

Interesse pubblico, contratti delle pubbliche amministrazioni e tutela giurisdizionale: la prospettiva comunitaria (e quella interna, dopo il recepimento della direttiva ricorsi ed il Codice del processo amministrativo)*

SOMMARIO: 1. Premesse. - 2. Il sindacato del giudice comunitario e la protezione dell'interesse comune europeo: profili di tutela e meccanismi di raccordo con le giurisdizioni nazionali. 3. Contratti pubblici ed interessi rilevanti nell'ordinamento europeo ed in quello interno. - 4. Le basi normative dell'intervento comunitario nel settore dei contratti pubblici: i Trattati istitutivi. - 5. Le direttive "appalti" di prima generazione. - 6. Il Libro Bianco del 1985 e le direttive di seconda generazione. - 7. La ratio dell'intervento comunitario in materia di appalti; il problema dei contratti sotto soglia e dei settori esclusi. - 8. Aspetti comuni e differenze (di metodo e di contenuti) tra la regolamentazione interna in materia di contratti pubblici e quella di derivazione europea. - 9. L'impatto della normativa europea sulla attività contrattuale pubblica. - 10. Il pacchetto legislativo comunitario del 2004 in materia di appalti. - 11. L'effettività della tutela in materia di appalti pubblici (tra mezzi di ricorso e rispetto del principio di concorrenza): le direttive ricorsi di prima generazione. - 12. La direttiva n. 66/2007: profili generali. - 13. Origini ed obiettivi della direttiva ricorsi. - 14. I contenuti caratterizzanti. - 15. L'art. 44 della legge 7 luglio 2009, n. 88. - 16. Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi: rimedi azionabili in presenza dell'accertata violazione dell'interesse pubblico. - 17. In ordine a taluni profili sistematici del nuovo processo amministrativo sugli appalti pubblici. - 18. Annullamento dell'aggiudicazione ed inefficacia del contratto. - 19. Dal D.Lgs. n. 53 del 2010 al Codice del processo amministrativo (D.Lgs. n. 104 del 2010): brevi cenni

1. Premesse

Il diritto europeo dei contratti pubblici¹ rappresenta, nella prospettiva europea, un punto di osservazione privilegiato per valutare le tecniche di tutela utilizzate dal giudice comunitario al fine di garantire l'interesse pubblico europeo e l'efficacia del sindacato giurisdizionale esercitato da quel giudice in ordine all'esercizio del potere amministrativo. Le modalità di intervento della UE e dei giudici delle controversie che implicano l'esame di profili di diritto europeo (il giudice comunitario, naturalmente, ma per vari profili anche i giudici nazionali), aprono naturalmente diversi scenari problematici con riferimento alla armonizzazione delle regole sostanziali e della disciplina della tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici ed all'impatto che, in ragione di quelle, si produce sulle amministrazioni nazionali; non meno complessi sono poi i problemi posti 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 quelli posti dal diritto positivo comunitario in materia di effettività della tutela giurisdizionale, con riferimento alla direttiva *ricorsi* n. 66/2007, recepita dal nostro legislatore con D.Lgs. n. 53/2010, poi confluito – quanto alle norme processuali e con alcune modificazioni – nel Codice del processo amministrativo.

Va rilevato intanto che in quest'ambito – più che in altri – può porsi la questione se – ed in quale misura – il diritto amministrativo europeo, che pone principi comuni in tema di giustizia negli affidamenti degli appalti pubblici sia in grado anche di conformare gli atti, le procedure, la sorte del contratto comunque stipulato ed i poteri dell'organo giudicante all'uopo preposto; questioni, tutte, che coinvolgono delicati profili di ordine processuale, quali la tipologia dei mezzi di impugnazione, la relativa legittimazione, i poteri del giudice e così via.

Quanto poi ai soggetti, va rammentato come, nell'ordinamento comunitario, il diritto degli appalti pubblici riguarda 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 disciplina, in particolare le relazioni tra le singole Autorità

* Il contributo è destinato agli Scritti per il Prof. Alberto Romano.

¹ In generale, F. ASTONE, *Il diritto europeo dei contratti pubblici e la sua trasposizione nell'ordinamento interno*, Roma, Aracne, 2010.

amministrative di uno Stato membro e le imprese di altri Stati dell'Unione Europea. Ciò implica che, per le imprese, la compiuta conoscenza delle regole vigenti in materia e delle modalità e tempi in cui può essere utilmente attivata la tutela giurisdizionale ed amministrativa costituiscono elemento indispensabile per le proprie scelte aziendali. La tempestività e l'efficacia degli strumenti astrattamente predisposti garantisce infatti della effettiva possibilità di accesso ai mercati rilevanti e della par condicio tra gli operatori del settore: condizioni entrambe necessarie per l'esercizio pieno delle libertà fondamentali garantite dal Trattato, che già accoglie sin dalle origini e quali principi base, quelli della concorrenza² e dell'economia di mercato.

Tramite l'utilizzazione dello strumento della direttiva, volto dapprima all'imposizione di obblighi negativi e successivamente utilizzato ai fini del coordinamento procedurale, l'UE, con maggiore frequenza nell'ultimo decennio, è più volte intervenuta per disciplinare il fenomeno contrattuale al fine di regolare il mercato, tutelare adeguatamente la concorrenza tra le imprese che vi operano ed evitare, soprattutto con riferimento a talune fattispecie negoziali, possibili abusi della libertà negoziale degli operatori economici che godono di maggiore forza contrattuale nei confronti del c.d. contraente debole. Le misure introdotte³ muovono peraltro dalla acquisita consapevolezza che, essendo il contratto lo strumento principale attraverso il cui utilizzo si perfezionano gli scambi nei mercati concorrenziali, attraverso la regolazione dei contratti, operata in genere mediante norme restrittive della libertà negoziale, si incide sulla regolazione del mercato.

Per questa via, l'esistenza di una pluralità di direttive comunitarie, con contenuto in vero eterogeneo, ma accomunate dall'esigenza di garantire l'ordine giuridico del mercato⁴, per il tramite appunto della compiuta disciplina del fenomeno contrattuale, ha condotto alla progressiva creazione di un vero e proprio diritto europeo dei contratti, che oggi disciplina compiutamente un settore, quale quello dei contratti pubblici, divenuto ormai forse il più importante in Europa, ed in cui gli interessi contrapposti si misurano (e scontrano) senza soluzione di continuità, sia sul piano sostanziale, che su quello della tutela giurisdizionale.

Il nostro legislatore, a sua volta, nel recepire nel nostro ordinamento le prescrizioni comunitarie, è stato "costretto", per la doverosa salvaguardia e tutela delle esigenze e degli interessi di rilevanza europea, a procedere alla "codificazione" di nuove categorie contrattuali ed alla disciplina di istituti di esclusiva derivazione comunitaria che hanno determinato la rottura dei caratteri essenzialmente unitari del sistema contrattuale di diritto interno; tutto ciò in superamento dello schema - tradizionale ed appunto unitario - del contratto di diritto comune; e con la configurazione di una pluralità di categorie contrattuali attuative di principi e norme di diritto comunitario e dirette alla effettiva protezione della parte debole del rapporto e, più in generale, ad un più corretto ed equilibrato assetto concorrenziale.

2. Il sindacato del giudice comunitario e la protezione dell'interesse comune europeo: profili di tutela e meccanismi di raccordo con le giurisdizioni nazionali.

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 anzitutto 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 giurisdizionali (quello europeo e

² In tema cfr. A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Milano, UTET Giuridica, 2007, in specie Cap. I, 1 ss..

³ Cfr. V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. Giur.*, 2009, 267 ss.

⁴ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, 2004.

quelli nazionali), pur distinti, sono infatti entrambi garanti del rispetto del diritto comunitario, in uno stretto legame tra sistemi di tutela giudiziaria⁵ al cui vertice sta la Corte di giustizia, 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*"⁶.

L'ordinamento europeo, peraltro, 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 giuridico⁷: 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"⁸. 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 diritti⁹ ed in una cornice interordinamentale che, a tutt'oggi, è connotata dalla (relativa) autonomia tra ordinamento comunitario ed ordinamenti degli Stati membri¹⁰.

Per parte sua, la Corte comunitaria ha percepito il proprio ruolo come posto a garanzia della consolidazione di un ordine legale che assicurasse la realizzazione degli obiettivi enunciati nel Trattato istitutivo, che costituisce il primo essenziale momento di definizione di un punto di equilibrio tra gli interessi nazionali e quello che solo più tardi - rispetto al ruolo effettivo assunto dalle Istituzioni della Comunità ed alle decisioni da essa adottate - sarà individuato come interesse comune europeo.

Obiettivi e risultati da raggiungere, individuazione delle strutture decisionali e organizzative necessarie alla messa in opera dei programmi comunitari sono tratti caratteristici dell'ordinamento europeo che, da un lato, legittimano il potere politico ed amministrativo delle Istituzioni; dall'altro, giustificano l'esistenza stessa di una organizzazione sopranazionale come quella comunitaria, che persegue politiche pubbliche di interesse comune e ne consegue i relativi risultati, tra i quali principalmente quelli di coesione e integrazione. Ma ciò che più contraddistingue l'Unione europea come arena di politiche pubbliche è la sua capacità di far interagire una molteplicità di livelli di governo

⁵ Ben evidenziato da G. FALCON, *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela avverso gli atti lesivi di situazioni soggettive europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 5, 1153 ss.

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ Così C. PANZERA, *Il bello dell'essere diversi. Corte costituzionale e Corte europea ad una svolta*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, Giuffrè, 2009, 2.

⁹ 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.

¹⁰ 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.

(sopranazionale, nazionale e sub-statale) oltre a gruppi di interesse e *lobbies*, comitati e commissioni, specialisti e burocrati, che partecipano al modello decisionale comunitario in una sorta di negoziato permanente. Un confronto dialettico, in un sistema connotato da un irriducibile pluralismo degli interessi - da cui infine discende la tipizzazione dell'interesse pubblico (rilevante a livello comunitario) -; e la cui legittimazione non è basata sull'identità, bensì sugli interessi, i quali devono essere tutti insieme presi in considerazione nella definizione delle idee di *policy*¹¹.

In questo scenario, le modalità di composizione degli interessi si caratterizzano per la utilizzazione di figure di composizione che coinvolgono vari soggetti pubblici e privati sia a livello comunitario che nazionale¹²; e. in tema di interessi rilevanti a livello comunitario, l'interesse comune europeo non è mai integralmente "pubblico" come quello nazionale, costituendo piuttosto il frutto della sommatoria degli interessi nazionali, di quelli proposti dai gruppi organizzati¹³, dalle *lobbies*, dagli interessi diffusi ed, infine, dagli interessi e dalla posizioni espresse nel negoziato comunitario dalle autorità sub-statali. In questo coacervo apparentemente inestricabile, è la Commissione che tende ad imporre l'interesse comune europeo, sfruttando sapientemente i c.d. dislivelli di regolazione; ma spetta in ultimo alla Corte di giustizia il compito di garantire il corretto, legittimo ed "equilibrato" perseguimento dell'interesse comune europeo nelle fattispecie che, di volta in volta, vengono sottoposte al suo giudizio. Vale infatti indiscutibilmente anche a livello comunitario, nell'ambito del rapporto tra esercizio del potere (da parte delle Istituzioni) e tutela giurisdizionale, che il sindacato esercitato dalla Corte di giustizia (e dal Tribunale di primo grado) costituisca la prima (e più incisiva) forma di controllo sul corretto esercizio del potere e sull'attività discrezionale della pubblica amministrazione comunitaria¹⁴.

Nello svolgimento di tale funzione la Corte di giustizia non si è ritenuta vincolata in negativo dalla scarsità di basi normative testuali, mostrando piuttosto di considerare il Trattato come una cornice, con alcuni essenziali punti di riferimento individuabili nelle norme di cui agli articoli 2 (ossia promuovere uno sviluppo equilibrato delle attività economiche, una crescita sostenibile, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale), 3 (ovvero la indicazione degli strumenti per realizzare gli scopi indicati nell'art. 2), 4 (ove è delineato l'assetto istituzionale creato per la realizzazione dei compiti) 5 (ovvero l'obbligo degli Stati di garantire l'effettività del diritto comunitario e delle iniziative degli organi della Comunità) e 164 (e cioè il rispetto del diritto nella interpretazione e applicazione del Trattato), assurgendo – piuttosto - a protagonista della edificazione (e della difesa) di un sistema legale in grado di consentire la piena realizzazione del diritto comunitario e mostrando di saper interpretare i caratteri peculiari e caratterizzanti dell' "*ordinamento di nuovo genere*"¹⁵ (quello comunitario, appunto, che pur avendo una fonte autonoma di derivazione internazionale, esprime valori e

¹¹ F. ASTONE, *Definizione e qualificazione degli interessi pubblici nella gestione delle politiche e dei programmi comunitari*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, Vol. I, 423 ss, Editoriale Scientifica, 2010.

¹² Vedi in proposito, se vuoi, F. ASTONE, *Il processo normativo dell'Unione Europea e le procedure nazionali per l'esecuzione degli obblighi comunitari*, Giappichelli, Torino, 2008, in specie 64/65; o anche, F. ASTONE, *Definizione e qualificazione degli interessi nella gestione delle politiche e dei programmi comunitari*, Relazione al Convegno *L'interesse pubblico nell'esercizio della funzione di indirizzo politico*, Cassino, 26/27 marzo 2009, in corso di pubblicazione su *Atti del Convegno e Scritti in onore del Prof. Giuseppe Palma*.

¹³ Sul peso dei gruppi di pressione nel *policy-making* comunitario, cfr. C. RUZZA, *I gruppi d'interesse dell'Unione europea*, in S. FABRINI (a cura di), *L'Unione europea. Le istituzioni e gli attori di un sistema sopranazionale*, Bari, Laterza, 2002.

¹⁴ Vedi in proposito le interessanti considerazioni di A. POLICE, *Il sindacato sull'eccesso di potere nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. amm.*, 1995, 608.

¹⁵ Chiariti già in *Costa c/ E.N.E.L.*, sentenza 15 luglio 1964, in causa 6/64, pubblicata in *Raccolta*, 1964, 1141 e – con annotazioni di P. GORI, *La preminenza del diritto della Comunità Europea sul diritto interno degli Stati membri* – in *Giur. it.*, 1964, I, 1073.

produce norme giuridiche efficaci non esclusivamente nei confronti dei Paesi aderenti, ma anche nei confronti dei loro soggetti di diritto; e che, proprio per questo, non può, per sua natura, trovare un limite in qualsivoglia norma di diritto nazionale, senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che sia posto in discussione il fondamento giuridico stesso della Comunità).

Nel Trattato, non costituzione in senso proprio, ma piuttosto accordo internazionale ad efficacia plurisoggettiva, le norme ed i principi si pongono, peraltro, in una relazione molto più rigida rispetto al diritto derivato di quanto accade negli ordinamenti nazionali, come ad esempio per le relazioni tra la nostra Costituzione e le fonti primarie e secondarie del diritto. Il principio della subordinazione del diritto comunitario derivato a quello originario corrisponde, del resto, ad una diversa concezione del potere politico comunitario, rispetto a quello nazionale: i giudici comunitari hanno ribadito - espressamente ed in più di una occasione - che il potere politico, sia in sede comunitaria che in sede nazionale (per lo meno nei settori in cui la politica nazionale deve attuare il diritto comunitario), non è libero nei fini, non è insindacabile, ma è piuttosto un potere il cui esercizio è funzionale al raggiungimento degli obiettivi della integrazione, ma anche ampiamente discrezionale¹⁶; e come tale appunto non determina liberamente i propri fini (che sono già fissati nel Trattato), ma piuttosto i mezzi ritenuti più idonei per realizzare dette finalità¹⁷. In questo contesto, il sindacato sulla discrezionalità operato dal giudice comunitario costituisce ad un tempo lo strumento per la fissazione dei limiti nell'esercizio del potere amministrativo comunitario e la prova della *deference* che il giudice comunitario manifesta tradizionalmente nei confronti delle decisioni della Commissione. Questo approccio - caratterizzato da una cautela a dir poco eccessiva e comunque assai distante dalle draconiane misure che non appena possibile la Corte adotta nei confronti dell'attività amministrativa interna, nella misura in cui essa venga sottoposta indirettamente alla sua valutazione - ha trovato recentemente espressione nel settore che qui più interessa, quello delle procedure di affidamento di appalti pubblici da parte di istituzioni comunitarie. Significative in tal senso paiono due recenti pronunce del Tribunale di primo grado¹⁸. Nella prima (Trib. I° grado, sez. VI, 20 maggio 2009, in causa T-89/07) è statuito che *“il Parlamento, al pari delle altre istituzioni, dispone di un ampio potere discrezionale in merito agli elementi da prendere in considerazione per adottare una decisione di aggiudicazione di un appalto a seguito di una gara. Il controllo del giudice comunitario deve, di conseguenza, limitarsi a verificare il rispetto delle regole di procedura e di motivazione, nonché l'esattezza materiale dei fatti, l'assenza di un manifesto errore di valutazione e di uno sviamento di potere”*. E' l'atteggiamento prudente del Giudice comunitario in materia è ulteriormente manifestato da altra sentenza assai recente, in tema di revoca di una procedura di appalto con contestuale affidamento *in house* ad un servizio delle istituzioni comunitarie, il giudice comunitario di primo grado avverte che *“...per quanto riguarda la decisione di avvalersi dei servizi dell'OIB, segnatamente dei pretesi vantaggi comportati dalla siffatta decisione, si deve osservare che, pur se il Consiglio è certo tenuto a rispondere all'autorità politica dei revisori interni della correttezza della sua scelta, esso non ha l'obbligo di dimostrare ai partecipanti ad una gara d'appalto i vantaggi che presenta la decisione di svolgere i servizi in causa con mezzi propri. Siffatta scelta, infatti, è di natura politica e rientra pertanto nel potere discrezionale del Consiglio. Ne deriva che, nell'ambito del presente ricorso, non spetta al Tribunale esaminare la giustificazione economica e*

¹⁶ Ma talvolta è un potere vincolato.

¹⁷ Proprio il riconoscimento della esistenza di un potere discrezionale costituisce, insieme al riscontro della presenza di un simile principio anche a livello di diritto internazionale, il presupposto per la fondamentale affermazione della Corte secondo cui anche il potere legislativo risponde civilmente (e secondo criteri oggettivi) dei danni procurati ai cittadini comunitari della mancata attuazione del diritto comunitario.

¹⁸ Recentemente rammentate da G. GRECO, *Il potere amministrativo nella (più recente) giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5/2009, 832/833.

istituzionale della decisione di avvalersi dei servizi dell'OIB" (Trib. I° grado, sez. II, 28 gennaio 2009, in causa T-125/06).

Va peraltro aggiunto che il rapporto imperativo di sovraordinazione tra diritto comunitario originario e diritto derivato (o con i diritti degli ordinamenti giuridici nazionali) non riguarda solo le norme espresse dal Trattato, ma anche i principi non scritti: sia quelli che la giurisprudenza comunitaria estrae dalle norme primarie, sia quelli che essa desume dalle tradizioni costituzionali comuni (ad esempio, tutti i principi di tutela della partecipazione e del contraddittorio nei procedimenti amministrativi nazionali).

Nel contesto sommariamente descritto, la Corte si è mossa sin dalle origini perseguendo due fondamentali (e strategici) obiettivi del processo di integrazione: l'uno mira all'affermazione della supremazia del diritto comunitario - ed è questo, certamente, l'elemento centrale nel processo di costituzionalizzazione¹⁹ (in grado di definire, nei termini pretesi dal primo, il rapporto tra diritto comunitario e diritto nazionale) -; l'altro, allo sviluppo ulteriore della efficacia diretta delle norme comunitarie (efficacia che di per sè è fatto

¹⁹ E' stato rilevato come l'esperienza dell'integrazione europea abbia saputo interpretare innovativamente i principi del costituzionalismo moderno che " ... si sono sviluppati a lungo in ambienti e in ordinamenti giuridici a carattere prevalentemente nazionale in un contesto in cui i principi fondanti dei rapporti internazionali si radicavano piuttosto nelle premesse della indipendenza di ciascuno Stato verso gli altri (la sovranità-originarietà), del carattere contrattuale delle relazioni fra essi (pacta sunt servanda), ..." (V.ONIDA, *La Costituzione ieri e oggi: la "internazionalizzazione" del diritto costituzionale*, Relazione al Convegno della Accademia dei Lincei, Roma, 9-10 gennaio 2008, in *Astrid on line*, 2008, 3). Ora, tuttavia, il processo di costituzionalizzazione ha conosciuto, con il Trattato di Lisbona, significativi arretramenti, con segnali di sostanziale discontinuità motivati dalla esigenza di procedere ad una sorta di de-costituzionalizzazione della riforma. Ed infatti il Trattato di Lisbona - a differenza del Trattato costituzionale - non prevede l'abrogazione dei Trattati vigenti e la loro sostituzione con un unico testo, ma si configura - in linea con le modifiche fin qui realizzate dei Trattati di Roma - come un trattato di modifica dei trattati vigenti: il Trattato sull'Unione europea (TUE) e il Trattato che istituisce una Comunità europea (TCE), quest'ultimo rinominato Trattato sul funzionamento dell'Unione (TFUE). Il Trattato di Lisbona è dunque articolato in due parti, più le disposizioni finali: la prima parte modifica il TUE, la seconda il TFUE (ex TCE). Nella nuova riorganizzazione operata dal Trattato di Lisbona, nel TUE sono confluite le disposizioni di natura "costitutiva" ed "organizzativa", mentre nel TFUE sono confluite sia disposizioni di applicazione delle disposizioni del TUE, sia disposizioni per le singole politiche dell'Unione. Scompare quindi la distinzione in quattro parti del Trattato costituzionale (recanti rispettivamente: parte I, norme propriamente costituzionali; parte II, Carta dei diritti fondamentali dell'UE; parte III, politiche dell'Unione; parte IV, disposizioni generali e finali). Sono stati, poi, eliminati i riferimenti espliciti ai simboli dell'Unione (bandiera, inno, motto, moneta, istituzione della giornata dell'Europa) ed ogni riferimento terminologico che poteva ricondurre alla natura "costituzionale" del testo: il ministro degli affari esteri dell'Unione è stato ridenominato Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza; i termini "legge" e "legge quadro" sono stati abbandonati e sono mantenuti, come detto, i termini attuali "regolamento", "direttiva" e "decisione". Infine, sono stati eliminati alcuni elementi di novità che avvicinavano il nuovo trattato ad una vera e propria carta costituzionale. Da un lato, il primato del diritto dell'Unione europea - sancito nel nell'art. I-7 del Trattato costituzionale - non è esplicitamente affermato nel testo del Trattato, ma in una dichiarazione. In particolare, nella Dichiarazione n. 17, relativa appunto al primato, si legge che «La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza». Dall'altro lato, la Carta dei diritti fondamentali, la quale era integralmente riprodotta nella II parte del Trattato costituzionale, non è più compresa nel Trattato: il nuovo art. 6, par. 1, TUE, introdotto con il Trattato di Lisbona, si limita ad affermare che «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti» nella Carta. Si precisa, tuttavia, che questa assume carattere giuridicamente vincolante, anche se il testo della Carta non è riprodotto in un protocollo né in una dichiarazione allegata all'atto finale. Il Trattato contiene, però, una base giuridica (art. 6, par. 2, TUE) per l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). L'articolo 218 del TFUE, relativo alla procedura unitaria per la conclusione di accordi internazionali prevede che l'accordo sull'adesione dell'Unione alla CEDU sia concluso dal Consiglio all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo e con ratifica da parte degli Stati membri, conformemente alle rispettive norme costituzionali (su questi e su ulteriori problemi posti dal Trattato di Lisbona, una volta che sarà entrato in vigore, v. A. CELOTTO, *La primauté nel Trattato di Lisbona*, in *Giustamm.it*, 2009; ma anche L. DANIELE, *Le istituzioni politiche dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: verso un nuovo equilibrio?*, in *Studi Int. Eur.*, 2009, 1, 43).

rilevante dal punto di vista costituzionale). Attraverso l'interazione tra le azioni comunitarie dirette al perseguimento di tali scopi, si affinano i metodi per assicurare la osservanza del diritto comunitario; ma si assicura anche che il diritto comunitario agisca come fonte di protezione dei singoli a livello nazionale. Per questa via, il modello di supremazia e di efficacia diretta, garantito dalla procedura di pregiudizialità²⁰ prevista dal Trattato, ha introdotto nell'ordinamento giuridico comunitario elementi significativi normalmente propri di un sistema giuridico federale, in cui tuttavia la saldezza del tessuto ordinamentale "integrato", in assenza di un sistema di gerarchia delle fonti che ponesse appunto il diritto comunitario al vertice, è stato posto (e tutt'ora è) continuamente a rischio a causa delle pressanti esigenze di continuo bilanciamento di competenze e di poteri tra le attribuzioni affidate all'ordinamento comunitario e l'incombente potere degli Stati membri.

²⁰ Quanto al rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'articolo 234 del Trattato CE, la Corte di giustizia è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale sull'interpretazione del trattato, sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni della Comunità e della Banca Centrale Europea, sull'interpretazione degli statuti degli organismi creati con atto del Consiglio, quando sia previsto dagli statuti stessi. Ove la questione di interpretazione sia sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla questione. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte di giustizia. Tale peculiare funzione tende ad assicurare l'uniforme interpretazione del diritto comunitario per una sua corretta ed univoca applicazione: nell'ipotesi in cui sorga un dubbio, si rende necessaria una pronuncia della Corte di giustizia. In altri termini, scopo dell'articolo 234 è quello consentire che le norme comunitarie siano interpretate in modo uniforme e corretto dai giudici nazionali e che sia valutata allo stesso modo la legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie. In tal modo, attraverso la procedura pregiudiziale, si realizza quell'adeguato livello di cooperazione tra giudice nazionale e giudice comunitario, in grado di assicurare l'uniformità dell'interpretazione giudiziale in via preventiva (quasi una sorte di decentramento controllato nella applicazione del diritto comunitario); e non, come diversamente accade nel nostro sistema, attraverso il (successivo) meccanismo impugnatorio delle decisioni nazionali (pure limitato, alle sole ragioni di diritto per quel che concerne la nostra Corte di Cassazione, che ha il precipuo compito di assicurare l'uniformità nell'interpretazione del diritto su tutto il territorio nazionale). Il rinvio pregiudiziale può riguardare: - la corretta interpretazione delle disposizioni del trattato (art. 234); - la validità e l'interpretazione di un atto comunitario derivato. In tale ipotesi, la Corte deve verificare che l'atto rispetti tutte le regole giuridiche applicabili nel quadro dell'ordinamento giuridico comunitario (art. 235 Trattato). I giudici nazionali possono deferire questioni alla Corte in qualsiasi procedimento, anche qualora esso abbia natura cautelare oppure sia preordinato alla emanazione di un decreto ingiuntivo. La procedura di rinvio dà luogo ad una sorta di "dialogo" tra giudici, ed assolve essenzialmente alla funzione di consentire una pronuncia "informata" del giudice nazionale: è operabile d'ufficio ed ha effetto sospensivo sul giudizio in cui si è formato il rinvio. Il giudice nazionale che abbia sollevato una questione di interpretazione o di legittimità è vincolato dalla pronuncia della Corte: la sentenza della Corte sul rinvio pregiudiziale non è un semplice parere, ma un provvedimento giurisdizionale dotato di efficacia obbligatoria nell'ambito del giudizio principale; essa, inoltre, tende ad assumere valore anche al di là del processo e della controversia che ha originato l'investitura del giudice comunitario. Più specificamente, la pronuncia interpretativa vincola il giudice nazionale (a partire dal momento della entrata in vigore delle norme interpretate) che dovrà eventualmente disapplicare la normativa nazionale in contrasto con la norma comunitaria; ha un valore vincolante anche per gli altri giudici che dovessero esaminare il caso concreto relativamente ad una ulteriore fase del processo (ma ciò non esclude la eventuale riproposizione della questione pregiudiziale). Quanto poi alla pronuncia sulla validità dell'atto, lo stesso - se pur ritenuto invalido - non viene espunto dall'ordinamento, dato che l'annullamento può essere effettuato dalla sola autorità emanante. Questo implica, comunque, che sia vincolante per il giudice del rinvio, costituendo "per qualsiasi altro giudice un motivo sufficiente per considerare tale atto non valido ai fini di una decisione che esso debba emettere" (Corte Giust. Ce, sentenza 66/80, *International Chemical Corporation*). La Corte ha spesso affermato che il proprio compito consiste non nell'esprimere pareri a carattere consultivo su questioni generali ed ipotetiche, ma nel contribuire all'amministrazione della giustizia nei Paesi membri. Certamente, grazie alla procedura di rinvio pregiudiziale è possibile l'accertamento dell'eventuale contrasto di una norma nazionale con una disposizione di fonte comunitaria, accertamento al quale il giudice nazionale, secondo i meccanismi propri del diritto interno (ma assicurando comunque la prevalenza del diritto comunitario) deve far seguire l'applicazione, nei confronti del cittadino, del diritto europeo invocato contro il rinvio pregiudiziale.

Ai sensi dell'art. 164 (ora 220), *“la Corte di giustizia assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato”*, compito fondamentale in un sistema “debole”, in cui il potere normativo era destinato ad essere esercitato da istituzioni non direttamente suffragate (ed adeguatamente controllate) dalla base sociale europea. Dalla consapevolezza della fragilità del sistema giuridico comunitario, è derivata la scelta di dotare quel sistema di un meccanismo giudiziario forte, caratterizzato anche da un potere positivo, quello appunto di assicurare un'attuazione ed una applicazione del diritto comunitario adeguata. Duplice, quindi, è la funzione attribuita alla Corte dall'attuale art. 220 del Trattato: una funzione negativa di contenimento, di sottoposizione a controllo delle istituzioni comunitarie; ed una, positiva, di garanzia della attuazione e corretta applicazione del diritto comunitario.

A lungo, tuttavia, l'affermazione della autonomia procedurale degli Stati membri ed il “principio” di indifferenza rispetto ai diversi sistemi di tutela giurisdizionale presenti nell'area europea ha indotto l'U.E. a limitare i propri interventi di “garanzia” agli aspetti di diritto sostanziale delle materie assegnate alla propria competenza: ma ciò non poteva durare a lungo dato che, nel sistema giuridico comunitario, il problema della effettività delle norme e dei rimedi posti a tutela dei diritti occupa una posizione centrale e strategica, ed implica una aspettativa di tutela che la Corte europea (che è giudice dell'osservanza dei Trattati, ma anche, a misura della sfera di giurisdizione che esercita, giudice “costituzionale” e giudice “amministrativo”) assicura tramite il controllo giurisdizionale sulla legittimità degli atti comunitari e il controllo giurisdizionale sulla coerenza, sulla compatibilità degli atti e delle norme nazionali rispetto al diritto comunitario. In questo contesto, l'iniziale indifferenza del diritto comunitario rispetto alla organizzazione dei sistemi processuali nazionali è stata progressivamente sostituita da un diverso approccio, assai più invasivo che, procedendo dall'armonizzazione per settori (come quello degli appalti, ove oggi spicca il grado di dettaglio delle nuove misure legislative volte al miglioramento delle procedure di ricorso negli Stati membri, portate dalla direttiva ricorsi), ha poi finito per condizionare in senso assai più generale i sistemi di tutela giurisdizionale domestici. D'altro canto, se il meccanismo di controllo che è stato prefigurato nel Trattato istitutivo è stato affidato in parte al giudice comunitario e in maniera assai rilevante ai giudici nazionali, rilevano per le esigenze di quell'ordinamento sia gli strumenti di tutela che garantiscono la legittimità degli atti e dei comportamenti delle istituzioni comunitarie (la garanzia della legalità comunitaria in senso stretto), sia la verifica di compatibilità tra i sistemi giuridici nazionali ed il diritto comunitario, attraverso un monitoraggio costante sul rispetto di principi e norme contenute nei Trattati e negli atti di diritto comunitario derivato, che impegna sia la Corte di giustizia che i giudici nazionali, con la prima che svolge funzioni equiparabili a quelle di un giudice comune del diritto comunitario²¹. Le decisioni della Corte di giustizia delimitano, infatti, la portata e gli effetti giuridici delle norme comunitarie, che godono di una ormai incontestata prevalenza sulle disposizioni normative interne incompatibili; e quelle decisioni (e quei principi) sono assai spesso diretti a regolare l'esercizio dell'attività giurisdizionale dei giudici nazionali (è a tal fine, per la rimozione degli ostacoli processuali o sostanziali che impediscono o rendono eccessivamente difficoltoso l'esercizio di diritti protetti da norme comunitarie, che si invoca il principio di effettività, con conseguente tendenza alla rivisitazione degli istituti processuali

²¹La prassi e la giurisprudenza della Corte hanno provveduto a rafforzare la posizione del singolo nel sistema di controllo giurisdizionale (inizialmente poco garantita), consentendogli di utilizzare al meglio tutti i meccanismi che comunque fossero preordinati alla tutela dei suoi diritti. Si è fatto in modo, inoltre, che questa tutela non fosse mai illusoria, ma piena ed effettiva, anche attraverso una più rigorosa puntualizzazione delle conseguenze da collegare alle infrazioni degli Stati a danno dei singoli. E' in questo senso che propriamente si può parlare di Comunità di diritto: nel senso cioè che in essa nessuno sfugge al controllo di legittimità, né le istituzioni comunitarie, né gli individui, né gli Stati membri.

nazionali)²². Ma al corretto funzionamento di questo sistema giova – *rectius*, è necessaria – l’adesione (convinta) delle giurisdizioni superiori. In tal senso, nitida è la posizione assunta dalla nostra Suprema Corte laddove statuisce che il giudice nazionale debba verificare d’ufficio la compatibilità del diritto interno con le disposizioni comunitarie vincolanti; e che tale verifica, ove si eccettui l’eventuale avvenuta definizione del rapporto controverso, non è per nulla condizionata alla deduzione di uno specifico motivo poiché “*i principi di effettività e non discriminazione comportano l’obbligo per le autorità nazionali di applicare, anche d’ufficio, le norme di diritto comunitario, se necessario attraverso la disapplicazione del diritto nazionale che sia in contrasto con tali norme, senza che possano ostarvi preclusioni operanti in casi analoghi*”²³.

In ogni caso il controllo, sia quello sugli atti comunitari che quello sulle norme interne, può percorrere due strade diverse. La prima è quella diretta, con il ricorso d’annullamento degli atti comunitari, da un lato, e le procedure d’infrazione nei confronti degli Stati membri. Nel primo caso, siamo in presenza di un sindacato di legittimità, assai vicino a quello esercitato dai giudici nazionali, e dispiegato sulla base delle quattro tipologie di vizi previsti dall’art. 230 del Trattato (incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione del Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione, sviamento di potere). Nel secondo caso, previsto dagli artt. 226 e 227 del Trattato, il sindacato operato dai giudici comunitari interessa gli atti nazionali (di natura legislativa o anche soltanto amministrativa) che si appalesino come contrastanti con gli obblighi posti a carico degli Stati dal Trattato stesso²⁴: una sfera di competenza ed una attribuzione di giurisdizione assolutamente originale e propria dell’ordinamento europeo, in cui la Commissione svolge un decisivo ruolo di garanzia (sul piano normativo ed amministrativo) del rispetto degli obblighi comunitari.

La seconda, invece, -quella indiretta- richiede la cooperazione tra Corte di giustizia e giudici nazionali attraverso il ricorso al rinvio pregiudiziale sulla validità degli atti comunitari e sull’interpretazione del diritto comunitario, che si risolve in un controllo giurisdizionale sulla legittimità di leggi ed atti amministrativi nazionali, al pari della procedura d’infrazione ed anzi con effetti per molti versi più incisivi e di maggiore immediatezza. La Corte di giustizia ha “puntato” infatti in modo particolare sulla collaborazione dei giudici nazionali, che sono stati pienamente coinvolti nell’azione di garanzia del diritto comunitario, in una sorta di cooperazione circolare destinata ad operare utilmente ad entrambi i livelli ed in entrambe le direzioni. Infatti, posto invero che il sistema comunitario non dispone direttamente degli strumenti necessari a garantire che la tutela dei privati sia, come vuole la Corte, piena ed effettiva, è necessario per essa affidarsi prevalentemente all’azione dei giudici nazionali per conseguire quel risultato²⁵.

²² *E multis*, Corte giust. CE, 23 gennaio 2003, in causa C-57/01, *Dioikitiko Efeterio Athinon*, in *Foro amm. CdS*, 2003, 9.

²³ Cass. 14 luglio 2004, n. 13054, in *Foro it.*, 2004, 2699; in termini Cass. 14 maggio 2004, n. 9242, in *Foro it.*, 695.

²⁴ Vedi in proposito G. FALCON, *La giurisdizione amministrativa nel contesto delle funzioni giurisdizionali della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, Volume IV, *Diritto processuale amministrativo*, Padova, Cedam, 2007, 151.

²⁵ Punto controverso è quello della esatta individuazione della base giuridica formale che legittimi pienamente una giurisprudenza che spinge il primato del diritto comunitario fino al punto di interferire sul modo di essere dei mezzi di tutela apprestati dagli Stati membri nei rispettivi ordinamenti. Al riguardo, si è fatto riferimento, anche da parte della Corte di giustizia, a motivazioni molteplici, non necessariamente alternative. Si è così evocato naturalmente, e anzitutto, il principio del primato del diritto comunitario, che ne impone un’applicazione uniforme ed effettiva. Del pari, si è fatto riferimento, per connessione, al già menzionato obbligo di cooperazione sancito dall’art. 5 del Trattato C. E.. Si è inoltre rammentato che il principio della tutela giurisdizionale dei privati è considerato dalla Corte un principio fondamentale del diritto comunitario, principio che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla Convenzione di Roma per la salvaguardia dei diritti dell’uomo (artt. 6 e 13), entrambe assunte a riferimento per la rilevazione di

La Corte ha cercato di costruire uno schema di tutela giurisdizionale che abbia i caratteri della organicità e, per quanto possibile, della globalità. Di tale schema essa fissa i principi base: i giudici nazionali dovrebbero, sotto il controllo e l'indirizzo della stessa Corte, renderlo effettivo ed operante. La cooperazione funzionale e - in misura crescente - l'integrazione tra i due livelli di protezione giudiziaria viene così esaltata e, via via, sempre più efficacemente organizzata in funzione dell'indicato obiettivo della tutela dei privati e, più in generale, del rafforzamento complessivo del sistema. In estrema sintesi, la Corte di giustizia ha rivendicato il controllo sul fatto che i sistemi processuali nazionali garantiscano un livello minimo di protezione; ed ancora sul fatto che le condizioni procedurali e sostanziali previste per quest'ultima siano conformi a parametri di adeguatezza ed effettività che la stessa Corte desume dalle norme del Trattato o dai principi affermati con la sua giurisprudenza, finendo con il delineare - a grandi linee - uno *standard europeo di tutela giudiziaria*, che prende col tempo sempre più consistenza e rispetto al quale gli ordinamenti nazionali si vedono costretti a cedere progressivamente il passo.

Nella giurisprudenza dei giudici comunitari, peraltro, non sempre è facile distinguere il momento sostanziale da quello processuale: già in *Van Gend e Loos*,²⁶ la Corte giustificò l'attribuzione dell'effetto diretto all'art. 2 del Trattato con il rilievo che altrimenti i diritti individuali - in un ordinamento che riconosce come soggetti giuridici non solo gli Stati membri ma anche i loro cittadini e ove si dovesse fare affidamento sulle sole procedure d'infrazione attivate discrezionalmente dalla Commissione contro gli Stati membri - rimarrebbero privi di tutela giurisdizionale diretta. Più specificamente, sul versante processuale, la giurisprudenza della Corte rivela una sempre più decisa affermazione dell'esigenza di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti vantati dal singolo in forza di norme comunitarie, dunque con riferimento soprattutto alla tutela dinanzi ai giudici nazionali; e ciò anche attraverso una progressiva comunitarizzazione dei criteri e del livello di effettività, a sostanziale limitazione dell'autonomia dei sistemi processuali nazionali. Tale evoluzione dell'ordinamento comunitario, già da tempo in corso, appare peraltro indispensabile perché la tutela giurisdizionale nei confronti dei pubblici poteri si affranchi definitivamente da una dimensione esclusivamente nazionale, attraverso una presa d'atto dei pesanti (ed ormai

corrispondenti principi del diritto comunitario, secondo consolidati indirizzi della giurisprudenza comunitaria ed ora anche sulla base dell'art. F del Trattato di Maastricht. Ma soprattutto si è fatto riferimento, in termini più generali e sostanziali, al principio dell'effetto utile del diritto comunitario, principio che si traduce nella giurisprudenza della Corte di giustizia, nel senso che quel diritto deve poter esplicare pienamente i suoi effetti e che quindi vanno affermati e valorizzati tutti i principi che di quell'obiettivo costituiscono il necessario corollario. E' questo in definitiva l'aspetto che maggiormente interessa la Corte e che dà ragione della sua giurisprudenza: le altre motivazioni in effetti hanno piuttosto carattere formale, nel senso che servono a fornire una base giuridica all'obiettivo reale e alla preoccupazione di fondo della Corte, che resta la necessità di assicurare l'effetto utile del diritto comunitario. E ciò è tanto vero che il principio in questione è evocato nei due sensi: sia cioè quando incombe agli Stati membri adottare le misure necessarie per imporre ai propri cittadini il rispetto del diritto comunitario, sia quando sono gli stessi Stati membri a dover prestare osservanza a detto diritto, assicurandone l'applicazione. Per il primo caso, la Corte ricollega appunto al principio enunciato dall'art. 5 l'obbligo degli Stati membri, «qualora una disciplina comunitaria non contenga una specifica norma sanzionatoria di una violazione (di detta disciplina) o che rinvii in merito alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative nazionali», di prendere «tutte le misure atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario». In particolare, «pur conservando la scelta delle sanzioni, essi devono sorvegliare nel fatto che le violazioni del diritto comunitario siano sanzionate, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno simili per natura ed importanza, e che in ogni caso conferiscano alla sanzione stessa un carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva». In tali casi, inoltre, le autorità nazionali devono procedere « con la stessa diligenza usata nell'esecuzione delle rispettive legislazioni nazionali». Dall'altra parte, il principio dell'effetto utile vale anche a favore del cittadino, nel senso che lo Stato membro deve non solo assicurare la piena applicazione del diritto comunitario, ma anche apprestare e rendere concretamente operanti gli appropriati mezzi per tutelare, specie attraverso il ricorso alle vie giudiziarie, le situazioni giuridiche fondate su quel diritto.

²⁶ Corte giust. CE, 5 febbraio 1963, in causa 26/62, *Van Gend e Loos c/ Administratie der Belastingen*, in *Racc.*, 1963, 3.

ineludibili) condizionamenti che derivano dalla necessaria applicazione di regole, principi ed obblighi promananti da fonti non nazionali²⁷ e della esigenza che la finalità di garantire l'effettività del diritto comunitario non può comunque prescindere da un adeguato livello di effettività della tutela dei singoli.

3. Contratti pubblici ed interessi rilevanti nell'ordinamento europeo ed in quello interno.

Il diritto comunitario ha gradatamente assunto, come obiettivi strategici, la regolazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni e, successivamente quello della definizione di efficaci rimedi azionabili in caso di violazioni²⁸. Gli effetti di tali iniziative debbono ora essere rivalutati alla luce della riforma del 2010, avuto riguardo alla introduzione della nuova disciplina processuale sugli appalti pubblici del 2010, portata dal D.Lgs. n. 53 e dal Codice del processo amministrativo.

L'attività contrattuale dell'amministrazione è retta dal principio di legalità che vuole, in particolare, che lo strumento consensuale sia finalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico: ma il percorso volto alla individuazione della effettiva natura degli interessi che devono essere perseguiti dalle amministrazioni, ha conosciuto nel corso degli anni - anche e soprattutto per l'influsso del diritto europeo e per la conseguenziale presenza di diverse fonti di regolazione - una complessa evoluzione di cui in questa sede si riporta, per ragioni di sintesi, soltanto l'approdo finale.

Sul versante comunitario, infatti, rileva essenzialmente l'interesse pubblico alla tutela della concorrenza²⁹ che, nella specie, è strumentale a garantire la libera circolazione delle persone e delle merci. A livello normativo le libertà comunitarie sono tutelate mediante la previsione di procedure di gara che contemplano metodi di scelta del contraente idonei ad assicurare la massima partecipazione degli operatori economici del settore (c.d. concorrenza "per il mercato")³⁰.

Sul versante interno, rileva, innanzitutto, l'interesse pubblico finale contemplato di volta in volta dalla legge, che sta alla base della determinazione dell'amministrazione di realizzare un'opera, fornire un bene o svolgere un servizio. Il perseguimento di tale interesse ha una rilevanza costituzionale, rinvenendo il proprio fondamento nel principio democratico che vuole che sia la legge a determinare gli scopi che l'amministrazione deve perseguire (art. 1 Cost.).

Vengono peraltro in rilievo anche gli interessi pubblici all'imparzialità e al buon andamento che devono guidare l'azione della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost., i quali, oltre ad avere una loro autonomia per espressa previsione costituzionale, sono anche funzionali al migliore soddisfacimento dello stesso interesse pubblico finale. A titolo esemplificativo, la previsione di metodi di gara volti a consentire la «massima partecipazione» degli operatori economici assicura la scelta dell'offerta migliore - in termini di efficacia - e più conveniente - sotto il profilo dell'efficienza - e, dunque, la più incisiva tutela degli interessi pubblici finali sottesi a quello specifico contratto di appalto. A loro volta, questi risultati in termini di buon andamento dell'azione amministrativa si possono

²⁷ E multis D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa tra integrazione e diversità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 2005, 1.

²⁸ C. FRANCHINI, *Interesse pubblico e contratto*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione...cit.*, Editoriale Scientifica, 2010, 477.

²⁹ G. CORAGGIO, *Effettività del giudicato e invalidità del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 777.

³⁰ Corte cost. n. 401 del 2007; per maggiori approfondimenti in argomento sia consentito rinviare a V. LOPILATO, *Appalti e servizi pubblici fra Stato e Regioni*, in P. CAVALERI (a cura di), *Temî di diritto regionale nella giurisprudenza costituzionale dopo le riforme*, Torino, 2008.

raggiungere soltanto se l'azione della p.a. risulti, altresì, improntata al rispetto del principio di imparzialità³¹.

Alla tutela di questi interessi pubblici occorre poi aggiungere la tutela degli interessi per così dire privati che fanno capo agli operatori economici che intendono concorrere, nell'esercizio della propria libera iniziativa economica, in un determinato mercato, per l'ottenimento del bene della vita rappresentato dall'aggiudicazione dell'appalto: è questa quella che viene normalmente definita concorrenza in senso soggettivo³².

È bene, infine, aggiungere che assicurare la concorrenza "per il mercato" implica anche proteggere in via indiretta la posizione dei consumatori: l'esistenza di più imprese nella fase competitiva, garantendo normalmente la scelta della offerta migliore, sia in relazione agli aspetti attinenti alla tipologia di prestazione che al corrispettivo dovuto dall'amministrazione aggiudicatrice, produce, infatti, effetti benefici per i consumatori non soltanto sul piano della fiscalità ma anche in relazione ai costi dei beni o dell'attività che eventualmente, a sua volta, l'amministrazione rivolge all'utenza.

Tutto ciò premesso, occorre a questo punto valutare come l'interesse pubblico, nelle sue diverse accezioni sopra sinteticamente indicate, possa essere tutelato.

Come è noto, nell'impostazione tradizionale³³ - che assume, quale modello di riferimento, il contratto di diritto comune - l'interesse pubblico, connotando l'attività di una sola delle parti del contratto, è un motivo giuridicamente irrilevante, con la conseguenza che la sua eventuale violazione non potrebbe incidere sul regolamento contrattuale.

La contestuale valutazione dell'esigenza, imposta dal principio di legalità, di rispettare l'interesse pubblico e la presa d'atto della refrattarietà del contratto al piano assiologico degli interessi, a partire dai fondamentali studi di Massimo Severo Giannini, ha condotto alla elaborazione della categoria dei contratti ad evidenza pubblica o, per meglio dire, dei procedimenti ad evidenza pubblica³⁴.

In questa prospettiva, la tutela dell'interesse pubblico era affidata *esclusivamente* agli atti e ai provvedimenti che precedono la stipulazione del contratto e che danno vita, appunto, al procedimento amministrativo di evidenza pubblica. Nell'ottica strettamente contrattuale veniva in rilievo invece il solo procedimento negoziale che "doppia" quello amministrativo³⁵.

Corollario di questa impostazione era che le regole (di validità) poste dalle norme di diritto pubblico, che disciplinano il procedimento amministrativo che precede la stipulazione del contratto, costituissero regole rivolte direttamente agli atti e provvedimenti amministrativi e non al contratto; quelle (di condotta) poste dalle norme di diritto privato, che disciplinano il procedimento negoziale che precede anch'esso la stipulazione del contratto, erano rivolte

³¹ E. CANNADA-BARTOLI, *Imparzialità e buon andamento in tema di scrutini di merito comparativo*, in *Foro amm.*, 1964, II, 72, ha posto chiaramente in evidenza come l'imparzialità sia lo strumento del buon andamento, in quanto garanzia che siano adottate scelte ottimali secondo criteri oggettivi.

³² A tal proposito, si veda, G. CORSO, *Tutela della concorrenza*, in G. CORSO - V. LOPILATO, *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, parte speciale, volume primo, Milano, 2006, 4-5; M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1429 ss.; ID., *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, 433 e ss.

³³ Tra gli altri, G. PERICU, *L'attività consensuale della Pubblica amministrazione*, in L. MAZZAROLI-G. PERICU-A. ROMANO -F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 293; G. FARES, *Annullamento dell'aggiudicazione e ripercussioni sul contratto: qualche riflessione alla luce dei più recenti indirizzi interpretativi*, in *Foro amm.-Tar*, 2004, 2682; F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubb.*, 1998, 35.

³⁴ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 363 ss.

³⁵ Cfr. G. ROMEO, *Aggiudicazione e contratto: un tentativo fallito di pubblicizzare il contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1043, secondo cui «la vicenda contrattuale, così come disciplinata dal diritto civile, resta separata dalla vicenda amministrativa, altrettanto puntualmente disciplinata dal diritto positivo».

direttamente al contratto e la loro violazione, sussistendo determinati presupposti, avrebbe potuto determinare responsabilità precontrattuale della p.a.³⁶

È evidente, pertanto, come l'orientamento tradizionale – muovendo dall'analisi del dato normativo e dalla considerazione dei contratti pubblici quali «fattispecie contrattuali come tutte le altre»³⁷ – fosse dell'avviso che l'interesse pubblico rimanesse *esterno* rispetto al contratto, dovendo lo stesso essere tutelato mediante gli ordinari rimedi di diritto amministrativo e cioè attraverso l'annullamento dei provvedimenti illegittimi.

Questa impostazione era guidata dall'esigenza di mantenere sostanzialmente inalterato, in mancanza, si ribadisce, di una disciplina che si occupasse della fase genetica del contratto, il modello tradizionale che – in ragione della sua struttura connotata dalla valenza paritaria dei soggetti e dalla conseguenziale irrilevanza degli interessi appartenenti ad uno solo di essi – non avrebbe consentito di assegnare agli interessi pubblici una valenza *interna* alla fattispecie negoziale.

La ricostruzione proposta è stata mantenuta ferma anche successivamente all'emanazione di una serie di direttive comunitarie, comprese le fondamentali direttive n. 17 e n. 18 del 2004, che hanno regolamentato in maniera innovativa il settore e a cui è stata data attuazione con il D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture)³⁸.

Si è in quella sede preso atto della effettiva natura degli interessi pubblici tutelati e della loro complessità in una prospettiva europea e nazionale; ma, permanendo l'assenza di una regolamentazione del contratto, è rimasta ferma l'impostazione tradizionale legata alla categoria del contratto di diritto comune.

La mancanza di una costruzione autonoma della categoria dei contratti pubblici ha peraltro condizionato anche la questione relativa alla individuazione dei rimedi azionabili, sul piano contrattuale, in presenza di una accertata violazione dell'interesse pubblico. In particolare, le premesse metodologiche di fondo sopra esposte hanno condizionato e reso estremamente complessa l'analisi dei rapporti tra fase provvedimentale e fase negoziale.

Nell'esame di tale tematica ha sempre assunto un ruolo centrale lo studio delle ripercussioni indirette che l'accertata invalidità provvedimentale e la conseguenziale violazione dell'interesse pubblico potessero avere sulle sorti del contratto. In altri termini, in mancanza di una espressa regolamentazione normativa dei rapporti tra provvedimento e contratto, ci si è sempre posti il problema, muovendo dalla struttura e dalla funzione della procedura di evidenza pubblica³⁹, di quale fosse l'incidenza della violazione dell'interesse pubblico, interno e comunitario, sul regolamento contrattuale morfologicamente refrattario al piano assiologico degli interessi.

Come è noto, la prevalente giurisprudenza amministrativa⁴⁰ riteneva che l'annullamento del provvedimento di scelta del contraente determinasse la inefficacia del contratto da caducazione automatica. Non è questa la sede per analizzare nei dettagli i diversi percorsi argomentativi seguiti per giungere a tale conclusione⁴¹, essendo sufficiente mettere in evidenza come il presupposto dogmatico comune fosse rappresentato dalla rilevanza esterna degli interessi pubblici.

³⁶ Tar Calabria, sede di Catanzaro, sez. II, 9 giugno 2009, n. 627, in *Corr.giur.*, 2010, 536 e ss., con nota di A. DI MAJO, *Regole di validità e di comportamento nei contratti con la p.a.*, 540 e ss.

³⁷ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 366.

³⁸ M.A. SANDULLI, *L'oggetto*, in *I principi generali – I contratti pubblici – I soggetti*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano 2008, 5 e ss.

³⁹ Sul punto sia consentito rinviare a V. LOPILATO, *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in *Foro amm.-Tar*, 2006, 1521 e ss.

⁴⁰ Tra le altre, Consiglio Stato sez. V, 9 novembre 2009, n. 6966; Id., sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332.

⁴¹ V. F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in www.giustamm.it, gennaio 2007; G. FARES, *Annullamento dell'aggiudicazione e ripercussioni sul contratto: qualche riflessione alla luce dei più recenti indirizzi interpretativi*, cit.

In questa prospettiva, tale tipologia di inefficacia costituiva il rimedio più coerente con la impostazione che, si ribadisce, riteneva, in linea con la normativa europea e nazionale vigente, che l'interesse pubblico venisse tutelato non (anche) mediante *regole di validità del contratto* ma esclusivamente attraverso norme imperative indirizzate agli atti e provvedimenti posti in essere nel procedimento amministrativo di scelta del contraente.

Pertanto, il contratto, non coinvolto direttamente dal giudizio di validità imposto dalle norme di tutela dell'interesse pubblico, poteva ritenersi valido ma inefficace realizzando quella che si definisce comunemente inefficacia in senso stretto. Tale tipologia di inefficacia presuppone che gli effetti del contratto vengano meno in ragione dell'incidenza sull'assetto contrattuale di un elemento esterno in grado di privare la fonte contrattuale della sua idoneità a realizzare il piano programmato dalle parti.

Logica e coerente conseguenza di tale ricostruzione era rappresentata dalla *automatica privazione di effetti* della fattispecie contrattuale conseguente al giudizio di invalidità del provvedimento amministrativo di aggiudicazione. L'autorità giudiziaria avrebbe dovuto, pertanto, limitarsi – qualunque fosse la natura e la portata del vizio del provvedimento amministrativo – a prendere atto della sopravvenienza rappresentata dalla sentenza di annullamento dell'atto di aggiudicazione e dichiarare inefficace il contratto⁴².

4. Le basi normative dell'intervento comunitario nel settore dei contratti pubblici: i Trattati istitutivi.

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 concorrenza⁴³ 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 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 punto⁴⁴.

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

⁴² In questa prospettiva è anche plasticamente percepibile come il complesso fenomeno in esame incidesse direttamente sugli effetti del rapporto contrattuale secondo schemi che evocano, pur nella diversità del presupposti, gli istituti della condizione risolutiva ovvero della sopravvenienza di una legge successiva non avente efficacia retroattiva. Parte della giurisprudenza amministrativa, invero, per spiegare il rapporto tra provvedimento e contratto, pur in presenza di atti aventi natura eterogenea, ha anche evocato il meccanismo del collegamento negoziale e della regola del *simul stabunt simul cadent* (Consiglio di Stato, sez. VI. 5 maggio 2003, n. 2332).

⁴³ 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.

⁴⁴ Come rileva G. CORSO, *Gli appalti pubblici nel diritto europeo*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, 336.

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 concessione⁴⁵ (della quale tuttavia è ormai da tempo riconosciuta a livello comunitario la natura contrattuale e l'assoggettamento al medesimo regime degli appalti pubblici)⁴⁶.

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 esclusivi⁴⁷. 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.

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

⁴⁵ 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".

⁴⁶ In tema R. CARANTA, *I contratti pubblici*, in F.G.SCOCA-F.A.ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI, *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2004.

⁴⁷ S. MELE, *I contratti della pubblica amministrazione*, Viareggio, 1997, 21.

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*”⁴⁸.

5. Le direttive “appalti” 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 preferenziali⁴⁹, 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...*”⁵⁰; 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 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 Trattato. Alle istituzioni comunitarie, apparve quindi necessaria

⁴⁸ G. CORSO, *Gli appalti pubblici nel diritto europeo*, op. cit., 2007, 336.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ 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.

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 lavori (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 membri⁵¹.

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

La creazione di un *corpus* legislativo completo si è poi concretata 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 1986⁵². 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 1986⁵³; 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)⁵⁴. 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);

⁵¹ 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.

⁵² Pubblicato in G.U.C.E. il 29 giugno 1987.

⁵³ *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.

⁵⁴ 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.

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, energia⁵⁵, trasporti, telecomunicazioni). Tra le direttive di settore un ruolo pilota spettò, come al solito, alla direttiva lavori⁵⁶ 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"⁵⁷ così come le associazioni costituite sia dagli Enti locali che dagli "organismi di diritto pubblico" medesimi⁵⁸.

⁵⁵ Sul punto G. MORBIDELLI, *L'appalto comunitario nel settore dell'energia*, VIII Convegno della *Rass. Giur. Energia Elettrica*, Capri, 15/18 ottobre 1992.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ 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 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

7. 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 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 Commissione⁵⁹ che dai giudici comunitario e nazionale⁶⁰ 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

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.

⁵⁹ Vedi *Comunicazione interpretativa* del 1° agosto 2006.

⁶⁰ 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.

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.

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

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 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 contabile appare volta prevalentemente alla prevenzione di abusi ed illeciti nella spendita del denaro pubblico⁶¹, 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 comunitari⁶² 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 maggiormente⁶³ - 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 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 CEE⁶⁴; 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*”⁶⁵. 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 normativi⁶⁶; per l’altro, le innovazioni imposte dal recepimento della disciplina comunitaria si

⁶¹ 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.

⁶² Cfr. F. TESCAROLLI, *Principi comunitari in materia di appalti*, in *Cont. Stato ed Enti pubbl.*, 2001, 189.

⁶³ Per tutte Corte giust. CE, *F.lli Costanzo*, 22 giugno 1989, in causa 103/88.

⁶⁴ Su cui, *ex multis*, C. MALINCONICO, *Commento all’art. 1 della direttiva 89/440 CEE*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1991, 219.

⁶⁵ 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.

⁶⁶ 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

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* ispiratrice⁶⁷, 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*”.

9. 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 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 comunitarie⁶⁸. 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 comunitaria⁶⁹.

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.

⁶⁷ Come è accaduto ad es. per gli appalti c.d. “sotto soglia”.

⁶⁸ Cfr. A. DE ROBERTO, *Le norme di adeguamento alle direttive CEE, in materia di appalti di lavori pubblici*, Milano, 1979.

⁶⁹ 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

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 pubblicizzazione; la puntuale predeterminazione del contenuto dei bandi di gara mediante l'adozione di schemi tipo vincolanti; la procedimentalizzazione 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 assoggettate⁷⁰.

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

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.

⁷⁰ 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 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 della 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 procedimentali, 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".

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'appalto⁷¹.

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 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 esistenti⁷².

⁷¹ *Ex multis*, F. MASTRAGOSTINO, *L'appalto di opere pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1993, 123 ss..

⁷² 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

10. 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 1996⁷³, 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 tecnologica⁷⁴.

A sua volta, il Libro verde della Commissione del 30 aprile 2004, relativo ai partenariati pubblico-privati (PPPs) ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni⁷⁵, 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

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).

⁷³ COM (96) 583 def. del 27 novembre 1996.

⁷⁴ 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*)⁷⁴ - ha avuto peraltro modo di sottolineare come il mercato degli appalti pubblici nell'Unione europea non fosse ancora sufficientemente aperto e competitivo.

⁷⁵ Cfr. A. DI PACE, *Partenariato Pubblico Privato e contratti atipici*, Milano, 2006.

allargamento dell'Unione europea: nella sostanza quindi, pur nella diversità di forza giuridica, non è fuor di luogo definirlo parte del progetto stesso⁷⁶.

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 direttiva. Dopo un iter legislativo piuttosto travagliato - con le Istituzioni comunitarie spesso in contrasto tra di loro -, si è pervenuti alla approvazione in via definitiva del progetto comune da parte del Comitato di conciliazione di cui all'art. 251, par. 4, del Trattato CEE ed alla successiva pubblicazione in GUCE del 30 aprile 2004, data di entrata in vigore di entrambe⁷⁷.

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 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

⁷⁶ 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".

⁷⁷ 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.

disciplina compiuta e dettagliata di tutte le fasi del procedimento⁷⁸ 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*)⁷⁹; 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 sostanziali 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”⁸⁰. 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.

11. L'effettività della tutela in materia di appalti pubblici (tra mezzi di ricorso e rispetto del principio di concorrenza): le direttive ricorsi di prima generazione.

Sul distinto (ma per come vedremo) connesso versante della tutela giurisdizionale ed amministrativa in materia di appalti pubblici, con le direttive ricorsi c.d. di prima generazione⁸¹ l'esigenza di definire *standars* 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 in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e lavori⁸², è già un complesso

⁷⁸ 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..

⁷⁹ 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.

⁸⁰ *Cons. Stato*, 2004, I, 2073.

⁸¹ 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..

⁸² Pubblicata 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*

normativo articolato incentrato sulla previsione di determinati strumenti di tutela, di natura giurisdizionale o comunque contenziosa⁸³, 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 membri⁸⁴. Si può inanzitutto 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 giurisdizionale⁸⁵. 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)⁸⁶, 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 concessione di un risarcimento danni, uno Stato membro può prevedere che, dopo la*

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.

⁸³Come 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.

⁸⁴A 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 & Parmer*, Corte giust. CE, 12 febbraio 2004 C-230/02, *Grossman Air Service*), di tutela cautelare (Corte giust. CEE, 19 giugno 1990, C-213/89, *Factortamelt*, 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*).

⁸⁵Così, 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 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.

⁸⁶Secondo 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 [...]"

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"⁸⁷.

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 efficace⁸⁸. 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 ordinario⁸⁹; 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 sconsigliato⁹⁰.

⁸⁷Si 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.

⁸⁸Come 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.

⁸⁹Vedi 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.

⁹⁰Cfr. S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004.

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 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 specifica⁹¹. 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.

12. La direttiva n. 66/2007: profili generali.

La direttiva 2007/66/CE⁹² 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 stato promossa dalla Commissione con la comunicazione sugli appalti pubblici del 1998⁹³.

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

⁹¹ 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..

⁹² 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 dell'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)certezza 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.

⁹³ 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*.

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 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. 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..."⁹⁴.

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 della tutela, di leale collaborazione (ex art. 10⁹⁵ del Trattato istitutivo) e di legalità enucleati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia⁹⁶: quasi «*l'avvio formale di una politica processuale della Comunità*»⁹⁷. Ciò attestava non solo la raggiunta pervasività del diritto europeo e la necessità che la sua applicazione uniforme non fosse contrastata dalle diversità dei mezzi di tutela previsti dagli ordinamenti nazionali⁹⁸, 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*»⁹⁹.

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 Lisbona¹⁰⁰. Sul piano del diritto sostanziale, la sistematizzazione

⁹⁴ G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008.

⁹⁵ 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».

⁹⁶ 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 Pequeros 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).

⁹⁷ 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.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 506. Argomento definito dall'Autore, dell'«effetto utile dell'effetto diretto».

⁹⁹ *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».

¹⁰⁰ 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*

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 aggiudicazione¹⁰¹.

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

13. Origini ed obiettivi della direttiva ricorsi.

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)¹⁰², 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 precontrattuale¹⁰³ 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*»¹⁰⁴, 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

[COM(2001)566], pp. 1-24.

¹⁰¹ Recepito nell'art. 2 della 2004/18/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).

¹⁰² 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.

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ 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.

considerate e prevedendo garanzie per un'applicazione efficace del meccanismo»¹⁰⁵; 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 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)¹⁰⁶; 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*»¹⁰⁷ e, quasi a necessario sviluppo, «*Commissione c. Austria*»¹⁰⁸ e «*Stadt Halle*»¹⁰⁹, mentre quelli già trasfusi nella 89/665/CEE e 92/13/CEE, assumono una più

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ 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).

¹⁰⁸ 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).

¹⁰⁹ 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).

marcata valenza sostanziale.

14. I contenuti caratterizzanti.

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 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 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 *sexsies*, 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.

15. 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.

16. Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi: rimedi azionabili in presenza dell’accertata violazione dell’interesse pubblico.

Il fine della direttiva è imperniato su due esigenze ritenute fondamentali dal legislatore comunitario 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 gravità. La seconda esigenza che il diritto comunitario intende salvaguardare è invece una

adeguata tutela di coloro che ambiscono 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 contempra 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*.

Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi – n. 53 del 2010 – ha, per così dire, congiunto le due finalità proprie della direttiva di cui sopra si riferiva sono congiunte dal legislatore nazionale 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.

In ogni caso, l'impatto della direttiva n. 66/2007 e del decreto di recepimento n. 53 del 2010 sull'esatto inquadramento dei contratti pubblici e sui rimedi azionabili in presenza della accertata violazione dell'interesse pubblico¹¹⁰, è stato senza dubbio assai significativo.

In via preliminare -ed a questi fini- è anzitutto opportuno descrivere il contenuto della nuova disciplina che interessa in questa sede, con contestuale indicazione di taluni profili di criticità.

Il legislatore nazionale, recependo le prescrizioni contenute nella direttiva comunitaria del 2007, ha introdotto un sistema che fa leva essenzialmente su rimedi di *natura preventiva* che impongono l'obbligo di non stipulare il contratto prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva. Si è, inoltre, previsto che «se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione nel merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva» (art. 1).

Il legislatore, sempre in attuazione delle prescrizioni europee, ha altresì contemplato *rimedi di natura successiva* azionabili qualora il contratto sia stato stipulato, prevedendo norme che distinguono due diverse fattispecie, l'una relativa alla «inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni», l'altra alla «inefficacia del contratto negli altri casi».

Le violazioni gravi si hanno, in primo luogo, quando l'amministrazione abbia svolto una procedura di gara senza pubblicazione del bando o dell'avviso, ovvero abbia proceduto all'aggiudicazione con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti. In queste ipotesi, a rigore, potrebbe anche mancare la stessa fase amministrativa e conseguentemente gli atti e i provvedimenti che la compongono.

In secondo luogo, la violazione grave può essere conseguenza della concomitanza dei seguenti fattori: i) mancato rispetto del termine dilatorio di sospensione, con impossibilità del ricorrente di avvalersi dei mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto; ii) “vizio proprio” dell'aggiudicazione; iii) incidenza del vizio «sulle possibilità del ricorrente di

¹¹⁰ Per un commento all'intero decreto si v. R. DE NICTOLIS, Il recepimento della direttiva ricorsi, in www.giustiziaamministrativa.it, maggio 2010; M. LIPARI, Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia “flessibile” del contratto, ivi, aprile 2010; prima dell'approvazione del predetto decreto si v. V. CERULLI IRELLI, Osservazione sulla bozza di decreto legislativo attuativo della delega di cui all'art. 44 legge n. 88/99 (presentate alla commissione giustizia della Camera dei deputati, l'11.2.2010), in www.giustamm.it, febbraio 2010.

ottenere l'affidamento»¹¹¹, con conseguente giudizio prognostico su quale sarebbe stato l'esito della gara.

In questi casi la regola è la declaratoria di inefficacia del contratto che può essere esclusa qualora il giudice ravvisi «esigenze imperative connesse ad un interesse generale». La norma puntualizza che integrano tali esigenze, «tra l'altro», «quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale».

Come risulta anche dalla “esemplificazione legislativa” si deve ritenere che le ragioni idonee ad evitare la dichiarazione di inefficacia attengono essenzialmente alle esigenze di tutela dell'interesse pubblico che sta alla base della decisione dell'amministrazione di indire quella determinata procedura di gara.

Si è previsto, inoltre, che «gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate»; la disposizione prosegue puntualizzando che, in tale valutazione, il giudice deve anche avere riguardo «all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara». Il legislatore ha cura, altresì, di precisare che «non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono, tra l'altro, i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia»¹¹².

17. In ordine a taluni profili sistematici del nuovo processo amministrativo sugli appalti pubblici.

Il decreto di recepimento della direttiva è entrato in vigore il 27 aprile del 2010, seguendo 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) e caratterizzata dall'affidamento al legislatore delegato di compiti non limitati alla mera trasposizione, ma eventualmente anche di coordinamento e di inserimento coerente dei nuovi istituti portati dalla direttiva nel nostro sistema di giustizia amministrativa; 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 delegato¹¹³.

Come si è già accennato, gli obiettivi che il legislatore comunitario si era prefisso di conseguire ruotavano attorno a due esigenze ritenute, nell'ottica comunitaria, fondamentali ed entrambe meritevoli di tutela. La prima consisteva nella salvaguardia degli effetti del contratto, stipulato da una stazione appaltante pubblica; qui la scelta di campo è

¹¹¹ Sul punto, la formulazione della norma è imprecisa: dal suo tenore letterale sembra che sia la violazione del termine di sospensione e non il “vizio” dell'aggiudicazione ad avere «influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'appalto».

¹¹² E' alquanto incerta la distinzione che la norma introduce, in attuazione di quanto stabilito a livello europeo, tra interessi economici e non economici afferenti al contratto.

¹¹³ 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.

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 gravità. La seconda esigenza che il diritto comunitario intendeva 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, per il tramite di una protezione effettiva al concorrente nell'ambito di un processo che contempra 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*.

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 alternative¹¹⁴ (qui va rilevato come le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con ordinanza 10.02.2010, n. 2906¹¹⁵, 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 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 ricorso¹¹⁶.

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

¹¹⁴ 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. Ancor più di recente, una pregevole ricostruzione dei profili problematici sollevati sul punto dalla riforma si deve a G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel D.Lgs. 53 del 2010*, in *GiustAmm.it*, 2010.

¹¹⁵ In www.lexitalia.it, n. 2/2010 ed in *GiustAmm.it*, 2010.

¹¹⁶ 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.

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.

18. Annullamento dell'aggiudicazione ed inefficacia del contratto.

Sul punto tuttavia merita di essere svolta qualche ulteriore considerazione critica.

Il collegamento tra annullamento dell'aggiudicazione e questione di inefficacia del contratto può infatti essere descritto in termini di connessione e di doverosità.

L'inefficacia è certamente questione connessa dato che nella configurazione del D.Lgs. n. 53, solo il giudice che annulla l'aggiudicazione può dichiarare l'inefficacia del contratto: quest'ultima quindi si presenta come necessariamente consequenziale rispetto alla prima pronuncia e la connessione che si instaura tra le due questioni finisce per giustificare l'estensione della giurisdizione esclusiva sul contratto.

La pronuncia del giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva e dichiara l'inefficacia del contratto è, a mio avviso una pronuncia doverosa perché non necessita di apposita domanda ad opera delle parti, in particolare del ricorrente. Ciò si desume non solo dal tenore e dalla lettera della legge (*"il Giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto ..."*), ma anche dai presupposti della pronuncia medesima.

Tra tali presupposti, infatti, ricorre -almeno in talune fattispecie di invalidità grave- quella, secondo cui detta invalidità *"abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento"*. E se, nonostante ciò, si impone al Giudice di dichiarare l'inefficacia, quest'ultima pare prescindere da una apposita domanda del ricorrente, che potrebbe non avere alcun interesse in proposito, visto che la sua possibilità di ottenere l'affidamento risulta ormai pregiudicata.

Se tale lettura è corretta, ne scaturiscono conseguenze non di poco conto sul piano processuale. A cominciare dall'abbandono -limitatamente a tale profilo- del principio dispositivo. E, inoltre, dall'abbandono della concezione strettamente soggettiva della giurisdizione amministrativa: in questo caso, infatti, il Giudice non solo interviene d'ufficio, ma anche interviene (con valenza sanzionatoria) per soddisfare l'interesse oggettivo dell'ordinamento e, così, in funzione di tutela e ripristino della concorrenza, che, anche secondo il parere del Consiglio di Stato, rappresenta l'interesse primario tutelato dalla normativa di settore.

Si potrebbe ritenere che la riferita configurazione contrasti con la disciplina costituzionale, fortemente ancorata -almeno per quel che concerne il giudizio amministrativo- al principio dispositivo. E in realtà si tratta di un marcato scostamento dai modelli tradizionali: anche perché la pronuncia d'ufficio si innesta su un ricorso ad iniziativa di parte (il punto sarà ripreso).

Ma lo scrupolo di costituzionalità può essere superato solo se si consideri che si tratta di necessità imposte dal diritto comunitario, come si è a suo tempo esposto. L'art. 2 *quinquies*, par 1, della Direttiva, infatti, non lascia margini in proposito, se non (forse) sulla forma della pronuncia (*"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"*).

Si prospetta così il problema della qualificazione della pronuncia del Giudice. La quale è descritta in termini dichiarativi dalla norma nazionale (*"Il giudice ... dichiara l'inefficacia del contratto ..."*).

E, in realtà, il carattere dichiarativo della pronuncia può trarre argomento anche dalla categoria giuridica utilizzata dal legislatore: l'inefficacia. La quale evoca l'avveramento di una condizione risolutiva (l'annullamento dell'aggiudicazione, accompagnata dagli ulteriori presupposti indicati dalla legge), che a sua volta manifesterebbe il carattere estrinseco

dell'impedimento, che incide sul regolamento dei rapporti voluto dalle parti: il contratto è inefficace non per vizi propri, ma per l'avveramento della *condicio juris*, di cui si è detto.

Alle stesse conclusioni si potrebbe pervenire, ove si ritenesse che il contratto risulti viziato e affetto da vizi talmente gravi da comportare la nullità.

Ma, pur trattandosi di un'opzione interpretativa da non trascurare, a me non pare che la pronuncia del Giudice sia di mero accertamento. E non solo perché è collegata all'azione di annullamento dell'aggiudicazione, a sua volta vincolata all'osservanza di termini di decadenza (che si consumano, a seconda dei casi, entro 30 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva o dalla sua pubblicazione o entro 180 dalla stipulazione del contratto: art. 245, c. 2, e c. 2 *quinquies*, lett. a). Ma anche perché tale pronuncia non si limita a "fotografare" un assetto di rapporti compiutamente stabilito dalla legge -basta considerare che, dovendo il Giudice scegliere tra inefficacia *ex nunc* ed inefficacia *ex tunc*, già tale determinazione presenta connotati innovativi sulla situazione preesistente-.

19. Dal D.Lgs. n. 53 del 2010 al Codice del processo amministrativo (D.Lgs. n. 104 del 2010): brevi cenni.

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 siano confluite nel Codice del processo amministrativo, in linea con le indicazioni contenute nel parere reso dal Consiglio di Stato.

Il Codice del processo amministrativo, rispettando i tempi imposti dall'art. 44 della legge delega n. 69/2009, e come previsto dal d. lgs. 2 luglio 2010 n. 104 è entrato in vigore il 16 settembre 2010. Il Codice introduce alcune significative innovazioni anche alla disciplina di diritto interno avente ad oggetto il recepimento della direttiva ricorsi.

Più in particolare, gli articoli 120-124 del D.Lgs. n. 104/2010, contemplanò un rito speciale che non si limita alla previsione di misure acceleratorie del processo ma tocca ambiti "*qualificanti e caratterizzanti della giurisdizione, con riferimento precipuo al giudice che si arricchisce di poteri di cognizione e di decisione e, quindi, anche di cautela, per la strumentalità della misura urgente in relazione ai tipi di sentenze che può adottare il giudice, e di istruzione per la funzionalità dei mezzi di prova all'accertamento da eseguire ed alle decisioni da prendere*"¹¹⁷

L'inserimento a pieno titolo del rito speciale per i contratti pubblici nell'ambito del codice del processo, in superamento della originaria collocazione della riforma all'interno del codice dei contratti¹¹⁸, ha fortemente attenuato la natura polisistemica del decreto n. 53, che enfatizzava l'assoluta specialità del contenzioso dei contratti pubblici mediante la previsione di un ulteriore processo speciale nettamente separato dal rito ordinario e da qualsiasi ulteriore preesistente schema.

Il Codice infatti muove dalla condivisibile premessa secondo cui tutti i riti speciali vanno ridotti nel numero e resi tendenzialmente omogenei e razionalizzati, limitando allo stretto necessario le deleghe a rito ordinario: ma per il vero l'esito della codificazione in materia di riti speciali denota una insufficiente connotazione sistematica, anche alla luce della complessiva incoerenza del disegno codificatore.

Ne deriva che le norme dedicate alle controversie in materia di contratti perdono la loro connotazione di autonomia ed eccezionalità, non rappresentando più un microsistema separato ma una mera articolazione di un unico modello di tutela dinanzi al giudice amministrativo, che deve necessariamente ambire alla armonicità ed alla compattezza.

¹¹⁷ E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel Decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del Codice del processo amministrativo*, in *GiustAmm.it*, 2010.

¹¹⁸ In proposito v. M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, in *GiustAmm.it*, 2010.