

I CONTRATTI PUBBLICI FRA ORDINAMENTO EUROPEO E DIRITTO INTERNO*

SOMMARIO: 1. *Le basi normative dell'intervento comunitario nel settore dei contratti pubblici: le direttive di carattere sostanziale e la loro ricaduta a livello nazionale.* - 2. *Le direttive comunitarie di "prima generazione".* - 3. *I perché della scelta dello strumento della direttiva per l'intervento comunitario nel settore dei contratti pubblici; la risposta della amministrazione pubblica nazionale al diritto comunitario degli appalti pubblici.* - 4. *Il Libro Bianco del 1985 e le direttive di seconda generazione.* - 5. *La ratio dell'intervento comunitario in materia di appalti; il problema dei contratti "sotto soglia" e dei settori esclusi.* - 6. *Aspetti comuni e differenze (di metodo e di contenuti) tra la regolamentazione interna in materia di contratti pubblici e quella di derivazione europea.* - 7. *L'impatto della normativa europea sulla attività contrattuale pubblica.* - 8. *Il pacchetto legislativo comunitario del 2004 in materia di appalti.* - 9. *L'armonizzazione della disciplina della tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici.* - 10. *Le direttive ricorsi di prima generazione: i "mezzi di ricorso" in caso di violazione della disciplina sostanziale sugli appalti.* - 11. *Le procedure di ricorso nella direttiva n. 66/2007.* - 12. *Le illegittimità comunitarie ed i (possibili) effetti sul contratto nella direttiva ricorsi.* - 13. *La delega per il recepimento nell'ordinamento interno: l'art. 44 della legge 7 luglio 2009, n. 88.* - 14. *Il decreto legislativo n. 53 del 2010: cenni.*

1. Le basi normative dell'intervento comunitario nel settore dei contratti pubblici: le direttive di carattere sostanziale e la loro ricaduta a livello nazionale.

E' noto come, in ottica comunitaria, il settore degli appalti pubblici coinvolga non esclusivamente rapporti di diritto amministrativo tra le autorità amministrative dei Paesi membri ed i loro cittadini, ma si estende anche a tutte le imprese comunitarie e regola, in particolare, le relazioni tra le singole autorità amministrative di uno Stato membro e le imprese di altri Stati dell'Unione europea. Ciò implica che, per le imprese, la conoscenza delle regole vigenti in materia e delle forme e dei tempi di tutela costituiscano elemento indispensabile per le proprie scelte aziendali e per l'esercizio pieno delle libertà fondamentali garantite dal Trattato.

In tal senso, i Trattati istitutivi della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA) e della Comunità Economica Europea (CEE), successivamente riuniti nel Trattato istitutivo della Comunità Europea (che poi insieme ad altri Trattati è stato posto alla base dell'Unione Europea) accolgono sin dall'origine, quali principi di base, quelli della concorrenza¹ e dell'economia di mercato. Tali principi, insieme a quelli di libera circolazione delle merci (art. 28), al diritto di stabilimento (art. 43), alla libera prestazione di servizi (art. 49), costituiscono la "pietra angolare" dell'integrazione ed hanno retto per lungo tempo, da soli e senza interventi di carattere normativo (di diritto comunitario derivato) il c.d. diritto del mercato comune. Più in particolare, la nozione di "principi della concorrenza" è da intendersi come comprensiva di tutte le norme del TCE – e del diritto comunitario derivato che da ad esse norme attuazione – dirette a garantire certo la libera prestazione dei servizi; ma anche le migliori condizioni di accesso alle possibilità offerte dalla "apertura" degli appalti pubblici e quindi la concorrenza tra imprese. Di più: il Trattato CE conferisce – tra di essi – particolare rilievo ad una concorrenza libera e non falsata quando, all'art. 2, nell'enumerare le finalità

* Lo scritto trae spunto, oltre che da precedenti ricerche, dalla Relazione tenuta al Convegno "Il diritto amministrativo oggi: fra ordinamento europeo e diritti nazionali", organizzato dalla Università degli Studi di Torino e svoltosi il 12 maggio 2010, presso la Facoltà di Giurisprudenza.

¹ In tema, vedi A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Milano, UTET Giuridica, 2007, in specie Cap. I, 1 ss., ma anche G.L. TOSATO-L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano, 2004.

della Comunità, riserva alla “*instaurazione di un mercato comune*” il primo posto tra i mezzi per conseguire quelle finalità. Né il fatto che il Trattato istitutivo non contenga disposizioni specifiche in materia di appalti pubblici discende da una precisa scelta di campo dei fondatori, dato che – molto più semplicemente - all’epoca non si trovò l’accordo sul punto².

Il diritto comunitario della concorrenza (art. 2, 3 § 1, lett. g e 4 del Trattato CE che enunciano i principi di base e art. 81/86), è assistito secondo la Corte di Giustizia, da efficacia diretta (con riferimento agli artt. 82 ed 86) ed è applicabile alle imprese. Influisce quindi già *ab origine* sulla materia: ed infatti già nelle premesse della prima direttiva comunitaria dedicata agli appalti pubblici di lavori figurano – per richiamo – il diritto di stabilimento e quello di prestazione di servizi che implicano garanzie e apprestano tutele all’imprenditore che voglia stabilire la propria azienda in uno Stato diverso rispetto a quello di appartenenza ed al prestatore di servizi che intenda operare al di fuori del proprio Stato. Vi è quindi – costantemente ribadita dalla giurisprudenza comunitaria – un intenso legame tra libertà di iniziativa economica e di circolazione, apertura delle gare d’appalto pubbliche nazionali e sviluppo tecnologico. Tale nesso peraltro esplica i suoi effetti al di là dell’ambito di diretta applicazione della normativa comunitaria sugli appalti, interessando anche figure solo parzialmente normate dalla Comunità come la concessione³ (della quale tuttavia è ormai da tempo riconosciuta a livello comunitario la natura contrattuale e l’assoggettamento al medesimo regime degli appalti pubblici)⁴.

La convinzione che il libero gioco del mercato e la concorrenza non falsata consentissero di realizzare i migliori risultati in termini di allocazione delle risorse, stimolo all’innovazione e *consumers satisfaction* è rimasta ferma (ed anzi sviluppata) nei successivi Trattati e nello stesso Trattato costituzionale, malgrado il riconoscimento della vocazione generale e non più solo economica del processo di integrazione, l’inserimento progressivo di disposizioni sulla politica industriale e l’altrettanto progressiva adesione di Paesi provenienti da esperienze politiche ed economiche profondamente diverse da quelle dei Paesi fondatori. Alla luce di tali regole - e principi - va quindi letta l’attenzione dedicata dalla Comunità alla c.d. “apertura” degli appalti pubblici; essa discende anzitutto - conformemente a quanto prescritto nel Trattato istitutivo - dall’esigenza di applicare i principi del mercato interno (segnatamente quelli relativi alla libera prestazione di servizi ed alla concorrenza) alle transazioni poste in essere dalle amministrazioni pubbliche e dalle imprese di servizio pubblico detentrici di diritti speciali ed esclusivi⁵. Tali contratti – che secondo dati forniti dal Parlamento europeo costituivano all’epoca circa il 12% del PIL dell’Unione – assumevano, sin dalle prime iniziative regolatorie nel settore adottate dalla Comunità, valore e peso economico determinante, particolarmente in alcuni settori per così dire “strategici” per il processo di integrazione: basti pensare che nell’edilizia e lavori pubblici, nell’energia, nelle telecomunicazioni e nell’industria pesante vigeva una esclusività pressoché totale, a vantaggio dei fornitori nazionali, discendente dalle “barriere” regolamentari o amministrative agli scambi intracomunitari.

² Come rileva G. CORSO, *Gli appalti pubblici nel diritto europeo*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, 336.

³ Ad esempio, stando alle Conclusioni dell’avvocato generale Sharpston del 29 marzo 2007, causa C-260/04, *Commissione c. Italia*, punto 7 “la Corte ha statuito che, anche se i contratti di concessione di servizi pubblici sono esclusi dall’ambito applicativo delle direttive in materia di appalti pubblici, le autorità che li concludono sono tuttavia tenute a rispettare le regole fondamentali del TCE e, in particolare, il divieto di discriminazione sulla base della cittadinanza. Gli articoli 43 TCE e 49 TCE sono specificamente applicabili alle concessioni di servizi pubblici, ed il principio della parità di trattamento tra offerenti si applica anche in assenza di discriminazione sulla base della cittadinanza. I detti principi comportano, in particolare, un obbligo di trasparenza posto a carico delle pubbliche autorità, che devono garantire un adeguato livello di pubblicità, tale da consentire l’apertura della concessione di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull’imparzialità delle procedure di aggiudicazione”.

⁴ In tema R. CARANTA, *I contratti pubblici*, in F.G.SCOCA-F.A.ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI, *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2004.

⁵ S. MELE, *I contratti della pubblica amministrazione*, Viareggio, 1997, 21.

Da qui, al fine di completare il grande mercato interno, scaturiscono una serie di direttive volte ad aprire il mercato alla concorrenza comunitaria ed a disciplinare – dapprima attraverso imposizione di obblighi negativi e successivamente ai fini del coordinamento procedurale – le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici rilevanti ai fini del funzionamento del mercato interno. La liberalizzazione degli appalti pubblici rivestiva, infatti, la massima importanza, sia sotto il profilo economico generale, sia sotto il profilo più specifico della integrazione europea, nella prospettiva della creazione di un grande spazio economico. Tale liberalizzazione - ed il quadro regolatorio che l'ha consentita - si inscrivono peraltro a pieno titolo tra le originarie vocazioni del processo di integrazione; ed infatti, come è stato recentemente rilevato, i principi “*di non discriminazione in base alla nazionalità, libertà di circolazione delle merci, libertà di stabilimento e libertà di prestazione dei servizi concorrono a formare la cornice costituzionale al cui interno si colloca la copiosa normativa sugli appalti pubblici europei*”⁶.

2. Le direttive comunitarie di “prima generazione”.

Non era pensabile tuttavia che un progetto così ambizioso potesse procedere in tempi rapidi e senza intoppi: pesanti eredità storiche, protezionismi, regimi preferenziali⁷, ritardi tecnologici, scarsa consistenza organizzativa dei mercati erano naturalmente destinati a tarpare le ali agli ambiziosi obiettivi comunitari.

Il primo e principale obiettivo della Comunità non poteva quindi che essere costituito da una migliore - e più equilibrata - assegnazione delle risorse economiche per il tramite di un utilizzo più razionale dei fondi pubblici, ed accordando preferenza alle imprese più efficienti nel mercato europeo. Per raggiungere tale obiettivo si è posto mano ad un duplice intervento: l'uno di segno negativo, diretto alla eliminazione appunto di regimi preferenziali e protezionismi, da perseguire per il tramite della adozione di misure volte alla eliminazione delle restrizioni alla libertà di stabilimento ed alla prestazione dei servizi; l'altro di segno positivo, consistente nel coordinamento delle procedure interne di assegnazione degli appalti pubblici. A tal fine, la Comunità si è progressivamente dotata di una legislazione volta al coordinamento delle norme nazionali; alla imposizione di obblighi di pubblicità dei bandi di gara “*a tutela della effettività di partecipazione per l'intera comunità...*”⁸; ed a garantire una valutazione il più possibile rigorosa delle offerte, in modo da aumentare la possibilità che imprese non nazionali potessero essere messe in condizione di partecipare fruttuosamente agli appalti. I primi esperimenti consistevano in testi che esplicitavano i divieti sanciti dal Trattato istitutivo (non discriminazione nazionale, proibizione delle misure aventi effetto equivalente alle restrizioni quantitative all'importazione). E' questo il senso della direttiva del 17 dicembre 1969 (70/32) della Commissione sugli appalti di forniture; ma anche della direttiva 71/304 che, anch'essa, prescrive la soppressione delle restrizioni in contrasto con i principi

⁶ G. CORSO, *Gli appalti pubblici nel diritto europeo*, op. cit., 2007, 336.

⁷ Il termine regime preferenziale viene generalmente riferito a tutti quei regimi applicati, in materia di pubblici appalti, dagli Stati membri a tutela delle attività economiche e delle imprese nazionali. Mediante queste misure, complemento degli strumenti classici dello sviluppo regionale, si intendono compensare gli svantaggi di cui le imprese soffrono a causa della loro ubicazione in regioni meno favorite e periferiche. I regimi di preferenza si concretano quindi, in politiche che privilegiano i fornitori o i costruttori di regioni povere, riservando ad essi determinati mercati o praticando a loro favore prezzi speciali, od altre condizioni di privilegio. Simili preferenze sono però state utilizzate in modo diverso: negli appalti di forniture sono servite per favorire soprattutto gli obiettivi di sviluppo regionale a lungo termine, mentre negli appalti di lavori hanno rappresentato il mezzo, usato più di frequente, per risolvere problemi occupazionali, mediante interventi immediati. In proposito, la Commissione non ha mancato di rilevare come le preferenze sollevino una serie di problemi circa la loro efficacia come strumento di politica regionale; la loro compatibilità con gli obiettivi economici della strategia comunitaria in materia di appalti pubblici e la loro compatibilità con il diritto comunitario e con gli obblighi internazionali della Comunità è, a dir poco, dubbia. Con l'entrata in vigore delle direttive su appalti, lavori e forniture, molti di questi regimi sono stati soppressi anche a seguito del deciso intervento della Corte di Giustizia la quale ha offerto un valido contributo in tal senso.

⁸ L'espressione è contenuta in G. MORBIDELLI – M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M. CHITI-G. GRECO, II° ed., Parte speciale, Tomo I, Giuffrè Editore, 2007, 426.

comunitari applicabili al settore. Tali divieti, tuttavia, lasciavano sussistere disparità tra le legislazioni nazionali e non permettevano di realizzare efficacemente i principi di liberalizzazione del Trattato⁹. Alle istituzioni comunitarie, apparve quindi necessaria l'imposizione di obblighi positivi che presupponevano un coordinamento delle norme nazionali. Tali obblighi sono stati esplicitati sotto forma di direttive del Consiglio per gli appalti di lavori¹⁰ (con la n° 71/305 del 26 luglio 1971) e di forniture (con la n° 77/62 del 21 dicembre 1976). I testi costituivano già un progresso in quanto imponevano di mettere in concorrenza le imprese, facendo della gara d'appalto la regola e della procedura ristretta l'eccezione; e di assicurare adeguata pubblicità dato che - perlomeno per le forniture - i bandi di gara dovevano essere pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee e dovevano essere corredati da documenti di accompagnamento con le specificazioni tecniche dell'appalto. Ma all'epoca, il legislatore comunitario non ritenne sussistenti le condizioni per una effettiva liberalizzazione e si limitò a coordinare le procedure di applicazione per un ambito ben definito, ossia per gli appalti aggiudicati dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali e da talune persone giuridiche, la cui specifica elencazione venne rimessa agli Stati membri¹¹.

3. I perché della scelta dello strumento della direttiva per l'intervento comunitario nel settore dei contratti pubblici; la risposta della amministrazione pubblica nazionale al diritto comunitario degli appalti pubblici.

Il legislatore comunitario ha scelto, quale strumento per realizzare i propri obiettivi, la via del progressivo ravvicinamento delle normative nazionali, prefigurando un modello (per taluni aspetti particolarmente dettagliato) destinato a guidare in modo preciso l'attuazione da parte degli Stati membri¹²; ovvero, a sovrapporsi agli ordinamenti interni in caso di violazione degli obblighi di recepimento. Scelta coerente con la constatazione che i maggiori ostacoli all'aumento dei contratti transfrontalieri erano costituiti dalla accentuata diversificazione delle legislazioni vigenti nei vari Stati della Comunità. Si spiega così l'opzione della Comunità per lo strumento formale della direttiva, la cui utilizzazione è prevista proprio laddove le differenziazioni tra le varie normative nazionali rendano inopportuno l'inserimento negli ordinamenti interni di una disciplina esaustiva ed immediatamente vincolante quale quella dei regolamenti. L'obiettivo comunitario era inteso dunque principalmente al raggiungimento di un determinato grado di uniformazione delle discipline nazionali tramite il recepimento negli ordinamenti destinatari dei principi e dei meccanismi procedurali di matrice CEE; coordinamento e non sostituzione quindi anche se, nel settore, l'elevato livello di dettaglio della regolazione comunitaria, riduce sempre più gli spazi disponibili per una normativa nazionale di carattere specifico. Estraneo all'intervento della Comunità appariva (e, tutto sommato, ancor oggi appare) invece, il fine della modificazione/trasformazione delle strutture politico-amministrative degli Stati membri, anche solo limitatamente a quelle tra esse che

⁹ F. ASTONE, *Strumenti di tutela e forme di risoluzione bonaria del contenzioso nel codice dei contratti pubblici*, Torino, 2007, 26.

¹⁰ Vedi in proposito, F. ASTONE, *Normative comunitarie e di attuazione in materia di pubblici appalti*, Catanzaro, 1993.

¹¹ Anche in ragione di ciò le direttive di "prima generazione" manifestarono subito la loro inadeguatezza in quanto recavano importi limite applicabili troppo elevati e facilmente eludibili con la tecnica della scissione degli appalti; avevano carattere poco vincolante quanto agli obblighi per la scelta delle procedure, alle specifiche tecniche ed ai criteri di aggiudicazione degli appalti; erano caratterizzate dalla eccessiva brevità dei termini di presentazione delle offerte a svantaggio soprattutto degli offerenti non nazionali. Avevano inoltre portata assai limitata in quanto non comprendevano gli appalti di servizi; gli appalti relativi ai materiali di difesa; gli appalti dei settori di "servizio pubblico" economico (trasporti pubblici, acqua, energia, telecomunicazioni), che erano stati "esclusi" dalla legislazione comunitaria. Non comprendevano infine disposizioni relative ai mezzi di ricorso (o quantomeno al loro coordinamento indotto da un catalogo di principi e di regole generali), in un contesto in cui i sistemi nazionali di tutela erano molto diversi tra di loro (ed in genere inadeguati) e la procedura comunitaria di ricorso per inadempimento (*ex* articolo 226 del Trattato) molto complessa e di difficile attuazione.

¹² A. CLARIZIA, *Un confronto sulle "filosofie" di recepimento delle direttive "appalti" nei paesi dell'Unione europea*, in *GiustAmm.it*, 2007.

fossero dotate di specifiche competenze in materia di appalti. Né un tale risultato - sempre se conseguibile - avrebbe rivestito, a ben vedere, alcuna funzionalità rispetto alla primaria finalità della creazione di un mercato a livello europeo, su cui la Comunità ha investito per il tramite di un imponente programma di armonizzazione delle legislazioni al fine di evitare distorsioni della concorrenza; ma alla cui effettiva implementazione osta spesso l'atteggiamento adottato dal legislatore nazionale e dalle amministrazioni pubbliche. Ciò non deve stupire ove si rifletta sul fatto che una parte assai rilevante dell'attività di pubblici poteri ha per oggetto l'organizzazione e la direzione delle attività economiche. In tale ottica, l'intervento dello Stato, tramite strumenti legislativi, regolamentari ed amministrativi, incide sensibilmente sulla posizione delle imprese: e spesso in una logica anticoncorrenziale. Ed allora è abbastanza comprensibile (anche se non giustificabile) che gli effetti delle direttive comunitarie nella realtà organizzativa delle amministrazioni nazionali si siano rivelati marginali; e che, in ogni caso, anche laddove ravvisabili, essi evidenzino un carattere mediato, palesandosi quali effetti indiretti e contingenti, non ricercati dal legislatore comunitario in via prioritaria. Taluni aspetti della normazione CEE si sono riflessi, tuttavia, sulla organizzazione amministrativa interna, accentuandone talvolta carenze e difetti preesistenti. Valga l'esempio della già ricordata progressiva inidoneità delle strutture tecniche pubbliche a far fronte alle proprie competenze; o, almeno, a fornire adeguato supporto agli organi amministrativi in fase di esperimento e gestione delle gare. L'incrementata rilevanza attribuita dalle direttive comunitarie al dato tecnologico, evidenziata nella più precisa regolamentazione dei requisiti tecnici, finanziari ed economici di partecipazione e qualificazione, così come nel maggior rilievo accordato, nell'ambito dei criteri di aggiudicazione, ad elementi ulteriori rispetto al prezzo, hanno certamente contribuito ad esacerbare una già rilevante situazione di disagio. La situazione peraltro era (ed è) in qualche misura aggravata dalla inesistenza di un rapporto "orizzontale" tra le amministrazioni dei *partners* europei. Forse anche a questo dato è da ricollegare lo scarso funzionamento di meccanismi come il principio di equivalenza, previsto dall'art. 100 B del Trattato introdotto dall'Atto unico europeo, che avrebbero implicato un certo grado di collaborazione tra le amministrazioni nazionali, piuttosto che una sorda resistenza a rimuovere congegni normativi volti sostanzialmente a proteggere il mercato nazionale. Ciò che da un lato conferma le persistenti difficoltà di mettere in parallelo le amministrazioni e il permanere di atteggiamenti di difesa dei particolarismi; dall'altro lato comporta il trasferimento alla direttiva comunitaria del compito di fissare le norme comuni per l'agire delle amministrazioni. Neppure si tratta soltanto della posizione, pur sempre difficile, dei funzionari che rappresentano l'Italia negli organi comunitari, cui spesso sembra (anche psicologicamente) mancare il terreno alle spalle, cioè la connessione con l'amministrazione nazionale di appartenenza, rispetto alla quale operano in condizione di sostanziale isolamento e, forse, di vivo disinteresse. Ed ancora, non si esaurisce neanche nella frattura "verticale" tra le amministrazioni di settore, cui manca con evidenza un momento efficiente di coordinamento. Tutti questi sono fenomeni endemici e preoccupanti, anche perché sembrano caratterizzare tutta l'amministrazione nazionale, riproducendosi nella stessa misura e con le stesse modalità anche nella dimensione regionale. Ma v'è un aspetto ancora più preoccupante - anche se, bisogna confessarlo, anch'esso niente affatto inatteso - che riguarda la direzione politica dell'amministrazione. L'impatto della Comunità sul delicato nesso politica-amministrazione sembra creare conseguenze che non possono non allarmare, perché producono un netto rafforzamento del momento tecnico-amministrativo particolare a scapito della guida politico-amministrativa, che è spesso inesistente. Il fenomeno presenta due risvolti, contigui più che separati. Vi è un profilo prettamente interno, che riguarda le modalità della direzione politica di una amministrazione nazionale "allungata" verso l'Europa, ed un profilo che si può dire "esterno", solo nella misura in cui esterni possono essere considerati i problemi istituzionali della Comunità.

4. Il Libro Bianco del 1985 e le direttive di seconda generazione.

La creazione di un *corpus* legislativo completo si è resa possibile soltanto nell'ambito della politica del mercato interno avviata con la pubblicazione del Libro bianco del 1985 e nel contesto dell'Atto unico europeo del febbraio 1986¹³. L'apertura degli appalti pubblici è infatti una delle priorità di questo testo, che ha dato il via ad un intenso programma legislativo ed il cui contenuto è stato poi precisato da una comunicazione della Commissione del 19 giugno 1986¹⁴; come prioritario fu ritenuto dalle istituzioni comunitarie l'obiettivo di “sfruttare appieno le potenzialità del mercato interno della comunità grazie, in particolare, all'apertura degli appalti pubblici nazionali” (art. 130 F del Trattato CEE, introdotto dall'Atto Unico Europeo del 1986)¹⁵. Fermo restando il sistema delle soglie, nelle fonti su citate vengono per la prima volta menzionati gli organismi di diritto pubblico, sottoposti appunto ad una regolamentazione pubblica; e si prefigura – dettandone taluni principi – una regolamentazione dei settori esclusi. Si arriva così alle direttive di seconda generazione, emanate tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90 ed intese a migliorare i testi esistenti (come nel caso della direttiva 88/255 del 22 marzo 1988 che modifica la direttiva 77/62 sugli appalti pubblici di forniture e della direttiva 89/440 del 18 luglio 1989 (che modifica la direttiva 71/305 sugli appalti pubblici di lavori); a trattare settori non ancora contemplati, quali i servizi (direttiva 92/50 del 18 giugno 1992), modificata dalla direttiva 97/521 del Parlamento e del Consiglio ed i settori di servizio pubblico (cosiddetti “esclusi”, direttiva 90/531 del 17 settembre 1990); a prevedere procedure di ricorso (con la direttiva 89/665 del 21 dicembre 1989) per i settori ordinari e per i settori già esclusi (con la direttiva 92/13 del 25 febbraio 1992).

Nel 1993 poi si assiste alla prima codificazione nel settore, operata con le direttive 93/36 per le forniture (modificata con la direttiva 97/52 del Parlamento e del Consiglio); 93/37 per i lavori, anch'essa oggetto di successive modifiche; e 93/38 per i settori già esclusi (modificata poi con la direttiva 98/04 del Parlamento e del Consiglio). Quanto ai contenuti comuni delle direttive settoriali, il principio fondamentale consisteva nell'assicurare la parità delle opportunità tra imprese nazionali e non nazionali grazie ad una concorrenza quanto più efficace possibile. Tale principio fu attuato con disposizioni che si ritrovano nei testi applicabili ai quattro settori: forniture, lavori, servizi e attività di servizio pubblico (acqua, energia¹⁶, trasporti, telecomunicazioni). Tra le direttive di settore un ruolo pilota spettò, come al solito, alla direttiva lavori¹⁷ per il tramite della quale, venne estesa l'area dei soggetti pubblici cui trovava applicazione la disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici. L'art. 1, infatti, alla lettera b, oltre alla Stato e agli Enti locali, assoggetta alle disposizioni della direttiva anche i c.d. “organismi di diritto pubblico”¹⁸ così come le associazioni costituite sia dagli Enti locali che dagli “organismi di diritto pubblico” medesimi¹⁹.

¹³ Pubblicato in G.U.C.E. il 29 giugno 1987.

¹⁴ *Il completamento del mercato interno. Libro Bianco della Commissione per il Consiglio europeo* del 14 giugno 1985 è il documento in cui la Commissione definì la nuova strategia e le attività da svolgere.

¹⁵ Quella previsione è stata poi trasfusa nell'attuale art. 163 TCE, par. 2, e successivamente ripresa – in termini identici – dall'art. III – 248 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa.

¹⁶ Sul punto G. MORBIDELLI, *L'appalto comunitario nel settore dell'energia*, VIII Convegno della *Rass. Giur. Energia Elettrica*, Capri, 15/18 ottobre 1992.

¹⁷ In dottrina, un'ampia panoramica sulle innovazioni contenute nella direttiva lavori si ritrova in AA.VV. *La nuova direttiva comunitaria sui lavori pubblici – Convegno di Roma*, in *Scritti a cura del Centro Europeo di ricerca*, 1990, 14 ss.; G. CUGURRA, *La difficile convivenza tra normativa comunitaria e legislazione in materia di opere pubbliche*, in *Riv. Trim. App.*, 1989, 27 ss.; A. PREDIERI, *Procedure contrattuali per l'acquisizione dei beni e servizi*, Relazione al Congresso organizzato dal Centro Nazionale Prevenzione e Difesa Sociale – Milano, su *Il mercato unico europeo pubblico e privato dell'Europa degli anni '90*, Milano, 15/18 febbraio 1990.

¹⁸ Cfr. M.P. CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali?*, in *Organismi e imprese pubbliche*, a cura di A.M. SANDULLI, 2004.

¹⁹ Il legislatore comunitario ha scelto, quale strumento per realizzare i propri obiettivi, la via del progressivo ravvicinamento delle normative nazionali, prefigurando un modello (per taluni aspetti particolarmente dettagliato) destinato a guidare in modo preciso l'attuazione da parte degli Stati membri; ovvero, a sovrapporsi agli ordinamenti interni in caso di

5. La ratio dell'intervento comunitario in materia di appalti; il problema dei contratti "sotto soglia" e dei settori esclusi.

Sin dall'avvio della strategia comunitaria volta ad assicurare una disciplina europea al settore dei contratti pubblici, le Istituzioni hanno scontato una difficoltà, ancor oggi insuperata, come dimostra il fatto che si è puntualmente (e sia pur in forme attenuate) riproposta con le direttive del 2004. La disciplina europea in materia di appalti discende da due distinte specie di fonti: l'una, per così dire, di rango "costituzionale"; l'altra costituita dalle direttive dedicate.

E così, l'apertura dei mercati nazionali alle imprese di tutti i Paesi comunitari, che costituisce, ad un tempo, la *ratio* e la finalità dell'intervento nel settore, si è accompagnata alla scelta comunitaria di disciplinare in modo puntuale solo i contratti che potessero rivestire interesse per tutti gli operatori del settore; con una prima esclusione che ha riguardato i contratti di importanza minore, la cui disciplina è rimasta nelle mani degli Stati membri. Ciò

violazione degli obblighi di recepimento. Scelta coerente con la constatazione che i maggiori ostacoli all'aumento dei contratti transfrontalieri erano costituiti dalla accentuata diversificazione delle legislazioni vigenti nei vari Stati della Comunità. Si spiega così l'opzione della Comunità per lo strumento formale della direttiva, la cui utilizzazione è prevista proprio laddove le differenziazioni tra le varie normative nazionali rendano inopportuno l'inserimento negli ordinamenti interni di una disciplina esaustiva ed immediatamente vincolante quale quella dei regolamenti. L'obiettivo comunitario era inteso dunque principalmente al raggiungimento di un determinato grado di uniformazione delle discipline nazionali tramite il recepimento negli ordinamenti destinatari dei principi e dei meccanismi procedurali di matrice CEE; coordinamento e non sostituzione quindi anche se, nel settore, l'elevato livello di dettaglio della regolazione comunitaria, riduce sempre più gli spazi disponibili per una normativa nazionale di carattere specifico. Estraneo all'intervento della Comunità appariva (e, tutto sommato, ancor oggi appare) invece, il fine della modificazione/trasformazione delle strutture politico-amministrative degli Stati membri, anche solo limitatamente a quelle tra esse che fossero dotate di specifiche competenze in materia di appalti. Né un tale risultato - sempre se conseguibile - avrebbe rivestito, a ben vedere, alcuna funzionalità rispetto alla primaria finalità della creazione di un mercato a livello europeo, su cui la Comunità ha investito per il tramite di un imponente programma di armonizzazione delle legislazioni al fine di evitare distorsioni della concorrenza; ma alla cui effettiva implementazione osta spesso l'atteggiamento adottato dal legislatore nazionale e dalle amministrazioni pubbliche. Ciò non deve stupire ove si rifletta sul fatto che una parte assai rilevante dell'attività di pubblici poteri ha per oggetto l'organizzazione e la direzione delle attività economiche. In tale ottica, l'intervento dello Stato, tramite strumenti legislativi, regolamentari ed amministrativi, incide sensibilmente sulla posizione delle imprese: e spesso in una logica anticoncorrenziale. Ed allora è abbastanza comprensibile (anche se non giustificabile) che gli effetti delle direttive comunitarie nella realtà organizzativa delle amministrazioni nazionali si siano rivelati marginali; e che, in ogni caso, anche laddove ravvisabili, essi evidenzino un carattere mediato, palesandosi quali effetti indiretti e contingenti, non ricercati dal legislatore comunitario in via prioritaria. Taluni aspetti della normazione CEE si sono riflessi, tuttavia, sulla organizzazione amministrativa interna, accentuandone talvolta carenze e difetti preesistenti. Valga l'esempio della già ricordata progressiva inidoneità delle strutture tecniche pubbliche a far fronte alle proprie competenze; o, almeno, a fornire adeguato supporto agli organi amministrativo-rappresentativi in fase di esperimento e gestione delle gare. L'incrementata rilevanza attribuita dalle direttive comunitarie al dato tecnologico, evidenziata nella più precisa regolamentazione dei requisiti tecnici, finanziari ed economici di partecipazione e qualificazione, così come nel maggior rilievo accordato, nell'ambito dei criteri di aggiudicazione, ad elementi ulteriori rispetto al prezzo, hanno certamente contribuito ad esacerbare una già rilevante situazione di disagio. La situazione peraltro era (ed è) in qualche misura aggravata dalla inesistenza di un rapporto "orizzontale" tra le amministrazioni dei *partners* europei. Forse anche a questo dato è da ricollegare lo scarso funzionamento di meccanismi come il principio di equivalenza, previsto dall'art. 100 B del Trattato introdotto dall'Atto unico europeo, che avrebbero implicato un certo grado di collaborazione tra le amministrazioni nazionali, piuttosto che una sorda resistenza a rimuovere congegni normativi volti sostanzialmente a proteggere il mercato nazionale. Ciò che da un lato conferma le persistenti difficoltà di mettere in parallelo le amministrazioni e il permanere di atteggiamenti di difesa dei particolarismi; dall'altro lato comporta il trasferimento alla direttiva comunitaria del compito di fissare le norme comuni per l'agire delle amministrazioni. Neppure si tratta soltanto della posizione, pur sempre difficile, dei funzionari che rappresentano l'Italia negli organi comunitari, cui spesso sembra (anche psicologicamente) mancare il terreno alle spalle, cioè la connessione con l'amministrazione nazionale di appartenenza, rispetto alla quale operano in condizione di sostanziale isolamento e, forse, di vivo disinteresse. Ed ancora, non si esaurisce neanche nella frattura "verticale" tra le amministrazioni di settore, cui manca con evidenza un momento efficiente di coordinamento. Tutti questi sono fenomeni endemici e preoccupanti, anche perché sembrano caratterizzare tutta l'amministrazione nazionale, riproducendosi nella stessa misura e con le stesse modalità anche nella dimensione regionale. Ma v'è un aspetto ancora più preoccupante - anche se, bisogna confessarlo, anch'esso niente affatto inatteso - che riguarda la direzione politica dell'amministrazione. L'impatto della Comunità sul delicato nesso politica-amministrazione sembra creare conseguenze che non possono non allarmare, perché producono un netto rafforzamento del momento tecnico-amministrativo particolare a scapito della guida politico-amministrativa, che è spesso inesistente. Il fenomeno presenta due risvolti, contigui più che separati. Vi è un profilo prettamente interno, che riguarda le modalità della direzione politica di una amministrazione nazionale "allungata" verso l'Europa, ed un profilo che si può dire "esterno", solo nella misura in cui esterni possono essere considerati i problemi istituzionali della Comunità.

ha implicato una prima rilevante conseguenza: che solo con riferimento ai contratti superiori alla c.d. soglia comunitaria la disciplina originaria e di derivazione comunitaria si è sovrapposta a quella interna; ed a dispetto delle misure di coordinamento delle procedure nazionali in materia di appalti, la normativa europea e quella nazionale necessariamente convivono. In questo caso, tuttavia, gli appalti disciplinati sono solo quelli sopra soglia. Il c.d. sistema della soglia per un verso garantisce una regolazione diretta degli appalti superiori alla soglia di valore; ma, per un altro profilo, la Commissione ed il Consiglio devono fare i conti con l'inadeguatezza di una integrazione solo negativa, quale risulta dall'obbligo giuridico degli Stati membri di eliminare gli ostacoli direttamente (o indirettamente) frapposti agli obiettivi comunitari.

Per gli appalti inferiori alle soglie comunitarie ("sotto soglia"), tuttavia, da tempo è stato chiarito sia dalla Commissione²⁰ che dai giudici comunitario e nazionale²¹ che essi sono sottoposti ad una serie di regole ricavate dai principi del Trattato CEE in ordine alla libera circolazione delle merci (art. 28), al diritto di stabilimento (art. 43), ed alla libera prestazione di servizi (art. 49): tali regole, che costituivano principi generali dell'ordinamento comunitario, si esprimono poi in concreto nei doveri di trasparenza, nel divieto di discriminazione, nell'uguaglianza di trattamento, e sono applicabili alle concessioni di servizi pubblici che – sinora – non sono soggette a direttive comunitarie dedicate; e – appunto – come è ribadito dal nono Considerando della direttiva 2004/17 "*anche ai contratti sottosoglia, o esclusi dall'ambito delle direttive 2004/18 e 2004/17*".

Una seconda importante precisazione deve poi riguardare i c.d. "settori esclusi". Si è già accennato al fatto che la normativa comunitaria intervenuta a disciplinare in via generale gli appalti pubblici, di lavori, di servizi e di forniture, ha escluso dal proprio ambito i contratti banditi da soggetti operanti in alcuni settori (forniture d'acqua, di gas e di energia, trasporti, telecomunicazioni, sfruttamento del territorio) che, sia in ragione delle peculiarità tecniche dell'attività svolta dagli enti interessati, sia alla luce delle caratteristiche soggettive di tali enti, si prestavano con difficoltà ad essere assoggettati alla medesima disciplina. Detti settori sono stati tradizionalmente indicati come "settori esclusi"; e siffatta denominazione è stata mantenuta anche quando (dapprima con la direttiva 17 settembre 1990 n. 531 e poi con la direttiva 14 giugno 1993 n. 38), recepita con forma pedissequa dal D. Lgs. 158/95 nel nostro ordinamento sono state dettate in sede comunitaria specifiche disposizioni per gli appalti pubblici in quei settori.

6. Aspetti comuni e differenze (di metodo e di contenuti) tra la regolamentazione interna in materia di contratti pubblici e quella di derivazione europea.

Il diritto europeo ha quindi svolto un ruolo decisivo nella definizione dei caratteri essenziali della disciplina in materia di appalti pubblici.

Oggi, gran parte di quella disciplina è di derivazione (o comunque, di matrice) comunitaria; il campo soggettivo di applicazione è stato delimitato soprattutto in ragione delle esigenze comunitarie; la stessa terminologia è di lessico utilizzato dal legislatore è, nella sostanza, di derivazione comunitaria.

I sistemi giuridici dei Paesi che hanno costituito la Comunità o vi hanno successivamente aderito prevedono tutti - o per lo meno la gran parte - regole "speciali" in materia di acquisto di beni e servizi da parte dello Stato e degli enti pubblici; e diverse rispetto a quelle applicabili per la stipula dei contratti tra privati. Anche a livello comunitario, peraltro, i contratti pubblici costituiscono una delle principali tematiche, come peraltro attesta la successione delle direttive nel tempo di cui si è già dato conto. Le ragioni della importanza

²⁰ Vedi *Comunicazione interpretativa* del 1° agosto 2006.

²¹ Cfr. in proposito Corte giust. CE, 7 dicembre 2000, in C-324/98, *Teleaustria* e Corte giust. CE, 13 ottobre 2005, in C-458/2003 *Parking Brixen*; ma anche Cons. Stato, IV, 15 febbraio 2002 n. 934 e V, 10 aprile 2002 n. 1945.

della contrattualistica pubblica nell'ottica comunitaria sono certo abbastanza evidenti. Va da sé, infatti, che per un organismo sovranazionale che nella garanzia del mercato comune – o, meglio, nella garanzia per le imprese comunitarie di avere concrete (*rectius*, le migliori possibili) *chances* di aggiudicarsi un appalto pubblico, senza limitazioni di ordine territoriale – ritrova la sua stessa ragion d'essere, quel settore sia di valore strategico.

Più articolate – e meno evidenti – sono invece le ragioni che hanno provocato la divaricazione tra l'approccio comunitario alla materia e quello nazionale. In disparte le posizioni protezionistiche e anticomunitarie che certo non possono costituire oggetto di dichiarazioni ufficiali, ciò che ha pesato in negativo anzitutto è una diversa impostazione all'origine dei due corpi normativi in tema di contratti pubblici. Le disposizioni comunitarie in materia di appalti, si ponevano infatti - sotto svariati profili - in antitesi con i caratteri della disciplina contabilistica nazionale. Va rilevato anzitutto che, a differenza della normativa nazionale precomunitaria, le direttive CEE in materia di appalti si sono sempre caratterizzate per la loro unitarietà e costituiscono un complesso normativo fortemente omogeneo, a prescindere dal sottosectore (lavori pubblici, forniture, servizi) e dall'ambito soggettivo di riferimento. Tale omogeneità è peraltro agevolmente riscontrabile rispetto alla sfera di incidenza. Per lungo tempo, infatti, la disciplina comunitaria si è occupata in via esclusiva della procedura di aggiudicazione degli appalti, fermandosi al momento dell'assegnazione dei lavori e delle forniture e, quindi della definitiva individuazione del contraente privato; ed omettendo invece ogni considerazione rispetto alle fasi successive alla stipulazione del contratto. Anche sotto il profilo del contenuto normativo peraltro le direttive comunitarie in materia di appalti si caratterizzano per la similarità e, in taluni casi – addirittura – per l'identità degli schemi procedurali disciplinati. Nell'ottica comunitaria, infatti, non rileva quale profilo dirimente, la qualificazione giuridica; ma piuttosto l'esistenza del c.d. *public procurement*, ossia una operazione economica di acquisto di beni o di servizi. Ed infatti i contenuti delle direttive che disciplinano le tre tipologie di appalto (lavori, servizi e forniture) sono in gran parte comuni; ed ancora, come ha rilevato la Commissione con la comunicazione del 4 luglio 2001 (COM. 2001/274), “...quantunque le direttive siano state più volte modificate, il concetto ed il sistema di base sono rimasti sostanzialmente immutati”. Ciò ha alla fine orientato gli organi comunitari competenti ad adottare una direttiva unica – la 2004/18/CE – che coordina le procedure di applicazione per i tre settori; ed a fare – coevamente – altrettanto per i settori speciali (con la 2004/17/CE).

Come già accennato, ciò che risulta più evidente come nota differenziale rispetto alla legislazione nazionale è che, mentre la disciplina contabilistica appare volta prevalentemente alla prevenzione di abusi ed illeciti nella spendita del denaro pubblico²², la normativa comunitaria si colloca nella più ampia ottica del Trattato CEE, intesa a garantire la libera prestazione dei servizi e la libertà di stabilimento da parte delle imprese degli Stati membri, con conseguente accesso senza discriminazioni (anche e soprattutto di ordine tecnico), né restrizioni sia alle procedure di aggiudicazione, sia all'aggiudicazione stessa degli appalti di lavori pubblici. Il *corpus* delle direttive comunitarie - ed ancor prima dei principi comunitari²³ applicabili al settore, frequentemente al centro di procedure di infrazione o di rimessioni alla Corte ex art. 243 Tr. CE e su cui quindi la Corte ha avuto modo di incidere maggiormente²⁴ - appare, dunque, divergere sia dai caratteri normativi della legislazione interna, che dalle linee interpretative di essa nella prassi operativa. Ad una concezione formalistica, secondo cui dalla esclusiva applicazione dei meccanismi procedurali sarebbe dovuto derivare in via automatica il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico (cui le posizioni del contraente privato risultavano del tutto subordinate), si è sostituito il perseguimento delle finalità

²² Cfr. G. ROEHRSEN, *I contratti della pubblica amministrazione*, Bologna, 1959; O. SEPE, *Contratto della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961; D. BORTOLOTTI, *Contratti della amministrazione pubblica*, in *Digesto disc. Pubbl.*, IV ed., Torino, 1989, 38 ss.

²³ Cfr. F. TESCAROLLI, *Principi comunitari in materia di appalti*, in *Cont. Stato ed Enti pubbl.*, 2001, 189.

²⁴ Per tutte Corte giust. CE, *F.lli Costanzo*, 22 giugno 1989, in causa 103/88.

pubbliche mediante una più attenta ricerca del candidato effettivamente più qualificato, da selezionare mediante la predisposizione di condizioni di accesso alle gare sostanzialmente (e non solo formalmente) eque. Si muovono in tal senso ad es. sia l'art. 1 della direttiva 89/440 CEE²⁵; sia l'art. 130 F del Trattato CEE, introdotto dall'Atto Unico Europeo, che ha espressamente posto alla Comunità l'obiettivo della massima garanzia da assicurare alle imprese circa la possibilità di “*sfruttare appieno le potenzialità del mercato interno delle Comunità grazie, in particolare, all'apertura degli appalti pubblici nazionali*”²⁶. D'altra parte, la realizzazione di un mercato concorrenziale – obiettivo ultimo delle direttive – impone maggior attenzione per gli aspetti connessi alla pubblicizzazione delle gare, nonché per quelli legati alla esigenza di garantire alle imprese pari opportunità di partecipazione, sul presupposto della effettiva e concreta qualificazione dei concorrenti in rapporto all'oggetto dell'affidamento.

Nel descritto contesto problematico, un efficace coordinamento delle attività propedeutiche al recepimento della normativa di fonte comunitaria avrebbe dovuto auspicabilmente prodursi a livello di produzione normativa piuttosto che sul piano strutturale ed organizzativo delle amministrazioni pubbliche: ma in concreto - e per lungo tempo - non si è realizzato compiutamente né l'uno, né l'altro effetto. Per un verso è in gran parte fallito (se mai il legislatore se lo è seriamente posto) l'obiettivo del coordinamento tra i due livelli normativi²⁷; per l'altro, le innovazioni imposte dal recepimento della disciplina comunitaria si sono necessariamente snodate lungo la direttrice della integrazione e/o modificazione delle procedure nazionali ovvero della imposizione alle amministrazioni aggiudicatrici di adempimenti magari nuovi ma potenzialmente gestibili dalle strutture esistenti.

In difetto del coordinamento, il compito di rendere compatibile il diritto comunitario con quello nazionale è in parte ricaduto sui giudici amministrativi. Ne è derivato un indirizzo giurisprudenziale volto ad una interpretazione della legislazione contabilistica più conforme al diritto comunitario; ciò anche in forza della ultrattività se non delle singole norme comunitarie quanto meno della relativa *ratio* ispiratrice²⁸, naturalmente – e fortemente - sostenuta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che la coltiva, la tutela e la difende. Un esempio di ciò si ritrova nella giurisprudenza della Corte in materia di pubblicità, con la ricorrente affermazione in ordine alla esigenza che i principi di uguaglianza e di non discriminazione implicano un obbligo di trasparenza che consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato alla concorrenza. E del resto la direttiva n° 18 del 2004 chiarisce, al primo “*considerando*”, come essa si basi “*sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia, in particolare sulla giurisprudenza relativa ai criteri di aggiudicazione*”.

7. L'impatto della normativa europea sulla attività contrattuale pubblica.

La reazione operativa della amministrazione nazionale rispetto alla normazione CEE di “prima generazione” può essere suddivisa in due fasi.

La prima, caratterizzata dal tentativo di limitare ove possibile, la sfera di influenza delle innovazioni di cui alla disciplina comunitaria. In tale ottica si iscrivono la interpretazione delle relative disposizioni come norme di stretta applicazione, inestendibili

²⁵ Su cui, *ex multis*, C. MALINCONICO, *Commento all'art. 1 della direttiva 89/440 CEE*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1991, 219.

²⁶ Cfr. G. MORBIDELLI-M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, diretto da M. CHITI e G. GRECO, *Parte speciale*, Tomo I°, II° edizione, Giuffrè, 2007, 426.

²⁷ Ciò che era accaduto per le direttive di prima generazione, si è sostanzialmente riproposto al momento di recepire le direttive n. 89/440 e 88/265 rispetto alle quali il legislatore non ha modificato la già evidenziata tecnica di recezione letterale: ed invece già all'epoca sarebbe risultato assai utile un recepimento che non si limitasse alla pedissequa reiterazione delle disposizioni comunitarie, che al contrario vanno per così dire “filtrate” per poter essere poi introdotte, nel pieno rispetto della loro *ratio*, nella realtà ordinamentale italiana.

²⁸ Come è accaduto ad es. per gli appalti c.d. “sotto soglia”.

oltre l'ambito di operatività ad esse assegnato; la costante utilizzazione, ove ancora possibile, degli schemi procedurali contabilistici, secondo l'ottica tradizionale; l'incrementato utilizzo di istituti parzialmente fungibili rispetto all'appalto (ed in particolare della concessione) che non rientravano (o era dubbio che rientrassero) nell'ambito della normativa CEE e per i quali si ritenevano inoperanti le regole comunitarie²⁹. Il tutto coadiuvato da un atteggiamento del legislatore inteso talora ad assecondare la prassi in parola con interventi formalmente diretti al recepimento delle direttive; ma volti nella sostanza ad attenuarne la portata innovativa. Tale reazione – in certa misura prevedibile, a fronte della profonda modificazione di mentalità e di obiettivi imposta dalle disposizioni comunitarie – ha incontrato una ferma opposizione sul piano del controllo giurisprudenziale, sia in ambito nazionale che comunitario.

La prassi normativa delle amministrazioni aggiudicatrici si è evoluta quindi in una seconda fase, in cui – contestualmente alla progressiva penetrazione ed accettazione delle nuove regole, pur in rapporto alle difficoltà strutturali e di adeguamento più sopra evidenziate – hanno continuato a manifestarsi gravi fenomeni di resistenza, diretti al sostanziale aggiramento dei principi comunitari; ed attuati, da un lato, tramite la apparente utilizzazione degli schemi CEE, accompagnata, tuttavia, da una indebita dilatazione delle “zone d'ombra” in essi presenti, sino al punto di disattenderne in concreto la portata e il significato; e, dall'altro lato, mediante un alto tasso di disapplicazione di alcune disposizioni di derivazione comunitaria³⁰.

La situazione comincia a mutare quando si pone l'esigenza del recepimento delle direttive emanate dalla Comunità nel biennio 1992/93. In forza dell'adozione delle direttive comunitarie di “seconda generazione”, la prassi negoziale della pubblica amministrazione subì una nuova fase di assestamento.

Gli aspetti operativi suesposti, che si sono tradotti in una sostanziale e capillare disapplicazione dei principi e delle finalità CEE, infatti, non sono sfuggiti ai vertici comunitari, i quali hanno inteso controbattere il fenomeno mediante la modificazione ed il completamento di quegli aspetti originari delle direttive, che avevano consentito l'instaurarsi della evidenziata prassi derogatoria. Non a caso, le innovazioni di maggior rilevanza hanno riguardato una più precisa e cogente disciplina degli oneri di pubblicazione; la puntuale predeterminazione del contenuto dei bandi di gara mediante l'adozione di schemi tipo vincolanti; la proceduralizzazione della c.d. procedura negoziata, tramite l'assoggettamento di essa, di regola, alla previa pubblicazione di un apposito avviso di gara oltre che all'invito di un numero minimo di ditte, onde assicurare anche con tale sistema una situazione di effettiva concorrenzialità; la più articolata definizione dell'ambito oggettivo di incidenza della disciplina CEE, ottenuta mediante la precisa definizione delle tipologie contrattuali ad essa assoggettate³¹.

²⁹ Cfr. A. DE ROBERTO, *Le norme di adeguamento alle direttive CEE, in materia di appalti di lavori pubblici*, Milano, 1979.

³⁰ Sfruttando le lacune di tale normazione, in buona sostanza, le amministrazioni aggiudicatrici hanno di fatto parzialmente riconquistato quegli ambiti di operatività discrezionale che la disciplina CEE aveva inteso regolamentare e ridurre: e l'obiettivo è stato talvolta perseguito anche laddove il dettato normativo non avrebbe consentito – per la sua chiarezza e linearità – applicazioni – come si è visto – formalmente regolari pur se sostanzialmente devianti. In tali ipotesi, semplicemente, la previsione legislativa è rimasta inosservata.

³¹ Particolarmente significativa, per comprendere appieno la dinamica del rapporto tra normativa in materia di appalti e suo recepimento, è naturalmente il c.d. “sistema” delle procedure. Prima delle direttive comunitarie di ultima generazione (la n. 17 e la n. 18 del 2004 su cui più avanti si dirà), nelle precedenti direttive settoriali venivano distinte e definite tre tipologie astratte di procedura: aperte, ristrette e negoziate. Il legislatore nazionale le ha adattate a specifici tipi di procedure, dettagliatamente regolate, distinguendo quelle aperte (costituite essenzialmente dall'asta pubblica), dove tutte le imprese interessate possono presentare un'offerta, quelle ristrette (costituite dalla licitazione privata e dall'appalto-concorso), nelle quali solo i soggetti invitati possono presentare un'offerta e quelle negoziate (costituite dalla trattativa privata), in cui le amministrazioni consultano liberamente le imprese e negoziano con esse le condizioni del contratto. Nella convergente disciplina precedente all'ultimo e più recente intervento normativo veniva, quindi, rimessa alle amministrazioni la scelta tra procedure aperte e ristrette. Tale scelta peraltro presentava e presenta profili di discrezionalità e deve intendersi pressoché insindacabile, anche tenuto conto che la licitazione privata – con la legge n. 109/94 – è divenuta, di fatto, una procedura

In ogni caso, la tecnica utilizzata al fine di provvedere al recepimento delle direttive comunitarie in materia di appalti è per lungo tempo consistita nella pedissequa ed acritica trasposizione delle disposizioni comunitarie nei provvedimenti di attuazione, con adattamenti del tutto marginali. Se tale originaria scelta è stata giustificata *ex post* in considerazione dell'elevato grado di dettaglio proprio della normativa CEE (la più parte delle direttive in materia di appalti sono state ritenute avere carattere *self-executing*), essa ha di fatto impedito in radice un coordinamento anche minimo tra la normativa nazionale e la disciplina comunitaria, con il risultato ultimo di dar vita a due complessi legislativi ispirati a principi e finalità divergenti e distinti - quanto alla loro sfera di applicazione - esclusivamente sulla scorta del criterio del valore dei lavori, delle forniture o dei servizi oggetto d'appalto³².

Nel disomogeneo contesto normativo sommariamente descritto le differenze tra disciplina interna e comunitaria risultavano infatti di primario rilievo; e forse, alla luce della attenzione rivolta già dalle direttive comunitarie di "prima generazione" (la n. 71/35 e la n. 77/62) alla disciplina di profili dell'azione amministrativa estranei alla normativa contabilistica (ed ancor più alla luce della valenza generale dei principi sottesi alla normativa comunitaria), sarebbe stato necessario un più tempestivo e deciso intervento del legislatore, volto alla compenetrazione dei due distinti complessi normativi, alla luce anche del fatto che gli obblighi e le prescrizioni di carattere pubblicistico che governano l'esercizio dell'azione amministrativa, ed i limiti procedurali e vincoli funzionali che rappresentano l'essenza stessa dell'evidenza pubblica, si atteggiano diversamente nelle norme di contabilità generale dello Stato, rispetto all'approccio comunitario. Ed infatti l'evidenza pubblica nell'ottica nazionale - stando almeno all'impostazione tradizionale ricavata dall'assetto normativo delineato nella Legge di Contabilità Generale dello Stato e nel relativo Regolamento - si muove nella dichiarata ottica di assicurare, in via immediata e diretta, una tutela di grado elevato a beneficio delle amministrazioni pubbliche, al fine di individuare il contraente che possa offrire le migliori condizioni di mercato; solo di riflesso tali norme sono poste a salvaguardia delle aspettative delle imprese che aspirano all'aggiudicazione. Al contrario, tutta la normativa comunitaria in materia di contratti pubblici è posta a presidio e garanzia degli operatori economici a veder sviluppato il confronto in un contesto di effettiva concorrenza, in funzione dei canoni generali espressi nel Trattato istitutivo della Comunità Europea, quali la libertà di stabilimento, la libera prestazione di servizi e la libera circolazione delle merci, nonché il principio di non discriminazione fondata sulla nazionalità.

Va rilevato, ancora, che l'impatto giuridico riconducibile alla legislazione comunitaria in materia di appalti avrebbe dovuto auspicabilmente prodursi a livello di produzione normativa piuttosto che sul piano strutturale ed organizzativo delle amministrazioni pubbliche. In concreto - e per lungo tempo - non si è realizzato compiutamente né l'uno, né

aperta (*ex plurimis*, F. CARINGELLA, in AA.VV., *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, Milano, 1999) La scelta di avviare una procedura negoziata (che garantisce meno la concorrenza) veniva, invece, condizionata, alla ricorrenza di specifiche condizioni legittimanti, con la conseguenza che la relativa opzione risultava senz'altro censurabile e sindacabile dal giudice amministrativo sotto il profilo delle sua conformità alla normativa di riferimento. Quanto poi all'analisi della tecnica di recepimento nel nostro ordinamento, è appena il caso di segnalare come, quanto meno per le prime direttive, i vincoli per il legislatore apparivano poco consistenti. Si potevano infatti prevedere diverse tipologie di procedure, le modalità selettive erano rimesse alla discrezionalità del legislatore nazionale, potevano ampliarsi i margini di tutela della concorrenza, restringendosi i casi di ricorso alla procedura negoziata; fermo, tuttavia, l'unico limite di garantire la partecipazione degli operatori alla gara al di fuori dei casi di procedura negoziata. Con riferimento ai lavori, ad esempio, la licitazione privata, ancorché ascrivibile al novero delle procedure ristrette, risultava, per come disciplinata, più vicina ad una procedura aperta (posto che, in essa, devono essere invitati tutti i concorrenti in possesso dei requisiti e che hanno richiesto di partecipare); l'appalto concorso, ancorché qualificato come procedura ristretta in sede comunitaria, veniva disciplinato come procedura eccezionale (essendo prescritti le condizioni, la motivazione dell'indizione ed il parere obbligatorio del Consiglio Superiore dei lavori pubblici); e la trattativa privata veniva consentita sulla base di presupposti legittimati più restrittivi di quelli previsti dalla direttiva 93/37. Inoltre venivano regolate le modalità procedurali, con la previsione, in alcuni casi, del ricorso ad una c.d. gara informale (trattativa privata procedimentalizzata), con la conseguenza che, in esito alla traduzione della direttiva lavori del 1993 nell'ordinamento interno, solo l'asta pubblica manteneva il suo carattere di procedura aperta e, per così dire, "pura".

³² *Ex multis*, F. MASTRAGOSTINO, *L'appalto di opere pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1993, 123 ss..

l'altro effetto. Per un verso è in gran parte fallito (se mai il legislatore se lo è seriamente posto) l'obiettivo del coordinamento tra i due livelli normativi; per l'altro, le innovazioni imposte dal recepimento della disciplina comunitaria si sono necessariamente snodate lungo la direttrice della integrazione e/o modificazione delle procedure nazionali ovvero della imposizione alle amministrazioni aggiudicatrici di adempimenti magari nuovi ma potenzialmente gestibili dalle strutture esistenti³³.

8. Il pacchetto legislativo comunitario del 2004 in materia di appalti.

Il Libro Verde sugli appalti pubblici nell'Unione europea, adottato dalla Commissione il 27 novembre 1996³⁴, ha inaugurato una stagione di riflessioni, mosse dalla esigenza di riconsiderare le scelte operate dal legislatore comunitario in materia di appalti. La semplificazione della normativa vigente ed il suo riordino sistematico si rendeva peraltro necessario a causa della frammentarietà e disorganicità del quadro di riferimento normativo e della non più comprensibile arretratezza delle procedure applicate rispetto all'evoluzione tecnologica³⁵.

³³ Tale stato di cose non deve peraltro sorprendere eccessivamente. Tra le tante (ed evidenti) differenze (*rectius*: diversità di approccio e di tecnica normativa), una ve n'è che si impone sulle altre. Se le direttive comunitarie in materia di appalti si prefiggono, sin dai primi articoli, di definire in modo compiuto gli istituti oggetto di disciplina ed i soggetti che rientrano nel campo di applicazione di quelli, tale sforzo definitorio è assolutamente estraneo alla nostra tradizione giuridica: una siffatta tecnica normativa non ricorreva nella nostra esperienza nazionale di settore, in materia di contratti della pubblica amministrazione, dato che il legislatore nazionale ha tradizionalmente optato per lasciare ciò a carico della giurisprudenza ed – in misura minore – della dottrina. Ciò che era accaduto per le direttive di prima generazione, si è poi sostanzialmente riproposto al momento di recepire le direttive n. 89/440 e 88/265 rispetto alle quali il legislatore non ha modificato la già evidenziata tecnica di recezione letterale: ed invece già all'epoca sarebbe risultato assai utile un recepimento che non si limitasse alla pedissequa reiterazione delle disposizioni comunitarie, che al contrario vanno per così dire "filtrate" per poter essere poi introdotte, nel pieno rispetto della loro *ratio*, nella realtà ordinamentale italiana. La situazione - e lo iato tra le due tecniche normative - comincia a mutare - e le differenze a ridursi - dinanzi all'esigenza di recepire le direttive emanate dalla Comunità nel biennio 1992/93; recepimento poi concretamente operato, ma frammezzato dalla legge quadro in materia di lavori pubblici, anch'essa in parte ispirata dal necessario rispetto dei principi comunitari, e che merita qualche ulteriore considerazione. Ed invero, la legge n. 109 del 1994, nell'autoqualificarsi come recante "*norme fondamentali di riforma economico-sociale e principi della legislazione dello Stato*", avrebbe potuto - *rectius*, dovuto -, unitamente al regolamento da essa previsto, operare la necessaria riorganizzazione unificante della normativa in materia di lavori pubblici: si sarebbe potuto così, già sin da allora, attuare nel nostro ordinamento una codificazione - meglio, una sorta di codice dei lavori pubblici - simile a quella che è stata operata in altri ordinamenti europei, come ad esempio nel caso del *Code des marchés publics* francese. Ed invece la riforma è fallita; e sono a tutti note le ripetute e rilevanti modifiche che ha subito la legge quadro del 1994, sino alla legge n. 166 del 2002 (ed ancora per effetto della stessa legge comunitaria 2004 che è intervenuta a modificare varie disposizioni della Merloni).

³⁴ COM (96) 583 def. del 27 novembre 1996.

³⁵ Con il Libro Verde ("*Gli appalti pubblici nell'Unione europea - Spunti di riflessione per il futuro*"), la Commissione ha incentrato la propria riflessione iniziale su un certo numero di questioni essenziali (obiettivi della politica in materia di appalti pubblici ed imparto attuale; applicazione del diritto degli appalti; mezzi per migliorare l'accesso agli appalti; rapporto con le altre politiche comunitarie, ecc.) ed avvia con tutte le parti interessate un dibattito generale. La Commissione ottenne circa 300 risposte dai vari settori economici, dagli Stati membri e dalle altre istituzioni comunitarie, nonché dalle organizzazioni che rappresentano il settore e le pubbliche e medie imprese. Il dibattito che seguì mise in luce l'esigenza di una semplificazione dell'assetto normativo esistente e di un migliore adattamento all'evoluzione del mercato, in termini di flessibilità e modernizzazione. In base a tali contributi, la Commissione ha poi fissato le linee direttrici della sua azione nella comunicazione del 1998 su "*Gli appalti pubblici nell'Unione europea*", annunciando, tra l'altro, la presentazione di un "*pacchetto legislativo volto ad apportare talune modifiche al vigente assetto legislativo esistente in settori in cui l'interpretazione evolutiva delle norme non sarebbe sufficiente per risolvere i problemi*" (sulla disciplina comunitaria degli appalti, si rinvia, oltre ai numerosi manuali esistenti, a M. OTTANI, *Gli appalti pubblici*, in A. MASSERA, (a cura di), *Ordinamento comunitario e amministrazione*, Bologna, 1994; G. MORBIDELLI e M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M.P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007; F. LAURIA, *I pubblici appalti*, Milano, 1998; A. NOBILE, *Gli appalti pubblici di servizi*, Roma, 1997). Successivamente, il 10 maggio del 2000, la Commissione europea presentò due proposte di direttive: l'una relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di servizi e di lavori (cosiddetta "direttiva classica"); l'altra relativa al coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua, di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto (cosiddetta "direttiva settori"). Nelle more dell'iter legislativo propedeutico alla approvazione dei testi definitivi, la Commissione - nella Comunicazione del 7 maggio 2003, (*Strategia per il mercato interno. Priorità 2003 - 2006*)³⁵ - ha avuto peraltro modo di sottolineare come il mercato degli appalti pubblici nell'Unione europea non fosse ancora sufficientemente aperto e competitivo.

A sua volta, il Libro verde della Commissione del 30 aprile 2004, relativo ai partenariati pubblico-privati (PPP) ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni³⁶, costituisce la cornice di riferimento entro cui si collocano le due nuove direttive sostanziali e conferma la strategia della Commissione, diretta, mediante l’emanazione di atti della più varia natura - a partire dall’Atto unico europeo - alla realizzazione del mercato interno attraverso l’abbattimento delle barriere alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi con riguardo al mercato dei contratti pubblici, in un settore che, insieme a quello contiguo dei servizi di interesse generale, si caratterizza per essere tra quelli che sono stati regolamentati nel modo più capillare, e che ancora (anzi maggiormente) necessitano di regolazione per il futuro anche in relazione al processo di allargamento dell’Unione europea: nella sostanza quindi, pur nella diversità di forza giuridica, non è fuor di luogo definirlo parte del progetto stesso³⁷.

Come si è già accennato e coerentemente con il metodo precedentemente adottato la Commissione sviluppa – in questi testi – le proprie riflessioni su talune questioni ritenute di rilievo strategico – quali, ad es., l’impatto delle politiche comunitarie di settore sulle discipline nazionali, il rapporto con le altre politiche comunitarie, l’esigenza di individuare mezzi e strumenti per facilitare l’accesso al mercato per le imprese comunitarie forte anche di una fase di dibattito pubblico con tutte le parti interessate, che evidenzia una pressoché unanime condivisione in ordine alla necessità di ampliare l’assetto normativo esistente (attraverso il recepimento a livello normativo dei principi enucleati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dei principi - art. 2 della dir. 18/2004 e 10 della 17/2004 – contenute nel *WTO Agreement on Government Procurement*) ed adattare la normativa alle nuove esigenze del mercato ed alla domanda di maggiore flessibilità.

Forte di tale sostanziale condizione (e condivisione) la Commissione il 10 maggio 2000 ha presentato le due proposte di direttive. Dopo un iter legislativo piuttosto travagliato - con le Istituzioni comunitarie spesso in contrasto tra di loro -, è sfociata nell’approvazione in via definitiva del progetto comune da parte del Comitato di conciliazione di cui all’art. 251, par. 4, del Trattato CEE e nella successiva pubblicazione in GUCE del 30 aprile 2004, data di entrata in vigore di entrambe³⁸.

Nel complesso, si tratta di una disciplina che tocca in maniera più o meno dettagliata tutte le fasi e tutti gli aspetti delle procedure di aggiudicazione dei contratti (aprendo anche un varco, con l’art. 26 della dir. 2004/18 e con l’art. 38 della dir. 2004/17, verso la fase dell’esecuzione).

Entrambe le direttive riproducono, in buona parte, le precedenti, con aggiustamenti formali; per un’altra parte, più ridotta, le direttive introducono nuovi istituti e strumenti, volti

³⁶ Cfr. A. DI PACE, *Partenariato Pubblico Privato e contratti atipici*, Milano, 2006.

³⁷ Ciò risulta chiaramente dal documento n. 238 def. della Commissione, intitolato alla “*Strategia per il mercato interno*” e contenente le priorità e gli impegni per il periodo 2003-2006. L’analisi dello stato di attuazione del mercato interno porta alla diagnosi per cui “il mercato degli appalti pubblici dell’Unione europea non è ancora sufficientemente aperto e competitivo” e “a causa dell’esistenza di una molteplicità di norme e procedure nazionali, molti fornitori esitano a vendere alle amministrazioni pubbliche, soprattutto di un altro Stato membro”. “Tutto questo si traduce in una limitata partecipazione transfrontaliera alle procedure di aggiudicazione dei contratti, in inefficienze dei mercati degli appalti pubblici, in perdite di opportunità commerciali e nella scarsa probabilità che il contribuente ottenga dei benefici per i costi sostenuti”. Ne conseguono le misure proposte: “l’adozione e l’efficace attuazione del pacchetto legislativo è essenziale per ammodernare i sistemi europei di appalti pubblici.” Dal canto loro “gli Stati membri dovranno semplificare le disposizioni nazionali e uniformare al massimo le procedure di tutti gli enti aggiudicatori, perché le società possano più facilmente partecipare alle gare di appalto. Si dovrebbero prendere anche misure per assicurare che i partenariati tra pubblico e privato per i grandi progetti possano essere conclusi in condizioni di effettiva concorrenza e trasparenza, conformemente alle norme relative agli appalti”.

³⁸ L’iter legislativo si è appunto concluso con l’approvazione in via definitiva il 9 dicembre 2003 del progetto comune da parte del Comitato di conciliazione di cui all’art. 251, par. 4, del trattato Ce e con la pubblicazione in GU L 134 del 30 aprile 2004, data di entrata in vigore di entrambe le direttive. Si evidenzia al riguardo che un contributo importante per il conseguimento dell’accordo sul progetto comune è stato dato dal Consiglio durante il semestre della Presidenza italiana, nell’ambito del “gruppo di lavoro sugli appalti pubblici”. In particolare, fina. Carlo Presenti, esperto di appalti presso la rappresentanza permanente di Italia a Bruxelles, è stato “porta parola” della delegazione italiana durante l’intero iter legislativo e Presidente del gruppo di lavoro del Consiglio nel semestre italiano.

a rendere più flessibile e moderna l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, e al tempo stesso, volti a meglio garantire sia la concorrenza, sia le esigenze sociali e ambientali che spesso sono toccate dall'attività contrattuale pubblica. La loro natura di coordinamento non deve tuttavia trarre in inganno: la prima dottrina che si è occupata di esse ha subito evidenziato come ci si trovi di fronte ad una sorta di codice europeo degli appalti, recante una disciplina compiuta e dettagliata di tutte le fasi del procedimento³⁹ e che prevede la semplificazione e razionalizzazione della vigente disciplina (che dovrebbe produrre una maggiore efficienza e concorrenzialità nel mercato degli appalti pubblici); la modernizzazione procedurale, con il sistematico ricorso alle nuove tecnologie dell'informazione e delle telecomunicazioni anche nel settore dei pubblici appalti (il c.d. *e-procurement*)⁴⁰; ed infine una più accentuata flessibilità degli strumenti giuridici utilizzati, in grado di rendere più agevole la gestione dei procedimenti contrattuali da parte delle amministrazioni committenti.

Ma soprattutto con le direttive di ultima generazione si compie un percorso, segnato dal progressivo riconoscimento, anche a livello nazionale, del valore essenziale – nell'ottica della integrazione – della tutela della concorrenza che, come rilevato dal Consiglio di Stato (IV, 6 ottobre 2004, n. 6941) “...è oramai riconosciuto quale principio di diritto comunitario, che si alimenta come è noto di diritti nazionali in un processo di osmosi reciproca, quello di imparzialità delle amministrazioni pubbliche e di conseguente trasparenza delle scelte amministrative. Si realizza in tal modo una progressiva compenetrazione tra ordinamento comunitario e ordinamento interno che...non solo dà attuazione al principio della concorrenza, ma costituisce anche l'evoluzione e l'aggiornamento della risalente normativa nazionale in materia di contabilità pubblica, tradizionalmente orientata a garantire, in modo prevalente, la trasparenza delle scelte amministrative e quindi l'imparzialità dei soggetti pubblici”⁴¹. Ne deriva che, anche nella percezione dei giudici di Palazzo Spada, le due direttive del 2004 finiscono con il costituire parte integrante della normativa nazionale dell'evidenza pubblica di cui all'art. 4 r.d. 18 novembre 1923 n. 2440, come era iscritto dall'art. 2 D.P.R. 30 giugno 1972, n. 627.

9. L'armonizzazione della disciplina della tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici.

La armonizzazione della disciplina della tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici, anche sul piano interno, procede dalla giurisprudenza comunitaria in ordine all'obbligo, per gli Stati membri, di garantire la piena accessibilità a mezzi di ricorso rapidi ed efficaci avverso le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici; e dal diritto positivo comunitario in materia di effettività della tutela giurisdizionale, in specie con riferimento alla direttiva *ricorsi* n. 66/2007 ed alle esigenze del suo recepimento, cui il legislatore ha provveduto con il recentissimo decreto legislativo n. 53 del 2010.

In via preliminare, mette conto rammentare che i profili di diritto comunitario rilevanti, alla luce della tendenziale inscindibilità tra il segmento di tutela che viene assicurato a livello europeo rispetto a quello di competenza dei giudici nazionali, vanno ricercati sia nell'ordinamento europeo che nell'ambito della attività giurisdizionale interna in controversie che implicino (o impongano) l'applicazione del diritto europeo o la valutazione circa la legittimità di atti adottati da amministrazioni nazionali che agiscono in funzione comunitaria: in tal caso, i giudici interni operano anch'essi in qualità di corti comunitarie. I due ordini

³⁹ Sulle nuove direttive si segnala, G. MESSINA, *Le nuove direttive comunitarie in materia di appalti pubblici*, in *Dir. comm. internaz.*, n. 1/2005, pp. 100-101; M. PROTTO, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urb. e App.*, n. 7/2004, p. 755 ss.; G. MARCHIANÒ, *Prime osservazioni in merito alle direttive di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Direttive n. 17 e n. 18/2004, 31 marzo 2004*, in *Riv. trim. app.*, 2004, p. 854 ss..

⁴⁰ Sullo sviluppo del c.d. “diritto amministrativo elettronico” v. F. GIURDANELLA, *Pubblicazione telematica di bandi di gara in procedure di rilievo comunitario*, in *Diritto dell'Internet*, n. 2/2005, p. 177.

⁴¹ *Cons. Stato*, 2004, I, 2073.

giurisdizionali (quello europeo e quelli nazionali), pur distinti, sono infatti entrambi garanti del rispetto del diritto comunitario, in uno stretto legame tra sistemi di tutela giudiziaria al cui vertice sta la Corte di giustizia⁴², la quale aveva per tempo ed opportunamente avvertito - alla luce della constatazione che il diritto comunitario, in quanto investe l'esercizio di *poteri*, è soprattutto diritto pubblico, che si rivolge alle istituzioni pubbliche per la propria applicazione, o che trova nelle amministrazioni pubbliche i propri destinatari - su come "*l'azione delle istituzioni comunitarie fosse assoggettata alle norme generali del diritto amministrativo*"⁴³.

A ciò va aggiunto, peraltro, che l'ordinamento europeo non si fonda soltanto su testi normativi scritti, ma si caratterizza piuttosto per il pervasivo ruolo del giudice comunitario nella edificazione stessa di quel sistema giuridico⁴⁴: in proposito è stato recentemente rilevato come il tessuto ordinamentale dell'Unione europea si sia progressivamente "...*consolidato nel corso del tempo grazie alla presenza massiccia di un diritto pretorio (la giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado), diritto - quest'ultimo - che ha seguito canali propri e spesso anticipato i mutamenti delle revisioni formali*"⁴⁵. Il diritto comunitario è anche quindi quello che risulta dalla sua elaborazione giurisprudenziale, frutto di un dialogo tra Corti, in un "sistema" di tutela "multilivello" dei diritti⁴⁶ ed in una cornice interordinamentale che, a tutt'oggi, è connotata dalla (relativa) autonomia tra ordinamento comunitario ed ordinamenti degli Stati membri⁴⁷.

10. Le direttive ricorsi di prima generazione: i "mezzi di ricorso" in caso di violazione della disciplina sostanziale sugli appalti.

Sul versante della tutela giurisdizionale ed amministrativa in materia di appalti pubblici, con le direttive ricorsi c.d. di prima generazione⁴⁸ l'esigenza di definire *standards* comuni di tutela giudiziaria in ambito comunitario (ai fini del raggiungimento di una complessiva efficienza dell'ordinamento) prende finalmente corpo.

La direttiva del Consiglio 89/665 del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso

⁴² Vedi anche, se vuoi, F. ASTONE, *Il giudice delle obbligazioni e dei contratti delle pubbliche amministrazioni: i profili di diritto comunitario*, in corso di pubblicazione in *Annuario AIPDA 2009 e Studi in onore di Alberto Romano*; per una trattazione sistematica, F. ASTONE, *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999; F. ASTONE, *Il recepimento della direttiva ricorsi: profili problematici delle scelte operate dal legislatore nazionale*, in corso di pubblicazione su *Nuove Autonomie*, 2010.

⁴³ Corte giust. CE, in cause riunite 43, 45 e 48/59, 15.07.1960, *Lachmüller*, come rammentano A. MASSERA, M. SIMONCINI, F. SPAGNUOLO, in *Note minime sul diritto amministrativo dell'integrazione europea*, 2, in *Astrid on line*, 2009.

⁴⁴ Cfr. G. FALCON, *La tutela giurisdizionale*, nel *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, diretto da M.P.Chiti e Guido Greco, Tomo secondo - Parte generale, Giuffrè, seconda edizione, 2007, 697 ss.; C.E. GALLO, *La giustizia amministrativa fra modello costituzionale e principi comunitari*, in *Annuario AIPDA 2007*, Atti del Convegno annuale *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Bologna 27/28 settembre 2007, Editoriale Scientifica, 2008, in specie 243.

⁴⁵ Così C. PANZERA, *Il bello dell'essere diversi. Corte costituzionale e Corte europea ad una svolta*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, Giuffrè, 2009, 2.

⁴⁶ Cfr. per tutti V. SCIARABBA, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2008, 343 ss. e A. BARBERA, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti* nel volume *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti e momenti di stabilizzazione*, a cura di P.Bilancia e E. De Marco, Milano, 2004, 97 ss e 109 ss.

⁴⁷ Va rammentato tuttavia che, in materia di tutela di diritti fondamentali, non è sufficiente il richiamo alla giurisprudenza della Corte di giustizia, dato che in tale ottica rilevano anche i diritti individuati nella Cedu, che integrano il diritto comunitario alla luce della adesione dell'UE alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. L'adesione dell'UE alla Cedu comporta che il giudicato della Corte Europea vincola direttamente il giudice interno, senza che vi sia alcuna necessità di sollecitare l'intervento della Consulta.

⁴⁸ Sulle prime direttive ricorsi *ex multis*: M. ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: dalla direttiva CEE 89/665 alla legge "comunitaria" per il 1991*, in *Foro it.*, 1992, V, 321 ss.; G. GRECO, *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in tema di appalti di lavori pubblici*, in *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano (89/440/CEE e 89/665/CEE) (Atti dell'incontro di studi tenutosi a Milano il 16 febbraio 1990)*, Milano, 1990, 19 ss..

in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e lavori⁴⁹, è già un complesso normativo articolato incentrato sulla previsione di determinati strumenti di tutela, di natura giurisdizionale o comunque contenziosa⁵⁰, per i partecipanti a gare d'appalto. Rimedi in larga misura analoghi sono stati poi introdotti dalla direttiva del Consiglio 92/13 del 25 febbraio 1992, sui mezzi di ricorso relativi ai cosiddetti settori esclusi.

Le norme in discorso hanno naturalmente assunto fondamentale rilievo ai fini del superamento della concezione secondo la quale la disciplina degli aspetti procedurali o -più ampiamente- rimediali, eccederebbe dalle competenze degli organi comunitari, essendo rimasta appannaggio dei Paesi membri⁵¹. Si può innanzitutto osservare che le direttive 89/665 e 92/13 non escludono la possibilità di rimedi non giurisdizionali, come i ricorsi amministrativi, fissando però precisi criteri di forma e garanzie di indipendenza per gli organi stessi e prevedendo comunque la possibilità di ricorso giurisdizionale⁵². Inoltre la direttiva 92/13, agli artt. 3 e seguenti, prevedeva un sistema di attestazione a favore delle stazioni appaltanti con la funzione di informare possibili concorrenti della regolarità "comunitaria" delle proprie gare d'appalto (sistema che peraltro non incide sull'esperibilità dei rimedi previsti dalla direttiva stessa)⁵³, nonché, agli artt. 9 e seguenti, una procedura di conciliazione a favore di chi si ritenga danneggiato dalla violazione del diritto comunitario, sotto la supervisione della Commissione delle Comunità europee.

In materia di poteri del giudice cui sia affidata la cognizione delle controversie relative a gare d'appalto, va rilevato che entrambe le direttive contenevano già una disposizione in tema di effetti dell'annullamento giurisdizionale degli atti di gara sul contratto successivamente stipulato. L'art. 2, n. 6, di entrambe, infatti, testualmente prevedeva: "*gli effetti dell'esercizio dei poteri di cui al par. 1 (tra cui i poteri di sospensiva ed annullamento) sul contratto stipulato in seguito alla stipulazione dell'appalto sono determinati dal diritto nazionale. Inoltre, salvo nel caso in cui una decisione debba essere annullata prima della*

⁴⁹Publicata in G.U.C.E. 30 dicembre 1989 L 395/34 ed in *Riv.it.dir.pubbl.com.* 1991, 825, con analitico commento di G. MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*; su di essa anche A. PREDIERI, *Procedure contrattuali per l'acquisizione di beni e servizi pubblici*, in *Il mercato unico europeo. Pubblico e privato nell'Europa degli anni '90*, Milano, 1991, 619 ss.; M. PANEBIANCO, *Ricorsi comunitari e nazionali in materia di contratti di lavori pubblici*, in *Riv.dir.europ.*, 1990, 868 ss.; M. MAGLIANO, *Il contenzioso degli appalti pubblici nella prospettiva del Mercato unico europeo*, in *Riv.dir.europ.*, 1991, 883 ss.; G. CASTRIOTA SCANDERBERG, *La tutela degli operatori nei confronti della pubblica amministrazione secondo la disciplina comunitaria degli appalti pubblici*, in *Dir.com.sc.internaz.* 1990, 151 ss.. Per un'ampia disamina dei lavori preparatori J. COLEMAN - T. - L. MARGUE, *L'action de la Communauté visant le respect des règles communautaire en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux: problèmes et perspectives*, in *Rev. Marché Commun*, 1989, 546 ss.

⁵⁰Come osserva G. MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, cit., 829 ss., la direttiva non si preoccupava di modificare le procedure amministrative delle gare d'appalto, già disciplinate da altre direttive, delle quali si tende, piuttosto- nell'ottica comunitaria a garantire il rispetto.

⁵¹A tal fine va rammentato che la Corte di giustizia più di una volta interpellata dai giudici nazionali sulla corretta interpretazione ed applicazione da dare a dette direttive: a tal fine vanno richiamate fra le più importanti, le pronunzie in materia di ampliamento della legittimazione al ricorso (Corte giust. CE, 19 giugno 2003, C-249/01, *hackermüller*, Corte giust. CE, 19 giugno 2003, C-410/01, *Fritsch, Chiari & Partner*, Corte giust. CE, 12 febbraio 2004 C-230/02, *Grossman Air Service*), di tutela cautelare (Corte giust. CEE, 19 giugno 1990, C-213/89, *Factortame Ltd*, Corte giust. CEE, 21 febbraio 1991, C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik*; Corte giust. CE 9 novembre 1995, C-465/93, *Atlanta*; Corte giust. CE, 19 settembre 1996, C-236/95, *Governo ellenico*; Corte giust. CE, 15 maggio 2003, C-214/00, *Regno di Spagna*; Corte giust. CE, 29 aprile 2004, C-202/03, *DAC*), di risarcimento del danno (Corte giust. CE, 14 ottobre 2004, C-275/03, *Repubblica portoghese*), di rapporti tra tutela specifica e per equivalente (Corte giust. CE, 28 ottobre 1999, C-81/98, *Alcatel*).

⁵²Così, ed es., secondo l'art. 2 n. 9 della direttiva 92/13 "Se gli organi responsabili delle procedure di ricorso non sono organi giudiziari, le loro decisioni devono esser motivate per iscritto. In questo caso, inoltre, devono essere adottate disposizioni secondo le quali ogni misura presunta illegittima presa dall'organo di base competente oppure ogni presunta frazione nell'esercizio dei poteri che gli sono conferiti possa essere oggetto di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell'art. 177 del Trattato e che sia in indipendente dagli enti aggiudicatori e dall'organo di base" in tal modo si assicura comunque un controllo da parte della Corte di giustizia sull'applicazione del diritto comunitario *in subiecta materia*; la distinzione tra "ricorso giurisdizionale" e "ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell'art. 177" trova la sua ragione nella già ricordata circostanza che la giurisprudenza comunitaria valuta il carattere giurisdizionale o meno degli organi che sottopongono quesiti *ex art. 177* del Trattato secondo parametri che possono discostarsi da quanto previsto dal diritto dei Paesi membri.

⁵³Secondo il 12° considerando della direttiva "sarebbe utile che gli enti aggiudicatori che si conformano alle norme in materia di appalti possano informarne con mezzi appropriati [...]"

*concessi ne di un risarcimento danni, uno Stato membro può prevedere che, dopo la stipulazione del contratto in seguito all'aggiudicazione dell'appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso si limitino alla concessione di un risarcimento danni a qualsiasi persona lesa dalla violazione"*⁵⁴.

Le direttive sono state in parte recepite dal legislatore in forza degli artt. 12 e 13 della legge 142/92 e 11 della legge 498/92. Fruendo di una possibilità offerta dal legislatore comunitario, si è optato in quella occasione per la creazione di un (nuovo) presupposto processuale dell'azione risarcitoria, piuttosto che porre mano ad una qualificazione sostanziale del nuovo strumento di tutela come azione diretta alla tutela dell'interesse legittimo. La soluzione si è rivelata assai debole e di scarsa utilità pratica, anche se per il vero – e ragionando in termini più generali – la tutela del concorrente pretermesso nell'ambito di una procedura di gara ritenuta illegittima, prima dell'emanazione delle direttive in discorso era ancor meno efficace⁵⁵. Infatti, per un orientamento assolutamente costante del giudice ordinario, l'annullamento dell'aggiudicazione non implicava il travolgimento del contratto, che poteva essere oggetto di annullamento solo sulla scorta di una ulteriore azione giurisdizionale che solo l'Amministrazione era legittimata a proporre dinanzi al giudice ordinario⁵⁶; ma che in concreto veniva proposta solo in rarissimi casi. E' appena il caso di dire come, alla luce di quanto sopra, il ricorrente vittorioso per un verso non poteva praticamente mai raggiungere il risultato di vedersi assegnato il contratto, in luogo di chi lo aveva già (illegittimamente) stipulato; per l'altro, non aveva a disposizione strumenti per tutelare il suo interesse, affidandolo ad un ricorso tempestivo, alla stipulazione del contratto; né tanto meno sussisteva all'epoca un intervallo temporale imposto *ex lege* (ciò che oggi comunemente si indica, anche nella direttiva n. 66 del 2007, come termine dilatorio) tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto, sufficiente a consentire di attivare per tempo i poteri inibitori, in modo da giungere alla decisione di merito prima che la situazione fosse definitivamente compromessa. Ove a ciò si aggiunga la mancanza di una tutela risarcitoria effettiva e quindi la possibilità di accedere ad un ristoro economico commisurato al mancato guadagno dell'appalto, il quadro che ne derivava sul versante della effettività della tutela giurisdizionale era assolutamente sconcertante⁵⁷.

Più in generale, le direttive ricorsi di prima generazione hanno prodotto, sul piano della pratica giudiziaria, risultati davvero modesti. I rimedi precontrattuali diretti a prevenire la violazione del diritto comunitario degli appalti, come anche quelli da attivarsi

⁵⁴Si tratta di disposizione estremamente generica, di rinvio a legislatore nazionale; è vero che, in base al n. 7 dello stesso articolo della direttiva 89/665 ed al n. 8 della direttiva 92/13, "Gli Stati membri fanno sì che le decisioni prese dagli organi responsabili delle procedure di ricorso possano essere attuate in maniera efficace", il che dovrebbe indurre il legislatore ad introdurre nel nostro sistema soluzioni più garantistiche di quelle attuali (in proposito G. GRECO, *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in tema di appalti di lavori pubblici*, cit., 21), ma va subito detto che nulla ha disposto in merito all'attuazione di tale disposizione della direttiva 89/665 la l. 19 febbraio 1992 n. 142, legge comunitaria per il 1991, onde, considerati i limiti che può incontrare in materia il giudizio di ottemperanza, l'unico rimedio certo rimane quello risarcitorio di cui si dirà. Peraltro, anche *in subiecta materia*, la giurisprudenza amministrativa resa in sede di ottemperanza sta diventando piuttosto incisiva: ad es. Cons. St., Sez. V, 27 maggio 1991 n. 874, in *Foro amm.* 1991, 1463, ha ritenuto che, in sede di esecuzione di un giudicato di annullamento degli atti di gara per l'affidamento di concessione di costruzione ed esercizio di opera pubblica, annullamento intervenuto quando l'opera era stata addirittura già realizzata, il principio secondo il quale il provvedimento di esecuzione in forma specifica trova ostacolo negli effetti dell'atto ormai irreversibili si applica solo nei confronti della concessione di costruzione, non in relazione alla concessione di esercizio, che può pertanto esser assentita ad altro soggetto; in materia di risarcimento, occorre poi ricordare un'anticipatrice pronuncia del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, Sez. I, 8 luglio 1989, n. 578, in *Foro amm.* 1990, 452 (s.m.), secondo la quale nella ipotesi in cui l'ottemperanza al giudicato postuli l'aggiudicazione, alla ditta ricorrente, della gara d'appalto, al rifiuto di compiere un atto dovuto da parte del comune conseguirebbe un suo obbligo di risarcire il danno all'impresa da farsi valere innanzi al giudice ordinario.

⁵⁵ Come rileva G. GRECO, *La direttiva 2007/66: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, Milano, Giuffrè, 5/2008, 1029.

⁵⁶ Vedi ad es. in giurisprudenza Cass., Sez. I, 29 marzo 1996, n. 2848; Cass., Sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269 e Cass., Sez. I, 13 novembre 2000, n. 14901.

⁵⁷ Cfr. S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004.

successivamente alla stipula del contratto, non sono per nulla riusciti a contenere il ricorso, da parte delle amministrazioni e degli enti aggiudicatori, alla stipula di contratti aggiudicati illegittimamente (c.d. *race to signature*), con la conseguenza di rendere irreversibili gli effetti dell'aggiudicazione contestata e di costringere le imprese ad accontentarsi eventualmente del risarcimento per equivalente, non essendo più possibile conseguire l'appalto in forma specifica⁵⁸. Ma anche sul piano del risarcimento è emersa la difficoltà a conseguirlo effettivamente dato che pressoché in tutti i paesi che appartengono all'Unione Europea l'insorgere della responsabilità dell'amministrazione è subordinata alla prova della spettanza del contratto. Sia con riferimento al primo profilo problematico che al secondo, la tutela degli offerenti non aggiudicatari, scoraggiati nell'adire le vie giurisdizionali, ha subito una inammissibile contrazione.

11. Le procedure di ricorso nella direttiva n. 66/2007.

La direttiva 2007/66/CE⁵⁹ è dedicata alle procedure di ricorso esperibili in materia di appalti pubblici e si inserisce nella strategia comunitaria diretta al riordino della materia che già era stata promossa dalla Commissione con la comunicazione sugli appalti pubblici del 1998⁶⁰.

La genesi del progetto va indiscutibilmente individuata nell'esigenza di sistematizzare ed adeguare il disposto delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, alla giurisprudenza della Corte di giustizia e nella esigenza di istituire un raccordo con le direttive sostanziali del 2004, garantendone per questa via una applicazione effettiva.

Si è già riferito di come il controllo giurisdizionale ed amministrativo sui procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici venne introdotto agli inizi degli anni '90 con le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, quando la politica comunitaria in materia divenne più incisiva, regolamentando settori di mercato precedentemente esclusi e tendendo non più unicamente all'obiettivo della non discriminazione, ma ad armonizzare politiche e procedure.

⁵⁸ Cfr. A. BARTOLINI, *La responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori per violazione del diritto comunitario degli appalti*, in G. F. CARTEI (a cura di), *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2008, 139 ss..

⁵⁹ La Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici, è stata pubblicata sulla G.U. della UE del 20 dicembre 2007. In dottrina tra i vari contributi, si segnalano C. ARDANESE, *La direttiva "ricorsi" 2007/66/CE. Rilevanza sul regime giuridico del contratto*, in *GiustAmm.it*; A. AULETTA, *Le conseguenze dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione sul contratto d'appalto: una rassegna in attesa della pronuncia della Adunanza Plenaria (Nota a Cons. Stato sez. V 28 marzo 2008, n. 1328)*, in *Giustizia amministrativa*, 2008, fasc. 1, pagg. 152; A. BARTOLINI - S. FANTINI, *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, fasc. 10, pagg. 1093-1108; P. FIMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto di appalto: un rapporto complesso (Nota a Cass. sez. I civ. 15 aprile 2008, n. 9906)* in *Giustizia civile*, 2008, fasc. 7-8, pagg. 1642-1651, pt.; G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti* (Relazione al convegno su "Gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sui contratti della pubblica amministrazione", Parma, 23 maggio 2008) in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, fasc. 5, pagg. 1029-1062; M. LIPARI, *Sulla giustizia amministrativa. Parte I: annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2008, fasc. 1, pagg. 45-66, pt. 1; M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *Giustizia amministrativa*, 2008, fasc. 1, pagg. 33-51; B. MARCHETTI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Il Diritto processuale amministrativo*, 2008, fasc. 1, pagg. 95-137; M. S. SABBATINI, *La direttiva 2007/66/CE sulle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici: la trasparenza è anche una questione di termini*, in *Il Diritto del commercio internazionale*, 2008, fasc. 1, pagg. 131-162; M.A. SANDULLI, *Sull'applicazione del Codice contratti pubblici. Parte I: ulteriori profili di compatibilità comunitaria della disciplina interna sui contratti pubblici*, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2008, fasc. 1, pagg. 91-102, pt. 1; M.A. SANDULLI, *Contratti pubblici e (in)certeza del diritto fra ordinamento interno e novità comunitarie*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2008, fasc. 2, pagg. 77-87, pt. 2; S. VINTI, *Quali rimedi per la salvaguardia dell'interesse legittimo al cospetto dei negozi giuridici? Il giudice del riparto e i legislatori (comunitario e domestico) alle prese con gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto di appalto pubblico*, in *Il Diritto processuale amministrativo*, 2008, fasc. 3, pagg. 789-855.

⁶⁰ Comunicazione della Commissione *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, dell'11 marzo 1998, elaborata, come è noto, sulla scorta dei contenuti e delle finalità del Libro verde *Gli appalti pubblici nell'Unione europea, spunti di riflessione per il futuro*.

Infatti, le direttive originarie emanate nei primi anni '70, peraltro piuttosto essenziali - se non laconiche - e limitate ai procedimenti che avessero ad oggetto forniture o lavori, erano state praticamente ignorate in quanto continuavano a prevalere le tendenze protezionistiche a favore delle imprese nazionali. Per quanto riguarda il nostro ordinamento, prima del parziale recepimento delle direttive "processuali", la tutela del concorrente pretermesso in procedure di gara di cui fosse accertata l'illegittimità, era "...davvero poca cosa..."⁶¹.

In ogni caso, e pur con gli evidenziati limiti, la 89/665/CEE e la successiva 92/13/CEE assunsero una valenza che trascendeva la materia, dando consistenza, sul piano della tutela, ai principi di effettività, di leale collaborazione (ex art. 10⁶² del Trattato istitutivo) e di legalità enucleati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia⁶³: quasi «l'avvio formale di una politica processuale della Comunità»⁶⁴. Ciò attestava non solo la raggiunta pervasività del diritto europeo e la necessità che la sua applicazione uniforme non fosse contrastata dalla diversità dei mezzi di tutela previsti dagli ordinamenti nazionali⁶⁵, ma anche lo «sviluppo garantistico del principio di effettività» da intendersi ora quale «aspetto fondamentale di garanzia per le situazioni dei singoli nei confronti degli atti, sia delle amministrazioni nazionali che delle stesse istituzioni comunitarie»⁶⁶.

Nel contesto del riordino complessivo della normativa di settore con le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE venivano concretizzate sia le linee direttrici fissate dalla Commissione nella comunicazione «*Gli appalti pubblici nell'Unione europea*» (riconducibili alle esigenze di semplificazione, aggiornamento e flessibilità); sia, con la previsione di disposizioni a garanzia e promozione di interessi sociali e ambientali, quell'interazione delle politiche economiche, sociali e dell'impiego descritta nel Consiglio europeo di Lisbona⁶⁷. Sul piano del diritto sostanziale, la sistematizzazione della materia era realizzata anche grazie al recepimento a livello normativo dei principi enucleati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, nonché (tramite un ravvicinamento nella terminologia), di principi presenti nel *WTO Agreement on Government Procurement*. Cardine del sistema diveniva esplicitamente il rispetto del principio di parità di trattamento coniugato a quello di trasparenza nelle procedure di aggiudicazione⁶⁸.

Lo «sviluppo garantistico del principio di effettività» imponeva che venisse tutelata l'applicazione uniforme delle citate direttive. Invece si registravano notevoli disparità in

⁶¹ G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008.

⁶² A norma del quale: «[g]li Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente Trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente Trattato».

⁶³ Cfr. le sentenze 15 maggio 1986, causa 222/84, *Margherite Jhonston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* (Racc. giur., 1986, p. 1651, punto 18); 15 ottobre 1987, causa 222/86, *Union Nationales des Entraîneurs et Cadres Techniques Professionnels du Football (UNECTEF) v. Georges Heylens ed al.* (Racc. giur., 1987, p. 4097, punti 14-16); 27 novembre 2001, causa C-424/99, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica d'Austria* (Racc. giur., 2001, p. 1-9285, punto 45); 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee* (Racc. giur., 2002, p. 1-667, punti 38-42). Nel *leading case Jhonston*, la Corte afferma che il diritto ad una tutela effettiva si configura come un principio generale di diritto comunitario su cui sono basate le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e che è stato sancito dagli artt. 5 e 13 della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU).

⁶⁴ M.P. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 3°, pp. 499-522.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 506. Argomento definito dall'Autore, dell'«effetto utile dell'effetto diretto».

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 506-507, ove si evidenzia anche una terza ragione «connessa allo sviluppo di tecniche giuridiche di integrazione che richiedono una sostanziale uniformità nelle regole di controllo giurisdizionale».

⁶⁷ Del 23-24 marzo 2000. Cfr. anche la *Comunicazione interpretativa della Commissione sul diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici* [COM(2001)566], pp. 1-24.

⁶⁸ Recepito nell'art. 2 della 2004/118/CE e nell'art. 10 della 2004/17/CE. Ciò ha permesso il concomitante allineamento con il WTO/GPA (cfr. il comma 3 del Preambolo in cui lo si riconosce come uno degli obiettivi base dell'accordo), rimediando alle precedenti direttive che prevedevano «solo» il rispetto del principio di parità di trattamento (cfr. l'art. 5(7) della 93/36/CEE; l'art. 6(6) della 93/37/CEE; l'art. 3(2) della 92/50/CEE, e l'art. 4(2) della 93/38/CEE).

merito alla loro corretta applicazione e, date le innovazioni introdotte anche in conseguenza del ricorso alle tecniche di trasmissione telematica dei dati, la 89/665/CEE e la 92/13/CEE erano diventate chiaramente obsolete.

In questo contesto, e sul presupposto che la predisposizione di mezzi di ricorso rapidi ed efficaci, nonché conformi ai principi del Trattato rilevanti, fosse indispensabile ad una più effettiva tutela e garanzia di attuazione trasparente e non discriminatoria della 2004/17/CE e della 2004/18/CE, alle competenti istituzioni della UE è parso più funzionale allo scopo un intervento a livello comunitario *ex art. 5* del Trattato (ovvero attraverso i principi di sussidiarietà e proporzionalità)⁶⁹, piuttosto che degli Stati membri *uti singuli*.

Dai lavori preparatori emerge che sin dall'inizio la Commissione ritenne opportuno focalizzarsi sui ricorsi esperibili nella fase precontrattuale⁷⁰ piuttosto che in quella successiva alla stipula del contratto aggiudicato (pena la sofisticazione della stessa filosofia sottostante alle «direttive ricorsi» e, conseguentemente, la necessità di norme completamente diverse).

Al fine vennero ipotizzate tre diverse possibilità di intervento. Una prima contemplava il mantenimento delle direttive vigenti incoraggiando «*la Commissione ad avviare procedure d'infrazione per trattare tutti i problemi d'incompatibilità con le direttive "ricorsi" delle legislazioni o delle pratiche nazionali in questo settore*»⁷¹, tenendo anche conto degli effetti positivi prodotti dalla sentenza *Alcatel*, ove è recepita una nozione assai ampia di decisione impugnabile e sottolineata la necessità di un termine sospensivo tra l'aggiudicazione del contratto e la sottoscrizione.

Venne poi presa in considerazione l'introduzione di un termine sospensivo tra l'aggiudicazione del contratto e la sua firma, in quanto fissando «*le conseguenze operative di tale obbligo*» si sarebbero risolti «*tanto il problema della corsa alla firma degli appalti nelle procedure formali di aggiudicazione quanto quello delle aggiudicazioni illegittime a trattativa privata, migliorando la certezza del diritto relativamente alle situazioni considerate e prevedendo garanzie per un'applicazione efficace del meccanismo*»⁷²; ovvero anche il conferimento di nuove prerogative ad autorità indipendenti attraverso una modifica delle direttive o una comunicazione che promuovesse la costituzione di tali autorità.

Dopo aver analizzato il presumibile impatto delle diverse opzioni si concordò sull'opportunità di introdurre, tramite direttiva, la sospensione della firma del contratto aggiudicato. Ciò in quanto la soluzione alternativa, costituita da una comunicazione interpretativa della giurisprudenza della Corte di Giustizia, non avrebbe assicurato l'uniformità d'interpretazione né sulla portata di detta giurisprudenza né «*sulle modalità d'applicazione di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive in caso di violazione di questa disposizione fondamentale per l'efficacia dei ricorsi precontrattuali*». Quanto all'ipotesi di designare autorità indipendenti dotate del potere di notificare ai soggetti aggiudicatori le inosservanze più gravi perché le correggessero, venne scartata per l'opposizione della maggioranza delle delegazioni degli Stati membri (dovuta anche alla non preventivabilità degli oneri economici connessi al loro funzionamento).

In estrema sintesi, la 2007/66/CE attua il disposto dell'art. 47 della Carta dei diritti

⁶⁹ La materia infatti non rientra tra quelle di competenza esclusiva della Comunità; peraltro detti principi (per inciso, ampliati e rafforzati dal recente *Trattato di Lisbona*), hanno anche permesso di superare le difficoltà inerenti all'intervento in una materia così strettamente connessa e dipendente dalla struttura amministrativa e giudiziaria dei diversi paesi.

⁷⁰ Questi, infatti, (potenzialmente) garantiscono la prevenzione o la tempestiva correzione delle violazioni delle direttive di diritto sostanziale, incoraggiando così gli operatori economici a partecipare alle gare indette dagli Stati membri.

⁷¹ Cfr. la *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici*, del 4 maggio 2006 (COM(2006)195 def.), p. 5.

⁷² Ciò avrebbe assicurato la libera circolazione di merci e servizi, la libertà di stabilimento e l'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, principali obiettivi delle norme comunitarie in materia.

fondamentali dell'Unione europea (in particolare i commi 1 e 2, che assicurano ad ogni individuo, i cui diritti e libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati, l'accesso ad un ricorso effettivo ed a un giudice imparziale)⁷³; va iscritta nel quadro della politica volta all'eliminazione dei fenomeni di corruzione, coerentemente con gli impegni assunti a livello internazionale; ma soprattutto recepisce i principi indicati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nelle sentenze «*Alcatel*»⁷⁴ e, quasi a necessario sviluppo, «*Commissione c. Austria*»⁷⁵ e «*Stadt Halle*»⁷⁶, mentre quelli già trasfusi nella 89/665/CEE e 92/13/CEE, assumono una più marcata valenza sostanziale.

12. Le illegittimità comunitarie ed i (possibili) effetti sul contratto nella direttiva ricorsi.

Se la genesi della direttiva va quindi rintracciata nell'esigenza, ormai ineludibile, di sistematizzare ed adeguare il disposto delle primigenie 89/665/CEE e 92/13/CEE ai principi enucleati dalla Corte di Giustizia nel corso degli anni e di operare il raccordo con le citate direttive di diritto sostanziale, la 2007/66/CE assicura che il dinamismo e la flessibilità (più che positivi in termini di economicità, efficienza e razionalità delle scelte), impressi alle decisioni delle amministrazioni o enti aggiudicatori dalle direttive del 2004, non ostino al rispetto dei principi dell'*acquis communautaire* i.e. alla parità di trattamento, non discriminazione, concorrenza, proporzionalità e trasparenza. Il sistema che delinea, peraltro, sembra retto da una filosofia che se da un lato privilegia la dissuasione attraverso le sanzioni più che la composizione amichevole dei conflitti, dall'altro mira *in primis* a garantire una piena tutela nella fase antecedente all'esecuzione del contratto aggiudicato illegittimamente.

Sulla scia della giurisprudenza della Corte di Giustizia, integrativa o innovativa che fosse, la libera circolazione di merci e servizi, la libertà di stabilimento e l'apertura ad una concorrenza non falsata (ovvero i principi del libero mercato), vengono maggiormente assicurate estendendo la garanzia di tutela anche alle decisioni adottate al di fuori di una formale procedura di affidamento di appalto e prima di un atto di formale messa in

⁷³ La *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, del 7 dicembre 2000, enuncia i diritti ed i principi da rispettare nell'applicazione del diritto comunitario. Recentemente, il testo è stato rivisto (cfr. *G.U.* della UE del 14 dicembre 2007, n. C-303), ed andrà a sostituire quello del 2000 a decorrere dall'entrata in vigore del *Trattato di Lisbona*. Sull'art. 47 «*Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*» citato nel testo, è da rilevare che il comma 1, è basato sull'art. 13 ed il comma 2, corrisponde all'art. 6(1) della CEDU.

⁷⁴ Sentenza 29 ottobre 1999, causa C-81/98, *Alcatel Austria AG e a., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG c. Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr* (*Racc. giur.*, 1999, p. 1-767). La Corte, sulla base degli artt. 1 e 2, n. 1, lett. (b), della 89/665/CEE, stabilisce l'estesa accezione di «decisione impugnabile» per mancanza di limitazioni in merito alla sua natura o contenuto, il conseguente obbligo per gli Stati membri di prevedere una procedura di ricorso che consenta di ottenere l'annullamento della decisione di aggiudicazione e, quale necessaria implicazione, un termine tra la decisione medesima e la firma del relativo contratto che ne permetta l'esperimento. La Corte considera irrilevante che la direttiva non stabilisca un termine tra la decisione di aggiudicazione di un appalto e la conclusione del contratto. Come rilevato dall'Avvocato generale Misho, ciò non impedisce che non possa essere definito dalla Corte «*in a way that complies with the requirements of effectiveness*» (cfr. par. 63 delle conclusioni).

⁷⁵ Sentenza 24 giugno 2004, causa C-212/02, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica d'Austria* (dispositivo in *G.U.* della UE, del 7 agosto 2004, n. C-201, p. 3), in cui l'obbligo di informare i partecipanti alla gara della decisione di aggiudicazione e di assicurare un termine sufficiente per esaminarla ed eventualmente presentare ricorso per ottenere misure cautelari, vengono identificati quali condizioni che concretamente assicurano una tutela completa, efficace ed effettiva. Infatti, considerato l'obiettivo di garanzia delle direttive ricorsi (rimarcato sin dalla sentenza 11 agosto 1995, causa C-433/93, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Federale di Germania*, *Racc. giur.*, 1995, p. 1-02303), «*[s]uch protection cannot be effective if the tenderer is not able to rely on those rules against the contracting authority*» (cfr. i punti 20, 21 e 23).

⁷⁶ Sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna* (*Racc. giur.*, 2005, p. I-1). La Corte, *inter alia*, estende la garanzia di tutela anche alle decisioni adottate al di fuori di una formale procedura di affidamento di appalto e prima di un atto di formale messa in concorrenza, con il veto agli Stati membri di subordinare la possibilità di ricorso al fatto che la procedura in questione abbia formalmente raggiunto una fase determinata. Precisa inoltre che, tale possibilità di ricorso è concessa a partire dal momento in cui viene manifestata la volontà dell'amministrazione aggiudicatrice idonea a produrre effetti giuridici (cfr. punto 41).

concorrenza, prevedendo una procedura di ricorso che consenta di ottenere l'annullamento della decisione di aggiudicazione nonché la privazione di effetti del contratto aggiudicato mediante affidamento diretto illegittimo. Concretamente, ciò viene realizzato anche attraverso un gioco di termini e sanzioni (sospensivi, dilatori e di decadenza) conseguenti alla loro violazione, rafforzato ulteriormente dalla possibilità della tutela cautelare *ante causam*.

I principi fondanti, di effettività della tutela e di legalità così come quello della parità di trattamento assumono quindi una più marcata valenza sostanziale, mentre il principio di trasparenza viene ad occupare una posizione cardine, rivelando la sua pervasività e complessità. Ciò è ascrivibile anche all'accresciuta sensibilità nell'identificarlo come strumento garante del confronto concorrenziale e, quindi, della riduzione dei costi e delle inefficienze, in un "sistema appalti pubblici" (nella sua accezione più ampia) in cui assumono sempre più forza le istanze sociali, etiche ed ambientali. Se la sua originaria applicazione si risolveva nel dovere di informazione e pubblicità, la consapevolezza che la sua forza è direttamente proporzionale alla disponibilità di mezzi di ricorso efficaci e rapidi, implica quale corollario che la trasparenza è altresì una questione di termini (e di sanzioni), in quanto anche da questi dipende non solo l'esperibilità pratica del ricorso, ma la sua efficacia.

I contenuti caratterizzanti della direttiva possono essere così sintetizzati.

In primo luogo, al fine di garantire in materia di appalti, una tutela processuale effettiva e celere, che giunga, di regola prima della stipula del contratto, si disciplina, analiticamente, l'obbligo, per le stazioni appaltanti, di rispettare un congruo termine dilatorio o sospensivo (c.d. *stand-still*) fra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto. Gli Stati membri devono, inoltre, prevedere un ulteriore effetto sospensivo decorrente dalla proposizione del ricorso giurisdizionale e perdurante fino alla pronuncia giurisdizionale (cautelare o di merito a scelta degli Stati membri).

Si prevedono poi (art. 2-*quinquies*) alcune ipotesi tipiche in cui l'accertata violazione di determinati precetti del diritto comunitario deve comportare _ obbligatoriamente - la integrale "privazione di effetti" del contratto eventualmente stipulato, salve alcune tassative eccezioni che conducono all'applicazione di sanzioni alternative. Tali fattispecie sono riferite, essenzialmente, alla radicale assenza della procedura concorrenziale o al mancato rispetto di uno dei termini sospensivi per la stipula del contratto.

Per un altro gruppo - anche esso circoscritto - di fattispecie (art. 2-*sexzes*, par. 1), gli Stati membri possono scegliere, discrezionalmente, se prevedere la privazione di effetti o introdurre, in alternativa, altri adeguati meccanismi sanzionatori, purché proporzionati e dissuasivi (diversi ed ulteriori dal risarcimento del danno).

In tali due ipotesi, secondo la direttiva, la scelta circa l'applicazione delle sanzioni alternative può essere stabilita dalla legge nazionale, oppure affidata, di volta in volta, all'Autorità decidente (giudice o altro soggetto imparziale).

Al di fuori dei casi appena menzionati, la tutela della parte interessata è rimessa al diritto nazionale, il quale può anche prevedere che essa sia limitata al solo risarcimento del danno per equivalente.

In sintesi, quindi, la direttiva prevede tre diverse fattispecie: 1) violazioni gravi, in cui la caducazione del contratto è obbligatoria salvo che ricorrano esigenze imperative di interesse generale, nel quale caso si applicano le sanzioni alternative; 2) violazioni sempre gravi (violazione dei termini), non caratterizzate da un concreto effetto sulle possibilità di ricorso e di aggiudicazione dell'appalto, in cui è rimessa agli Stati la scelta tra caducazione e sanzioni alternative; 3) violazioni non gravi, in cui spetta al diritto nazionale determinare gli effetti dell'aggiudicazione sulla sorte del contratto, con espressa previsione della possibilità di limitare la tutela al solo risarcimento del danno per equivalente, con salvezza del contratto sebbene preceduto da una illegittima aggiudicazione.

Sotto il profilo processuale, la direttiva prevede che la privazione di effetti obbligatoria debba essere accertata con apposita decisione.

Secondo il comma 1 dell'art. 2-*quinquies*, gli Stati membri assicurano che un contratto sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice o che la sua privazione di effetti sia la conseguenza di una decisione di detto organo di ricorso.

Questa affermazione è ancora più chiara nelle premesse della direttiva (Considerando n. 13): *"La carenza di effetti non dovrebbe essere automatica ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente o dovrebbe essere il risultato di una decisione di quest'ultimo"*.

Ancora, il diritto comunitario non prende alcuna significativa posizione sulla definizione delle conseguenze giuridiche sostanziali della "privazione degli effetti" obbligatoria. Non si tratta di una lacuna "dogmatica", ma di una meditata scelta, volta ad attribuire, anche in questo campo, un ampio margine di scelta agli ordinamenti nazionali.

In questa prospettiva, il comma 2, dell'art. 2-*quinquies* stabilisce che *"le conseguenze di un contratto considerato privo di effetti sono previste dal diritto nazionale, pertanto, il diritto nazionale può prevedere la soppressione con effetto retroattivo di tutti gli obblighi contrattuali o viceversa limitare la portata della soppressione di quegli obblighi che rimangono da adempiere. In quest'ultimo caso gli Stati membri prevedono l'applicazione di altre sanzioni ai sensi dell'art. 2 sexies, paragrafo 2."*

Secondo le premesse alla direttiva, *"nel prevedere che gli Stati membri fissino le norme atte a garantire che un appalto sia considerato privo di effetti, si mira a far sì che i diritti e gli obblighi dei contraenti derivanti dal contratto cessino di essere esercitati ed eseguiti. Ma, in termini più analitici, le conseguenze che derivano dalla privazione di effetti di un contratto dovrebbero essere determinate dal diritto nazionale.....Pertanto il diritto nazionale può, ad esempio, prevedere la soppressione con effetto retroattivo di tutti gli obblighi contrattuali (ex tunc) o viceversa limitare la portata della soppressione agli obblighi che rimangono da adempiere (ex nunc). Ciò non dovrebbe condurre a una mancanza di forti sanzioni se gli obblighi derivanti da un contratto sono già stati adempiuti interamente o quasi interamente. In tali casi gli Stati membri dovrebbero prevedere sanzioni alternative che tengano conto in che misura il contratto rimane in vigore conformemente al diritto nazionale"*.

Si contempla, innovativamente, la possibilità, per gli Stati membri, di stabilire che la domanda di risarcimento dei danni debba essere subordinata alla (tempestiva) richiesta di annullamento dei provvedimenti ritenuti illegittimi.

Secondo il nuovo articolo 2, comma 6, della direttiva n. 665/1989, *"gli Stati membri possono prevedere che, se un risarcimento danni viene domandato a causa di una decisione presa illegittimamente, per prima cosa l'organo che ha la competenza necessaria a tal fine annulli la decisione contestata"*.

Il diritto comunitario dunque chiarisce che una soluzione normativa nel senso dell'introduzione della "pregiudiziale" non sarebbe affatto in contrasto con la direttiva ricorsi e non potrebbe considerarsi limitativa delle garanzie minime di difesa, imposte a livello europeo.

13. La delega per il recepimento nell'ordinamento interno: l'art. 44 della legge 7 luglio 2009, n. 88.

La direttiva affronta, quindi, aspetti e problematiche che interessano temi già da tempo all'attenzione della nostra giurisprudenza; e, per alcuni (limitati) profili, già toccati da interventi del legislatore. Ora, alcune delle scelte che la direttiva rimetteva alla valutazione

degli Stati nazionali sono già contenute nella norma di delega (art. 44 legge 7 luglio 2009, n. 88).

In particolare, la delega, che si caratterizza per l'indicazione di criteri direttivi spesso molto analitici e dettagliati, prevede:

a) l'introduzione di un rito speciale in materia di appalti, con razionalizzazione e abbreviazione di tutti i termini vigenti, ivi compreso quello per la proposizione- del ricorso che, per espressa previsione, non può essere superiore a trenta giorni;

b) la preclusione alla stipulazione del contratto fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare definitivo, ovvero sino alla pubblicazione del dispositivo di primo grado, in udienza o nei successivi sette giorni, se la causa può essere decisa nel merito nella camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare;

c) la privazione obbligatoria degli effetti del contratto in presenza delle violazioni molto gravi individuate dal diritto comunitario, lasciando al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti, tra privazione di effetti retro attiva o limitata alle prestazioni da eseguire;

d) l'attribuzione al giudice, in presenza delle violazioni gravi (anche queste già puntualmente indicate nella direttiva da recepire), della scelta tra privazione degli effetti del contratto (e relativa decorrenza) e sanzioni alternative;

e) l'attribuzione in tutti gli altri casi al giudice della scelta tra privazione di effetti del contratto ovvero risarcimento per equivalente del danno effettivamente subito e comprovato.

La delega per il recepimento della direttiva ricorsi contiene, inoltre, alcuni criteri in materia di accordo bonario e arbitrato, che sono temi che esulano dall'ambito della direttiva ricorsi, e sui quali non vi sono vincoli comunitari.

14. Il decreto legislativo n. 53 del 2010: cenni.

Il decreto di recepimento della direttiva è entrato in vigore il 27 aprile del 2010. Qui di seguito saranno svolte alcune brevi notazioni sul nuovo assetto della tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici che viene introdotto dal decreto legislativo, naturalmente senza alcuna pretesa di esaustività.

Intanto, va rilevato che il recepimento della direttiva ha seguito il percorso normativo abituale: la previsione nella legge comunitaria di una disposizione di delega, finalizzata a precisare l'oggetto ed a fissare i criteri di recepimento (appunto, l'art. 44 della legge 7 luglio 2009, n. 88); un decreto legislativo di attuazione, dedicato esclusivamente al recepimento della direttiva, con l'eccezione – come anche nella legge delega – dell'inserimento di nuove disposizioni in materia di accordo bonario ed arbitrato, certo non riconducibili a vincoli comunitari che nel caso di specie non sussistevano, ma magari alla circostanza che si tratta di materie comprese nel codice dei contratti pubblici, come del resto gli altri settori presi in considerazione dall'art. 44.

Inoltre, l'iter di formazione del decreto è stato arricchito dalla previsione dell'obbligatorietà del parere del Consiglio di Stato che, nel caso di specie, ha formulato numerose osservazioni in gran parte recepite dal legislatore delegato⁷⁷.

Si è già riferito su come gli obiettivi che il legislatore comunitario si era prefisso di conseguire ruotassero attorno a due esigenze ritenute, nell'ottica comunitaria, fondamentali ed entrambe meritevoli di tutela.

La prima consiste nella salvaguardia degli effetti del contratto, stipulato da una stazione appaltante pubblica; qui la scelta di campo è indiscutibilmente per la stabilità delle relazioni contrattuali, intesa come valore essenziale per la certezza dei rapporti giuridici e per il buon funzionamento delle relazioni economiche, sacrificabile solo nei casi di maggiore

⁷⁷ Vedi in proposito F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul "nuovo" processo amministrativo sui contratti pubblici)*, in *GiustAmm.it*, 2010.

gravità. La seconda esigenza che il diritto comunitario intende salvaguardare è invece una adeguata tutela di coloro che ambiscano all'affidamento di un contratto pubblico e che quindi partecipino – o intendano partecipare – al relativo procedimento di selezione; al fine si intende assicurare una protezione effettiva al concorrente nell'ambito di un processo che contempli la possibilità di assegnare il c.d. “bene della vita” e quindi la vera ed originaria posizione contrattuale in luogo di risarcimento per equivalente, incerti sia sull'*an* che sul *quantum*.

Nel decreto n. 53/2010, le due finalità proprie della direttiva vengono nella sostanza fatte proprie dal legislatore nazionale e congiunte in un disegno unitario che fissa due linee di percorso: tende a differire la stipula del contratto al tempo in cui le dispute giudiziarie saranno risolte; e mira ad accelerare lo svolgimento del processo, al fine di impedire insostenibili paralisi nell'azione amministrativa.

Per questa via, rinviando il contratto a quando il processo sarà concluso, si ottiene di evitare la stipula di contratti instabili ed a rischio di inefficacia a causa di sopravvenuti annullamenti per illegittimità verificatisi nella fase procedimentale.

Il decreto legislativo di recepimento, peraltro, per un verso introduce modifiche al codice dei contratti pubblici, intervenendo sia sul piano degli istituti di rilevanza sostanziale e, più ampiamente, sul piano della tutela giurisdizionale; per l'altro, va rilevato come la gran parte delle norme in esso contenute siano destinate a confluire nel codice del processo amministrativo, in linea con le indicazioni contenute nel parere reso dal Consiglio di Stato.

In ogni caso, le scelte operate dal legislatore nazionale in sede di recepimento, non possono che essere valutate in relazione all'idea generale che impronta di se la direttiva, e che emerge già dai *considerando*, secondo cui il differimento della stipulazione del contratto è volta a consentire la correzione preventiva delle eventuali violazioni poste in essere dalla stazione appaltante, impedendo la produzione di effetti contrattuali, viene sviluppato anzitutto con il nuovo istituto della “proroga” del termine per la stipulazione, peraltro a recepimento facoltativo.

Più in particolare è previsto che se, in pendenza del termine dilatorio ordinario, una delle parti propone un ricorso alla stessa amministrazione, i legislatori degli Stati membri *possono* prevedere una autonoma proroga del termine per la stipulazione del contratto, almeno sino alla decisione dell'autorità. Il fine è chiaro e se ne è già fatto cenno: quello di evitare, con ogni mezzo, che le amministrazioni aggiudicatrici possano rapidamente attivarsi per la sottoscrizione del contratto da parte dell'appaltatore, rendendo così irreversibili, in mancanza di efficaci mezzi di contrasto, “...*le conseguenze di una decisione d'aggiudicazione contestata*” (quarto considerando della direttiva n. 66/2007).

Per dare riscontro a questa esigenza, il legislatore nazionale si è attivato su più versanti: prevedendo, attraverso alcune modifiche all'art. 11 del codice dei contratti pubblici, nuove regole riguardanti il termine dilatorio – o sospensivo – per la stipulazione del contratto, ora fissato in trentacinque giorni; reputando di non indicare in modo rigido i presupposti della inefficacia del contratto, lasciando così la decisione al giudice, anche sulla base delle deduzioni delle parti; risolvendo (si auspica, una volta per tutte) l'annosa questione del rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto, con la previsione della estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative⁷⁸ (qui va rilevato come le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con ordinanza 10.02.2010, n. 2906⁷⁹, abbiano avallato la soluzione della concentrazione delle tutele presso il giudice amministrativo proprio alla luce della direttiva del 2007 “*che riconosce il rilievo peculiare in tal senso alla connessione tra le due indicate domande, che pertanto vanno*

⁷⁸ Per un primo commento su tali importanti novità vedi, M. LIPARI, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia “flessibile” del contratto*, in *GiustAmm.it*, 2010.

⁷⁹ In *www.lexitalia.it*, n. 2/2010 ed in *GiustAmm.it*, 2010.

decise di regola da un unico giudice”); e tentando, inoltre, di introdurre ulteriori misure volte ad una auspicabile deflazione del contenzioso come, ad esempio, il c.d. preavviso di ricorso⁸⁰.

In conclusione, vorrei ancora sottolineare come uno dei capisaldi della direttiva è la privazione degli effetti del contratto, nei casi delle violazioni più gravi nell’ottica comunitaria. La privazione degli effetti è infatti considerata in tali casi necessaria ed indefettibile. I *considerando* tuttavia “contemplano” situazioni in cui il risarcimento del danno e le sanzioni alternative sono sufficienti a ristorare del pregiudizio sofferto. Ed ancora la direttiva contempla l’ipotesi che vi siano esigenze imperative che prevalgono nonostante l’annullamento dell’aggiudicazione determinando la possibilità di dare comunque esecuzione al contratto. Non tuttavia esigenze economiche che derivano dall’appalto; ma piuttosto di ordine pubblico, che quella prestazione sia effettivamente posta in essere altrimenti la collettività, il cittadino, l’interesse pubblico ne ha nocumento. In tal senso il decreto n. 53/2010 considera ammissibile l’esecuzione di urgenza non solo nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara, ma anche nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all’interesse pubblico che è destinata a soddisfare.

⁸⁰ Vedi in proposito, F. ASTONE, *Il preavviso di ricorso (ovvero dell’informativa in ordine all’intento di proporre ricorso giurisdizionale)*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 1/2010, Edizioni Scientifiche Italiane, pagg. 103/110.