



RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO PUBBLICO COMUNITARIO



ISSN 1121-404X

Anno XXVII Fasc. 2 - 2017

Marcello Clarich

I MODELLI CONTRATTUALI

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

MARCELLO CLARICH

I MODELLI CONTRATTUALI

Per poter valutare in che modo la *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* ha trattato, nei suoi venticinque anni di vita, il tema dei contratti pubblici, è necessario passare in rassegna tutti i suoi numeri e gli articoli in questi pubblicati. La *Rivista* si è occupata del tema in esame in maniera continua nel corso degli anni — come dimostrano i numerosi articoli pubblicati sull'argomento — e con un grado di approfondimento sempre maggiore.

Lo spazio dedicato al tema dei contratti pubblici è andato crescendo (trentadue titoli nel primo decennio; quarantacinque nel secondo decennio; trentadue titoli negli ultimi cinque anni), in parallelo con quanto accadeva, in generale, nel mondo del diritto europeo, nel quale, il tema è diventato sempre più centrale e si è posto sempre più all'attenzione dei giuristi.

Alla nascita della *Rivista*, nel 1991, il diritto europeo aveva già iniziato a manifestarsi nel settore dei contratti pubblici poiché erano già state adottate (e attuate dagli Stati membri) le prime direttive degli anni Settanta del secolo scorso, le quali erano state già modificate negli anni successivi. Non a caso, la prima annata della *Rivista* contiene articoli sulla c.d. direttiva lavori (direttiva 89/440/CEE del 18.07.1989) e sulla c.d. direttiva ricorsi (direttiva 89/665/CEE del 21.12.1989) (1).

Si può, dunque, affermare che la *Rivista* ha preso con grande tempestività un treno che stava partendo, anticipando la dottrina che, all'epoca, non aveva ancora colto in modo approfondito il

(1) A tal proposito, si vedano A. BOZZI - C. MALINCONICO - A. MARZANATI - R. PUPILELLA, *Direttiva del Consiglio del 18 luglio 1989 che modifica la direttiva 71/305/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (89/440/CEE)*, in questa *Rivista*, 1991, fasc. 1, p. 235; G. MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in questa *Rivista*, 1991, fasc. 3, p. 825; *Direttiva del Consiglio del 17 settembre 1990, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni 90/531/CEE (Segnalazione)*, in questa *Rivista*, 1991, fasc. 3, p. 868.

cambiamento profondo che queste direttive stavano innestando negli ordinamenti nazionali.

La lettura delle venticinque annate della *Rivista* consente di cogliere a pieno il senso di una presa d'atto di quanto è cambiato il sistema. In uno degli ultimi saggi di Alessandro Pajno, si fa espressamente riferimento a questa evoluzione, sottolineando come il corpo normativo europeo — soprattutto l'ultimo pacchetto di direttive europee — rappresenta per l'ordinamento italiano un cambio di paradigma perché si pone al centro l'impresa e l'esigenza di garantire un mercato più efficiente, sulla base dei principi di semplificazione e riduzione dei formalismi, flessibilità nella scelta del contraente, rilancio della discrezionalità, responsabilità delle stazioni appaltanti (2). In queste parole, è condensato il punto di arrivo di questi venticinque anni di evoluzione della *Rivista*.

Ciò detto, si deve riconoscere che, in effetti, guardando al prima e al dopo (vale a dire all'oggi), vi sono ancora delle vischiosità nel settore in esame. Al di là del citato cambio di paradigma, infatti, « *c'è ancora una mentalità persistente della cultura delle regole e delle procedure rigide che ha sempre caratterizzato il nostro ordinamento* » (3).

Se si va a dare uno sguardo all'inizio del percorso evolutivo della legislazione italiana in materia di contratti pubblici, dalle prime leggi dell'Ottocento — che erano leggi di contabilità dello Stato — fino a quelle di tutti gli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso, è evidente che il diritto nazionale è stato impostato su una visione degli appalti di matrice “contabilistica”.

Tale impostazione aveva due significati.

In primo luogo, le norme procedurali avevano come unico scopo quello di controllare l'operato dei funzionari pubblici potenzialmente corrompibili. Pertanto, l'idea delle regole automatiche, che sostituivano alla discrezionalità il rispetto delle procedure, era un modo per controllare con maggiore incisività l'operato delle pubbli-

(2) Cfr. A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in questa *Rivista*, 2015, fasc. 5, p. 1127. L'articolo riprende la relazione del Presidente PAJNO al 61° Convegno di Studi Amministrativi intitolato « *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione* », tenutosi a Varenna (LC), il 17-18-19 settembre 2015. La relazione è disponibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

(3) M. CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in questa *Rivista*, 2013, fasc. 5-6, p. 991.

che amministrazioni al fine di assicurare il rispetto dell'interesse pubblico dalle stesse perseguito.

In secondo luogo, la matrice contabilistica stava a significare anche che non vi erano situazioni giuridiche soggettive implicate nel settore dei contratti pubblici. Per molti anni, infatti, la stessa giurisprudenza — sia quella di Cassazione sia, poi, quella amministrativa — ha fatto fatica ad attribuire a questo complesso di norme — che avevano la funzione esclusiva di tutelare l'interesse pubblico — la possibilità di riconoscere una tutela, almeno in via riflessa, secondo la tecnica dell'interesse legittimo.

In conseguenza di questa impostazione la materia dei contratti pubblici è stata molto trascurata sul piano della riflessione teorica, della dottrina.

I giuristi che si occupavano di contratti pubblici potevano, al massimo, trattare temi di carattere molto generale (come, ad esempio, la capacità di diritto privato della pubblica amministrazione o i limiti di questa capacità), ma non entravano nell'analisi degli istituti che, oggi, la dottrina è solita trattare. Ne sono una dimostrazione anche i manuali di diritto amministrativo degli anni Ottanta del secolo scorso, nei quali, a differenza di quanto accade in quelli contemporanei, la parte dedicata alla disciplina dei contratti pubblici è ridotta ai minimi termini, senza alcuna riflessione sul modello (4).

Nel corso degli anni, invece, le cose sono molto cambiate e, grazie all'influenza del diritto europeo, la materia dei contratti pubblici ha subito quel cambiamento di paradigma cui si è già fatto cenno.

Alla luce dei riferimenti e degli approfondimenti puntualmente contenuti nelle varie annate della *Rivista*, è possibile, brevemente, analizzare quali sono stati i punti fondamentali dell'evoluzione.

In primo luogo, vi è stata una forte estensione del raggio di azione del diritto europeo.

In tal senso, è possibile rilevare come l'influenza sempre maggiore del diritto europeo sul settore degli affidamenti pubblici, in

(4) Per citarne due dei più importanti, si prendano come riferimento il manuale del Prof. Sandulli e quello del Prof. Giannini. Nel proprio manuale, il Prof. Sandulli si limita a riportare le regole di base della disciplina dei contratti pubblici, quali, per esempio, quelle sul bando di gara e quelle che si occupano di altri aspetti simili (A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, 1989). Il Prof. Giannini, a differenza del primo, cita anche le direttive europee all'epoca vigenti, ma lo fa quasi come se fossero un elemento, se non di contorno, non tale da imprimere alla materia in esame una connotazione particolare (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, 1988).

particolare per ciò che attiene ai servizi, abbia costituito « *la caduta di uno degli ultimi importanti fortini di sovranità esclusiva della legislazione nazionale* » (5).

Una delle reazioni è il proliferare degli affidamenti *in house*, che, invece, rappresentano un modo per uscire dal perimetro di regole dettato dal diritto europeo perché, come è noto, in caso di affidamento di un contratto a una società *in house*, non è necessario esperire una procedura ad evidenza pubblica.

In secondo luogo, si è assistito a una “decostruzione” delle categorie conosciute dal diritto nazionale.

Si pensi, per esempio, all’organismo di diritto pubblico, il quale comporta la diffusione di principi comuni nell’ambito dell’area pubblica non statale, andando, così, a superare la varietà di concetti e istituti che, in tale settore, avevano i diversi Stati membri (6). Diffusione di principi comuni che investe anche la materia della giustizia poiché la figura dell’organismo di diritto pubblico è rilevante anche a fini della giustiziabilità degli atti. Di conseguenza, anche gli interpreti sono costretti a “ri-orientare” i propri parametri di riferimento.

L’aspetto più importante dell’evoluzione in esame è il passaggio dalla cultura delle regole alla cultura della discrezionalità. In materia di contratti pubblici, la sfida è rappresentata dalla buona discrezionalità, in nome della quale è necessario lasciare le mani più libere alle stazioni appaltanti, prevedendo, contestualmente, i necessari correttivi che servono a evitare abusi di potere.

Sotto questo profilo, è stato determinante l’intervento del diritto europeo che ha impresso la propria impronta in materia di contratti pubblici fondata sulla libertà di stabilimento, sulla non discriminazione e, quindi, su una prospettiva non pubblicistica, ma di mercato, di imprese che concorrono su un mercato molto particolare come

(5) G. GRECO, *Gli affidamenti « in house » di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in questa Rivista, 2000, fasc. 6, p. 1461.

(6) Cfr. E. PARISI, *Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica nell’interpretazione della High Court inglese. La rilevanza della concorrenza e l’organismo transnazionale fra concessione di aiuti di Stato, interpretazione conforme e effetto diretto orizzontale*, in questa Rivista, 2014, fasc. 2, p. 518; L. SOVERINO, *Integrazione europea e organismo di diritto pubblico: il contributo anglosassone al requisito della personalità giuridica*, in questa Rivista, 2006, fasc. 3-4, p. 567; G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in questa Rivista, 2000, fasc. 3-4, p. 839; G. GRECO, *Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse*, nota a Corte Giustizia delle CEE; Corte plenaria; sentenza 10 novembre 1998, causa C-360/96, in questa Rivista, 1999, fasc. 1, p. 157; L. RIGHI, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti: società in mano pubblica e appalti di servizi*, in questa Rivista, 1992, fasc. 2, p. 347.

quello delle commesse pubbliche. Così facendo, il diritto europeo ha comportato un cambio di visione rispetto alla tradizione italiana dei contratti pubblici, con la quale si è scontrato poiché questa era fondata sulla cultura delle regole e delle procedure rigide nell'interesse pubblico. Nel diritto europeo, invece, emerge l'idea di una protezione delle imprese che vogliono accedere al particolare mercato delle commesse pubbliche e, di conseguenza, si impone un orientamento diametralmente opposto a quello della tradizionale cultura contabilistica italiana.

Tale aspetto emerge con chiarezza in vari punti della disciplina in esame, alcuni dei quali possono essere individuati brevemente e in maniera esemplificativa.

In primo luogo viene in rilievo l'apertura alla partecipazione alle gare ai raggruppamenti temporanei di imprese. Nel diritto europeo, la partecipazione alle procedure di gara da parte dei raggruppamenti temporanei di imprese serve ad accrescere la concorrenza poiché consente alle piccole e medie imprese, che si accordano fra di loro, di aspirare a ottenere l'aggiudicazione di contratti che sono di un importo superiore a quello al quale possono individualmente ambire, magari anche all'interno di mercati dove vi sono solo pochi e grandi singoli operatori, che potrebbero agire, di fatto, in maniera oligopolistica (7).

La sussistenza di raggruppamenti temporanei, tuttavia, mette a rischio un valore molto sentito all'interno della cultura domestica italiana poiché pone il dubbio se le imprese, che in questo modo si accordano attraverso un legame più o meno labile, saranno o meno, in caso di vittoria della gara, contraenti affidabili in sede di esecuzione del contratto.

Discorso analogo vale per l'istituto dell'avvalimento. Da un punto di vista del diritto europeo, tale istituto ha una finalità pro-competitiva poiché permette a un'impresa, cui mancano determinati requisiti di partecipazione a una gara, di prendervi parte, acquisendoli da un'altra impresa la quale, su base contrattuale, glieli mette a disposizione, consentendole, quindi, di partecipare alla procedura (8).

(7) M. MAZZAMUTO, *I raggruppamenti temporanei d'impresa tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in questa *Rivista*, 2003, fasc. 1, p. 179.

(8) F. CINTIOLI, *L'avvalimento tra i principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 2011, fasc. 6, p. 1421.

Anche in questo caso, sia il legislatore nazionale sia anche la giurisprudenza italiana hanno avuto difficoltà nel confrontarsi con l'istituto dell'avvalimento poiché questo si pone, almeno in teoria, in contrasto con un altro importante valore della tradizione italiana. Con l'avvalimento, infatti, viene meno o può venir meno, almeno in parte, l'idea secondo cui il contraente della pubblica amministrazione viene scelto anche su base fiduciaria. Ne consegue che si spersonalizza il rapporto perché l'amministrazione non ha di fronte a sé solo un concorrente, con tutta la sua esperienza e capacità, ma un concorrente che, per così dire, "prende in prestito", all'interno del mercato, requisiti che non ha. In altri termini, vi è il rischio che l'amministrazione si trovi dinanzi a un contraente che sia un mero involucro di requisiti astrattamente acquisiti su base contrattuale, ma che, nei fatti, non consentono una corretta esecuzione dell'appalto.

Andando avanti nella sequenza procedurale, vanno considerati i criteri di aggiudicazione.

L'ordinamento giuridico italiano, per lungo tempo, ha resistito al diritto europeo che vieta, in molti ambiti, l'aggiudicazione sulla base del criterio del prezzo più basso. Per rimanere fermo sulla propria posizione, il legislatore italiano è giunto perfino a smentire la Corte di giustizia.

Le direttive del 2014 hanno inferto un ulteriore duro colpo alla tradizione italiana: poiché prevedono che gli Stati membri possono anche escludere del tutto il ricorso al criterio del prezzo più basso, in favore dell'utilizzo esclusivo di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In sede di recepimento delle direttive, il legislatore italiano ha avuto difficoltà nel redigere una disposizione che potesse essere conforme ai principi europei, ma che, al contempo, potesse anche essere accettata da un mercato e da stazioni appaltanti che preferiscono, in molti casi, il ricorso al criterio del prezzo più basso, soprattutto per i contratti di importo inferiore.

Il criterio del prezzo più basso, tuttavia, si pone all'opposto rispetto al modello della discrezionalità delle stazioni appaltanti nella scelta del contraente, recepito dalle nuove direttive e da molti istituti previsti da queste, come il dialogo competitivo e le altre forme di negoziazione.

Anche sul tema del dialogo competitivo, l'ordinamento italiano ha resistito fino all'ultimo: in un primo momento, si trattava di uno strumento facoltativo; poi, ne è stata ritardata l'applicazione. Questo

perché il legislatore italiano non si fida della pubblica amministrazione, ammettendo che questa possa contrattare con varie imprese e che acquisisca informazioni nel corso del dialogo; probabilmente, anche le stesse imprese non si fidano delle pubbliche amministrazioni, perché non le ritengono capaci di mantenere la dovuta segretezza delle informazioni che presentano all'interno del dialogo, considerando che, spesso, si tratta di soluzioni innovative che potrebbero venire trasferite ad altri soggetti. Anche con riferimento al dialogo competitivo, quindi, emergono difficoltà culturali, relative a come conciliare la flessibilità delle stazioni appaltanti e il rigore che è indispensabile per garantire la *par condicio* degli operatori economici.

Anche il tema delle offerte anormalmente basse ha rappresentato un ulteriore punto di frizione fra l'ordinamento interno e l'ordinamento europeo (9). Questo perché il diritto italiano consentiva alle stazioni appaltanti di escludere in modo automatico, sulla base dell'applicazione di soli parametri numerici, le offerte anormalmente basse; il diritto europeo, invece, costringe le stazioni appaltanti a realizzare un dialogo con l'offerente, a tener conto delle giustificazioni che questi presenta, in nome delle regole *pro concorrenziali*: un'offerta che apparentemente può sembrare fuori mercato perché eccessivamente bassa, se giustificata in modo oggettivo, si dimostra una buona offerta, che, quindi, può essere accettata. Rimane, tuttavia, il dubbio secondo il quale, spesso, l'offerta sia poco seria e che l'operatore economico, che l'ha presentata, pur di aggiudicarsi la gara, farà un ampio utilizzo degli strumenti di variazione in sede di esecuzione per poter ripristinare l'effettivo equilibrio economico del proprio intervento.

In definitiva, in tutte le fasi fondamentali, si scontrano i due paradigmi in materia di contratti pubblici ed emerge come il diritto europeo obblighi l'ordinamento italiano a cambiare, superando una cultura — forse ancora egemone (10) — che continua a preferire regole e procedure.

(9) Per un approfondimento sul tema, si rinvia a M. ZOPPOLATO, *Anomalia delle offerte negli appalti pubblici, metodo di calcolo della soglia, contraddittorio e giustificazioni: una nuova sconfitta per il legislatore nazionale (e per la giurisprudenza prevalente)*, in questa Rivista, 2001, fasc. 6, p. 1238.

(10) « Sebbene in seguito temperata, la preferenza per regole e procedure rigide conserva tuttora la propria egemonia culturale » (M. CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in questa Rivista, 2013, fasc. 5-6, p. 991).

Sul problema della concorrenza, tuttavia, vi è da segnalare che — siccome, spesso, l'Italia è “più realista del re” — l'ordinamento italiano ha applicato in maniera forse troppo estesa la nozione di concorrenza, fino al limite dello sviamento di potere. Si fa riferimento alla interpretazione che, nell'ordinamento italiano, si dà dell'art. 117 della Costituzione (11) in tema di competenza legislativa delle Regioni.

A tal proposito, la clausola dell'art. 117 Cost., applicata al settore degli affidamenti di servizi pubblici viene interpretata in modo completamente diverso da quello che è il diritto europeo dei contratti pubblici, il quale si fonda sui principi di libertà di stabilimento e di parità di trattamento al fine di realizzare un mercato più concorrenziale (12). Da un punto di vista del diritto interno, è noto che la clausola della concorrenza è stata estesa ben al di là del significato specifico dei Trattati europei — nei quali assume il significato di abuso di posizione dominante e di divieto di intese restrittive della concorrenza — al fine di garantire una tendenziale omogeneità di regole a livello di legislazione regionale e, quindi, evitare che si concretizzi il rischio, soprattutto in seguito alla riforme costituzionali del 2001, di una frammentazione della regolazione del mercato dei contratti pubblici, che non è assolutamente opportuna.

In conclusione, come dimostrato anche dal breve *excursus* riportato, la *Rivista*, ancor oggi, dedica la dovuta attenzione al tema dei contratti pubblici, mettendo in rilievo il contrasto fra la disciplina europea e quella italiana, nonché le contraddizioni che, talvolta, si presentano spesso nell'ordinamento italiano sul tema in esame.

Ringrazio il dott. Francesco Mataluni che ha provveduto a una rielaborazione della relazione sulla base del *file* audio.

(11) Cfr. M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. Amm.*, 2016, pp. 71 e ss.

(12) Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione Europea e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in questa *Rivista*, 2012, fasc. 5, p. 723.