simile *upgrade* degli enti aggiudicatori non sembra tuttavia, come più volte sostenuto, un obiettivo facile da raggiungere nel breve periodo, in quanto la

frammentazione del previgente quadro normativo, le sovrapposizioni di discipline diverse e le incertezze applicative derivanti dalle giurisprudenze (basti ricordare che più della metà delle pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato dell'ultimo quinquennio hanno avuto a oggetto la risoluzione di contrasti interpretativi in materia di contratti pubblici) non sono state eliminate dall'entrata in vigore del nuovo Codice. Anzi, la scelta originaria di una delega aperta – che sfocerà certamente nell'adozione di consistenti modifiche al testo del d.lgs. 50/2016 attraverso l'emanando decreto correttivo –, unita alla preferenza accordata, rispetto al previgente regolamento di attuazione, a strumenti di regolazione flessibile – anche se al momento sono state adottate solamente sei linee guida da parte dell'ANAC –, dimostrano che il percorso intrapreso è ancora *in fieri* e lungi dall'essere concluso.

Potrebbe contribuire a un sostanziale cambio di rotta una drastica riduzione delle stazioni appaltanti e un correlato aumento delle centrali di committenza e delle modalità di aggregazione della domanda (espressamente disciplinate dall'art. 37 della direttiva 24/2014), che potrebbero garantire quella tanto auspicata “professionalizzazione” dei soggetti aggiudicatori, derivante da una più accentuata conoscenza del mercato, e una maggiore dimestichezza con le complesse regole tecniche imposte dalla normativa che il mercato transfrontaliero richiede e che le piccole stazioni appaltanti non appaiono in grado di soddisfare.

Inoltre l'aggregazione della domanda pubblica consente di ottenere economie di scala, attraverso prezzi e costi delle transazioni più bassi, nonché un miglioramento e una maggior professionalità nella gestione dei procedimenti. Anche questo obiettivo deve ovviamente essere temperato con l'assetto concorrenziale del mercato: se da un lato, infatti, la centralizzazione degli acquisti tende a sacrificare le differenziazioni locali e l'autonomia degli enti aggiudicatori (soprattutto i più piccoli), dall'altro essa non necessariamente limita la partecipazione al mercato delle PMI (soprattutto attraverso l'obbligatoria articolazione in lotti delle commesse) e di imprese di nuova costituzione, che spesso sono – al contrario – ostacolate proprio dalla presenza di una struttura degli acquisti frammentata, poco standardizzata e opaca.

Un secondo aspetto che richiede l'assunzione di un diverso approccio da parte dei committenti riguarda il disegno delle procedure. Le misure di flessibilità previste dal Codice e la moltiplicazione degli strumenti procedimentali a disposizione degli enti aggiudicatori presuppongono ai fini della loro consapevole adozione una corretta conoscenza del mercato di riferimento (in ordine ai *players* abituali, ai prezzi praticati in affidamenti simili, agli andamenti della domanda pubblica, alle novità tecnologiche, ai provvedimenti adottati dall'Autorità antitrust nel settore merceologico specifico, etc.); richiedono l'adozione di misure non impeditive della partecipazione delle PMI e delle imprese di nazionalità diversa, attraverso la fissazione di requisiti idoneativi effettivamente proporzionati all'oggetto dell'affidamento, specifiche tecniche non discriminatorie, valorizzazione dei profili ambientali, articolazione in lotti funzionali della domanda, misure in grado di superare le strettoie del formalismo partecipativo (in parte ridotto dall'applicazione del DGUE) attraverso l'uso del soccorso istruttorio e della applicazione di regole che assicurino le pratiche di *self cleaning* degli operatori economici; impongono l'individuazione di criteri di aggiudicazione trasparenti, obiettivi, non discriminatori, conoscibili ed apprezzabili da tutti i partecipanti al medesimo modo, applicati in modo da non distorcere gli esiti della competizione e soprattutto diretti a valorizzare il corretto rapporto qualità/prezzo o costo (considerando quindi i costi occulti degli affidamenti, quali l'impatto ambientale – che viene normalmente scaricato sull'intera collettività –, l'efficienza manutentiva e la reperibilità dei pezzi di ricambio, i consumi energetici, etc.) da tradurre in appositi algoritmi attributivi di punteggio. Infatti al fine di garantire il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento e scongiurare il rischio di abusi, nonché di orientare gli operatori nella presentazione di offerte concretamente volte alla soddisfazione dell'interesse pubblico, è cruciale che il committente espliciti adeguatamente gli obiettivi perseguiti.

Una simile prospettiva non è solamente diretta a perseguire con più efficacia gli interessi pubblici sottesi o connessi all'affidamento (quindi legati alla politica industriale, ambientale e sociale dell'ente aggiudicatore), ma costituisce anche un efficace deterrente contro le ipotesi collusive tra imprese, la

formulazione di offerte sbilanciate o insostenibili, ed in genere le pratiche di *bid rigging*²⁰⁷.

Un terzo aspetto che riguarda la professionalizzazione delle stazioni committenti attiene all'uso delle tecnologie dell'informazione nell'espletamento delle procedure, al fine di garantire *standard* partecipativi aperti a operatori transfrontalieri e ridurre i costi di accesso alla procedura, per esempio seguendo il modello portoghese, che si è rivelato uno dei più avanzati all'interno dell'Unione Europea per quanto riguarda l'implementazione degli appalti elettronici, come testimoniato dal fatto che ha già provveduto alla smaterializzazione di tutte le procedure per l'acquisto di beni, l'affidamento dei servizi e l'esecuzione delle opere pubbliche, mediante l'utilizzo di specifici sistemi elettronici e attraverso piattaforme telematiche uniche a livello nazionale²⁰⁸, consentendo così una cospicua riduzione di tempi, costi e procedimenti amministrativi.

²⁰⁷ Al fine di monitorare sul *modus operandi* delle stazioni appaltanti e, nello specifico, di prevenire la corruzione nelle procedure di affidamento delle gare pubbliche, l'ANAC e l'OCSE hanno stipulato a Londra, il 12 maggio 2016, un nuovo Protocollo d'Intesa, volto a promuovere lo sviluppo degli “*High Level Principles per l'integrità, la trasparenza e i controlli efficaci di grandi eventi e delle relative infrastrutture*” – individuati dalle stesse parti sulla base dell'esperienza relativa a EXPO Milano 2015 – e la partecipazione e adesione da parte degli *stakeholders* a livello internazionale; analizzare i modelli di *governance*, le metodologie e le pratiche per prevenire la corruzione e promuovere la trasparenza delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici; sviluppare la conoscenza del fenomeno della corruzione anche nella prospettiva di un migliore *benchmarking* internazionale; cooperare in qualsiasi altra area nel settore dell'anticorruzione che le parti convengano.

²⁰⁸ Il riferimento è al portale BASE (www.base.gov.pt), che gestisce in modo organico tutte le informazioni sulla contrattazione pubblica elettronica, raccogliendo le informazioni provenienti da diversi canali informativi – quali la Gazzetta Ufficiale della Repubblica Portoghese, le informazioni comunicate dalle singole Amministrazioni aggiudicatrici e quelle provenienti dalle altre piattaforme telematiche certificate che consentono lo svolgimento delle gare di appalto pubblico in formato elettronico. Il portale, che svolge anche l'attività di monitoraggio dell'attività contrattuale relativa alle opere pubbliche portoghesi, ha consentito di centralizzare in un unico strumento informativo, il flusso delle informazioni più importanti riguardanti le procedure di affidamento, consentendo così di attenuare le difficoltà abitualmente connesse alla distanza e alla

D'altro canto, ovviamente, si dovrà prestare la massima attenzione affinché un'eccessiva "personalizzazione" dei bandi non si riveli pregiudizievole della doverosa apertura del settore alla concorrenza, dal momento che quest'ultima non può, all'evidenza, essere ristretta in modo sproporzionato in conseguenza dell'eccessivo peso attribuito a determinati indicatori il cui possesso è garantito solamente da un numero esiguo di operatori economici.

Come sempre, l'ago della bilancia che consentirà di valutare quanto le modifiche normative apportate dalla riforma saranno in grado, nelle loro attuazioni pratiche, se non di risolvere, quantomeno di attenuare i dubbi inerenti l'applicazione delle nuove regole, non può che essere costituito da un efficace sistema di tutela giurisdizionale.

Il giudice amministrativo, infatti, è chiamato a vagliare la correttezza del difficile temperamento operato dagli enti aggiudicatori tra il rispetto dei consolidati parametri posti a tutela della concorrenza e le finalità di pubblico interesse perseguite in base alle nuove regole²⁰⁹, sempre che il legislatore non renda eccessivamente difficoltoso l'accesso al sistema di tutela giurisdizionale, attraverso l'applicazione di disincentivi di carattere economico, attraverso la prefigurazione di riti speciali e super compressi, ipotizzati soprattutto per dequotare il ricorso a tecniche incidentali di difesa con conseguente rimessa in gioco delle regole di accesso al procedimento, attraverso l'individuazione di parametri della decisione che tengano conto, nella fase cautelare, della prevalenza dell'interesse pubblico alla sollecita esecuzione del contratto²¹⁰. Va infatti rimarcato che le nuove direttive non sono in alcun modo intervenute sul quadro dei rimedi previsti dalle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE (come modificate dalla direttiva 2007/66/CE), con la conseguenza che la tassonomia dei poteri del

difficoltà di accesso alle informazioni, specialmente per le imprese straniere che intendono operare nel mercato locale.

²⁰⁹ Cfr. anche le relazioni di inaugurazione dell'anno giudiziario 2017 svolte dal Presidente del Consiglio di Stato, Alessandro Pajno, il 6 febbraio e dal Presidente del TAR Lazio, Carmine Volpe, il 15 febbraio, entrambe reperibili su www.giustizia-amministrativa.it.

²¹⁰ Il profilo è stato affrontato da ultimo nell'incontro di studio tenutosi all'Università di Roma Tre il 30 gennaio 2017 sul tema "*Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa: il confronto*", le cui relazioni sono rinvenibili in www.giustizia-amministrativa.it.

giudice è rimasta, per il legislatore euro-unitario, sostanzialmente invariata (senza alcuna necessità di prevedere accelerazioni particolari, con la naturale preferenza accordata per i rimedi in sede cautelare – e cioè prima della stipulazione del contratto –, con i poteri accordati sulla declaratoria di inefficacia del negozio stipulato a valle dell’aggiudicazione). La deflazione del contenzioso non può reggersi infatti sull’incremento della difficoltà di accesso (sia economico che temporale) alle tecniche di tutela, ma deve fondarsi su elementi di certezza delle regole, di semplificazione procedimentale, di standardizzazione delle applicazioni, di ragionevolezza ed equilibrio nella definizione dei requisiti e dei criteri che restano nella disponibilità dell’ente aggiudicatore. Tutti elementi sui quali possono incidere in modo più efficace (ed in via gradata) il legislatore, l’autorità di settore, la singola Amministrazione, e solo in via residuale il giudice, alla cui cognizione appartiene la dimensione patologica del rapporto con gli operatori economici, e le cui dimensioni sono direttamente proporzionali alla incoerenza, incompiutezza e frammentarietà del quadro normativo di riferimento.

Laddove tuttavia il legislatore perda anche l’ultima possibilità di apportare chiarezza nel nuovo quadro normativo con il decreto correttivo – appena inviato “in consultazione” per rispettare la scadenza del prossimo aprile (con la riproposizione dei profili di criticità legati alla compressione delle tempistiche già emersi in sede di approvazione del Codice)²¹¹ –, non rimane che riporre la

²¹¹ La bozza del decreto correttivo inviata in consultazione il 17 febbraio 2017 consta di 86 articoli e non appare, a una prima lettura, risolvere i sopra evidenziati nodi problematici del testo del d.lgs. 50/2016. Le principali modifiche apportate appaiono, in particolare, concernere: misure di tutela economica per i progettisti (tra cui il pagamento obbligatorio di tali professionisti da parte delle stazioni appaltanti anche in caso di assenza di finanziamenti); puntualizzazioni in ordine ai requisiti per la partecipazione alle gare pubbliche da parte di consorzi e raggruppamenti temporanei di imprese; il sistema di *rating* delle imprese istituito presso l’ANAC; l’ulteriore accrescimento dei poteri di quest’ultima Autorità (anche mediante la comunicazione alle stazioni appaltanti dell’elenco della totalità dei componenti che queste sono tenute a nominare all’interno delle commissioni giudicatrici, salvo lavori di importo inferiore per i quali possono essere nominati alcuni componenti interni); l’aggiunta di ulteriori disposizioni volte a contrastare i fenomeni di corruzione e false dichiarazioni; l’estensione del periodo di riferimento necessario per ottenere tanto la qualificazione delle stazioni appaltanti, quanto quelle delle imprese; le disposizioni in tema di subappalto (in particolare mediante la posticipazione dell’obbligo di

necessaria fiducia negli organi giudiziari, nella speranza che possano sopperire alle carenze del sistema normativo, al fine di richiamare gli imprenditori europei a tornare a investire in Italia e ridare così slancio a questo fondamentale settore dell'economia del nostro Paese.

indicazione della terna di subappaltatori al momento della stipula del contratto e l'applicazione di tale obbligo nei soli casi in cui *“la stazione appaltante ritenga necessario conoscere anticipatamente i nominativi dei subappaltatori”* e il riferimento del massimo importo subappaltabile ai soli lavori della categoria prevalente, riguardo al quale permarrebbe tuttavia l'incompatibilità con quanto affermato dalla Corte di Giustizia in merito alla necessità di giustificare di volta in volta i limiti quantitativi al subappalto con particolari esigenze di qualificazione: CGUE, 14 luglio 2016 C-406/14 *Wroclaw*, in *Foro it.*, 2016, IV, 389); la sostituzione della sanzione dell'esclusione dell'impresa i cui subappaltatori difettino dei requisiti morali con la doverosa sostituzione di questi ultimi; la reintroduzione dell'appalto integrato, seppure con esclusivo riferimento a poche tassative ipotesi, della quale si contesta il contrasto con la distinzione tra progettazione e esecuzione, costituente uno dei principi cardine della riforma.

INDICE BIBLIOGRAFICO

- F. APERIO BELLA, *Soccorso istruttorio* (bussola del 2 maggio 2016), in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016.
- S. ARROWSMITH, *Framework Purchasing and Qualification Lists under European Procurement Directive*, in *Public Procurement Law Review*, 1999.
- S. ARROWSMITH, *Future prospects for the European Community's Regime on Public Procurement*, in L. GORMLEY, *Gordian Knots in European Public Procurement Law*, Publications by the Academy of European Law in Trier, vol. 24, Colonia, 1997.
- G. BARBON, *Sistemi dinamici ed aste elettroniche*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2005.
- M. CALABRÒ, *Le certificazioni di qualità ambientale di prodotto quali fattori di competitività per il made in Italy*, in *Foro amm.-T.A.R.*, Milano, Giuffrè, 2009.
- R. CARANTA, *Gli accordi quadro*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2005.
- F. CARDARELLI, *Le direttive europee sui contratti pubblici*, in *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2015.
- C. CONTESSA – D. CROCCO, *Il nuovo codice degli appalti commentato*, Roma, DEI, 2016.
- G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2013.
- F. DE LEONARDIS, *Norme di gestione ambientale* (bussola del 2 gennaio 2017), in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016.
- R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2016, 5.
- C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- V. DI IORIO, G.A. GIUFFRÈ, *Il subappalto*, in F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI (a cura di), *Manuale di Diritto Amministrativo. IV. I contratti pubblici*, Dike, 2014;

V. DOMENICHELLI, *Il ruolo normativo del giudice nella formazione e nello sviluppo del diritto amministrativo*, relazione per il Convegno annuale Aipda (Padova, 9-10 ottobre 2015).

F. ELEFANTE, *I criteri di aggiudicazione*, in *Guida al diritto*, 2016, 26.

J.M. FERNANDEZ MARTIN, *Commission of the European Communities v Belgium*, in *Public Procurement Law Review*, 1996, 133.

F. FRANCARIO, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, relazione per il Convegno annuale AIPDA (Roma, 7-8 ottobre 2016).

F. FRANCARIO, *Profili evolutivi dell'autotutela (decisoria) amministrativa*, in A. RALLO e A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Rimedi contro la cattiva amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

F. FRANCONIERO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici e le questioni sulla tutela giurisdizionale*, relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi (Varenna, 17-19 settembre 2015), in www.astrid-online.it.

D.U. GALETTA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015.

D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità*, Treccani, 2012.

D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità* in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011.

D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998.

R. GAROFOLI, *Introduzione* in R. GAROFOLI e M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2005.

M. GATTI, *E-procurement sottosoglia: analisi normativa e modelli a confronto*, in www.diritto.it.

G. GIOVANNINI, *La disciplina degli appalti tra il vecchio e il nuovo*, relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi (Varenna, 17-19 settembre 2015).

G.A. GIUFFRÈ, *Subappalto* (bussola del 21 aprile 2016), in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016.

G. GRECO, *La direttiva in materia di "concessioni"*, relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi (Varenna, 17-19 settembre 2015), in www.astrid-online.it.

R. GRECO, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, relazione per il seminario sul tema "Il nuovo Codice degli appalti dopo le Linee Guida ANAC" (Milano, 28-30 novembre 2016).

L. GRISELLI, *Criteri di aggiudicazione* (bussola del 25 luglio 2016), in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016.

R. INVERNIZZI, *L. 11/2016; la suddivisione in lotti e le PMI*, Milano, 2016.

R. INVERNIZZI, *Le specifiche tecniche*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2005.

M. LIBERTINI, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, in P. BARUCCI-C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, Giappichelli, 2010.

M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 2012.

P. MANTINI, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici. Semplificazione, efficienza, concorrenza, anticorruzione*, Milano, Giuffrè, 2015.

M. MENGOZZI, *Normatività delle decisioni giudiziarie: nomofilachia e Costituzione*, in *Aic – Osservatorio costituzionale*, marzo 2015, www.osservatorioaic.it.

G. MONTEDORO, *Il giudice e l'economia*, Roma, Luiss University Press, 2015.

G. MORBIDELLI – M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M.P. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 1997.

A. MOSCARINI, *Fonti dei privati e globalizzazione*, Roma, Luiss University Press, 2015.

A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto della corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015.

A. PAJNO, L. TORCHIA (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, Paper Astrid, 2015.

G. PALMIERI, Relazione per il convegno “*Etica, Impresa, Mercato*” (Campobasso, 6 dicembre 2016).

C.E. QUESADA, *Competition and transparency in public procurement markets*, in *Public Procurement Law Review*, 2014.

M. RICCHI, *La nuova direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul codice dei contratti*, in *Urb. e App.*, 2014, 7.

J.D. SACHS, *The age of sustainable development*, Columbia, Columbia University Press, 2015

M.A. SANDULLI, *Rito speciale in materia di contratti pubblici* (bussola del 19 aprile 2016), in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016.

M.A. SANDULLI, *Ricordo di Aldo M. Sandulli avvocato nel centenario della nascita*, in *www.federalismi.it*, 2015.

M.A. SANDULLI – M. LIPARI (a cura di), *Rassegna nell'Osservatorio sulla giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 2016, 2.

S. SARZANA DI S. IPPOLITO, *L'E-procurement pubblico*, in *E-government: profili teorici e applicazioni pratiche del governo digitale*, Piacenza, 2003.

C. SICILIANO, *Centrale di committenza* (bussola del 4 marzo 2016), in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016.

SIGMA, *Public Procurement in the EU, Legislative Framework, Basic Principles and Institutions*, 2011, 5.

F. TRIMARCHI BANFI, *Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento*, in *Dir. Amm.*, 2013.

R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, Maggioli, 2016.

S. VALAGUZZA, *Sustainable development in public contracts. An example of Strategic Regulation*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

S. VILLAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la <<competitività non di prezzo>> anche alla luce della recente disciplina europea*, in *Il diritto pubblico dell'economia*, Modena, Mucchi Editore, 2015.

F. VINCIARELLI, *Nuovo codice appalti: luci e ombre*, in www.pmi.it.

F. WILMAN, *Private Enforcement of EU law before national courts, The EU Legislative Framework*, Cheltenham (UK), Edward Elgar Publishing, 2015.

G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto: un'evoluzione storica e teorica*, in G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

INDICE DELLE PRONUNCE GIURISPRUDENZIALI E DELL'AVCP

Corte di Giustizia dell'Unione Europea

CGUE, 14 luglio 2016 C-406/14 *Wroclaw*, in *Foro it.*, 2016, IV, 389.

CGUE, 2 giugno 2016 causa C-27/15 *Pippo Pizzo*, in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016

CGUE, 7 aprile 2016 causa C-495/14 *Tita*, in www.curia.europa.eu.

CGUE, 5 aprile 2016 causa C-689/13 *Puligienica*, in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016.

CGUE, 22 ottobre 2015 causa C-425/2014 *Edilux Srl*, Racc. gen.

CGUE, 6 novembre 2014 causa C-42/13 *Cartiera dell'Adda*, in *Urb. e App.*, 2015, 2.

CGUE, 10 maggio 2012 causa C-368/10 *Commissione vs. Paesi Bassi*, in www.federalismi.it.

CGUE, 10 novembre 2011 causa C-348/10, *Norma-A e Dekom*, Racc. I-10983.

CGUE, 10 marzo 2011 causa C-274/09 *Munus*, in *Public Procurement Law Review*, 2011, 4.

CGUE, 28 gennaio 2010 causa C-406/08 *Uniplex*, Racc. I-8769.

CGUE, 10 settembre 2009 causa C-206/08 *Eurawasser*, Racc. I-8377.

CGUE, 24 gennaio 2008 causa C-532/06 *Lianakis e a.*, Racc. I-251.

CGUE, 6 aprile 2006 causa C-410/04 *Anav c. Comune di Bari*, Racc. I-3303.

CGUE, 9 febbraio 2006 causa C-226/04 *La Cascina*, in www.curia.europa.it.

CGUE, 27 ottobre 2005 causa C-234/03 *Contse*, Racc. I-9315.

CGUE, 13 ottobre 2005 causa C-458/03 *Parking Brixen*, Racc. I-8585.

CGUE, 21 luglio 2005 causa C-231/03 *Coname*, Racc. I-7287.

CGUE, 11 gennaio 2005 causa C-26/03 *Stadt Halle e RPL Lochau*, Racc. I-1.

CGUE, 7 ottobre 2004 causa C-247/02 *Sintesi*, Racc. I-9215.

CGUE, 8 maggio 2004 causa C-161/13 *Idrodinamica Spurgo Velox*, in www.osservatorioappalti.unitn.it.

CGUE, 3 marzo 2003 causa C-34/03 *Fabricom*, Racc. I-1559.

CGUE, 27 febbraio 2003 causa C-327/00 *Santex*, Racc. I-1877.

CGUE, 12 dicembre 2002 causa C-470/99 *Universale-Bau*, Racc. I-11617.

CGUE, 17 settembre 2002 causa C-513/99 *Concordia Bus Finland*, Racc. I-7213.

CGUE, 3 dicembre 2001 causa C-59/00 *Bent Moustén Vestergaard*, Racc. I-9505.

CGUE, 7 dicembre 2000 causa C-324/98 *Telaustria e Telefonadress*, Racc. I-10745.

CGUE, 18 novembre 1999 causa C-275/98, *Unitron Scandinavia* (Racc. I-8291).

CGUE, 12 gennaio 1969 causa C-29/1969 *Stauder c. Città di Ulm*, Racc. I-419.

Corte costituzionale

Corte cost., 23 novembre 2007 n. 401, in www.cortecostituzionale.it.

Corte cost., 1 febbraio 2006 n. 29, in www.cortecostituzionale.it.

Corte cost., 27 luglio 2005 n. 336, in www.cortecostituzionale.it.

Corte cost., 27 luglio 2004 n. 272, in www.cortecostituzionale.it.

Corte cost., 13 gennaio 2004 n. 14, in www.cortecostituzionale.it.

Consiglio di Stato

Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 28 dicembre 2016 n. 2777, in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016.

Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016 n. 22, in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016.

Cons. Stato, Sez. V, 5 maggio 2016 n. 1818, in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016.

Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, 1 aprile 2016 n. 855, in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016.

Cons. Stato, Sez. III, 4 febbraio 2016 n. 449, in www.giustizia-amministrativa.it.

Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015 n. 5, in www.giustizia-amministrativa.it.

Cons. Stato, Sez. V, 28 agosto 2013 n. 4191, in www.giustizia-amministrativa.it.

Cons. Stato, Sez. III, 11 luglio 2013 n. 6738, in www.giustizia-amministrativa.it.

Cons. Stato, Sez. V, 3 ottobre 2012 n. 5197, in www.giustizia-amministrativa.it.

Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 2012 n. 467, in www.giustizia-amministrativa.it.

Cons. Stato, Sez. V, 11 aprile 2011 n. 2228, in www.giustizia-amministrativa.it.

Cons. Stato, Sez. V, 9 novembre 2010 n. 7963, in www.giustizia-amministrativa.it.

Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2010 n. 1038, in www.giustizia-amministrativa.it.

Cons. Stato, Sez. IV, 10 maggio 2007 n. 2254, in www.giustizia-amministrativa.it.

Cons. Giust. Amm. Sicilia, 27 dicembre 2006 n. 802, in www.giustizia-amministrativa.it.

Cons. Stato, Sez. V, 11 febbraio 2005 n. 392, in www.giustizia-amministrativa.it.

Cons. Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, parere 21 gennaio 2008, in www.giustizia-amministrativa.it.

Tribunali Amministrativi Regionali

TAR Campania, Napoli, 20 dicembre 2016 n. 5852, in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016.

TAR Veneto, Sez. III, 27 settembre 2016 n. 1077, in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2016.

TAR Lazio, Roma, Sez. III *quater*, 13 novembre 2008, n. 10141, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici – Autorità Nazionale Anti-Corruzione.

ANAC, parere di precontenzioso 2 settembre 2014 n. 31, in *www.anticorruzione.it*.

AVCP, parere 13 settembre 2012, AG 18/12, in *www.anticorruzione.it*.

AVCP, deliberazione 16 luglio 2009 n. 65, in *www.anticorruzione.it*.

AVCP, determinazione 8 ottobre 2008 n. 5, in *www.anticorruzione.it*.