

Prefazione

Fabrizio Fracchia

1. Il quadro normativo attinente alle procedure a evidenza pubblica seguite dalle amministrazioni pubbliche per stipulare contratti ha subito, nel corso degli ultimi anni, un'evoluzione significativa.

Più nel dettaglio, il settore è stato modificato quanto a “estensione” e quanto a “fisionomia” del relativo tessuto normativo.

Dal primo punto di vista si assiste a una tendenza espansiva della disciplina, che ha progressivamente conquistato nuovi ambiti e territori. Al riguardo, è sufficiente pensare, da un lato, all'ampiezza del campo di applicazione del codice dei contratti delle pubbliche amministrazioni di cui al D.Lgs. 163/2006; d'altro lato, alla recente normativa in materia di servizi pubblici (D.L. 138/2011, conv. con modificazioni, nella L. 148/2011 e, da ultimo modificato, dall'art. 25, D.L. 1/2012, conv. nella L. 27/2012), che, oltre ad imporre alle società pubbliche affidatarie *in house* il dovere di procedere all'acquisto di beni e servizi secondo le disposizioni di cui al medesimo D.Lgs. 163/2006, fa ripetutamente riferimento all'affidamento del servizio mediante “procedura ad evidenza pubblica”. D'altronde, già l'Ad. plen. del Consiglio di Stato, con la decisione n. 1/2008, richiamando l'art. 30 del D.Lgs. n. 163/2006 (il quale, al comma 3, cita i “principi generali relativi ai contratti pubblici”, nel rispetto dei quali, oltre che di quelli “desumibili dal Trattato”, deve avvenire la scelta del concessionario di servizi), ricorda che “i principi generali del Trattato valgono comunque anche per i contratti e le fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate; quali (oltre alla concessione di servizi) gli appalti sottosoglia e i contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti”.

In ordine al tema della “fisionomia”, il mutamento è plasticamente rappresentato da un passaggio motivazionale, ormai celebre, contenuto nella decisione n. 401 del 2007 della Corte costituzionale, ad avviso della quale deve registrarsi “il definitivo superamento della cosiddetta concezione contabilistica, che qualificava tale normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale”.

Un ulteriore elemento deve essere poi considerato. Si tratta del rafforzamento della percezione circa il carattere strategico dell'attività contrattuale delle ammi-

nistrazioni in un contesto di mercato. A tacere della tradizionale rilevanza, anche quantitativa, delle commesse pubbliche, in grado di condizionare le dinamiche della concorrenza tra imprenditori, è assai significativo che anche la tutela di nuovi ed emergenti interessi, quali quello ambientale, passi attraverso una incisione sulla disciplina dell'evidenza pubblica. Tutto il tema del c.d. *green procurement*, ulteriormente valorizzato nell'ambito della c.d. Strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, può essere valutato come una significativa conferma di quanto appena detto.

2. I tre aspetti testé richiamati (ampliamento dell'estensione della disciplina sui contratti, mutamento della sua matrice funzionale e valorizzazione degli strumenti contrattuali, anche a fronte di nuove esigenze di tutela) hanno un unico denominatore comune molto evidente, costituito dall'influenza che il diritto comunitario ha prodotto sul nostro ordinamento nel corso degli anni.

Proprio in occasione dell'attuazione delle direttive del 2004, infatti, il legislatore italiano ha dettato una regolamentazione tendenzialmente omnicomprensiva, non solo abbandonando il limitativo riferimento agli appalti per approdare a una disciplina dei "contratti", ma anche regolando i settori ex esclusi e i contratti sotto soglia. Pure nel settore contiguo dei servizi pubblici, la logica della gara (così come la "ragione" della deroga alla stessa e, cioè, l'istituto dell'*in house*) trova un chiaro fondamento nei principi comunitari e nell'esigenza di tutelare la concorrenza: anche in questo caso può essere utile richiamare l'orientamento della Corte costituzionale, espresso dalla decisione n. 325/2010.

Il mutamento della matrice funzionale della disciplina (che da normazione posta a presidio delle esigenze dell'interesse pubblico, con l'intento di assicurare la scelta del miglior contraente e il contenimento della spesa dal prioritario punto di vista dell'amministrazione, diviene una regolamentazione che protegge le imprese e le chance di competere sul mercato), attestato dalla Corte costituzionale, a sua volta, è legato (o, meglio, conduce) al riconoscimento della potestà legislativa esclusiva dello Stato ancorata al titolo "tutela della concorrenza" di cui all'art. 117 Cost. Siffatta tutela, e il discorso riporta di nuovo al diritto europeo, è chiaramente perseguita dalla disciplina di origine comunitaria che il legislatore italiano si è impegnato ad attuare.

Infine, pure il *green procurement* è un istituto che affonda le proprie radici nel contesto comunitario, ove si è percepita l'importanza di usare gli strumenti di mercato anche in vista della tutela dell'ambiente.

3. Il diritto comunitario, inoltre, almeno negli anni più recenti (in ciò confermando la propria attitudine espansiva), non ha mancato di incidere pure sul tema della tutela.

Non è un caso che, in attuazione delle direttive ricorsi, sempre caratterizzata dalla finalità di proteggere la concorrenza, il Governo abbia emanato il D.Lgs. 53/2010, la cui disciplina – in particolare, gli articoli da 245 a 246 – è poi confluita nel codice del processo amministrativo approvato dal D.Lgs. 104/2010 (agli artt. 120-125, c.p.a.).

Le ragioni della concorrenza, incarnati dal diritto comunitario, dunque, condizionano anche il processo amministrativo?

La risposta a questa domanda non è facile, anche se, a leggere la direttiva 66/2007/CE, si trovano indicazioni interessanti: “per contrastare l’aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi, che secondo la Corte di giustizia rappresenta la violazione più grave del diritto comunitario degli appalti pubblici da parte di un’amministrazione aggiudicatrice o di un ente aggiudicatore, è opportuno prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive. Pertanto, un contratto risultante da un’aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetto. 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”. Ed ancora: “la privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere”.

In sostanza, anche la tutela offerta dal processo, spingendo verso un modello più oggettivo di giudizio, sembrerebbe strumentalmente disciplinata al fine di garantire la logica della concorrenza piuttosto che, secondo un paradigma più tradizionale (e genuinamente processuale), a proteggere la posizione del ricorrente.

Non importa qui indugiare oltre su tale delicato problema, che divide la dottrina e che implica anche di rivisitare i principi-base costituzionali del sistema processuale: basti osservare che, sul piano interno, si è assistito all’introduzione di un regole procedurali speciali e all’attribuzione al giudice amministrativo della facoltà di incidere sulla sorte del contratto. Pur senza dimenticare la rilevanza delle dinamiche tutte interne al nostro ordinamento, deve, cioè, quantomeno, registrarsi un’incidenza sul piano del rito e su quello dei poteri del giudice.

Più in generale, sia detto incidentalmente, il diritto dei contratti pubblici, da questo punto di vista, si presenta anche come banco di prova o laboratorio di sperimentazione di istituti generali del diritto amministrativo, sostanziale e processuale: si pensi al tema dell’azione di adempimento e a quello del concorso colposo del danneggiato. In ciò risiede un’ulteriore motivo di interesse che ne giustifica lo studio.

4. Le riflessioni appena svolte danno immediatamente ragione del taglio particolare che caratterizza il volume curato da Gian Antonio Benacchio e da Michele Cozzio, il cui titolo, significativamente, ricorda la necessità per l’operatore del diritto di muoversi all’interno di un quadro normativo assai più articolato rispetto a quello che si offriva allo sguardo degli studiosi di qualche decennio fa, perché reso più mosso (e, in fondo, anche maggiormente interessante) dalla presenza, capillare e incisiva, della normativa comunitaria.

È questa, dunque, la prima caratteristica della raccolta di studi qui ospitati: la costante attenzione all’influenza prodotta dall’ordinamento europeo. Essa traspare in tutti i contributi, ove gli autori, operando in piena coerenza rispetto al tito-

lo, si impegnano a guidare il lettore lungo lo spazio, spesso tutt'altro che limpido e netto, definito dall'incrocio tra normativa comunitaria e diritto interno.

D'altro canto, l'operatore del diritto, chiamato a risolvere problemi concreti, spesso, non potrebbe oggi adottare una prospettiva diversa e, dunque, sicuramente apprezzerà lo sforzo di sistemazione, di descrizione e di approfondimento che, lungo la direttrice testé indicata, è condotto in sede di esame di vari istituti.

Proprio lo specifico punto di osservazione qui adottato, va tra l'altro osservato, spiega perché non tutta l'area della contrattualistica pubblica sia oggetto di analisi: il volume, infatti, si concentra su quei profili ove maggiore è stata l'incidenza comunitaria, in ogni caso trattando anche di istituti più di dettaglio che non sempre ricevono la dovuta attenzione in sede di analisi e di commento della normativa.

Si è parlato più sopra dell'"operatore del diritto", soggetto astratto effettivamente identificabile quale lettore ideale prescelto dai Curatori e dagli Autori. Questa precisazione, tuttavia, ove estremizzata, sarebbe ingenerosa, posto che pure il teorico, scorrendo le pagine del volume, troverà preziosi riferimenti e numerosi stimoli per la propria riflessione, anche in ragione del fatto che, spesso, risultano in esse messi a tema problemi legati alle direttive di nuova generazione che – ancora una volta – incideranno nel futuro prossimo sul nostro quadro normativo, tutt'altro che stabilizzato.

5. Si diceva, più sopra, del dato giuridico europeo. Esso, in realtà, è composto non solo dalle fonti scritte, ma, in misura assai rilevante, anche dalle decisioni della giurisprudenza comunitaria, spesso impegnata a elaborare istituti che poi il legislatore comunitario si è fatto carico di tradurre in norme scritte.

Gli esempi sono innumerevoli e il lettore potrà facilmente scorgersi muovendosi all'interno dei vari contributi. Ciò che si intende qui sottolineare è che la rilevanza dell'intervento pretorio costituisce un fattore di ulteriore complicazione per l'attività svolta dall'operatore del diritto, atteso che la giurisprudenza procede per casi. Nonostante sia abbastanza diffusa la speranza che, guardando al "responso" del giudice comunitario, si possa ricavare la soluzione definitiva dei problemi italiani (si pensi al tema dell'*in house*), le indicazioni che le sentenze della giurisprudenza comunitaria forniscono non sempre sono davvero risolutive, proprio perché il giudice, facendo in fondo il proprio mestiere, elabora una decisione che risponde a un caso concreto.

Aumenta, allora, lo spazio per l'attività interpretativa di cui dispongono l'operatore del diritto e lo studioso (soprattutto nazionale, meno abituato a confrontarsi con un condizionamento giurisprudenziale che appare più simile a quello che si riscontra, ad esempio, nell'esperienza inglese), così come diventa ancora più rilevante seguire il dialogo con la giurisprudenza interna, impegnata a tradurre e adattare sul piano interno le indicazioni europee.

L'attenzione costante e puntuale al dato giurisprudenziale costituisce un'altra caratteristica dei contributi ospitati nel Volume.

Ciascuno di essi, infatti, dopo aver dato doverosamente conto del condizionamento comunitario, passa in rassegna gli orientamenti giurisprudenziali del giu-

dice nazionale, offrendo al lettore una preziosa mole di dati, utili anche sul piano pratico.

6. L'analisi che viene condotta nel corso dei lavori ospitati nel volume, come detto, si incentra anche sul dato comunitario.

Tuttavia, a contrario, questo “taglio” specifico può utilmente essere valorizzato per ricordarci che quella matrice comunitaria non esaurisce totalmente il diritto dei contratti pubblici.

Vero è che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 401/2007, cui più sopra si è fatto cenno, ha sottolineato il “definitivo abbandono” della concezione contabile onde giustificare l'ancoraggio della materia al settore della tutela della concorrenza (in sostanza, così certificando l'incidenza del diritto comunitario). Tuttavia, ancora una volta, l'operazione interpretativa va letta all'interno del complessivo ragionamento formulato per risolvere un problema di legittimità costituzionale di una normativa statale, senza che si possa far dire alla Consulta più di quanto essa intendesse esprimere e, comunque, senza pretendere che essa abbia formulato una ricostruzione teorica compiuta (sforzo che, tra l'altro, spetta alla dottrina). Per altro verso, in seno allo stesso codice dei contratti delle amministrazioni non mancano riferimenti ad altri nuclei normativi, che vanno dalla disciplina sul procedimento amministrativo a quella posta dal codice civile, la cui attenta considerazione non può mancare così nell'inquadramento generale del tema come nella ricerca di soluzioni adeguate a casi pratici.

Insomma, la riflessione sull'incidenza del diritto comunitario è uno sforzo assai salutare perché, portando a identificare esattamente i limiti di quella incidenza, ha il significato di ricordare all'interprete che l'evidenza pubblica non è solo “concorrenza” e che le operazioni contrattuali gestite dalle amministrazioni non sono prese in considerazione dall'ordinamento unicamente al fine di soddisfare la propensione al profitto delle imprese che, operando sul mercato, aspirano a diventare contraenti.

L'interesse pubblico e, più nel dettaglio, le istanze dei cittadini e degli utenti, nonché il valore del corretto uso delle risorse, sono profili di cui l'interprete e l'amministrazione non possono non tener conto.

Questa, dunque, è una prima raccomandazione di cui l'interprete deve prestare attenzione quando si confronta con il tema della “comunitarizzazione” dell'evidenza pubblica: d'altro canto, a ben vedere, anche nel diritto europeo si trovano conferme sempre maggiori – si pensi al delicato tema delle clausole sociali – della necessità di ampliare l'orizzonte di riferimento.

Va poi sottolineato anche un secondo motivo di riflessione: il diritto comunitario non è così pervasivo o inesorabile come, spesso, forse frettolosamente, il giurista italiano è portato a pensare.

Si pensi alla standardizzazione di tutte le scelte compiute dall'amministrazione in vista della tutela della concorrenza: essa, probabilmente, non è possibile in assoluto, forse non sarebbe auspicabile in concreto e, comunque, neppure è sempre imposta dal diritto europeo.

Spesso, invece, il legislatore italiano, magari condizionato dalla preoccupazione di limitare la discrezionalità che le amministrazioni danno prova di usare in modo scorretto, ha interpretato le norme comunitarie come se esse inequivocabilmente imponessero di dettare regole dettagliate e puntuali.

Come da tempo chiarito dalla dottrina, però, a livello di giurisprudenza comunitaria non mancano segnali a favore della sussistenza di margini di flessibilità (emblematico è quanto deciso da Corte giustizia, 7 ottobre 2004, n. C-247/02, che ha censurato la normativa italiana che imponeva alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso); le fonti europee, inoltre, fanno spesso riferimento a istituti duttili e elastici; infine, anche le direttive di quarta generazione, in via di approvazione, ad esempio in tema di concessione, si limitano a porre principi, evitando di entrare troppo nel dettaglio; più in generale, in taluni casi (ad esempio nel settore dei servizi pubblici: v. quanto chiarito da Corte cost. n. 325/2010 cit. e, in sede di ammissibilità dei quesiti referendari in tema di servizi pubblici, n. 24/2011), il legislatore italiano ha scelto di introdurre una normativa pro concorrenziale più rigorosa di quella imposta dal diritto europeo.

Il diritto comunitario, dunque, fa leva anche sulla capacità delle istituzioni di mediare tra necessità di rispettare i principi del mercato e esigenze di flessibilità (e dunque si appella alla “responsabilità” dei soggetti nazionali).

Questa capacità, a tutti i livelli, incluso quello operativo, dovrà particolarmente essere affinata nel momento in cui l’evidenza pubblica è non già pensata o studiata in astratto, ma gestita in concreto in un contesto di grave crisi economico-finanziaria, quale è quella che viviamo in questo torno di anni.

L’azione corretta del potere che decide di stipulare contratti, infatti, sarà, se possibile, ancora più importante posto che essa si svolge in un mercato ove gli operatori privati spesso sono in difficoltà e nel quale le risorse sono più limitate e, dunque, più preziose. Non è un caso che le proposte di direttiva di quarta generazione contengano misure a favore delle piccole e medie imprese (per altro verso, la Commissione già nel 2008 aveva varato un Codice europeo di buone pratiche per facilitare l’accesso delle PMI agli appalti pubblici), le quali, soprattutto in Italia, sono da considerare protagonisti essenziali nel tessuto economico e produttivo.

Si potrebbe malignedmente osservare che il legislatore domestico ha scelto di affrontare da un punto di vista diverso il problema della stabilità dei contratti sul mercato e, dunque, indirettamente, della garanzia della concorrenza: aumentando il contributo unificato, risulta oggi molto difficile, per i concorrenti esclusi, la contestazione dei risultati delle gare, con buona pace delle esigenze di protezione del mercato.

Anche su questo piano, peraltro, a tacere dai principi nazionali, il richiamo al diritto comunitario – posto che il “controllo giurisdizionale” è anche funzionale a garantire la concorrenza – e la sottolineatura del principio di effettività della tutela potrebbero essere impiegati per gettare uno sguardo critico e consapevole sul sistema italiano, così approfonditamente analizzato dal volume curato da Gian Antonio Benacchio e da Michele Cozzio.