

INTRODUZIONE

Il volume raccoglie i risultati del Programma di ricerca di ateneo 2015 dedicato al partenariato pubblico privato alla luce delle nuove direttive europee.

Il vasto fenomeno del partenariato pubblico privato (PPP) comprende diverse forme di cooperazione tra settore pubblico e settore privato, attraverso le quali le rispettive competenze e risorse si integrano, per garantire il finanziamento, la progettazione, la costruzione e la gestione di opere pubbliche, la fornitura di un servizio o, comunque, per realizzare interessi pubblici che altrimenti, con le sole risorse pubbliche, non potrebbero essere realizzati. Specie per i progetti complessi e innovativi, la cooperazione con i privati consente all'amministrazione di accrescere le risorse a disposizione e acquisire soluzioni innovative.

A partire dal "Libro Verde relativo ai Partenariati Pubblico-Privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni" della Commissione Europea del 30 aprile 2004 il PPP è divenuto anche uno dei principali modelli di attuazione delle politiche e delle decisioni europee.

L'ordinamento italiano prevede una molteplicità di forme di partenariati pubblico-privati, rientranti nella varie tipologie di PPP contrattuale – disciplinate principalmente nel *Codice dei contratti pubblici* (d.lgs. n. 163/2006), di PPP istituzionalizzato, disciplinate dal *Testo Unico degli EE.LL.* (d.lgs. n. 267/2000) e di PPP per accordi, disciplinate principalmente dalla Legge sul procedimento amministrativo (legge n. 241/1990).

Nell'ordinamento italiano, però, a differenza di quanto accade in altri stati dell'Unione europea, non esiste una normativa specifica per il partenariato pubblico privato. Esistono però singoli istituti che possono portare a forme di collaborazione dello stesso genere. Si tratta delle concessioni di opere e di servizi pubblici, del *project financing* e del *leasing* finanziario, del contratto di disponibilità e del contratto di sponsorizzazione. È diffusa anche la prassi degli affidamenti a società miste – oggi regolate da molte norme speciali – che sono legittimi se il socio privato è scelto con un confronto concorrenziale avente per oggetto contestualmente l'opera o il servizio che la società deve eseguire.

Le nuove direttive europee in materia di contratti pubblici, entrate in vigore nel 2014 e destinate ad essere recepite entro febbraio 2016, hanno introdotto alcune novità che saranno oggetto dello studio, la più significativa delle quali è l'adozione di uno specifico testo normativo per la disciplina delle concessioni di lavori e di servizi (finora solo parzialmente o addirittura pressoché totalmente sottratte alla regolazione sovranazionale).

Al gruppo di ricerca, composto da docenti, ricercatori e dottori di ricerca dei Dipartimenti di Giurisprudenza e di Scienze Politiche dell'Ateneo pisano, si sono aggiunti colleghi stranieri ed esperti del settore che, nell'ambito dei seminari di studio e approfondimento, hanno contribuito ad approfondire le maggiori tematiche legate ai vari profili dei PPP e a dare un profilo comparato alla ricerca.

Come responsabile del progetto e curatore del volume ringrazio tutti i colleghi e gli "ospiti" che hanno contribuito a sviluppare un tema complesso e ampio come questo; un particolare ringraziamento va ai colleghi che hanno partecipato al seminario conclusivo, tenutosi qui a Pisa il 24 giugno 2016, per discutere i risultati della ricerca: Mario P. Chiti; Marco Dugato; Fabio Merusi; Domenico Sorace. Siamo particolarmente riconoscenti agli "ospiti" del nostro progetto, che ci hanno aiutato a comprendere ed approfondire sia le discipline di altri ordinamenti sia aspetti specifici della disciplina interna: Prof. Jean-Bernard Auby; Cons. Michele Corradino; Prof. Anne Davies; Prof. Spyridon Flogaitis; Avv. Giovanni F. Licata.

Infine, un sentito ringraziamento all'amministrazione del Dipartimento di Giurisprudenza e – in particolare – alla Sig.ra Chiara Battistini, che hanno contribuito a rendere possibile lo sviluppo del progetto. Un ulteriore e finale ringraziamento al Dott. Marco Lunardelli, che ha contribuito alla rilettura e all'*editing* di questo volume.

Alfredo Fioritto

Parte I

ASPETTI GENERALI DEL PPP

ALBERTO MASSERA

IL QUADRO DELLA TRASPOSIZIONE DELLE DIRETTIVE
EUROPEE TRA OBBLIGHI DI ARMONIZZAZIONE
E OPPORTUNITÀ DI RIORDINO DELLA NORMATIVA
NAZIONALE, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO
ALLE CONCESSIONI DI LAVORI E DI SERVIZI

SOMMARIO: 1. Il “pacchetto legislativo” europeo del 2014, tra continuità e innovazione. – 2. I distinti modelli regolatori previsti nelle direttive e le questioni di metodo per il recepimento. – 3. Le scelte del legislatore nazionale e la loro specificazione nel passaggio dalla legge delega all’unico decreto delegato per il recepimento e il riordino della normativa interna. – 4. La disciplina del partenariato pubblico-privato e delle concessioni di lavori e servizi e i relativi problemi applicativi. – 4.1. In particolare: su alcune questioni inerenti al regime delle sopravvenienze e dell’esecuzione di tali contratti come contratti di lunga durata.

1. *Il “pacchetto legislativo” europeo del 2014, tra continuità e innovazione*

A quarantacinque anni di distanza dal primo intervento regolatorio in materia nella forma della direttiva, il diritto europeo, con il “pacchetto legislativo” del 2014, ha consegnato ai sistemi nazionali un corpo disciplinare dei contratti pubblici per l’acquisizione di beni, servizi e lavori – quali componenti di un mercato rilevante nell’ambito dei rapporti economici dell’Unione europea – connotato da importanti elementi di novità rispetto a quello messo in campo pur nella fase più matura della sua evoluzione (contrassegnata dalla direttive degli inizi degli anni ’90 dello scorso secolo e soprattutto dal “pacchetto legislativo” del 2004).

Le direttive di “quarta generazione”, innanzitutto, presentano un quadro normativo alquanto più complesso dei precedenti, a cominciare dal profilo più strettamente quantitativo. Non solo, infatti, si è passati da due a tre diret-

* I dati normativi, giurisprudenziali e bibliografici esposti nel presente testo sono quelli rilevati entro la data del 30 settembre 2016.

tive per il regime “sostanziale” della contrattazione pubblica (mantenendo altresì separata la c.d. direttiva ricorsi, a sua volta ulteriormente modificata), ma è anche il numero complessivo degli articoli dei testi in oggetto a risultare significativamente incrementato, dovendosi registrare il passaggio dalla sommatoria di 84 e 75 articoli compresi rispettivamente nelle direttive 18/2004 e 17/2004 alla sommatoria di 94 e 110 articoli delle due direttive corrispondenti del 2014, cui vanno aggiunti i 55 articoli portati dalla nuova direttiva sulle concessioni. E da questo punto di vista il rilievo appena esposto sembra trovare una qualche corrispondenza nel minor spazio che, rispetto al passato, l’obiettivo della semplificazione trova nelle disposizioni delle direttive e anche negli stessi *Considerando* preliminari (che, come è noto, valgono a meglio evidenziare la “filosofia” delle misure di nuova introduzione), obiettivo ora circoscritto essenzialmente alla finalità di riduzione per gli operatori economici del carico degli oneri amministrativi.

Nondimeno, è naturalmente all’ambito delle scelte del merito normativo che va guardato per cogliere i singoli fattori rilevanti e anche il senso più profondo delle innovazioni apportate. È possibile indicare già ora tre temi particolarmente significativi da questo punto di vista¹.

Il primo è già stato indirettamente menzionato, quando si è fatto riferimento alla nuova direttiva sulle concessioni, la n. 23/2014; tale direttiva, infatti, introduce una disciplina separata e dedicata a un istituto che, in precedenza, non era assoggettato dal diritto sovranazionale ad alcuna disciplina (se non a quella risultante dalla primazia dei principi stabiliti dai Trattati con riguardo alle libertà economiche fondamentali e degli altri che ne derivano, quali parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza), come nel caso delle concessioni di servizi, ovvero a una disciplina che solo in modo puntiforme riprendeva quella propria dei contratti di appalto, come nel caso delle concessioni di lavori, estendendo altresì ad entrambe le tipologie concessorie la disciplina dei mezzi di ricorso.

Il secondo concerne il trattamento specifico, mediante un apposito Capo (o Titolo) composto da quattro articoli, che tutte e tre le direttive riservano a essenziali vicende attinenti alla fase dell’esecuzione del contratto, quali il subappalto, le modifiche e la risoluzione del contratto (artt. 70-73, dir. 24; artt. 87-90, dir. 25; artt. 42-45, dir. 23); vale a dire alla fase dell’intera ope-

¹ Cfr., fin da ora, il volume collettaneo F. LICHÈRE-R. CARANTA-S. TREUMER (a cura di), *Modernising Public Procurement: the New Directive*, Copenhagen, 2014, e *ivi*, in specie per il secondo e il terzo dei temi indicati nel testo, S. TREUMER, *Regulation of Contract Changes in the New Public Procurement Directive*; M. TRYBUS, *The Promotion of Small and Medium Sized Enterprises in Public Procurement: A Strategic Objective of the New Public Sector Directive?*; D.C. DRAGOS-B. NEAMTU, *Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects*, rispettivamente 281 ss., 25 ss., 301 ss.

razione economica formalizzata mediante la veste giuridica del contratto, che finora era stata pressoché completamente trascurata dal legislatore europeo, concentrato piuttosto sulla fase dell'aggiudicazione in quanto ritenuta la più rilevante (se non l'unica necessitante di adeguata presa in considerazione) per le finalità pro-concorrenziali della disciplina stessa e a monte per salvaguardare il rispetto delle libertà economiche sancite dai Trattati.

Il terzo è costituito dall'inclusione nel quadro regolatorio, a seguito della riflessione avviata in vista della nuova riforma con la pubblicazione il 27 gennaio 2011 da parte della Commissione di un Libro verde intitolato alla "Modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti", di un distinto orientamento volto a creare le condizioni affinché gli appalti pubblici possano svolgere un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, con l'intento (come si legge dal *Considerando* n. 2 della dir. 24/2014, ma formulazione in buona misura analoga seppure con diversa articolazione del discorso si può trovare nella dir. 23/2014, *Considerando* n. 4)², "di 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", e quindi, in definitiva, rendendo possibile la finalizzazione dei contratti pubblici anche alla realizzazione degli obiettivi delle politiche pubbliche.

Quest'ultimo tema, in particolare, ma più in generale l'aumento del tasso di flessibilità del regime precedentemente vigente, coonestato in più punti dalla normativa del 2014 – e dovuto da un lato proprio all'assoggettamento a dettagliata (per quanto ridotta rispetto al contratto di appalto) disciplina di armonizzazione di un contratto, quale quello di concessione, largamente caratterizzato finora negli ordinamenti nazionali dalla libertà di decisione dei legislatori e delle amministrazioni e da una forte impronta nel segno vettoriale della relazione fiduciaria con l'operatore economico prescelto, dall'altro all'introduzione e generalizzazione di pratiche contrattuali già in atto in alcuni degli Stati membri e fortemente supportate in special modo da operatori del settore e da commentatori provenienti dagli ambienti caratterizzati dalla prevalenza della cultura di matrice anglosassone appunto nel segno della modernizzazione delle procedure contrattuali – ha

² Per quanto riguarda in specie le concessioni, va tenuto presente anche il *Considerando* n. 3 della dir. 23, secondo il quale "in tale contesto, i contratti di concessione rappresentano importanti strumenti nello sviluppo strutturale a lungo termine di infrastrutture e servizi strategici in quanto concorrono al miglioramento della concorrenza in seno al mercato interno, consentono di beneficiare delle competenze del settore privato e contribuiscono a conseguire efficienza e innovazione".

quasi inevitabilmente condotto a un quadro regolatorio meno evidenziato dai tratti marcati della rigidità dei passaggi procedurali volti a circoscrivere la decisione contrattuale dell'amministrazione e della "distanza" imposta alla stessa amministrazione nei confronti degli operatori economici, e più colorato con i segni recati dalla discrezionalità delle scelte amministrative di procedura, dall'autonomia nei momenti di autodeterminazione circa lo specifico assetto degli interessi e dal dialogo con i soggetti interessati alla concreta transazione economica. Ciò ha altrettanto quasi inevitabilmente prodotto anche l'effetto di una certa qual tensione tra gli obiettivi originali della regolazione europea – certamente connotata in modo forte, come si è già avuto modo di ricordare, dalla protezione degli interessi transfrontalieri inerenti alle libertà garantite dal diritto dei Trattati agli operatori economici e del connesso assetto effettivamente aperto alla concorrenza del mercato rilevante dei contratti pubblici come parte del mercato unico – e i "nuovi" obiettivi esposti nel pacchetto legislativo 2014, volti ad assicurare spazio a interessi pubblici e collettivi meno contrassegnati dall'impronta economicistica³.

Tensione che si è del resto prodotta innanzitutto all'interno delle stesse istituzioni europee, come è testimoniato dal lungo e articolato processo nel quale si è collocato il talvolta serrato confronto soprattutto tra Parlamento e Commissione svoltosi fino all'adozione dei testi finali del febbraio 2014. Ma tensione che non sembra aver risparmiato totalmente neanche il confronto con l'*acquis communautaire* rappresentato dalla corposa e fondamentale giurisprudenza in materia. Si avrebbe una visione solo parziale della realtà, infatti, ove si desse per scontato che le direttive del 2014 rappresentano sostanzialmente l'esito di una operazione di codificazione di tale giurisprudenza (come pure per alcune parti certamente va registrato: è tale il caso per quanto concerne le già segnalate innovazioni in punto di esecuzione del contratto, chiaramente ispirate dagli orientamenti espressi dalla Corte di giustizia con la fondamentale sentenza *Pressetext Nachrichtenagentur* circa la nozione di modifiche "sostanziali" operante come limite superato il

³ Eppure non omogenee sono state, nella dottrina nazionale, le prime letture circa la portata del cambiamento di indirizzi indotto dalle direttive del 2014: si pongano a confronto, ad es., seppur con riferimento al solo ambito espressamente osservato, E. FOLLIERI, *I principi generali delle direttive comunitarie 2014/24/UE e 2014/25/UE* e L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, entrambi gli studi consultabili in www.giustamm.it, n. 4 e n. 9/2015. Per una più articolata valutazione della portata del "pacchetto legislativo" 2014 e per una prima valutazione dell'impatto sul diritto nazionale, si vedano altresì gli studi raccolti nei volumi collettanei C.E. GALLO (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, 2014, e F. SAITTA (a cura di), *Appalti e contratti pubblici. Commento sistematico*, e-book 2016, nonché i commenti pubblicati nel *Giorn. dir. amm.*, n. 12, 2014.

quale è necessario per l'amministrazione procedere a nuova aggiudicazione, nel presupposto che tali variazioni, ove originariamente previste, avrebbero potuto condurre a un esito diverso della precedente aggiudicazione)⁴. Non mancano casi, infatti, nei quali la disciplina dettata sopravanza in punti o in modi non marginali – ovvero, in base alle diverse prospettive secondo le quali si può dislocare il commentatore, arretra rispetto a – i *dicta* della Corte di giustizia, come nel caso, ad esempio, dell'*in house providing*, o addirittura appare rovesciarla, come nel caso della relazione tra criteri di selezione e criteri di aggiudicazione; oppure non mancano casi nei quali la disciplina dettata non risolve i dubbi o le criticità degli spazi interpretativi lasciati aperti dallo stato attuale del *case law* del giudice europeo, come – per restare sostanzialmente nello stesso ambito materiale del primo esempio – nel caso delle forme di partenariato pubblico-pubblico⁵.

Ciò non impedisce, peraltro, che vadano segnalati più analiticamente, oltre ai temi centrali ricordati già inizialmente, i numerosi e significativi cambiamenti apportati dall'intervento normativo del 2014 rispetto a quello del 2004, guardando in particolare alla direttiva per i settori ordinari – la n. 24/2014 – e in confronto con essa alla direttiva concessioni – la n. 23/2014⁶. In particolare, meritano qui di essere rapidamente evidenziati: a) la ridefinizione dei principi generali, implicante un più esteso riconoscimento della capacità dell'amministrazione di progettazione procedurale, tale da comprendere, per la fase dell'esecuzione, la garanzia del rispetto degli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro (art. 18, dir. 24, e art. 30, dir. 23); b) la disciplina dei contratti misti, ora comprendente

⁴ Mettendo così in luce quel profilo pro-concorrenziale che, come si è già anticipato nel testo, è senz'altro alla base dell'intervento regolatorio delle direttive UE anche su questa fase dell'attività contrattuale pubblica (la sentenza della Corte di giustizia sopra menzionata è la sentenza in causa C-454/06 del 19 giugno 2008).

⁵ Cfr. rispettivamente, S. TREUMER, *Evolution of the EU Public Procurement Regime: the New Public Procurement Directive*, in F. LICHÈRE-R. CARANTA-S. TREUMER (a cura di), *Modernising Public Procurement*, cit., 9 ss., specie 17-20; J. FALLE, *Hamburg Again: Shared Services and Public Sector Cooperation in the Case of Technische Universität Hamburg-Harburg v. Datenlosen Informationssysteme Gmbh*, in *Public Procurement Law Review*, 2015, NA 123 ss.

⁶ Per i settori speciali una prima analisi della dir. 25/2014 conduce a valutazioni largamente analoghe a quelle esposte nel testo con riguardo alla dir. 24: cfr. T. KOTSONIS, *The 2014 Utilities Directive of the EU: Codification, Flexibilisation and Other Misdemeanours*, in *Public Procurement Law Review*, 2015, 169 ss., che evidenzia altresì, rispetto al passato, un ulteriore avvicinamento tra le due discipline, perché la disciplina ordinaria ha acquistato in flessibilità, la disciplina speciale in dettaglio. Per la disciplina del 2004 in materia (ma con un primo sguardo già alla nuova disciplina in via di formazione), si veda anche S. TORRICELLI, *Utilities Procurement*, in M. TRYBUS-R. CARANTA-G. EDELSTAM (a cura di), *EU Public Contract Law. Public Procurement and Beyond*, Bruxelles, 2014, 223 ss.

anche le regole per l'individuazione del regime relativo alle fattispecie complesse ove sono presenti contratti regolati e contratti esclusi dal raggio di azione delle direttive e non più solo quelle ove sono simultaneamente presenti almeno due tra appalti di servizi, forniture e lavori, andando a coprire pure le fattispecie che contengono elementi di concessioni ed elementi di appalti (art. 3, dir. 24, e art. 20, dir. 23); c) l'introduzione di una specifica soglia per i contratti relativi ai servizi sociali e ad altri specifici servizi, sottoposti a un regime più leggero e che comunque può comprendere anche la possibilità di appalti riservati a particolari organizzazioni (artt. 4, 74 e 77, dir. 24; artt. 8 e 19, dir. 23); d) la già menzionata positivizzazione delle regole di ammissibilità per gli affidamenti *in house* e le forme di cooperazione orizzontale pubblico-pubblico (art. 12, dir. 24, e art. 17, dir. 23); e) il rafforzamento dell'utilizzo delle modalità telematiche di gestione delle procedure contrattuali, ivi compresi per gli appalti da un lato la semplificazione delle regole relative ai sistemi dinamici di acquisizione e dall'altro il pieno riconoscimento del c.d. mercato elettronico (rispettivamente, artt. 22 e 53, 34-36, dir. 24; artt. 29 e 34, dir. 23); f) una maggiore libertà per le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori di negoziazione con gli operatori di mercato, specie per gli acquisti "off-the-shelves" nel caso degli appalti e tendenzialmente senza limitazioni oggettuali nel caso delle concessioni: libertà, da un canto, ampliata dall'accesso delle stazioni appaltanti a consultazioni preliminari di mercato (ma senza esclusione anche per la stessa fase della pendenza della gara) nonché dal rinnovato profilo disegnato per le già esistenti forme della procedura negoziata e del dialogo competitivo, ed estesa, dall'altro canto, fino alla formulazione per gli appalti di una nuova procedura competitiva orientata allo sviluppo di nuovi prodotti o servizi, quale il "partenariato per l'innovazione", ovvero, diversamente, fino alla possibilità di rimodulazione dei criteri di aggiudicazione per le concessioni al fine di tener conto di una soluzione innovativa che non avrebbe potuto essere prevista da una amministrazione diligente (rispettivamente, artt. 26, 40 e 47 – ma anche i *Considerando* nn. 42-43 – e artt. 29-31, dir. 24; artt. 30, 37, par. 6, 39 e 41, dir. 23); g) misure di favore per la partecipazione alle procedure contrattuali per l'aggiudicazione degli appalti delle PMI mediante la previsione della divisione in lotti e di un limite massimo all'importo del fatturato richiedibile come requisito (artt. 46 e 58, dir. 24)⁷; h) la presa in considerazione, pur con esiti opposti, di elementi reputazionali riferiti alla concreta capacità esecutiva degli opera-

⁷ Mentre nella dir. 23, fatto salvo un indiretto riferimento alla possibilità di aggiudicazione della concessione per lotti distinti (art. 8, parr. 5-6, e poi anche negli Allegati), sono essenzialmente contenute – e solo nei *Considerando*: n. 1, n. 4 e n. 63 – più generiche proposizioni a favore di un maggiore coinvolgimento delle PMI nelle procedure di aggiudicazione.

tori economici, che possono essere fatti rilevare, rispettivamente, secondo un approccio “negativo” ai fini dell’esclusione dalla gara in caso di significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto pubblico o, di converso, secondo un approccio “positivo” ai fini dell’aggiudicazione, in caso di possesso di specifiche qualifiche ed esperienze (artt. 57, par. 4, e 67, par. 2, dir. 24; art. 38, dir. 23); i) la previsione di elementi nuovi o comunque più articolati per una disciplina volta a evitare le turbative alle attività contrattuali pubbliche derivanti da corruzione, collusione, conflitti di interesse, nonché, al contrario, per la valutazione delle misure di “*self-cleaning*” (artt. 24, 41 e 57, dir. 24; artt. 35 e 38, dir. 23); l) la semplificazione degli adempimenti a carico degli operatori economici per la partecipazione alle procedure contrattuali, nell’ambito della quale spiccano per le gare per gli appalti in particolare il DGUE e il registro E-Certis (artt. 58-61, dir. 24); m) la ridefinizione e il differente bilanciamento (seppure in modo diverso tra le due direttive) dei criteri di aggiudicazione e in particolare degli elementi dell’offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell’amministrazione, che consente la diretta presa in considerazione di aspetti sociali e ambientali connessi all’oggetto o dei costi del ciclo di vita del prodotto (artt. 67 e 68, dir. 24; art. 41 e *Considerando* nn. 64 e 73, dir. 23).

2. *I distinti modelli regolatori previsti nelle direttive e le questioni di metodo per il recepimento*

Questa corposa disciplina, al di là dei giudizi pur differenziati dei quali è stata oggetto (ma a tale proposito va detto che comunque presenta l’indiscutibile merito di aver trattato quei temi – il bisogno di dialogo e flessibilità, l’introduzione di indicatori reputazionali, la presa in considerazione delle sopravvenienze contrattuali, le opportunità di partecipazione per le PMI – che in una combinata prospettiva di analisi di *Law and Economics* erano stati anche di recente illustrati come centrali per una rinnovata ed efficace regolazione dei contratti pubblici)⁸, ha posto innanzitutto alcune

⁸ G. PIGA-S. TREUMER (a cura di), *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, Abingdon, 2013, 1 ss. In particolare, per l’esperienza nord-americana di costruzione di un sistema di valutazioni reputazionali per il *public procurement* v. L. PICCI, *Dal modello Consip a un sistema di procurement nazionale*, in L. FIORENTINO (a cura di), *Lo Stato compratore*, Bologna, 2007, 300 ss., e M. MATTALIA, *Il livello federale del public procurement negli Stati Uniti*, in A. PIOGGIA et al. (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Rimini, 2011, 293 ss.; da ultimo, secondo la teoria economica, J. BUTLER-E. CARBONE-P. CONSO-G. SPAGNOLO, *Reputation and Entry in Procurement*, 2015, in <http://cepr.org/active/publications>.

fondamentali questioni di metodo in vista del suo recepimento.

Una prima questione ha riguardato l'individuazione di quali fossero gli spazi lasciati, nell'operazione di trasposizione nell'ordinamento giuridico interno, alle scelte nazionali e quali fossero i soggetti destinatari del potere di scelta. Ciò perché dalla trama delle direttive (e per il vero nella direttiva settori ordinari in maniera più netta e articolata rispetto alla direttiva concessioni) si evidenziano cinque modelli regolatori (pur se tra loro non sempre nettamente distinguibili), di seguito descritti e illustrati⁹.

1) Le direttive contengono norme obbligatorie, norme cioè che hanno per gli Stati effetti cogenti nel momento del loro recepimento quanto ad articolazione del tessuto dispositivo, anche perché spesso pongono obblighi direttamente in capo alle amministrazioni aggiudicatrici o agli operatori economici (e sono quindi esigibili dalla rispettiva controparte). Esempi di questa figura si hanno nelle disposizioni concernenti il metodo di calcolo delle soglie di valore economico dei contratti ai fini della sottoposizione alla disciplina delle direttive (art. 4, dir. 24, e art. 8, dir. 23, che in particolare stabilisce una soglia identica per le concessioni di lavori e di servizi), la determinazione delle specifiche tecniche e dei requisiti funzionali delle prestazioni richieste (art. 42, dir. 24, e art. 36, dir. 23), gli obblighi di pubblicità della procedura e la pur distinta individuazione delle fattispecie sottratte al vincolo del bando (artt. 49-52 e art. 32, dir. 24; artt. 31-33, dir. 23); e ancora, per gli appalti, le regole valide per i casi in cui sono coinvolte amministrazioni aggiudicatrici di Stati membri diversi (art. 39, dir. 24), e per le concessioni, la durata del rapporto (quanto al suo termine ordinario e alle condizioni per il suo allungamento: art. 18, dir. 23).

Un caso di particolare complessità, nondimeno, è quello del regime delle esclusioni dalla gara: l'art. 57, par. 1, dir. 24, e l'art. 38, par. 4, dir. 23, infatti, dispongono che venga obbligatoriamente escluso dalla procedura per l'affidamento l'operatore economico che sia stato condannato con sentenza definitiva per uno tra questi motivi: partecipazione a organizzazione criminale, corruzione, frode nell'uso dei fondi europei, reati terroristici o a questi connessi, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani. Dato significativo al riguardo, peraltro, è che si tratti di fattispecie che tutte trovano definizione in altri atti delle stesse Istituzioni europee. A quelle è poi aggiunta, rispettivamente dal par. 2 dell'art. 57 e dal par. 5 dell'art. 38, la fattispecie della esclusione per mancata ottemperanza agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali secondo la legislazione

⁹ In parte diversa sul punto risulta l'analisi contenuta nel parere n. 855/2016 reso in data 1 aprile 2016 dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato sullo schema di decreto delegato adottato in vista del recepimento delle direttive nell'ordinamento nazionale (15).

dello Stato membro (sia esso quello dove è stabilito l'operatore economico ovvero quello cui appartiene l'amministrazione aggiudicatrice); ed anzi lo Stato membro può a sua volta imporre alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere per questo motivo l'operatore economico anche in assenza di una sentenza definitiva, ma tale ultima disposizione non è più applicabile "quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe". E poi ancora, in base al par. 3 dell'art. 57, dir. 24 (e analogamente nel par. 6 dell'art. 38, dir. 23), "gli Stati membri possono prevedere, in via eccezionale, una deroga alle esclusioni obbligatorie di cui ai paragrafi 1 e 2 [4 e 5, per la dir. 23] per esigenze imperative connesse a un interesse generale quali la salute pubblica e la tutela dell'ambiente. Gli Stati membri possono inoltre prevedere una deroga alle esclusioni obbligatorie di cui al paragrafo 2 [5, per la dir. 23] nei casi in cui un'esclusione sarebbe chiaramente sproporzionata" (casi esemplificati nel prosieguo del rispettivo paragrafo delle due direttive).

2) Le direttive contengono norme che impongono agli Stati membri di disciplinare una determinata materia (peraltro individuata con formula a largo raggio), anche se poi l'ampiezza delle scelte possibili in sede di recepimento è di volta in volta diversamente prevista. Tale ampiezza, invero, appare disegnata tra un grado massimo, sostanzialmente corrispondente a un regime che assicuri non molto di più delle componenti essenziali dei principi fondamentali (la disciplina dell'affidamento dei contratti per servizi sociali *ex art. 76, dir. 24*, e con portata ancor più ridotta *ex art. 19, dir. 23*)¹⁰, e un grado inferiore, corrispondente a una più articolata predeterminazione in sede europea delle opzioni regolatorie, in forza della specificazione delle modalità ritenute principali per l'inveramento dell'oggetto della disciplina (la disciplina dei conflitti d'interesse e la disciplina della risoluzione dei contratti, rispettivamente *ex art. 24 ed ex art. 73, dir. 24, ex art. 35 ed ex art. 44, dir. 23*)¹¹, ovvero in forza dell'inquadramen-

¹⁰ In quanto sostanzialmente limitata per le concessioni di servizi sociali agli obblighi di pubblicità *ex ante* ed *ex post* rispetto all'aggiudicazione e alla garanzia dei mezzi di tutela, fermo restando che gli Stati dovrebbero comunque varare in punto di aggiudicazione di queste concessioni le misure del caso atte a bilanciare il rispetto dei principi fondamentali con la specificità dei servizi in questione (*Considerando* n. 53). Merita altresì di essere rammentato che, ai sensi dell'art. 4 della dir. 23, essa non si applica ai servizi sociali privi di rilevanza economica (per la dir. 24 si veda il *Considerando* n. 6 e l'Allegato XIV).

¹¹ Anche se poi una componente prescrittiva forte, in funzione di una più ampia partecipazione alla procedura in un settore che tradizionalmente ne soffre – come appunto quello delle concessioni – è presente sul punto nello stesso art. 35, laddove con apposito paragrafo, il terzo, è disposto che "per quanto riguarda i conflitti di interesse, le misure adottate non vanno al di là di quanto sia strettamente necessario per prevenire un conflitto

to delle opzioni stesse nel contesto delle normative generali nelle materie assunte nell'attuale dimensione multilivello (la disciplina dell'esecuzione del contratto quanto a rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro *ex art. 18, par. 2, dir. 24, ed ex art. 30, par. 3, dir. 23*).

3) Le direttive contengono norme che affidano agli Stati membri la decisione sui modi del recepimento di singoli e specifici punti della disciplina, aprendo lo spazio per l'esercizio da parte di questi della facoltà di introdurre a loro volta norme di specificazione/integrazione/attuazione del dettato europeo. È questo il caso della disciplina degli appalti riservati *ex art. 20, dir. 24*, e parimenti delle concessioni riservate *ex art. 24, dir. 23*, della disciplina del trattamento delle situazioni di esclusione dell'operatore economico in assenza di misure di *self-cleaning* *ex art. 57, par. 7, dir. 24*, ed *ex art. 38, par. 10, dir. 23*¹², della disciplina del subappalto *ex art. 71, dir. 24*, ed *ex art. 42, dir. 23*¹³; nonché, per i soli contratti di appalto, della disciplina delle centrali di committenza come grossisti o come intermediari e anche come prestatori di servizi di consulenza o altre attività ausiliarie *ex art. 37, dir. 24*, e della disciplina degli elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti *ex art. 64*, mentre per le concessioni il *Considerando* n. 8 della *dir. 23* formula una più generica previsione, in forza della quale "gli Stati membri dovrebbero avere la facoltà di completare e sviluppare ulteriormente le norme [di coordinamento] qualora lo ritenessero opportuno, in particolare per meglio garantire la conformità ai summenzionati principi". In altri casi l'opzione per gli Stati membri è piuttosto quella di porre norme di divieto o di limitazione con riferimento all'ambito di determinate facoltà rimesse alle stazioni appaltanti, oppure di porre norme che prescrivono modi determinati per l'esercizio di quelle facoltà: sono i casi,

di interessi potenziale o eliminare il conflitto di interessi identificato"; fermo restando che in entrambe le discipline è contenuta l'identica previsione per cui le stazioni appaltanti "possono escludere" un operatore economico "se un conflitto di interessi non può essere risolto efficacemente con altre misure meno intrusive". Ed ancora, per quanto riguarda la disciplina della risoluzione del contratto, va rilevato che essa nella direttiva per le concessioni, con l'art. 44, lett. c), contiene in linea di massima una maggiore apertura all'uso del relativo potere da parte dell'amministrazione in forza di una formulazione a più ampio (in quanto più genericamente descritto) raggio, rispetto alla più puntuale tipizzazione della fattispecie di cui alla corrispondente lett. c) dell'art. 73 della *dir. 24*.

¹² Entrambe le direttive, peraltro, nei loro *Considerando* prevedono che gli Stati, dopo aver stabilito le condizioni procedurali e sostanziali per la rilevanza delle misure di *self-cleaning* adottate dagli operatori economici, siano liberi di rimettere la valutazione in concreto di tali misure alla stessa amministrazione aggiudicatrice o ad altra autorità a livello centrale o decentrato (v., rispettivamente, il n. 102 della *dir. 24* e il n. 71 della *dir. 23*).

¹³ Entrambe le normative prevedono la facoltà degli Stati di disporre discipline più rigorose al riguardo, che nel caso degli appalti è espressamente estesa alla possibilità di pagamenti diretti per le loro prestazioni ai sub-appaltatori.

rispettivamente, ancora per i contratti di appalto, della disciplina del ricorso da parte delle amministrazioni aggiudicatrici a centrali di committenza di altri Stati membri, che non può essere vietato dal singolo Stato membro ma può da questo essere limitato solo a una delle modalità operative dei suddetti organismi (art. 39, par. 2), della disciplina della verifica delle cause di esclusione nel corso della procedura di gara *ex art.* 56, par. 2, oppure della disciplina delle modalità di aggiudicazione dell'appalto suddiviso in lotti (art. 46, par. 3). Ancor più complessa è poi la disciplina dettata dall'art. 67, dir. 24, per quanto concerne *l'offerta economicamente più vantaggiosa* come criterio di aggiudicazione del contratto: se da un lato, infatti, sono "fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di taluni servizi" (par. 1), dall'altro lato "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" (par. 2), ma sembra poi rimessa alla responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici la individuazione volta per volta delle componenti del criterio in conformità alle prescrizioni disposte direttamente nei loro confronti, con differente intensità di effetto giuridicamente obbligatorio, dallo stesso art. 67 (nonché dall'art. 68 per quanto riguarda l'utilizzo del sistema dei costi del ciclo di vita). Dal canto suo, la dir. 23, invero, contiene prescrizioni molto meno puntuali in materia, limitandosi a prevedere che le concessioni devono essere aggiudicate con criteri oggettivi, che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economicamente complessivo per l'amministrazione e che possono includere, tra l'altro criteri ambientali, sociali o relativi all'innovazione (art. 41, parr. 1 e 2), mentre è nei già citati *Considerando* (e in specie nel n. 64) che trova menzione il criterio del ciclo di vita del lavoro o servizio¹⁴.

4) Le direttive contengono norme che intestano direttamente alle ammi-

¹⁴ Per una valutazione critica di questa utilizzazione, per il vero alquanto diffusa nelle direttive qui analizzate, della metodica di *drafting* che sparge formulazioni con portata prescrittiva tra il testo normativo vero e proprio e i *Considerando*, con un qualche effetto di confusione e ambiguità regolativa, v. S. TREUMER, *op. loc. cit.*, 10 e 21-25. A proposito di quanto detto nel testo, merita comunque di essere ricordato anche il *Considerando* n. 5, ove a corredo della riaffermazione della libertà di organizzazione degli Stati membri per i lavori e servizi si prevede altresì che "gli Stati membri o le autorità pubbliche dovrebbero rimanere liberi di definire e specificare le caratteristiche dei servizi da fornire, comprese le condizioni relative alla qualità o al prezzo dei servizi, conformemente al diritto dell'Unione, al fine di perseguire i loro obiettivi di interesse comune" (e, come si può constatare, la formulazione sembra piuttosto riconducibile alla figura di cui di seguito, al punto 5 del testo; ma su questo *Considerando* si veda, sotto altro profilo, anche *infra*).

nistrazioni aggiudicatrici le opzioni circa le modalità di attuazione delle regole europee. Particolarmente significativi in questo ambito sono l'art. 19, par. 2, dir. 24, e l'art. 26, par. 2, dir. 23, ove prevedono che "le amministrazioni aggiudicatrici possono specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori economici devono ottemperare ai requisiti in materia di capacità economica e finanziaria o di capacità tecniche e professionali di cui all'art. 58 [o art. 38, per le concessioni], purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive", anche se poi è contestualmente previsto anche il limite per il quale tali raggruppamenti "non possono essere obbligati dalle amministrazioni aggiudicatrici ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione" (diversamente da quanto è invece legittimo per la fase di esecuzione). A questo stesso ambito può essere ricondotto in fondo anche l'art. 26, dir. 24, che rimette per gli appalti alle amministrazioni la scelta circa la procedura di aggiudicazione da utilizzare tra quelle disegnate dalla direttiva, in quanto se è vero che compete agli Stati di "adattare le procedure nazionali in modo da essere conformi alla direttiva", incombe agli Stati stessi anche il vincolo a rendere praticabile dalle stazioni appaltanti, diversamente dal passato, le varie procedure disciplinate a livello sovranazionale appunto con le disposizioni di cui all'art. 26 e con le disposizioni successive, e quindi anche la procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo, oltre alle forme telematiche di negoziazione. Sotto questo profilo, del resto, più "radicale" è il portato del disposto della dir. 23 per le concessioni, il cui art. 30, par. 1, statuisce che "l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario fatto salvo il rispetto della presente direttiva"; sebbene poi la previsione dell'art. 37, par. 3, per cui le stazioni appaltanti possono "limitare il numero di candidati o di offerenti a un livello adeguato, purché ciò avvenga in modo trasparente e sulla base di criteri oggettivi. Il numero di candidati o di offerenti invitati a partecipare deve essere sufficiente a garantire un'effettiva concorrenza", trova sostanziale ripresa anche dall'art. 65 della dir. 24, pur ivi corredata dalla prescrizione di minimi numerici.

In questo senso, più ampiamente, si può osservare anche per gli appalti che la norma di cui all'art. 26 converge con quella *ex art.* 19 sempre della dir. 24 (che pure consente agli Stati di stabilire condizioni generali relative all'ottemperanza dei raggruppamenti di operatori economici circa i requisiti legalmente previsti)¹⁵ nell'orientamento a evitare i ben noti fenomeni di *gold-plating*, conformemente del resto a quello che è ormai un principio della legislazione nazionale in materia di attuazione comunitaria ("Gli atti

¹⁵ Norma analoga è del resto presente nella dir. 23, nel corpo dello stesso art. 26, par. 2.

di recepimento di direttive comunitarie non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse [fatte salve circostanze eccezionali]. Costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie: a) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive; b) l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari; c) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive": art. 14, cc. 24-*bis*, 24-*ter* e 24-*quater*, legge n. 246/2005, cui fa rinvio l'art. 32, comma 1, lett. c), legge n. 234/2012).

5) Le direttive contengono norme che prevedono un potere di scelta nell'attuazione intestato alternativamente agli Stati membri o alle amministrazioni aggiudicatrici. Ritornano qui in evidenza, innanzitutto, le disposizioni a recepimento facoltativo circa molteplici cause di esclusione (art. 57, par. 4, dir. 24¹⁶ e il quasi analogo art. 38, par. 7, dir. 23), anche nell'evenienza per la quale il soggetto da escludere sia tra quelli sulle cui capacità l'operatore economico abbia fatto riferimento per soddisfare i corrispondenti requisiti (art. 63, par. 1, comma 2, dir. 24: norma analoga nella dir. 23 è prevista espressamente per il subappalto)¹⁷; altri casi sono costituiti dalle disposizioni in materia di condizioni e modalità del subappalto rilevanti sia per la fase dell'aggiudicazione che per quella dell'esecuzione del contratto (art. 71, parr. 2, 5 e 6, dir. 24; art. 42, parr. 2, 3 e 4, dir. 23), nonché, nel caso degli appalti, dalla disposizione in tema di suddivisione dell'appalto in lotti (art. 46, parr. 1 e 4). La formula linguistica utilizzata è principalmente quella per la quale le amministrazioni aggiudicatrici possono scegliere di operare o meno secondo determinate regole o modalità di condotta, oppure può essere loro imposto dallo Stato di appartenenza di operare secondo le regole o modalità indicate (come per le concessioni nel caso delle regole per le comunicazioni *ex* art. 29, dir. 23, ma è anche possibile che il vincolo posto dallo Stato sia solo previsto come diretto a produrre un effetto negativo, cioè di un divieto o un limite nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici, e allora questi casi si avvicinano a

¹⁶ Che è bene leggere alla luce di quella sorta di sigillo delle norme stesse rappresentato dalla sentenza *Generali* del 18 dicembre 2014 pronunciata dalla Corte di giustizia (in causa C-470/13), che valorizza in particolar modo l'esclusione per precedente infrazione alle regole nazionali della concorrenza, accertata con sentenza.

¹⁷ Peraltro, nella legislazione nazionale è espressamente prevista la possibilità del c.d. subappalto qualificante (v. da ultimo l'art. 105, comma 8, d.lgs. n. 50/2016).

quelli indicati sopra, come variante del modello di regolazione *sub* punto 3). Sorta di varianti linguistiche delle fattispecie finora descritte possono infine essere considerate quelle presenti nella sola dir. 24, all'art. 22, par. 6 (in tema di nuovo di regole applicabili alle comunicazioni), e all'art. 56, par. 3 (in tema di verifica dei requisiti e delle cause di esclusione e di esercizio del c.d. soccorso istruttorio)¹⁸, in base alle quali, rispettivamente, la possibilità di opzione in capo all'amministrazione aggiudicatrice deve svolgersi "in un quadro globale stabilito dallo Stato membro" o addirittura tale possibilità viene semplicemente meno in vigore di una disposizione contraria dell'ordinamento nazionale (e quindi il soccorso istruttorio non è reso praticabile).

In presenza delle descritte variabili regolatorie presenti nelle direttive, punto cruciale per comprendere l'orientamento assunto dal legislatore nazionale nella loro trasposizione è quello concernente la individuazione delle modalità secondo le quali sono state sciolte le alternative descritte nel modello sopra illustrato *sub* n. 5¹⁹. È agevolmente rilevabile, invero, come ciò si traducesse in effetti in una fondamentale questione di *policy*: vale a dire, se favorire una costruzione tipicamente *top-down* della funzione regolatoria nazionale in materia, evidentemente privilegiando l'esigenza astratta dell'omogeneità dei comportamenti contrattuali delle amministrazioni aggiudicatrici secondo canoni predefiniti in quanto ritenuti in grado di vincolarle a corrispondere nella misura maggiore possibile ad un equilibrio parimenti predefinito tra i vari interessi pubblici in gioco (compreso quello a un assetto concorrenziale del mercato), oppure favorire un sistema decentrato di scelte, privilegiando l'esigenza concreta di una flessibilità che valga a incentivare le amministrazioni aggiudicatrici alla consultazione e al dialogo con gli operatori presenti nel mercato²⁰, seppur ferma rimanendo la necessaria funzionalità delle azioni contrattuali agli stessi interessi pubblici: ciò perché, come bene è stato autorevolmente detto, "amministrare significa scegliere responsabilmente, utilizzare la flessibilità necessaria per realizzare l'interesse pubblico in contesti diversi"²¹.

¹⁸ Nella dir. 23 la questione è posta solo sotto il profilo del riconoscimento della facoltà di autocertificazione (art. 38, par. 1). Vale la pena sottolineare che la norma in questione non appare pienamente allineata alla più recente giurisprudenza europea (C. giust. UE, 10 ottobre 2013, *Manova*, in causa C-336/12).

¹⁹ Utili elementi di valutazione per questi casi come per altri qui riportati ad altri modelli regolatori potevano essere rinvenuti già nel documento di lavoro curato dal Dipartimento per le politiche europee sulle disposizioni delle direttive a recepimento facoltativo, 2014.

²⁰ Alla ricerca, cioè, di una "buona cooperazione" tra operatori economici e amministrazioni aggiudicatrici, come recita l'ultima parte del *Considerando* n. 42 della dir. 24/2014.

²¹ A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione*,