

La trasposizione delle direttive europee tra obblighi di armonizzazione e opportunità di riordino della normativa nazionale, con particolare riferimento alle concessioni*

di Alberto Massera

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

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

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

* Relazione presentata al Seminario tenutosi a Pisa il 24.6.2016 per la discussione dei lavori relativi al progetto di ricerca di Ateneo sul tema *Il Partenariato pubblico-privato alla luce delle nuove direttive europee* (il testo definitivo sarà raccolto nel volume conclusivo con i tipi dell’editore Giappichelli).

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

Il secondo concerne il trattamento specifico, mediante un apposito Capo (o Titolo) composto da quattro articoli, che tutte e tre le direttive riservano a essenziali vicende attinenti alla fase dell'esecuzione del contratto, quali il subappalto, le modifiche e la risoluzione del contratto (artt. 70-73, dir. 24; artt. 87-90, dir. 25; artt. 42-45, dir. 23); vale a dire alla fase dell'intera operazione economica formalizzata mediante la veste giuridica del contratto che finora era stata pressoché completamente trascurata dal legislatore europeo, concentrato piuttosto sulla fase dell'aggiudicazione in quanto ritenuta la più rilevante (se non l'unica necessitante di adeguata presa in considerazione) per le finalità pro-concorrenziali della disciplina stessa e a monte per salvaguardare il rispetto delle libertà economiche sancite dai Trattati.

Il terzo è costituito dall'inclusione nel quadro regolatorio, a seguito della riflessione avviata in vista della nuova riforma con la pubblicazione il 27 gennaio 2011 da parte della Commissione di un Libro verde intitolato alla «Modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti», di un distinto orientamento volto a creare le condizioni affinché gli appalti pubblici possano svolgere un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, con l'intento (come si legge dal *Considerando* n. 2 della dir. 2014/24, ma formulazione in buona misura analoga seppure con diversa articolazione del discorso si può trovare nella dir. 23/2014, *Considerando* n. 4)², « di accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e

¹ Cfr. fin da ora, il volume collettaneo *Modernising Public Procurement: the New Directive*, F. Lichère, R. Caranta, S. Treumer (eds.), Copenhagen, 2014, e *ivi*, in specie per il secondo e il terzo dei temi indicati nel testo, S. Treumer, *Regulation of Contract Changes in the New Public Procurement Directive*, M. Trybus, *The Promotion of Small and Medium Sized Enterprises in Public Procurement: A Strategic Objective of the New Public Sector Directive?*, e D.C. Dragos, B. Neamtu, *Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects*, rispettivamente 281ss., 25ss., 301ss.

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

permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale », e quindi, in definitiva, rendendo possibile la finalizzazione dei contratti pubblici anche alla realizzazione degli obiettivi delle politiche pubbliche.

Quest'ultimo tema, in particolare, ma più in generale l'aumento del tasso di flessibilità del regime precedentemente vigente, connotato in più punti dalla normativa del 2014 - e dovuto da un lato proprio all'assoggettamento a dettagliata (per quanto ridotta rispetto al contratto di appalto) disciplina di armonizzazione di un contratto, quale quello di concessione, largamente caratterizzato finora negli ordinamenti nazionali dalla libertà di decisione dei legislatori e delle amministrazioni e da una forte impronta nel segno vettoriale della relazione fiduciaria con l'operatore economico prescelto, dall'altro all'introduzione e generalizzazione di pratiche contrattuali già in atto in alcuni degli Stati membri e fortemente supportate in special modo da operatori del settore e da commentatori provenienti dagli ambienti caratterizzati dalla prevalenza della cultura di matrice anglosassone appunto nel segno della modernizzazione delle procedure contrattuali - ha quasi inevitabilmente condotto a un quadro regolatorio meno evidenziato dai tratti marcati della rigidità dei passaggi procedurali volti a circoscrivere la decisione contrattuale dell'amministrazione e della "distanza" imposta alla stessa amministrazione nei confronti degli operatori economici, e più colorato con i segni recati dalla discrezionalità delle scelte amministrative di procedura, dall'autonomia nei momenti di autodeterminazione circa lo specifico assetto degli interessi e dal dialogo con i soggetti interessati alla concreta transazione economica. Ciò ha altrettanto quasi inevitabilmente prodotto anche l'effetto di una certa qual tensione tra gli obiettivi originali della regolazione europea - certamente connotata in modo forte, come si è già avuto modo di ricordare, dalla protezione degli interessi transfrontalieri inerenti alle libertà garantite dal diritto dei Trattati agli operatori economici e del connesso assetto effettivamente aperto alla concorrenza del mercato rilevante dei contratti pubblici come parte del mercato unico - e i "nuovi" obiettivi esposti nel pacchetto legislativo 2014, volti ad assicurare spazio a interessi pubblici e collettivi meno contrassegnati dall'impronta economicistica³.

Tensione che si è del resto prodotta innanzitutto all'interno delle stesse istituzioni europee, come è testimoniato dal lungo e articolato processo nel quale si è collocato il talvolta serrato confronto soprattutto tra Parlamento e Commissione svoltosi fino all'adozione dei testi finali del febbraio 2014. Ma tensione che non sembra aver risparmiato totalmente neanche il confronto con l'*acquis comunitaire* rappresentato dalla corposa e fondamentale giurisprudenza in materia. Si avrebbe una

³ Eppure non omogenee sono state, nella dottrina nazionale, le prime letture circa la portata del cambiamento di indirizzi indotto dalle direttive del 2014: si pongano a confronto, ad es., seppur con riferimento al solo ambito espressamente osservato, E. Follieri, *I principi generali delle direttive comunitarie 2014/24/UE e 2014/25/UE* e L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, entrambi gli studi consultabili in www.giustamm.it, 2015, n. 4 e n. 9.

visione solo parziale della realtà, infatti, ove si desse per scontato che le direttive del 2014 rappresentano sostanzialmente l'esito di una operazione di codificazione di tale giurisprudenza (come pure per alcune parti certamente va registrato, come per quanto concerne le già segnalate innovazioni in punto di esecuzione del contratto, chiaramente ispirate dagli orientamenti espressi dalla Corte di giustizia con la fondamentale sentenza *Pressetext* circa la nozione di modifiche "sostanziali" operante come limite superato il quale è necessario per l'amministrazione procedere a nuova aggiudicazione, nel presupposto che tali variazioni, ove originariamente previste, avrebbero potuto condurre a un esito diverso della precedente aggiudicazione)⁴. Non mancano casi, infatti, nei quali la disciplina dettata sopravanza in punti o in modi non marginali – ovvero, secondo le diverse prospettive secondo le quali si può dislocare il commentatore, arretra rispetto a – i *dicta* della Corte di giustizia, come nel caso, ad esempio, dell'*in house providing*, o addirittura appare rovesciarla, come nel caso della relazione tra criteri di selezione e criteri di aggiudicazione; oppure non mancano casi nei quali la disciplina dettata non risolve i dubbi o le criticità degli spazi interpretativi lasciati aperti dallo stato attuale del *case law* del giudice europeo, come – per restare sostanzialmente nello stesso ambito materiale del primo esempio – nel caso delle forme di partenariato pubblico-pubblico⁵.

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

⁴ Mettendo così in luce quel profilo pro-concorrenziale che, come si è già anticipato nel testo, è senz'altro alla base dell'intervento regolatorio delle direttive UE anche su questa fase dell'attività contrattuale pubblica (la sentenza della Corte di giustizia sopra menzionata è la sentenza in causa C-454/06 del 19.6.2008)

⁵ Cfr. rispettivamente, S. Treumer, *Evolution of the EU Public Procurement Regime: the New Public Procurement Directive*, in F. Lichère, R. Caranta, S. Treumer (eds.), *Modernising Public Procurement*, cit., 9ss., specie 17-20; J. Falle, *Hamburg Again: Shared Services and Public Sector Cooperation in the Case of Technische Universität Hamburg-Harburg v. Datenlosen Informationssysteme GmbH*, in *Public Procurement Law Review*, 2015, NA123ss.

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

delle direttive e non più solo quelle ove sono simultaneamente presenti almeno due tra appalti di servizi, forniture e lavori, andando a coprire pure le fattispecie che contengono elementi di concessioni ed elementi di appalti (art. 3, dir. 24, e art. 20, dir. 23); c) l'introduzione di una specifica soglia per i contratti relativi ai servizi sociali e ad altri specifici servizi, sottoposti a un regime più leggero e che comunque può comprendere anche la possibilità di appalti riservati a particolari organizzazioni (artt. 4, 74 e 77, dir. 24; art. 8, e 19, dir. 23); d) la già menzionata positivizzazione delle regole di ammissibilità per gli affidamenti *in house* e le forme di cooperazione orizzontale pubblico-pubblico (art. 12, dir. 24, e art. 17, dir. 23); e) il rafforzamento dell'utilizzo delle modalità telematiche di gestione delle procedure contrattuali, ivi compresi per gli appalti da un lato la semplificazione delle regole relative ai sistemi dinamici di acquisizione e dall'altro il pieno riconoscimento del c.d. mercato elettronico (rispettivamente, artt. 22 e 53, 34-36, dir. 24; artt. 29 e 34, dir. 23); f) una maggiore libertà per le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori di negoziazione con gli operatori di mercato, specie per gli acquisti "*off-the-shelves*" nel caso degli appalti e tendenzialmente senza limitazioni oggettuali nel caso delle concessioni: libertà, da un canto, ampliata dall'accesso delle stazioni appaltanti a consultazioni preliminari di mercato (ma senza esclusione anche per la stessa fase della pendenza della gara) nonché dal rinnovato profilo disegnato per le già esistenti forme della procedura negoziata e del dialogo competitivo, ed estesa, dall'altro canto, fino alla formulazione per gli appalti di una nuova procedura competitiva orientata allo sviluppo di nuovi prodotti o servizi, quale il "partenariato per l'innovazione", ovvero, diversamente, fino alla possibilità di rimodulazione dei criteri di aggiudicazione per le concessioni al fine di tener conto di una soluzione innovativa che non avrebbe potuto essere prevista da una amministrazione diligente (rispettivamente, artt. 26, 40 e 47 - ma anche i *Considerando* nn. 42-43 - e artt. 29-31, dir. 24; artt. 30, 37, par. 6, 39 e 41, dir. 23); g) misure di favore per la partecipazione alle procedure contrattuali per l'aggiudicazione degli appalti delle PMI mediante la previsione della divisione in lotti e di un limite massimo all'importo del fatturato richiedibile come requisito (artt. 46 e 58, dir. 24)⁷; h) la presa in considerazione, pur con esiti opposti, di elementi reputazionali riferiti alla concreta capacità esecutiva degli operatori economici, che possono essere fatti rilevare, rispettivamente, secondo un approccio "negativo" ai fini dell'esclusione dalla gara in caso di significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto pubblico o, di converso, secondo un approccio "positivo" ai fini dell'aggiudicazione, in caso di possesso di specifiche qualifiche ed esperienze (artt. 57, par. 4, e 67, par. 2; art. 38, dir. 23);

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

i) la previsione di elementi nuovi o comunque più articolati per una disciplina volta a evitare le turbative alle attività contrattuali pubbliche derivanti da corruzione, collusione, conflitti di interesse, nonché, al contrario, per la valutazione delle misure di “*self-cleaning*” (artt. 24, 41 e 57, dir. 24; artt. 35 e 38, dir. 23); l) la semplificazione degli adempimenti a carico degli operatori economici per la partecipazione alle procedure contrattuali, nell’ambito della quale spiccano per le gare per gli appalti in particolare il DGUE e il registro E-Certis (artt. 58-61, dir. 24); m) la ridefinizione e il differente bilanciamento (seppure in modo diverso tra le due direttive) dei criteri di aggiudicazione e in particolare degli elementi dell’offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell’amministrazione, che consente la diretta presa in considerazione di aspetti sociali e ambientali connessi all’oggetto o dei costi del ciclo di vita del prodotto (artt. 67 e 68, dir. 24; art 41 e *Considerando* nn. 64 e 73, dir. 23).

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

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

1) Le direttive contengono norme obbligatorie, norme cioè che hanno per gli Stati effetti cogenti nel momento del loro recepimento quanto ad articolazione del tessuto dispositivo, anche perché spesso pongono obblighi direttamente in capo alle amministrazioni aggiudicatrici o agli operatori economici (e sono quindi esigibili dalla rispettiva controparte). Esempi di questa figura si hanno

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

⁹ In parte diversa sul punto risulta l’analisi contenuta nel parere n. 855/2016 reso in data 1.4.2016 dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato sullo schema di decreto delegato adottato in vista del recepimento delle direttive nell’ordinamento nazionale (15).

nelle disposizioni concernenti il metodo di calcolo delle soglie di valore economico dei contratti ai fini della sottoposizione alla disciplina delle direttive (art. 4, dir. 24, e art. 8, dir. 23), la determinazione delle specifiche tecniche e dei requisiti funzionali delle prestazioni richieste (art. 42, dir. 24, e art. 36, dir. 23), gli obblighi di pubblicità della procedura e la pur distinta individuazione delle fattispecie sottratte al vincolo del bando (artt. 49-52 e art. 32, dir. 24; artt. 31-33, dir. 23); e ancora, per gli appalti, le regole valide per i casi in cui sono coinvolte amministrazioni aggiudicatrici di Stati membri diversi (art. 39, dir. 24), e per le concessioni, la durata del rapporto (quanto al suo termine ordinario e alle condizioni per il suo allungamento: art. 18, dir. 23).

Un caso di particolare complessità, nondimeno, è quello del regime delle esclusioni dalla gara: l'art. 57, par. 1, dir. 24, e l'art. 38, par. 4, dir. 23, infatti, dispongono che venga obbligatoriamente escluso dalla procedura per l'affidamento l'operatore economico che sia stato condannato con sentenza definitiva per uno tra questi motivi: partecipazione a organizzazione criminale, corruzione, frode nell'uso dei fondi europei, reati terroristici o a questi connessi, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani. Dato significativo al riguardo, peraltro, è che si tratti di fattispecie che tutte trovano definizione in altri atti delle stesse Istituzioni europee. A quelle è poi aggiunta, rispettivamente dal par. 2 dell'art. 57 e dal par. 5 dell'art. 38, la fattispecie della esclusione per mancata ottemperanza agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali secondo la legislazione dello Stato membro (sia esso quello dove è stabilito l'operatore economico ovvero quello cui appartiene l'amministrazione aggiudicatrice); ed anzi lo Stato membro può a sua volta imporre alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere per questo motivo l'operatore economico anche in assenza di una sentenza definitiva, ma tale ultima disposizione non è più applicabile "quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe". E poi ancora, in base al par. 3 dell'art. 57, dir. 24 (e analogamente nel par. 6 dell'art. 38, dir. 23), "gli Stati membri possono prevedere, in via eccezionale, una deroga alle esclusioni obbligatorie di cui ai paragrafi 1 e 2 [4 e 5, per la dir. 23] per esigenze imperative connesse a un interesse generale quali la salute pubblica e la tutela dell'ambiente. Gli Stati membri possono inoltre prevedere una deroga alle esclusioni obbligatorie di cui al paragrafo 2 [5, per la dir. 23] nei casi in cui un'esclusione sarebbe chiaramente sproporzionata" (casi esemplificati nel prosieguo del rispettivo paragrafo delle due direttive).

2) Le direttive contengono norme che impongono agli Stati membri di disciplinare una determinata materia (peraltro individuata con formula a largo raggio), anche se poi l'ampiezza delle scelte possibili in sede di recepimento è di volta in volta diversamente prevista. Tale ampiezza, invero,

appare disegnata tra un grado massimo, sostanzialmente corrispondente a un regime che assicuri non molto di più delle componenti essenziali dei principi fondamentali (la disciplina dell'affidamento dei contratti per servizi sociali *ex art. 76, dir. 24*, e con portata ancor più ridotta *ex art. 19, dir. 23*)¹⁰, e un grado inferiore, corrispondente a una più articolata pre-determinazione in sede europea delle opzioni regolatorie, in forza della specificazione delle modalità ritenute principali per l'inveramento dell'oggetto della disciplina (la disciplina dei conflitti d'interesse e la disciplina della risoluzione dei contratti, rispettivamente *ex art. 24 ed ex art. 73 dir. 24, ex art. 35 ed ex art. 44, dir. 23*)¹¹, ovvero in forza dell'inquadramento delle opzioni stesse nel contesto delle normative generali nelle materie assunte nell'attuale dimensione multilivello (la disciplina dell'esecuzione del contratto quanto a rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro *ex art. 18, par. 2, dir. 24, ed ex art. 30, par. 3, dir. 23*).

3) Le direttive contengono norme che affidano agli Stati membri la decisione sui modi del recepimento di singoli e specifici punti della disciplina, aprendo lo spazio per l'esercizio da parte di questi della facoltà di introdurre a loro volta norme di specificazione/integrazione/attuazione del dettato europeo. È questo il caso della disciplina degli appalti riservati *ex art. 20, dir. 24*, e parimenti delle concessioni riservate *ex art. 24, dir. 23*, della disciplina del trattamento delle situazioni di esclusione dell'operatore economico in assenza di misure di *self-cleaning ex art. 57, par. 7, dir. 24, ed ex art. 38, par. 10, dir. 23*¹², della disciplina del subappalto *ex art. 71, dir. 24, ed ex art. 42, dir. 23*¹³; nonché, per i soli contratti di appalto, della disciplina delle centrali di committenza come grossisti o come intermediari e anche come prestatori di servizi di consulenza o altre attività ausiliarie *ex art. 37, dir. 24*, e della disciplina degli elenchi ufficiali di operatori economici

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

¹¹ Anche se poi una componente prescrittiva forte, in funzione di una più ampia partecipazione alla procedura in un settore che tradizionalmente ne soffre – come appunto quello delle concessioni – è presente sul punto nello stesso art. 35, laddove con apposito paragrafo, il terzo, è disposto che “per quanto riguarda i conflitti di interesse, le misure adottate non vanno al di là di quanto sia strettamente necessario per prevenire un conflitto di interessi potenziale o eliminare il conflitto di interessi identificato”; fermo restando che in entrambe le discipline è contenuta l'identica previsione per cui le stazioni appaltanti “possono escludere” un operatore economico “se un conflitto di interessi non può essere risolto efficacemente con altre misure meno intrusive”. Ed ancora, per quanto riguarda la disciplina della risoluzione del contratto, va rilevato che essa nella direttiva per le concessioni, con l'art. 44, lett. c), contiene in linea di massima una maggiore apertura all'uso del relativo potere da parte dell'amministrazione in forza di una formulazione a più ampio (in quanto più genericamente descritto) raggio, rispetto alla più puntuale tipizzazione della fattispecie di cui alla corrispondente lett. c) dell'art. 73 della dir. 24.

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

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

riconosciuti *ex art.* 64, mentre per le concessioni il *Considerando* n. 8 della dir. 23 formula una più generica previsione, in forza della quale “gli Stati membri dovrebbero avere la facoltà di completare e sviluppare ulteriormente le norme [di coordinamento] qualora lo ritenessero opportuno, in particolare per meglio garantire la conformità ai summenzionati principi”. In altri casi l’opzione per gli Stati membri è piuttosto quella di porre norme di divieto o di limitazione con riferimento all’ambito di determinate facoltà rimesse alle stazioni appaltanti, oppure di porre norme che prescrivono modi determinati per l’esercizio di quelle facoltà: sono i casi, rispettivamente, ancora per i contratti di appalto, della disciplina del ricorso da parte delle amministrazioni aggiudicatrici a centrali di committenza di altri Stati membri, che non può essere vietato dal singolo Stato membro ma può da questo essere limitato solo a una delle modalità operative dei suddetti organismi (art. 39, par. 2), della disciplina della verifica delle cause di esclusione nel corso della procedura di gara *ex art.* 56, par. 2, oppure della disciplina delle modalità di aggiudicazione dell’appalto suddiviso in lotti (art. 46, par. 3). Ancor più complessa è poi la disciplina dettata dall’art. 67, dir. 24, per quanto concerne *l’offerta economicamente più vantaggiosa* come criterio di aggiudicazione del contratto: se da un lato, infatti, sono “fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di taluni servizi” (par. 1), dall’altro lato “gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici non possano usare solo il prezzo o il costo come unico criterio di aggiudicazione o limitarne l’uso a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o a determinati tipi di appalto” (par. 2), ma sembra poi rimessa alla responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici la individuazione volta per volta delle componenti del criterio in conformità alle prescrizioni disposte direttamente nei loro confronti, con differente intensità di effetto giuridicamente obbligatorio, dallo stesso art. 67 (nonché dall’art 68 per quanto riguarda l’utilizzo del sistema dei costi del ciclo di vita). Dal canto suo, la dir. 23, invero, contiene prescrizioni molto meno puntuali in materia, limitandosi a prevedere che le concessioni devono essere aggiudicate con criteri oggettivi, che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economicamente complessivo per l’amministrazione e che possono includere, tra l’altro criteri ambientali, sociali o relativi all’innovazione (art. 41, parr. 1 e 2), mentre è nei già citati *Considerando* (e in specie nel n. 64) che trova menzione il criterio del ciclo di vita del lavoro o servizio¹⁴.

¹⁴ Per una valutazione critica di questa utilizzazione, per il vero alquanto diffusa nelle direttive qui analizzate, della metodica di *drafting* che sparge formulazioni con portata prescrittiva tra il testo normativo vero e proprio e i *Considerando*, con un qualche effetto di confusione e ambiguità regolativa, v. S. Treumer, *op. loc. cit.*, p. 10 e pp. 21-25. A proposito di quanto detto nel testo, merita comunque di essere ricordato anche il *Considerando* n. 5, ove a corredo della riaffermazione della libertà di organizzazione degli Stati membri per i lavori e servizi si prevede altresì che “gli Stati membri o le autorità pubbliche dovrebbero rimanere liberi di definire e specificare le caratteristiche dei servizi da

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

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

fornire, comprese le condizioni relative alla qualità o al prezzo dei servizi, conformemente al diritto dell'Unione, al fine di perseguire i loro obiettivi di interesse comune” (e, come si può constatare, la formulazione sembra piuttosto riconducibile alla figura di cui di seguito, al punto 5 del testo; ma su questo *Considerando* si veda, sotto altro profilo, anche *infra*).

¹⁵ Norma analoga è del resto presente nella dir. 23 (art. 26, par. 2).

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

5) le direttive contengono norme che prevedono un potere di scelta nell'attuazione intestato alternativamente agli Stati membri o alle amministrazioni aggiudicatrici. Ritornano qui in evidenza, innanzitutto, le disposizioni a recepimento facoltativo circa molteplici cause di esclusione (art. 57, par. 4, dir. 24¹⁶ e il quasi analogo art. 38, par. 7, dir. 23), anche nell'evenienza per la quale il soggetto da escludere sia tra quelli sulle cui capacità l'operatore economico abbia fatto riferimento per soddisfare i corrispondenti requisiti (art. 63, par. 1, c. 2, dir. 24: norma analoga nella dir. 23 è prevista espressamente per il subappalto)¹⁷; altri casi sono costituiti dalle disposizioni in materia di condizioni e modalità del subappalto rilevanti sia per la fase dell'aggiudicazione che per quella dell'esecuzione del contratto (art. 71, parr. 2, 5 e 6, dir. 24; art. 42, parr. 2, 3 e 4, dir. 23), nonché, nel caso degli appalti, dalla disposizione in tema di suddivisione dell'appalto in lotti (art. 46, parr. 1 e 4). La formula linguistica utilizzata è principalmente quella per la quale le amministrazioni aggiudicatrici possono scegliere di operare o meno secondo determinate regole o modalità di condotta, oppure può essere loro imposto dallo Stato di appartenenza di operare secondo le regole o modalità indicate (come per le concessioni nel caso delle regole per le comunicazioni *ex* art. 29, dir. 23, ma è anche possibile che il vincolo posto dallo Stato sia solo previsto come diretto a produrre un effetto negativo, cioè di un divieto o un limite nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici, e allora questi casi si avvicinano a quelli indicati sopra, come variante del modello di regolazione *sub* punto 3). Sorta di varianti linguistiche delle fattispecie finora descritte possono infine essere considerate quelle presenti nella sola dir. 24, all'art. 22, par. 6 (in tema di nuovo di regole applicabili alle comunicazioni), e all'art. 56, par. 3 della dir. 24 (in tema di verifica dei requisiti e

¹⁶ Che è bene leggere alla luce di quella sorta di sigillo delle norme stesse rappresentato dalla sentenza *Generali* del 18.12.2014 pronunciata dalla Corte di giustizia (in causa C-470/13), che valorizza in particolar modo l'esclusione per precedente infrazione alle regole nazionali della concorrenza, accertata con sentenza.

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

delle cause di esclusione e di esercizio del c.d. soccorso istruttorio)¹⁸, in base alle quali, rispettivamente, la possibilità di opzione in capo all'amministrazione aggiudicatrice deve svolgersi "in un quadro globale stabilito dallo Stato membro" o addirittura tale possibilità viene semplicemente meno in vigore di una disposizione contraria dell'ordinamento nazionale (e quindi il soccorso istruttorio non è reso praticabile).

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

La seconda delle opzioni appena presentate era stata da taluni – ivi compreso il redattore di queste note - ritenuta preferibile, a sua volta non per una forma di pre-giudizio altrettanto astratto, ma perché valutata come la più conforme alla *ratio* generale sottesa al più recente *corpus* normativo europeo, e in particolare alla sommatoria delle più importanti innovazioni di regime in esso contenute, *ratio* che può essere riassuntivamente espressa con il richiamo alla giurisprudenza formulata con la sentenza *Sintesi*. Vale a dire, quella sentenza, pronunciata dalla Corte di giustizia ormai giusto un decennio or sono, dalla quale, utilizzando quasi le sue stesse parole ma traslandone

¹⁸ Nella dir. 23 la questione è posta solo sotto il profilo del riconoscimento della facoltà di autocertificazione (art. 38, par. 1). Vale la pena sottolineare che la norma in questione non appare pienamente allineata alla più recente giurisprudenza europea (C. giust. Ue, 10.10.2013, *Manova*, in causa C-336/12).

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

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

²¹ A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2015, 1127 ss., 1136.

la formulazione su di un piano generale e non solo al livello del singolo istituto attinente alla materia, si può estrarre il principio per cui "la fissazione da parte del legislatore nazionale di criteri unici in termini generali ed astratti priva le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari degli appalti, isolatamente considerati, scegliendo per ognuno di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta"²².

Nondimeno, l'assunzione di questa opzione di *policy* recava con sé, in modo anche più sensibile rispetto all'altra, una seconda questione di metodo: vale a dire, sulla base della impostazione premessa, quali strumenti e quali modalità di regolazione sarebbe stato meglio utilizzare. Da questo punto di vista utili elementi di riflessione potevano provenire dal portare lo sguardo all'esperienza del diritto comparato.

In questa prospettiva di analisi veniva in evidenza che in particolare il recepimento delle direttive europee in materia era finora sostanzialmente avvenuto secondo tre modalità diverse²³: attraverso un recepimento di tipo in buona misura letterale, come in UK e nei Paesi che al diritto di quell'ordinamento fanno in larga misura riferimento; attraverso un recepimento tutto orientato a dare corpo all'anima pro-concorrenziale della disciplina su di un impianto di tipo essenzialmente civilistico, come in Germania (specie per i contratti sopra-soglia); attraverso un recepimento complesso che, su di un impianto di tipo essenzialmente pubblicistico, risolvesse al suo interno le tensioni tra i vari interessi pubblici, di vecchio e nuovo tipo, e privati in gioco, come in Italia (e, seppure con le tradizionalmente diverse connotazioni in materia, in Francia). Maggiormente omogeneo era il dato concernente invece la disciplina dei moduli di partenariato pubblico-privato, che di regola ha trovato spazio in atti normativi separati da quelli adottati per il recepimento delle direttive sugli appalti (anche – ma non solo – in funzione della ben differente consistenza, di tipo sia quantitativo che qualitativo, delle regolazioni delle due diverse tipologie di fattispecie contrattuali). Accantonando per il momento la questione da ultimo posta, l'assunzione come segno vettoriale della disciplina della materia dei contratti pubblici del criterio-guida della flessibilità sembrava dover indurre a seguire un modello regolatorio più vicino a quello sperimentato in UK e reiterato in quel Paese, seppure con i dovuti aggiustamenti, come già osservato, derivanti dalla maggiore complessità del livello europeo della disciplina stessa, anche per il recepimento del "pacchetto

²² C. giust. CE, 7.10.2004, in causa C-247/02. In senso conforme a quanto detto nel testo, cfr. R. Caranta, D.D. Cosmin, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. App.*, 2014, 493ss.; sia inoltre consentito il rinvio alla mia *Relazione* sul tema: *Contratti pubblici: quale nuovo quadro normativo*, in Arel, *Contratti pubblici*, Roma, 2013, 93ss.

²³ Cfr. G. Fidone, *Il codice dei contratti pubblici*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, Torino, 2011, 9-13. Per un quadro delle modalità di recepimento delle direttive 2014, alla vigilia della scadenza del relativo termine, cfr. invece il rapporto curato per l'IGI da C. Rangone, *Il recepimento delle direttive appalti e concessioni degli Stati membri*, marzo 2016, in www.astrid-online.it

legislativo” 2014²⁴. Quel modello che, fondato su tecniche di *copy-out*, di prevenzione dei fenomeni di *gold-plating*, di formulazione di *policy instructions and guidance*, nonché di disseminazione delle *best practices*, intende perseguire le finalità di “to make public procurement faster, less costly and enable better value outcomes for Government, industry, and the wider public sector”.

Nel nostro ordinamento una ipotesi di adeguata attuazione di tale modello si poteva ritenere configurabile, per un verso certamente mediante una congrua operazione di *tailoring*, ovvero un’attenta calibratura sulle caratteristiche e sulle problematiche presenti nel sistema italiano (e quindi, ad esempio, con la integrale determinazione a livello della legislazione primaria e seppure con modalità tali da consentirne l’applicazione da parte delle stazioni appaltanti in conformità ai principi di proporzionalità e di adeguatezza rispetto alla fattispecie, utilizzando tutti gli spazi al riguardo aperti dalla presenza di una area di recepimento facoltativo, della disciplina volta a prevenire i rischi malavitosi purtroppo così diffusi nel mercato rilevante); ma per altro verso mediante un orientamento senza remore anche nella direzione di una piena valorizzazione della funzione di vigilanza-regolazione indipendente²⁵ e della sua dimensione europea, assegnata ad una Autorità (oggi l’ANAC) collocata in posizione esterna al tradizionale circuito politico-amministrativo e operante con autonomia di giudizio. Una funzione dalla quale si poteva pensare magari diseparare le competenze di sostegno e di ausilio tecnico-operativo al *public procurement* (si consideri ad esempio, almeno per alcune fattispecie contrattuali, il giudizio di anomalia dell’offerta)²⁶, per essere utilmente spostate almeno per alcuni casi verso le centrali di committenza, come del resto ha autorizzato, in generale, la normativa europea senza per questo intestare in capo ai suddetti organismi un non auspicabile - e certamente non auspicato dal legislatore europeo - (quasi) monopolio della domanda nel mercato dei contratti pubblici²⁷; ma che per converso si poteva pensare di attrezzare con una più incisiva strumentazione (magari con applicazione estesa

²⁴ A tale scopo si può utilmente consultare la documentazione raccolta al riguardo sul sito del *Cabinet Office*, ove è attualmente incardinato l’*Office of Government Commerce – OGC*, originariamente costituito presso il *Treasury* e vero centro motore in questi anni della *policy* nella materia della contrattualità pubblica. Sulle *Public Contracts Regulations 2015*, con le quali è stata assai per tempo recepita almeno la dir. 24/2014, si veda il commento di P. Henty, *Implementation of the EU Public Procurement Directives in the UK*, in *PPLR*, 2015, NA74ss.; elementi sul recepimento in UK e in Francia si possono leggere anche nel *paper* Astrid intitolato *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli e il processo*, ottobre 2015, specie 53-67, e consultabile sul sito www.astrid-online.it

²⁵ Sulla valenza unitaria di questa funzione, che assorbe vigilanza e regolazione in una sorta di “endiadi” caratterizzata dall’imputazione di poteri di tipo direttivo, autorizzatorio, correttivo-integrativo, informativo, ispettivo e sanzionatorio, cfr. C. Celone, *La funzione di vigilanza e regolazione dell’Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012; con riguardo al periodo successivo al 2014, cfr. R. Calzoni, *Spunti sulla funzione di regolazione dell’Anac tra linee guida e segnalazioni*, in *Servizi pubblici locali e regolazione*, a cura di M. Midiri, S. Antoniazzi, Napoli, 2015, 137ss.

²⁶ Che pure, merita di essere ricordato, è espressione di autonomia negoziale, come più volte ha affermato l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, in particolare con le pronunce n. 36/12 e n. 7/2014.

²⁷ Sui rischi insiti in un eccessivo sviluppo della funzione di centralizzazione degli acquisti si veda il confronto tra le opinioni di vari autori in una dimensione comparata contenuto nel volume collettaneo curato da G. Piga e T. Tatrai, *Public Procurement Policy*, Abingdon, 2016, 59-98. Ed è bene ricordare che nella disciplina precedente era da ritenere che gli obblighi di centralizzazione delle acquisizioni non valessero anche per le concessioni: v. ANAC, *determinazione* n. 10 del 23.9.2015, 11-12.

anche ad alcune vicende almeno della fase di esecuzione contrattuale), fornita della capacità per il soggetto titolare di emettere atti non solo di c.d. *soft law* (come è pacificamente ammesso oggi), ma anche atti con effetti (variamente) vincolanti e come tali sanzionabili. Come da un lato è, secondo la normativa vigente fino al 2016, il caso, ad esempio, dei bandi-tipo, corredati, come è noto, da effetti solo relativamente obbligatori per le stazioni appaltanti; e senza che tale disegno, dall'altro lato, mostrasse profili di incompatibilità con il quadro normativo europeo, risultando esso in una certa misura (purtroppo ispirata a evidenti ragioni di cautela) incentivato dall'art. 83, parr. 1-4, della dir. 24/2014 (e analogamente dall'art. 99 della dir. 25/2014)²⁸.

In definitiva, ciò che appariva a non pochi osservatori necessario è che si cogliesse l'opportunità del recepimento delle direttive europee 2014 per dare il via e poi dare attuazione a un percorso di "sapiente" regolazione, che fosse ben consapevole di quali dovessero essere le finalità della regolazione stessa, rimediando ai "fallimenti" del codice dei contratti pubblici, dimostrati dalla sua insufficienza nell'essere fonte di un "diritto ordinato", dal suo effetto di "iperregolamentazione" dell'attività contrattuale pubblica, dalla sua incapacità di "tenuta" complessiva del sistema normativo in materia, a fronte delle interferenze provenienti dai settori amministrativi più disparati o per le finalità pubbliche più diverse²⁹. Ritornando quindi da ultimo ai contenuti della regolazione, come già si è avuto modo di esporre in modo più disteso in altre occasioni³⁰, la finalità in questo campo deve essere quella di costruire le condizioni per un mercato, quello generato dalla domanda pubblica di beni e servizi, efficiente. Ciò implica di operare contestualmente su entrambi i lati del mercato, creando i "giusti" incentivi perché le amministrazioni aggiudicatrici siano "buoni acquirenti" e gli operatori economici siano soggetti affidabili e portatori di innovazione³¹; quindi di puntare non solo alla formazione di *black lists* di imprese e anche di stazioni appaltanti per le quali i fatti abbiano concretamente dato dimostrazione del loro essere sprovviste delle capacità richieste per ben operare sul mercato (come pure opportunamente segnalato già nel 2012 nel Rapporto della Commissione di studio sul tema della corruzione in Italia e di una politica di prevenzione), ma

²⁸ Manca invece una norma analoga nella dir. 23, risultando la portata dell'art. 45, rubricato come "monitoraggio e relazioni", largamente riduttiva rispetto a quella delle disposizioni delle direttive appalti citate nel testo.

²⁹ Di quanto osservato nel testo aveva preso atto da ultimo anche il Consiglio di Stato, che nel già citato parere n. 855/2016 ha parlato di mancato raggiungimento degli obiettivi di chiarezza e sistematicità e di esiti finali di incertezze applicative, di aumento del contenzioso e dei costi amministrativi per le imprese; e un felice spunto in proposito viene da R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, 28 aprile 2016, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/Studiecontributi>, 83, ove osserva che "Il male è che c'è 'troppo' di tutto: troppe regole, troppi soggetti che fanno le re-gole, troppe stazioni appaltanti, troppi operatori economici, troppe deroghe, troppe giurisdizioni che si occupano di appalti, troppo contenzioso".

³⁰ Oltre al già citato studio del 2013, si veda, se si vuole, A. Massera, *Lo Stato che contrae e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP. AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2012, e *Noterelle sui contratti come modalità e strumento di amministrazione*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, a cura di G.D. Falcon, B. Marchetti, Padova, 2013, 249ss.

³¹ Da questo punto di vista è proprio nella dir. 23 per le concessioni che si trova la disposizione forse più significativa (il riferimento è alla previsione di cui all'art. 41, c. 3, invero puntualmente recepita – seppur sempre limitatamente a questo specifico ambito contrattuale – dal legislatore nazionale con l'art. 173, c. 3, d.lgs. n. 50/2016).

anche di vere e proprie *white lists* di soggetti specialisti nel *public procurement*; quindi con l'obiettivo di realizzare una arena nella quale, senza creare barriere di accesso ma utilizzando soprattutto gli strumenti e le modalità di centralizzazione delle informazioni che già attualmente stanno venendo a rendersi disponibili (piuttosto che non valorizzando solo forme organizzative di centralizzazione), possano giocare la loro partita soggetti aperti e facilitati al dialogo nel rispetto dei principi di imparzialità e di concorrenza.

2. Occorre ora confrontare queste riflessioni preliminari e di metodo con i dati di diritto positivo provenienti dalla approvazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11, recante “deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, ... nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”, e successivamente del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Due sono gli elementi, d'altronde del tutto appariscenti, che meritano subito di essere rilevati. Il primo è che il legislatore nazionale ha deciso di giocare la partita dell'adeguamento della normativa interna al nuovo quadro regolatorio europeo rinunciando ad avvalersi dello strumento della legge europea³² per puntare a una più complessa operazione di risistemazione della disciplina sulla contrattualità pubblica inizialmente articolata – secondo il calendario stabilito in delega - in due o addirittura tre tempi: la legge delega, appunto, poi il decreto delegato per l'attuazione delle direttive 2014 (entro il 18 aprile 2016), infine il decreto delegato per il riordino complessivo della disciplina vigente in materia di contratti relativi a lavori, servizi e forniture (entro il 31 luglio), fatta salva la facoltà per il Governo – poi concretamente messa in atto - di adottare un unico decreto delegato entro la prima data, che era quella fissata dal legislatore europeo per il recepimento da parte degli Stati membri.

Il secondo è che il legislatore italiano ha deciso di discostarsi dalle sopra richiamate risultanze provenienti come prevalenti dall'esperienza del diritto comparato e continuare invece lungo la linea istituzionale già seguita con il d.lgs. n. 163/2006, cioè di dare una sede unitaria non solo alla disciplina di appalti nei settori ordinari e appalti nei settori speciali, ma anche tra appalti e concessioni, anzi mantenendo altresì l'integrazione in essa della disciplina delle altre forme di partenariato pubblico-privato, come risultava fino ad oggi dall'art. 3, c. 15ter, e dalle altre disposizioni di specie del codice dei contratti, e come risulta ora dall'art. 1, c. 1, lett. ss) e lett. tt), della legge n. 11/2016 e poi dagli artt. 179-199 del d.lgs. n. 50/2016³³. E ciò laddove di contro il legislatore europeo ha deciso di continuare ad astenersi dal portare sotto il suo ombrello anche

³² Scelta da taluni peraltro criticata: v., ad es., D. Del Gaizo, *Il nuovo codice dei contratti pubblici dall'esame del Consiglio di Stato all'approvazione governativa*, in www.federalismi.it, 2016, n. 8.

³³ Contrariamente a ciò che è stato fatto, ad es. in UK e Germania.

queste forme giuridiche di transazione economica tra l'amministrazione pubblica e uno (o più) soggetti privati operanti nel mercato rilevante, nonostante l'atteggiamento pro-attivo al riguardo tenuto dalla Commissione europea nel già citato Libro verde del 2011 al duplice fine di favorire da un lato lo sviluppo degli investimenti pubblici, di fornire dall'altro un più alto tasso di certezza giuridica al mercato stesso.

Prima di passare a qualche considerazione più specifica con riguardo a questo tema, è bene guardare a come si sono venuti progressivamente sciogliendo – attraverso la legge delega, prima, e il decreto delegato, poi - i nodi insiti nelle modalità assunte dal legislatore europeo nel formare la nuova disciplina e che sono state esposte in precedenza nel paragrafo 1. Risulta naturale da questo punto di vista, come già si è osservato, cominciare l'analisi dai casi riportati alla figura illustrata al punto n. 5), essendo tali casi assolutamente sintomatici al fine di comprendere l'indirizzo di fondo del legislatore nazionale, se orientato o meno, come si è detto, verso un sistema della contrattazione costruito piuttosto secondo forme che ne agevolino la flessibilità e l'adeguatezza ai fabbisogni delle amministrazioni e alla specificità delle fattispecie, rimettendo ad esse decisioni cruciali in merito.

In effetti, non in tutti i casi allora menzionati l'indirizzo legislativo assunto con i criteri stabiliti dalla legge n. 11/2016 è risultato chiaramente delineato. Lo è, invero, innanzitutto con il criterio enunciato alla lett. rrr), ove il legislatore nazionale ha fatto propri tutti gli spazi opzionali lasciati aperti dalle disposizioni delle direttive riguardo al subappalto, avvalendosi anche della clausola, presente nelle direttive stesse, che consentiva agli Stati membri di disporre in materia norme anche più rigorose, tanto che il decreto delegato ha finito per recare una disciplina – all'art. 105 - che in termini numerici ha triplicato i commi contenuti nel corrispondente articolo della dir. 24³⁴. Lo è, in secondo luogo, con il criterio enunciato alla lett. ccc) della legge delega e poi attuato con l'art. 51 del decreto delegato, ove il legislatore nazionale ha rafforzato il *favor* per la partecipazione alle procedure contrattuali delle PMI (pure consentito dalla dir. 24), da un lato disponendo un obbligo di motivazione in capo alle amministrazioni aggiudicatrici per la mancata suddivisione degli appalti in lotti (art. 51, c. 1) e dall'altro prevedendo l'applicazione in più punti delle relative disposizioni anche alle procedure per l'aggiudicazione delle concessioni, aggiungendo altresì la autorizzazione all'introduzione di misure premiali per appaltatori e concessionari che coinvolgano la stessa tipologia di imprese nell'esecuzione dei contratti (art. 95, c. 13). Lo è, ancora, con il criterio enunciato alla lett. z), dell'art. 1 della l. n. 11/2016, ove il legislatore nazionale ha direttamente disposto l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di consentire l'integrazione documentale non onerosa per qualsiasi elemento formale della domanda purché non attinente agli elementi oggetto di valutazioni del merito dell'offerta, con il duplice effetto di estendere il "soccorso

³⁴ Tanto da suscitare qualche dubbio se non vi sia stato uno sconfinamento sul piano del *gold-plating*.

istruttorio” alle procedure per l’aggiudicazione della concessioni (come si è visto, non espressamente previsto dalla dir. 23) e di comportare l’immediato avvio del superamento della disciplina al riguardo posta nel 2014, pure favorevole all’ampliamento della partecipazione, poi implementato – seppure con scostamento dalla norma delegante in punto di onerosità - dal disposto di cui all’art. 83, c. 9, del d.lgs. n. 50/2016³⁵. Mentre in tema di cause di esclusione dalle procedure contrattuali, il legislatore nazionale, in sede di delega, ha preferito concentrarsi sugli aspetti processuali del contenzioso originato dall’impugnazione dei relativi provvedimenti, prevedendo (art. 1, lett. bbb) l’introduzione di un rito speciale in camera di consiglio che ne consenta l’immediata risoluzione e in questo modo ritornando almeno in parte all’assetto normativo originario del codice dei contratti pubblici, che contemplava (alcune) norme di ordine processuale accanto alle norme di ordine sostanziale³⁶. È stato però successivamente l’art. 80, c. 5, d.lgs. n. 50/2016 a utilizzare la possibilità rimessa agli Stati membri dall’art. 57, par. 4, della dir. 24, trasformando in oggetti di valutazione nell’ambito di un sub-procedimento ad esercizio obbligatorio e con garanzia del contraddittorio i motivi di esclusione corrispondenti alle situazioni elencate nella stessa disposizione³⁷.

Il riferimento ai criteri per la disciplina delegata in materia di subappalto e di suddivisione in lotti richiama poi la figura di cui al punto 3) del precedente paragrafo 1 di queste note. Con riferimento

³⁵ Disciplina di favore per l’istituto che ha comunque faticato a trovare applicazione nella giurisprudenza: v. Tar Lazio, n. 14451/2015, Tar Toscana, n. 11/2016 e Cons. Stato, A.P., n. 9/2015, a fronte di Tar Friuli, n. 571/2015 e Tar Piemonte, n. 1335/2015. Quanto all’utilizzo del DGUE da parte degli operatori economici, il criterio di cui alla lett. aa) dell’art. 1 della l. n. 11/2016, che ne ha previsto la facoltatività per gli operatori economici e la sua alternatività con analogo documento predisposto dal Ministero delle infrastrutture, piuttosto che avvalersi della possibilità di rinvio al 2018 prevista dall’art. 90 della dir. 24 (recante le disposizioni transitorie per il recepimento), è stato in buona sostanza accantonato con l’art. 85 del d.lgs. n. 50/2016, probabilmente tenendo conto che a fine gennaio 2016 è entrato in vigore il regolamento di esecuzione 2016/7 della Commissione, che stabilisce il modello di formulario per il DGUE, prevedendo altresì la possibilità per gli Stati membri di disporre o di lasciare alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di disporre l’utilizzazione anche nelle procedure non soggette o soggette solo parzialmente alla disciplina delle direttive 24 e 25 nonché nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni (il rinvio all’aprile 2018 riguarda dunque solo il suo utilizzo in esclusivo formato elettronico).

³⁶ Queste peraltro non sono le sole disposizioni di questo tipo contenute nella legge n.11/2016, in quanto vanno menzionati anche i criteri in merito alle misure cautelari e, se si vuole, i criteri in merito ai metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, inopinatamente affiancati all’interno della lett. aaa) dell’art. 1; i primi sono stati attuati, nel d.lgs. n. 50/2016, con l’art. 204, i secondi con gli artt. 205-211 (nel cui ambito meritano fin da ora segnalazione per un verso il rafforzamento del ruolo delle istanze amministrative indipendenti – l’ANAC e la sua funzione di precontenzioso, la Camera arbitrale costituita presso la stessa ANAC, previa riconduzione alla sola procedura da essa amministrata dei giudizi arbitrali sui contratti pubblici; per altro verso la sorprendente – e seppure “sconsigliata” dal Consiglio di Stato in sede di parere sullo schema di decreto - creazione della figura del “collegio tecnico consultivo” operante per la fase dell’esecuzione). Per indicazioni anche numeriche circa la rilevanza del contenzioso in materia nonché le disposizioni del codice dei contratti pubblici del 2006 che hanno costituito il prevalente punto d’attacco dei ricorrenti, v. G. Mastrandrea, *La legge delega per il recepimento delle direttive tra continuità e innovazione*, in *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, a cura di C. Franchini, F. Sciaudone, Napoli, 2015, 115, e F. Franconiero, *Il recepimento delle nuove direttive sui contratti pubblici*, febbraio 2015, in www.italiadecide.it

³⁷ Occorre altresì segnalare che l’art. 80, c. 1, lett. g), d.lgs. n. 50/2016, statuisce che costituisce motivo di esclusione obbligatoria “ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l’incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione”: in questa formulazione potrebbe annidarsi, anche per il futuro, un qualche allargamento delle fattispecie prese in considerazione rispetto alla disciplina europea.

agli oggetti menzionati in questo contesto, va rilevato, innanzitutto, che il legislatore nazionale ha utilizzato in sede di delega il potere di integrazione/specificazione della disciplina rimessogli dal legislatore europeo formulando nettamente la preferenza per l'offerta economicamente più vantaggiosa secondo un approccio prezzo/qualità o costo/efficacia come criterio di aggiudicazione e stabilendo che il prezzo più basso o il massimo ribasso venga utilizzato dalle amministrazioni aggiudicatrici per contratti con definite caratteristiche tecniche e prestazionali e sotto determinate soglie di importo da stabilire nella sede delegata (art. 1, lett. ff: qui sembrerebbe senza distinguere tra appalti e concessioni, come in effetti si può dire poi confermato dal combinato disposto degli artt. 164, c. 2, e 173, c. 3, del decreto delegato), ma con esclusione già predeterminata (art. 1, lett. gg. e lett. oo) dei contratti relativi ai servizi sociali, ai servizi di ristorazione e a quelli ad alta intensità di manodopera, nonché ai servizi di ingegneria e architettura; in realtà, tuttavia, il decreto delegato (art. 95), pur vincolandola stazione appaltante a un obbligo di adeguata motivazione (comma 5), ha adempiuto a tale compito (nel comma 4) con qualche ambiguità in punto di individuazione delle caratteristiche oggettive dei contratti aggiudicabili con il criterio del minor prezzo e soprattutto ha allargato il raggio di applicazione del criterio stesso in termini quantitativi (per i lavori di importo inferiore a un milione di euro, per servizi e forniture di importo inferiore alla soglia comunitaria)³⁸. In secondo luogo, il legislatore nazionale ha consolidato il suo orientamento di favore – già rafforzato negli ultimi anni – verso la centralizzazione della committenza pubblica, anche in funzione di riduzione delle stazioni appaltanti (art. 1, lett. cc e lett. dd, legge n. 11/2016, artt. 37-41, d.lgs. n. 50/2016), solo corredando tali disposizioni con la previsione di accorgimenti volti a consentire la partecipazione di micro, piccole e medie imprese ma prescrivendo nel contempo – in sede di decreto delegato: art. 37, c. 13 – i limiti del ricorso alle centrali di committenza ubicate in altri Stati membri. In terzo luogo, il legislatore delegato (art. 80, c. 7) non ha mancato di delimitare in via di integrazione e specificazione la disciplina europea in merito al trattamento delle misure di *self-cleaning*, ma ha poi rimesso alla valutazione finale delle stazioni appaltanti la rilevanza delle misure stesse ai fini della “non esclusione” dalle procedure³⁹. E infine con modalità sostanzialmente analoghe il legislatore delegato ha provveduto (art. 112), anche secondo una linea di una certa continuità con quanto già previsto finora nel diritto nazionale, in

³⁸ Va infatti segnalato che complessivamente, aggregando sia i settori ordinari che quelli speciali ed anche le distinte tipologie contrattuali, il numero delle procedure contrattuali perfezionate nel terzo quadrimestre 2015 per importo superiore a 40.000 euro e fino a un milione di euro supera il 91 per cento del numero totale e che di queste circa un terzo corrispondono a contratti per lavori (dati tratti o comunque desumibili dall'ultimo rapporto quadrimestrale sulle procedure contrattuali elaborato dall'ANAC e consultabile sul relativo sito *web*).

³⁹ Non sembra dunque che sia stata espressamente colta l'opportunità segnalata dalla norma europea indicata alla nota 12, anche se non può ritenersi esclusa la sua riconduzione nell'ambito delle “attività di committenza ausiliarie” come definite dall'art. 3, c. 1, lett. m) del d.lgs. n. 50/2016.

merito al trattamento della possibilità degli appalti riservati a soggetti particolarmente meritevoli dal punto di vista sociale⁴⁰.

Meno rilevante, d'altro canto, sotto il profilo della valutazione del metodo del recepimento impiegato dal legislatore mediante le prescrizioni della legge delega e del conseguente decreto delegato, e in specie circa la assegnazione dei poteri di scelta all'interno degli spazi lasciati aperti dalla disciplina europea, è, in ragione della loro stessa conformazione, l'analisi delle figure illustrate negli altri tre punti formulati nel paragrafo precedente. Nondimeno, se per un verso merita comunque di essere evidenziata la possibilità di manovra che nella gestione del rapporto contrattuale viene consentita alla stazione appaltante in punto di risoluzione del contratto sia attraverso il gioco delle soglie stabilite con autonoma determinazione alle modifiche dello stesso regolamento contrattuale (art. 108, in combinato disposto con l'art. 106, d.lgs. n. 50/2016), sia attraverso il recupero nel decreto delegato di poteri di intervento sull'esecuzione rientranti nella tradizione dell'esperienza giuridica nazionale in materia (come la sospensione ex art. 107, la risoluzione per reati accertati, grave inadempimento e grave ritardo da parte dell'appaltatore ex art. 108, commi 2 e ss. e soprattutto il recesso ex art. 109)⁴¹, parimenti merita di essere osservata, per altro verso, almeno la notevole induzione nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici all'inserimento di elementi ambientali e soprattutto sociali (art. 1, lett. ddd, l. n. 11/2016; artt. 30, c. 3, 34, 38, c. 4, 95-97, 100, d.lgs. n. 50/2016) tra i criteri e prima ancora - in forza dell'art. 30 - tra i principi per l'aggiudicazione e per l'esecuzione degli appalti e delle concessioni (basti guardare alla reiterata menzione delle "clausole sociali" per gli appalti e anche per le concessioni: rispettivamente art. 1, lett. fff, ggg nonché lett. iii, l. n. 11/2016; artt. 50 e 112, d.lgs. n. 50/2016). E soprattutto occorre fare segnalazione dei casi nei quali la regolazione di un certo oggetto o di un certo momento rilevante per la procedura contrattuale sembrava in larga parte rimessa dalle direttive alle valutazioni della stazione appaltante, e invece il legislatore nazionale ha preferito provvedere al riguardo con prescrizioni alquanto puntuali e in larga massima esaustive (è il caso delle modalità circa la partecipazione dei raggruppamenti temporanei di imprese: art. 48 del decreto delegato).

In definitiva, da questo primo punto di vista, sembra di poter dire che il legislatore nazionale, pur enunciando con la lett. f) dell'art. 1 della legge delega il criterio inerente al "recepimento degli strumenti di flessibilità previsti dalle tre direttive", si sia in realtà orientato già nella legge stessa - anche in forza dell'assai nutrito insieme di criteri con essa disposti per il successivo atto di esercizio del potere normativo - e poi nel decreto delegato nella direzione di assumere preferibilmente al

⁴⁰ Alla norma indicata nel testo va altresì accostata, per completezza di esposizione circa lo specifico oggetto, quella di cui all'art. 143 del decreto delegato, che recepisce puntualmente l'art. 77 della dir. 24.

⁴¹ Mentre le fattispecie alle quali le direttive applicano l'intervento che dispone la risoluzione del contratto sembrano caratterizzate piuttosto dal manifestarsi di patologie interne all'ordine voluto dal diritto sovranazionale.

livello delle fonti primarie (pur se poi svolte nei modi che si vedranno al paragrafo successivo di queste note), e quindi di sistema, gli spazi di discrezionalità e di autonoma determinazione, quanto agli svolgimenti delle operazioni contrattuali, consentiti dal tessuto con il quale è stata formata l'intelaiatura della disciplina europea. Di ciò sono altresì dimostrazione più generale, già all'interno della delega, non tanto il criterio che dispone "armonizzazione delle norme in materia di trasparenza, pubblicità, durata e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi ad essa prodromiche e successive, anche al fine di concorrere alla lotta alla corruzione, di evitare i conflitti d'interesse e di favorire la trasparenza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione" (art.1, lett. q), chiaramente corrispondente alla necessità di fronteggiare adeguatamente una specificità italiana di contesto economico-sociale, quanto il criterio per cui le procedure riguardanti appalti e concessioni, una volta semplificato e riordinato il quadro normativo vigente, dovranno essere "inderogabili" (art. 1, lett. e). Criterio successivamente implementato dall'art. 32, c. 3, e soprattutto dall'art. 59 del decreto delegato con la riaffermazione della tradizionale preferenza dell'ordinamento nazionale per le "classiche" procedure di gara aperte e ristrette e per converso la puntuale definizione dei presupposti in base ai quali le stazioni appaltanti sono legittimate all'utilizzo delle procedure più innovative e comunque meno rigidamente formalizzate, pur mantenendosi rispettata la deroga, statuita dalla dir. 23 in particolare, per l'aggiudicazione delle concessioni e quindi la salvaguardia della libera organizzazione delle relative procedure da parte delle stazioni appaltanti (art. 166) e della libertà di negoziazione di queste con i candidati e gli offerenti (art. 171, ultimo comma).

Guardando alla seconda questione attinente al metodo del recepimento posta nel paragrafo iniziale, l'analisi dei criteri contenuti nella legge delega e poi degli svolgimenti del decreto delegato consente di esprimere, in prima approssimazione, una valutazione in buona parte positiva⁴². A ciò induce, innanzitutto, la netta ripresa del principio del divieto del *gold-plating*, già stabilito in via generale dalla legge n. 234/2012 (art. 1, lett. a, l. n. 11/2016); principio che sembra in buona sostanza essere rimasto sostenuto anche in sede di attuazione con il d.lgs. n. 50/2016, nei limiti invero resi praticabili da una duplice esternalità: per un verso, quella derivante dallo stesso diritto europeo, laddove si è anch'esso posto in modo più stringente che per il passato il tema della

⁴² Cfr. in merito, le specifiche valutazioni, in momenti precedenti della vicenda del recepimento, di F. Sciaudone, *Le nuove direttive appalti e concessioni: recepimento, elementi critici e opportunità, anche alla luce delle recenti novità normative*, e G. Veltri, *La nuova direttiva concessioni*, in *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, cit., 11ss. e 79ss.; A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., 1151ss.; L. Torchia, *La nuova direttiva europea*, cit., 39ss.; P.L. Mantini, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici*, Milano, 2015, specie 49-63; G. Marchianò, *La regolamentazione della domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2016, 1 ss. Da ultimo, cfr. C. Contessa, *Dalla legge delega al nuovo 'Codice': opportunità e profili di criticità*, in www.giustamm.it, 2016, n. 4; R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.

integrità dell'attività contrattuale pubblica e del contrasto con la corruzione (naturalmente e inevitabilmente aggravata nel momento della sua trasposizione nel quadro della regolamentazione nazionale); per altro verso, quella derivante dalla scelta legislativa nazionale di mantenere l'unità della disciplina sui contratti pubblici (pur nell'abbandono, almeno dal punto di vista formale, dello stesso termine "codice" nell'epigrafe del decreto delegato)⁴³, con il rischio che ne è conseguito – e che molto probabilmente in modo puntiforme si è pure verificato, considerato che la tecnica normativa del rinvio dalle figure "speciali" (nel nostro caso, *utilities*, concessioni e partenariati) alla figura "generale" (qui, appalti) comporta tendenzialmente un affievolimento delle differenze – di un qualche aggravamento, nello specifico, per il regime delle concessioni stesse⁴⁴. In secondo luogo la non trascurabile utilizzazione, anche in dipendenza del punto precedente, della tecnica del *copy-out* nella scrittura delle norme delegate, dovuta anche all'attuazione del criterio (*ex art. 1, lett. d., legge n. 11/2016*) orientato alle finalità di "conseguire una drastica riduzione e semplificazione del complesso delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti e un più elevato livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti"; per questa parte, invero, il legislatore nazionale sembra aver sostanzialmente mantenuto l'impegno assunto, fornendo un testo composto di 220 articoli e 25 Allegati in sostituzione di una normativa complessivamente composta da 731 articoli e 36 Allegati, contenente una disciplina caratterizzata da un sufficiente tasso di organicità e in grado di fornire entro termini brevi tutti gli essenziali elementi di regime (senza la necessità dell'attesa, quindi, del periodo dei cinque anni trascorsi tra l'emanazione della c.d. legge Merloni del 1994 e del suo regolamento o di quello di quattro anni pure intercorsi tra l'emanazione del Codice del 2006 e il suo regolamento). In terzo luogo, l'ampia valorizzazione (a cominciare dal criterio di cui alla lett. t dell'art. 1 della legge delega, ripreso dall'art. 213, cc. 1-2, del decreto delegato, e dal decreto stesso articolato nell'ambito dell'intero testo) del ruolo dell'ANAC come autorità di vigilanza-regolazione indipendente e dello spazio, allargato e rafforzato, disegnato per la sua legittimazione all'esercizio di un potere di *soft law*, o meglio, di regolazione flessibile, come strumento capace di assicurare appunto flessibilità e tempestività di integrazione e adeguamento del regime vigente per la parte più specificamente applicativa ai fini di promozione dell'efficacia e della qualità dell'attività contrattuale pubblica (punto questo, quindi, che si riconnette con tutta evidenza al precedente e sul quale si ritornerà tra breve).

⁴³ Ma poi abbondantemente ripreso nel corpo del testo, a partire dallo stesso art. 1.

⁴⁴E lo stesso discorso vale per i contratti di partenariato (sui quali v. *infra*). Al di là di quanto già osservato in passaggi precedenti delle presenti note, uno degli oggetti maggiormente "sensibili" nella prospettiva trattata nel testo è senz'altro quello dei contratti sotto-soglia, la cui disciplina - art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 – può certamente prestarsi a valutazioni critiche di questo tipo, ma esso rappresenta anche una di quelle parti della materia nelle quali più intensa e più difficile è l'interazione tra gli obiettivi, non poche volte collidenti, dell'efficienza della spesa pubblica realizzata attraverso i contratti e della lotta alla corruzione.

Ma, soprattutto, la legge n. 11/2016 e il d.lgs. n. 50/2016 sembrano comunque corrispondere a esigenze profonde e a problematiche cruciali della contrattualità pubblica, con particolare riferimento anche a quei fattori che già in precedenza anche da chi scrive avevano trovato segnalazione come necessitanti di una adeguata e non timorosa riforma. In particolare, il riferimento è alla qualificazione delle stazioni appaltanti e anche delle centrali di committenza, affidato per l'attuazione all'ANAC sulla base di un DPCM (art. 1, lett. bb e dd, legge n. 11/2016 e art. 38, d.lgs. n. 50/2016), con la connessa riorganizzazione dei compiti in senso professionalizzante all'interno delle pubbliche amministrazioni (art. 1, lett. ll e rr, legge n. 11/2016; artt. 31, c. 9, 101 e 113, c. 4, d.lgs. n. 50/2016), di pari passo con la costruzione, anche questa affidata all'ANAC, di un complesso di garanzie di affidabilità degli operatori economici fondato anche su criteri più strettamente reputazionali atti a dare vita a un sistema di rating di impresa (art. 1, lett. uu, legge n. 11/2016; art. 83, c. 10, d.lgs. n. 50/2016), misure entrambe incardinate in un quadro regolatorio inclusivo, come si è già rilevato, anche di quegli elementi più direttamente rivolti ad assicurare trasparenza e integrità dell'attività contrattuale pubblica⁴⁵, e pensate come strumenti essenziali di contrasto nei confronti di quelle criticità emerse come propriamente specifiche della esperienza nazionale. E in quest'ultima direzione si vedano altre incisive innovazioni di regime quali la formazione di un albo nazionale per la nomina dei commissari di gara per l'aggiudicazione di appalti e concessioni, tenuto dall'ANAC, e di albi nazionali, questi tenuti dal Ministero delle infrastrutture, dei responsabili dei lavori, dei direttori dei lavori e dei collaudatori per gli appalti aggiudicati con la formula del contraente generale (rispettivamente, art. 1, lett. hh, lett. mm, legge n. 11/2016; artt. 77-78 e 196, d.lgs. n. 50/2016), ovvero quali la valorizzazione della qualità della progettazione (ivi compreso il sistema di verifica dei progetti), la limitazione delle varianti in corso d'esecuzione e le specifiche incompatibilità tra le varie funzioni nell'ambito della intera vicenda contrattuale (art. 1, lett. ee, oo e rr, legge n. 11/2016; artt. 23, 24, 26 e 106, nonché artt. 24, c. 7, 26, c. 7, 31, c. 13, e 102, c. 7, d.lgs. n. 50/2016), compreso il divieto del ricorso congiunto della progettazione ed esecuzione dei lavori (con deroga per le sole concessioni e gli altri contratti di partenariato: art. 59, c. 1, ultima proposizione)⁴⁶. Fattori tutti ora rimodellati in funzione di una

⁴⁵ Che potrebbero trovare ulteriore momento di arricchimento anche con la disciplina del trattamento dei protocolli di legalità nell'ambito della individuazione dei requisiti di premialità rilevanti ai fini della qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza, ai sensi dell'art. 38, c. 4, lett. b), n. 1, del d.lgs. n. 50/2016; ciò anche in considerazione del fatto che su tali protocolli si è di recente pronunciata, con esito favorevole circa la compatibilità con il diritto europeo, la Corte di giustizia (sentenza *Impresa EdiluxSrl* del 22.10.2015 in causa C-425/14; e sull'ordinanza del Cgars che aveva promosso il relativo rinvio pregiudiziale v. il commento di F. Saitta, *I protocolli di legalità al vaglio dei giudici europei*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2015, 244ss.). Attualmente il decreto delegato già prevede l'adozione di protocolli di legalità nell'ambito della disciplina dell'affidamento a contraente generale (art. 194, c. 3, lett. d), pure in questo caso anche ai fini della costruzione dell'indice reputazionale dell'impresa.

⁴⁶ Alcune di queste innovazioni di regime sono in particolare state indicate come componenti di un vero e proprio "sistema amministrativo dei contratti pubblici": così A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., 1158-

operazione economica – quella concretamente originata dalla domanda pubblica nel mercato rilevante – che si intende nel suo dover essere come assistita nell’intero svolgimento, dal momento iniziale della programmazione e progettazione, alla aggiudicazione del relativo contratto che ne costituisce la veste giuridica, alla realizzazione e al momento ultimo del collaudo o verifica della prestazione fornita, da modalità tali in grado di assicurare in ogni caso la “ten[uta] in debita considerazione [de]gli aspetti peculiari dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture e dei diversi settori merceologici e di attività” (ancora art. 1, lett. d); vale a dire dei molteplici e variegati interessi (pubblici e privati) che ne sono coinvolti, delle peculiarità dei modi di formazione della domanda pubblica e della stessa posizione contrattuale dei soggetti pubblici, dei distinti rischi (di prezzo, di esecuzione, di corruzione) legati ai comportamenti opportunistici degli operatori economici e alla diversità di incentivi degli acquirenti pubblici, sì da pervenire, anche mediante quelle opportune occasioni di dialogo e di negoziazione rese ora sostenibili, ad esiti di riduzione delle esistenti asimmetrie informative e di incremento del benessere congiunto, quest’ultimo finora ostacolato dalla posizione di “mutua sfiducia” tra i protagonisti del mercato dei contratti pubblici indotta dalla idea di fondo sottesa alla pesantezza e farraginosità del quadro regolatorio nazionale e volta attraverso il restringimento delle maglie della disciplina a rimediare ai duplici fallimenti (quelli del mercato e quelli delle istituzioni)⁴⁷.

È altresì significativo, come si è detto poco sopra, che numerose di queste innovazioni di regime vedano l’ANAC come punto di affluenza dei relativi poteri, che tiene insieme funzioni rivolte all’efficienza del mercato e funzioni rivolte alla prevenzione e al controllo della corruzione, valorizzando così l’intuizione sottesa all’incorporazione nel 2014 dell’Autorità di vigilanza di settore all’interno della stessa ANAC⁴⁸. Ma non possono non rilevarsi due elementi che cospirano in senso contrario, e che sembrano delinearli come componenti di un vero e proprio *vulnus* alla nettezza del disegno percepito.

In primo luogo, alla unificazione delle banche dati esistenti in materia presso l’ANAC (art. 1, lett. q, n. 2, legge n. 11/2016; art. 213, c. 8, d.lgs. n. 50/2016) è stata sottratta, per essere trasferita al Ministero delle infrastrutture (art. 1, lett. z, legge n. 11/2016; art. 81, d.lgs. n. 50/2016), quella già

1160. Peraltro, l’eccezione al criterio, anzi a quella sorta di nuovo principio, dettato dalla legge delega, della separazione tra attività di progettazione e attività di esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto risulta, nel caso del PPP, piuttosto ampia, forse eccessiva rispetto al criterio stesso (v. art. 180, c. 1).

⁴⁷ Sia consentito ancora il rinvio al mio *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., specie 35ss. e ivi gli opportuni riferimenti bibliografici, anche di analisi economica del diritto.

⁴⁸ Cfr. al riguardo, già M. Corradino, B. Neri, *L’Anac nella riforma della disciplina dei contratti pubblici: il recepimento delle direttive appalti*, in *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, a cura di R. Cantone, F. Merloni, Torino, 2015, 175ss.

operante presso l’Autorità e relativa all’accertamento dei requisiti generali di qualificazione degli operatori economici⁴⁹.

In secondo luogo, e soprattutto questo è il punto di massima criticità, se lo spazio confezionato dal legislatore delegato per l’operatività dello strumento regolatorio delle linee guida – e in particolare di quelle intestate all’ANAC - è senza dubbio quantitativamente ampio e qualitativamente rilevante, nondimeno risulta essere uno spazio frastagliato e disarticolato in una molteplicità di configurazioni a titolarità soggettiva differenziata, che non è difficile pensare che possano condurre ad effetti di mancata nettezza di ruoli e di diffuso spaesamento negli operatori. Già un primo – e non banale - elemento critico era insito nella disposizione della legge delega (art. 1, c. 5), per la quale le linee guida di carattere generale formulate dall’ANAC erano configurate solo come proposta di un atto finale destinato a essere formalizzato (ancora una volta) con decreto del Ministro delle infrastrutture (seppure dopo parere delle competenti commissioni parlamentari); elemento da valutare in modo negativo non tanto perché valesse come conferma, quanto piuttosto perché sembrava porsi come fattore di (parziale) trasformazione dell’ANAC in organismo di collaborazione con Governo (soprattutto) e Parlamento⁵⁰. E comunque quelle linee guida “generali” sono ora divenute (art. 214, c. 12) proposte dell’ANAC di “linee guida interpretative e di indirizzo” ad adozione facoltativa e non più necessaria da parte del Ministero, in un contesto nel quale, come puntualmente conteggiato nel parere del Consiglio di Stato, le linee guida (o atti simili) intestate all’ANAC sono diventate 15, e si trovano ad essere affiancate da 16 decreti del Ministro delle infrastrutture, 4 decreti del Presidente del Consiglio, 15 decreti di altri Ministri e perfino un atto demandato a Consip⁵¹. Tutto ciò mentre invece anche in questa materia – che è materia sempre più tecnicamente connotata, tanto più ove si considerino i profili connessi alla interazione tra domanda pubblica e prospettive di innovazione del mercato - è da ritenere necessaria quella separazione di ruoli tra chi pone le regole della competizione e chi è comunque destinato a misurarsi con essa, che l’ordinamento sovranazionale esige in particolar modo per i SIEG, e proprio in funzione della quale vanno pensate e costruite quelle articolate competenze (anche di ordine sanzionatorio) che si intendono assegnate ad una amministrazione distante dalla politica⁵² e che, per un verso, attengono appunto, nel loro

⁴⁹ Eppure la finalità della sua istituzione non era solo quella di “favorire la riduzione degli oneri amministrativi derivanti dagli obblighi informativi”, ma anche (e si può aggiungere soprattutto) di “assicurare l’efficacia, la trasparenza e il controllo in tempo reale dell’azione amministrativa per l’allocazione della spesa pubblica in lavori, servizi e forniture, anche al fine del rispetto della legalità e del corretto agire della pubblica amministrazione e prevenire fenomeni di corruzione” (art. 44, c. 1, d.lgs. 30.12.2010, n. 235).

⁵⁰ In base all’ipotesi formulata da S. Cassese come riportata da Il Sole24ore, *Edilizia e Territorio*, 1.12.2015.

⁵¹ Merita comunque di essere ricordato che molto alto, anche se leggermente inferiore, era il numero di DD.PCM e di DD.MM. previsti dalla normativa del 2006-2010.

⁵² Quanto all’esigenza di una regolamentazione indipendente nel settore basti pensare al ruolo del Ministero delle infrastrutture come stazione appaltante: aspetto questo trascurato da C. Deodato, *Le linee guida dell’ANAC: una nuova fonte del diritto?*, aprile 2016, consultabile su:

complesso, alla vigilanza sulla imparzialità e sulla razionalità economica dell'azione amministrativa nel settore, e che, per altro verso, proprio nello loro sommatoria (che nel caso del ruolo dell'ANAC come disegnato in più punti del nuovo codice arriva a comprendere anche taluni poteri di amministrazione attiva), possono tradursi in una strumentazione idonea a consentire – all'interno del mercato rilevante e giusto in conformità con una logica comportamentale di mercato - l'assunzione di impegni e la formulazione di minacce verso gli operatori economici in esso presenti, che siano credibili e che possano d'altro canto contribuire autorevolmente alla “formazione” della reputazione degli operatori stessi a fronte di stazioni appaltanti a loro volta qualificate nelle loro componenti di professionalità e di integrità.

Altri aspetti della complessiva normativa da poco entrata in vigore sembrerebbero per il vero meritare una qualche considerazione critica: già a cominciare dalla legge delega, ove si potevano notare l'affastellamento senza un ordine agevolmente percepibile di disposizioni recanti i criteri per il legislatore delegato e disposizioni recanti prescrizioni che apparivano invece immediatamente applicabili, di norme a portata generale (appunto in quanto recanti criteri) e norme incentrate su temi molto specifici (anche se certamente socialmente “sensibili”, come i servizi mensa e i *call center*), la giustapposizione tra l'assenza di indicazioni più specifiche di svolgimento su definiti temi oggetto del dettato delle direttive (che invece erano attese, come per quanto attiene proprio alla disciplina delle concessioni) e la presenza di tematiche che a un primo esame avrebbero potuto ritenersi estranee secondo una considerazione maggiormente delimitata nel suo perimetro della materia dei contratti pubblici (come il caso della disposizione contenente il criterio – art. 1, lett.

https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/Notiziasingola/index.html?p=NSIGA_4083068, che sembra piuttosto orientato a configurare per l'Autorità indipendente nel settore un ruolo di “supporto” alle amministrazioni; si veda invece il diverso approccio alla questione, su di un piano più generale, di V. Italia, *Le 'linee guida' e le leggi*, Milano, 2016, e in specie la proposta di guardare ai contenuti delle linee guida secondo la lettura derivante dall'uso della coppia “vincoli generici-vincoli specifici” piuttosto che secondo quella “vincolanti-non vincolanti” (specie 29ss.). E tornando alla nostra materia, del resto, anche la giurisprudenza ha avuto occasione per precisare al riguardo “che le indicazioni dell'Autorità, contenute nei menzionati comunicati, a prescindere dal loro inquadramento dogmatico, assumono, in ogni caso, valenza di canoni oggettivi di comportamento per gli operatori del settore, ... essendo all'Autorità riconosciuti il ruolo di garante dell'efficienza e del corretto e trasparente funzionamento del mercato nel settore dei contratti pubblici...” (Cons. Stato, VI, n. 4358/2015; ma si v. pure Cons. A.P., n. 9/2015); dal canto suo, poi, R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 18-19, ha rilevato, pur all'interno di una valutazione positiva quanto a innovatività e idoneità rispetto al sistema di disciplina precedente della scelta del legislatore delegante, “il rischio concreto che la centralità del vecchio e tradizionale modello regolamentare sia soppiantata da un feudalesimo normativo”. Merita infine di essere per altro verso segnalato che l'ANAC, ai sensi dell'art. 213 del codice e dunque seguendo il modello della legittimazione istituzionale sussidiaria alla carenza di natura più strettamente rappresentativa delle autorità indipendenti per via della implementazione delle forme procedurali di azione e di decisione (su cui v. ad es. Cons. Stato, VI, n. 4874/2014), ha avviato subito dopo l'entrata in vigore del decreto delegato la consultazione degli *stakeholders* su bozze di alcune delle linee guida previste dal decreto stesso (su tale modello e sugli elementi di atipicità dell'ANAC nel panorama nazionale delle Autorità indipendenti cfr. da ultimo N. Longobardi, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in parte poi ripreso e sviluppato dallo stesso A. con spunti maggiormente critici con specifico riguardo ai temi in oggetto - seppure almeno in una certa misura discostandosi dalla impostazione seguita nello studio di Deodato citato in questa stessa nota - in *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in www.giustamm.it, 2016, rispettivamente n. 5 e n. 6, nonché C. Contessa, *Dalla legge delega al nuovo 'Codice'*, cit., 8 ss.).

qqq) - che ha annunciato l'introduzione anche nel nostro ordinamento, in vista della realizzazione di grandi opere pubbliche, di un istituto forgiato sul modello del *débat public*)⁵³.

Ciò vale naturalmente anche per il decreto delegato, a partire da rilievi di ordine formale (ma che poi solo tali finiscono per non essere). Non ci si riferisce solamente a rinvii interni al testo, che in pratica si rivelano almeno in parte impossibili (per mancanza di una parte della disposizione rinviata), o a rinvii a disposizioni preesistenti di altri testi normativi, che compaiono però poi all'interno dell'art. 217, recante l'elenco delle abrogazioni espresse⁵⁴. Ci si intende riferire soprattutto a qualche lacuna probabilmente presente proprio in tale, pur nutrito, elenco di abrogazioni e in particolare alla mancata presa in espressa considerazione, per la parte qui rilevante, della normativa in tema di *spending review*, che inevitabilmente potrà creare problemi di coordinamento per l'applicazione di strumenti di acquisizione come accordi quadro, cataloghi elettronici, piattaforme telematiche di negoziazione e per l'azione delle stesse centrali di committenza e degli stessi soggetti aggregatori; e poi ancora, per un verso, a una qualche debolezza nella disciplina di istituti pure prefigurabili come carichi di una portata innovativa rilevante, come appunto il caso sopra menzionato del dibattito pubblico (di cui all'art. 22 del decreto delegato)⁵⁵, o, per altro verso, alla istituzione (art. 212), pur in assenza di uno specifico criterio direttivo al riguardo nella legge delega⁵⁶, di una "Cabina di regia" presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri con compiti di indirizzo e coordinamento dell'intero settore della contrattualità pubblica, la cui previsione trova un sostegno nelle disposizioni di cui agli art. 83-86 della dir. 24/2014 solamente in ragione della cautela con la quale il legislatore europeo ha deciso, alla fine del processo di formazione del "pacchetto 2014", di risolvere il tema della "governance" del sistema.

⁵³ È il giudizio formulato da M.P. Chiti come riportato ancora nel luogo citato alla nota 50, ma pure da L. Torchia, *La nuova direttiva europea*, cit., specie p. 43; per la parte riguardante la disciplina delle concessioni v. anche U. Realfonzo, *I contratti di concessione dopo la cura europea*, in P. Mantini, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici*, cit., 155-178. Più in generale, nel senso della necessità di separare nella nuova legge sui contratti pubblici tutto ciò che non riguarda la materia dell'evidenza pubblica si era espresso, prima dell'avvio dell'iter di approvazione della legge delega, A. Police, *I contratti pubblici: tra ultime novità legislative ed esigenze di semplificazione*, in *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, cit., 175ss. Eppure, vero è che la disciplina delle misure anti-corruzione e quella della professionalizzazione della funzione di acquisto da parte delle pubbliche amministrazioni sono state indicate anche da ultimo come temi cardine per una efficiente pratica del *public procurement*: v. J. Nunes de Almeida, *Introduction*, in G. Piga, T. Tatrai (eds.), *Public Procurement Policy*, cit., 4-5.

⁵⁴ I casi menzionati nel testo sono, rispettivamente, il rinvio che l'art. 108, c. 1, lett. c, contiene nei confronti del secondo e terzo periodo del comma 1 dell'art. 132, laddove quest'ultimo comma è composto solo di due periodi; il rinvio all'art. 1, c. 20, l. n. 190/2012, contenuto nell'art. 209, c. 1, disposizione che è invece indicata come abrogata (insieme ad altri commi dello stesso articolo della stessa legge) dall'art. 217, c. 1, lett. ii). Altra questione è se, almeno per fattispecie del secondo tipo, possa essere data in via interpretativa una indicazione di senso a quanto rappresentato; rimane infatti l'osservazione avanzata nel testo circa una qualche carenza dal punto di vista della tecnica legislativa.

⁵⁵ L'affermazione di cui al testo meglio si può comprendere ove si confronti la relativa normativa con quella prevista per regolare alcune esperienze regionali in atto nel nostro Paese, come in particolare la normativa in materia disposta dalla Regione Toscana.

⁵⁶ E anche con il criterio di organizzazione valido in generale al momento del recepimento di direttive europee fissato dall'art. 32 della l. n. 234/2012 pure richiamata dall'art. 1, c. 1, della legge n. 11/2016: cfr. C. Contessa, *Dalla legge delega al nuovo 'Codice'*, cit., 11, che ne sottolinea altresì opportunamente l'effetto di rischiosa torsione che introduce nella figura dell'Autorità indipendente.

Quest'ultimo punto, in particolare, può trovare spiegazione, come in precedenza osservato, nella decisione del legislatore nazionale di trattare in unico testo il recepimento delle direttive e poi anche il riordino ad esso conseguente, e quindi la riformulazione della disciplina complessiva degli appalti e delle concessioni e con queste ultime, altresì, delle altre forme di partenariato pubblico-privato. Ed è dunque questo tema che finalmente ci si accinge a trattare (seppure solo per la parte rilevante per l'analisi contenuta in questo testo).

3. Preso atto che nella letteratura in tema di partenariato pubblico-privato (PPP) l'osservazione più diffusa è quella che rileva la difficoltà di rinvenirne una sicura definizione generale almeno sul versante giuridico-istituzionale⁵⁷, stante la disomogeneità delle fattispecie ad esso riconducibili, può essere utile muovere allo scopo da un documento originato nel contesto internazionale, dal quale possono proficuamente trarsi almeno quelle componenti comuni che corrispondono alle finalità e agli elementi strutturali necessari affinché una determinata operazione contrattuale possa essere ascritta alla categoria in questione (utile, dunque, per evidenziare le “invarianti” della categoria stessa).

Secondo il *Guidebook* adottato dalla United Nations Economic Commission for Europe - UNECE, dunque, “Public-Private Partnerships (PPPs) aim at financing, designing, implementing and operating public sector facilities and services. Their key characteristics include:(a)Long-term (sometimes up to 30 years) service provisions;(b)The transfer of risk to the private sector; and (c)Different forms of long-term contracts drawn up between legal entities and public authorities”⁵⁸.

Questo richiamo vale almeno a delimitare il campo rispetto a quelle transazioni economiche che conducono a figure anche giuridicamente diverse. Dalle privatizzazioni, in primo luogo, perché nel PPP non si registra abitualmente una vicenda di trasferimento di proprietà di *assets*⁵⁹ e la responsabilità ultima dell'attività (*accountability*) rimane in capo al soggetto pubblico. Dagli stessi appalti, in secondo luogo, perché in questi manca di regola la complessità propria di una relazione di lungo periodo, venendo essi al contrario a caratterizzarsi come una “*one-off relationship*” . Inoltre, nella prospettiva dell'analisi economica, esso vale in prima approssimazione a evidenziare, sotto il profilo macro-economico, un diverso modo di finanziamento delle infrastrutture e dei servizi di utilità collettiva, sotto il profilo micro-economico, una allocazione dei rischi in grado di spostarne

⁵⁷ Osservazione fatta propria anche in autorevole sede internazionale: v. OECD, *Recomendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships*, May 2012, 19, ove viene rilevato anche che istituzioni come Eurostat, IASB, IMF, IFRS ed altre operano con differenti definizioni. E questo aspetto ritornerà, per una parte specifica, nell'analisi esposta qui sopra nel testo.

⁵⁸ UNECE, *Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships*, New York, 2008, 1.

⁵⁹ Anche se rimane non esclusa la possibilità che l'amministrazione committente possa stabilire la cessione all'operatore economico di immobili pubblici nell'ambito del contributo all'equilibrio economico-finanziario del contratto: così, nel nuovo codice, l'art. 165, c. 2, per le concessioni, e l'art. 180, c. 6, per il PPP.

la sopportazione sulla parte a ciò più idonea, in quanto meglio in condizioni di porre in essere azioni per prevenirlo o per mitigarne l'impatto⁶⁰.

Delimitato secondo un ordine concettuale così sinteticamente esposto il perimetro rilevante, ma in ogni modo accertata la centralità del ruolo del soggetto privato in uno schema cooperativo basato sull'allineamento degli obiettivi di resa del servizio da parte dell'autorità pubblica e di profitto del privato stesso⁶¹, è sul grado e sul modo di coinvolgimento di quest'ultimo che evidentemente fa perno la distinzione tra le diverse fattispecie di partenariato contrattuale, con le connesse conseguenze in punto di disciplina applicabile (che del resto, come si ricorderà tra poco, non è solo quella pro-concorrenziale delle direttive europee sul *public procurement*).

In questo quadro, la legge n. 11/2016 contiene due disposizioni che stabiliscono specificamente criteri di disciplina per il partenariato pubblico-privato (art. 1, lett. ss e lett. tt) e quattro disposizioni che stabiliscono specificamente criteri di disciplina per le concessioni (art. 1, lett. hhh, lett. iii, lett. lll e lett. mmm); a sua volta, il d.lgs. n. 50/2016 contiene quindici articoli specificamente dedicati alla regolamentazione delle concessioni (artt. 164-178) e tredici articoli specificamente dedicati al partenariato (artt. 179-191)⁶². Già questo primo dato puramente numerico mette in evidenza profili di particolarità dell'esperienza dell'ordinamento interno rispetto a quello sovranazionale. Da un lato, infatti, pur avendo per tempo le istituzioni europee preso in considerazione (con una

⁶⁰ Cfr. J. Bensaid, F. Marty, *What Makes Public-Private Partnerships Works? An Economic Analysis*, Prisme n. 27, June 2014, consultabile in www.centre-cournot.org.

⁶¹ Così OECD, *Recomendation*, cit., 19. Come si è illustrato in altra occasione (*Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., 547 ss.) – e qui si può solo ricordare per completezza – lo schema cooperativo di PPP può anche venire a realizzarsi nella forma degli accordi amministrativi, che permangono contraddistinti, peraltro, in relazione al fatto che essi, pur ritenuti manifestazione di un emergente principio ordinamentale di “leale collaborazione” tra amministrazione e privato, restano espressione di un potere discrezionale puramente inteso; diversamente, cioè, dal potere che nell'attività contrattuale in senso proprio è ad esso assimilato ma che è in buona sostanza ristretto alla funzione di determinazione e gestione delle modalità di individuazione della controparte privata in condizioni di par condicio tra gli interessati (ché anzi per gli accordi la controparte è spesso già predeterminata o predeterminabile sulla base della norma che definisce la fattispecie astratta di potere discrezionale), in questi casi tale potere, manifestandosi nella sua veste più consueta, attiene piuttosto alla determinazione ultima circa la conformazione concreta delle specifiche fattispecie, a partire proprio dalla decisione circa l'assunzione della forma negoziata di svolgimento del potere e l'accantonamento del modulo tradizionale di esercizio nella forma del *command and control* a favore della messa in gioco di una strategia di adesione, realizzando in definitiva uno scambio pur senza un contratto (in senso stretto). Parimenti, tema qui non trattato è quello della “legittimazione pubblica” del PPP: cfr., per tutti, sul punto, A.M. Reynaers, *Public Values in Public-Private Partnership*, in *PAR*, 2013, 41ss.

⁶² Per il vero, l'art. 179 contiene disposizioni comuni al PPP e all'affidamento a contraente generale (questo poi disciplinato dagli artt. 194-199). Del resto, nella definizione che di partenariato pubblico-privato era stata fornita con l'art. 3, c. 15ter, d.lgs. 163/2006, la figura dell'affidamento a contraente generale era indicata come eventuale fattispecie di PPP, ove ricorressero le condizioni precisate nella disposizione stessa (che non sembrano peraltro presenti nel codice del 2016); comunque tracce di tale assimilazione sono presenti, oltre che nell'art. 179, anche in altre disposizioni del nuovo codice (v. art. 31, c. 13, e art. 185, c. 6). Occorre poi rammentare che, nella parte dedicata ai contratti in tutto o in parte (come per il contratto al quale si fa qui immediato riferimento) esclusi dall'ambito di applicazione del codice stesso (e sui quali v. anche la successiva nota 64), l'art. 19 è specificamente rivolto a disciplinare il contratto di sponsorizzazione di lavori, servizi o forniture di importo superiore a 40.000 euro, in entrambe le sue possibili configurazioni (vale a dire, come sponsorizzazione “tecnica” o come sponsorizzazione meramente finanziaria); alle sponsorizzazioni e forme speciali di partenariato nel settore dei beni culturali è inoltre specificamente dedicato l'art. 151.

Comunicazione *ad hoc* della Commissione nel 2004 e poi ancora negli anni successivi, ma già in precedenza con un paragrafo dedicato all'interno della Comunicazione n. 143/1998 sugli appalti)⁶³ il partenariato pubblico-privato come formula generale riguardante le diverse forme di partecipazione dei capitali privati al finanziamento e alla gestione di infrastrutture e di servizi pubblici, nondimeno hanno poi finito per astenersi dall'intervenire sulla intera materia con un testo di rango normativo formalizzato, decidendo di concentrarsi – e solo da ultimo, come già più volte evidenziato - unicamente sulla figura delle concessioni (di lavori e di servizi); mentre il legislatore italiano già con il codice dei contratti del 2006 e con le correzioni e integrazioni successive non solo aveva dedicato discipline particolareggiate alla concessioni di lavori e alla finanza di progetto (quest'ultima rappresentando piuttosto modalità pienamente alternativa al finanziamento pubblico dell'attività), ma aveva altresì aggiunto elementi più o meno articolati di regolamentazione, all'interno di un quadro definitorio generale, anche per altri tipi di partenariato contrattualizzato, quali la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità e le sponsorizzazioni. Dall'altro lato, mentre il legislatore europeo ha evidentemente inteso graduare la misura di dettagliamento della disciplina (fino alla sottrazione alla disciplina stessa) in relazione ai diversi settori oggetto dell'applicazione del tipo concessorio (in particolare per quanto riguarda la concessione di servizi o per le attività esposte alla concorrenza) e alle caratteristiche del soggetto operante dal lato della domanda (con particolare riguardo alle tipologie di enti aggiudicatori operanti nei settori speciali di cui alla dir. 25/2014), il legislatore nazionale in sede di definizione dei criteri per la delega ha preferito dedicare la metà delle disposizioni sul tema a una particolare specie del *genus* concessorio (le concessioni autostradali), per il resto regolando aspetti essenzialmente collaterali o che si collocano in buona misura a valle dello stesso rapporto concessorio, lasciando quindi al legislatore delegato il compito di procedere alle scelte definitive al riguardo⁶⁴.

Questa asimmetria regolatoria pone una prima questione: quali conseguenze la limitata “europeizzazione” della disciplina del PPP produca sul regime delle figure di PPP diverse dalle concessioni di lavori e di servizi⁶⁵, una volta preso atto che, come il codice del 2006, anche il codice

⁶³ In particolare, merita di essere ricordata la Comunicazione della Commissione COM (2009) 615. Per una rassegna degli svolgimenti dell'esperienza dell'ordinamento sovranazionale in materia e sui vari fattori che rendono difficoltoso il processo di armonizzazione anche della disciplina del PPP, cfr. S.E. Pommer, *Public Private Partnerships*, in *EU Public Contract Law*, cit., 285 ss.

⁶⁴ Anche se merita di essere segnalato fin da ora l'obbligo per i concessionari titolari di affidamenti senza gara di provvedere con procedure a evidenza pubblica all'assegnazione dell'80 per cento dei relativi contratti di lavori, servizi e forniture (art. 1, lett. iii, legge n. 11/2016, e art. 177, d.lgs. n. 50/2016). Occorre inoltre ricordare che in effetti nel Titolo II della Parte I del nuovo codice sono contemplate alcune figure di concessioni escluse dall'applicazione del codice stesso (v. artt. 12, 15, 16, 17 e 18, oltre alle concessioni nei settori speciali aggiudicate ad una *joint-venture* o a impresa collegata ex artt. 6-7); e sotto questo profilo occorre che siano comunque tenuti presenti anche i *Considerando* n. 15-16 della dir. 23.

⁶⁵ È la domanda che opportunamente poneva già M.P. Chiti, *La nuova direttiva concessioni e il partenariato pubblico privato*, in *Il recepimento in Italia*, cit., 147 ss., specie 156-162

del 2016 contiene una elencazione esemplificativa delle figure di PPP contrattuale e una disciplina particolareggiata di alcune di esse (con l'estensione anche ad alcune forme di partenariato sociale: artt. 189-190), contemplando altresì – all'art. 180, c. 8 - una disposizione di chiusura, per la quale le disposizioni comuni si applicano a “qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti” dello stesso art. 180⁶⁶. In primo luogo, con riferimento a quale capacità debba essere riconosciuta all'amministrazione nella programmazione e organizzazione dell'operazione economica destinata a essere realizzata attraverso la veste giuridica propria di una di quelle fattispecie di transazione economica. Infatti, quella “libertà di negoziazione” con i candidati e gli offerenti che l'art. 37, par. 6, della dir. 23/2014 (sviluppando la “libertà di organizzazione della procedura” premessa con l'art. 30, par. 1, nonché quanto preannunciato con il *Considerando* n. 68) vuole che sia garantita alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori che decidono di operare sul mercato avvalendosi dello strumento della concessione⁶⁷, il legislatore nazionale ha puntualmente recepito con l'art. 171, c. 7 (e con la premessa posta all'art. 166) del d.lgs. n. 50/2016⁶⁸; per il PPP, per il quale mancano disposizioni proprie che analogamente esprimano le suddette regole fondamentali, può ritenersi sufficiente il rinvio operato, tra l'altro, alle disposizioni di cui alla Parte III del codice (contenente appunto la normativa specifica sulle concessioni) dall'art. 179, c. 1, ma nei limiti della compatibilità, ovvero il rinvio, contenuto nel comma 2 dello stesso art. 179, anche alle ulteriori disposizioni di cui alla Parte II per quanto distintamente elencato con riguardo alle concessioni dall'art. 164, c. 2, seppure ancora una volta nei limiti della compatibilità, finisce per sottoporre l'utilizzazione del PPP a un non facile bilanciamento di regole e criteri almeno in parte diversamente orientati, e comunque con rischi non secondari di effetti di *gold-plating*⁶⁹? Tutto ciò

⁶⁶ Disposizione che, per altro verso, può produrre l'effetto di dilatare la disomogeneità della nozione stessa di PPP, rafforzando l'impulso a distinzioni e sottrazioni: cfr. A. Travi, *Il partenariato pubblico-privato: i confini incerti di una categoria*, in *Negoziazioni pubbliche*, a cura di AA.VV., Milano, 2013, 10 ss.

⁶⁷ Libertà particolarmente valorizzata per le stesse concessioni, ad es., da G. Veltri, *op. loc. cit.*, il quale poi aggiunge che la negoziazione deve essere opportunamente guidata perché sia “una leale occasione di confronto tra offerenti e amministrazione, nel primario interesse di quest'ultima a ottenere il miglior rapporto qualità/prezzo e dell'impresa ad avere un interlocutore che, fermi i criteri di aggiudicazione, sia pronto a cogliere in contraddittorio con gli altri offerenti, i margini di ulteriori possibili miglioramenti dell'offerta” (p. 90).

⁶⁸ Disposizioni cui può aggiungersi la previsione di cui all'art. 165, c. 3, per la quale nel bando per l'affidamento della concessione “può essere previsto che l'amministrazione aggiudicatrice possa indire, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una consultazione preliminare con gli operatori economici invitati a presentare le offerte, al fine di verificare l'insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità, e possa provvedere, a seguito della consultazione, ad adeguare gli atti di gara aggiornando il termine di presentazione delle offerte”.

⁶⁹ Non trovano ad es. espresso richiamo per il PPP le disposizioni sulla qualificazione delle stazioni appaltanti di cui all'art. 38 del nuovo codice, che pure, come si è detto, costituiscono una delle innovazioni centrali di regime; ma si può ragionevolmente pensare che in questo caso supplisca il richiamo alla portata assolutamente generalizzante da riconoscere al relativo criterio direttivo di cui all'art. 1, lett. bb), legge n. 11/2016. Per la rilevanza di un “cambiamento di cultura” delle amministrazioni e dei suoi funzionari nell'applicazione della nuova disciplina di matrice europea cfr., da ultimo, anche G. Marchianò, *La regolamentazione della domanda pubblica*, cit., specie 17 ss.

in presenza di figure contrattuali, come appunto quelle distinte dalle concessioni ma parimenti riconducibili alla nozione di PPP, per le quali secondo il diritto europeo e la sua consolidata giurisprudenza al riguardo le amministrazioni sono direttamente tenute al rispetto dei soli principi rilevanti in materia, con corrispondente limite per il legislatore nazionale, che si è autovincolato a non irrigidire la disciplina rispetto a quanto necessitato dagli obblighi di armonizzazione, a non incrinare quella flessibilità e quell'orientamento al dialogo che sono specialmente propri di relazioni contrattuali costruite in modo da valorizzare se non massimizzare l'elemento della *cooperative governance*⁷⁰.

Fermo restando, per converso, che è da apprezzare come una scelta di buona opportunità quella per cui il legislatore delegato ha preteso (art. 181, c. 3) che la decisione di una operazione di partenariato sia preceduta da una sorta di analisi costi-benefici che, seguendo “le principe d’alignement des choix contractuels aux caractéristiques des transactions”⁷¹, accanto al calcolo di convenienza economico-finanziaria ne stimi gli effetti economico-sociali, nonché da una valutazione comparativa dei modelli di gestione a sua volta orientata quindi, si è ragionevolmente indotti a pensare, non solo all’efficienza ma anche all’efficacia⁷². E inoltre, che comunque anche le altre figure di PPP non sembrano potersi sottrarre, quanto a modalità e condizioni dell’allocazione contrattuale dei distinti compiti che di volta in volta specificamente e in ogni caso cumulativamente vengono assegnati al partner privato nel loro ambito conformemente alle varie formule contrassegnate con gli acronimi *DBO, DFBO, COO, BOOT, O&M, LBO, BBO*⁷³ (formule appunto corrispondenti ai distinti tipi e gradi di coinvolgimento del privato), alla compatibilità con le nuove regole sui conflitti di interesse e sulla salvaguardia della integrità delle procedure contrattuali pubbliche presenti nelle direttive 2014, ora recepite e ampiamente sviluppate nell’ordinamento nazionale, e che nella loro portata risultano assurgere a veri e propri principi per l’azione contrattuale pubblica.

In secondo luogo, pur tenendo conto della appena evocata varietà delle caratteristiche strutturali dei diversi assetti concordati e delle differenti combinazioni possibili quanto alla definizione

⁷⁰ Da questo punto di vista, peraltro, interessante è per i contratti di PPP la disposizione di cui all’art. 181, c. 1, del d.lgs. n. 50/2016 (“La scelta dell’operatore economico avviene con procedure ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo”), perché può essere intesa come volta a eliminare quell’irrigidimento che, per i contratti di appalto, è costituito dalla riproposizione della tradizionale preferenza per le procedure aperte e ristrette.

⁷¹ C. Ménard, J-M.Oudot, *L’évaluation préalable dans les contrats de partenariat*, in *Rev. Fr. Adm. Publ.*, 2009, 349 ss., specie 353 ss.

⁷² Significative indicazioni in tal senso possono del resto già trarsi dalla già citata *determinazione* n. 10/2015 dell’ANAC; e significativamente il nuovo codice (art. 181, c. 4) assegna altresì all’ANAC stessa il compito della formazione di linee guida per il monitoraggio sulle operazioni di PPP. Il d.lgs. n. 50/2016, inoltre, definisce ora in via generale l’obiettivo delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità di tali operazioni (art. 3, c. 1, lett. fff); per altro verso, occorre anche segnalare il comma 4 dell’art. 21, per il quale nell’ambito del programma triennale dei lavori pubblici, “le amministrazioni aggiudicatrici individuano anche i lavori complessi e gli interventi suscettibili di essere realizzati attraverso contratti di concessione o di partenariato pubblico privato”.

⁷³ Cfr. C. Greve, *Contracting for public services*, Abingdon, 2008, 113s s.

dell'aspetto economico-finanziario, l'elemento del "rischio operativo", e della sua traslazione sul partner contrattuale, rappresenta certamente uno dei fattori costitutivi e nel contempo caratterizzanti rispetto ad altre figure contrattuali (a cominciare proprio dall'appalto) delle relazioni di partenariato, come del resto riaffermato da ultimo dal legislatore nazionale nella definizione di PPP posta nell'art. 3, c. 1, lett. eee) del d.lgs. n. 50/2016. Nondimeno, pur essendo di conseguenza parimenti certo che non è il rischio derivante dalla capacità di combinazione dei fattori produttivi da parte dell'operatore economico a poter contrassegnare di per sé il contratto di partenariato al fine di collocarlo nel quadro delle regole europee assicurandogli un trattamento più flessibile rispetto all'"ordinario" contratto di appalto (e in questo senso viene in aiuto anche il *Considerando* n. 20 della dir. 23, che pone invece l'accento sul rischio come "esposizione alle fluttuazioni del mercato"), l'applicazione della nozione alle singole figure di partenariato richiede necessariamente una specifica definizione, mediante attenta calibratura, con riguardo ai singoli tipi che sono ad esso riferibili. Operazione, per il vero, non scontata, se si considera, per un verso, che lo stesso legislatore europeo nella direttiva concessioni ha sì elencato le possibili "specie" di rischio trasferito (rischio sul lato della domanda e rischio sul lato dell'offerta), ma ha anche previsto come eventualità la combinazione delle stesse lasciando però non chiarito il grado di necessità della connessione di ciascuno con una certa "specie" di concessione (ad es., concessione relativa a opera "fredda" – cui pure sembra fare riferimento il *considerando* n. 18 della dir. 23 – oltre che alla più consueta concessione per opera "calda", ma anche concessione relativa a opera "tiepida")⁷⁴. E per altro verso, che ancora il legislatore europeo, nell'individuare le specie di rischio rilevanti per la configurazione stessa della concessione ai fini della disciplina applicabile al contratto (perché senza traslazione anche solo parziale ma ugualmente significativa del rischio di mercato in quanto correlato alla gestione economico-finanziaria dell'opera o del servizio non c'è contratto di concessione, indipendentemente dai compiti conferiti al soggetto privato), ha in una certa parte, non secondaria, utilizzato una terminologia diversa da quella impiegata (rischio della domanda, rischio di disponibilità) da altra istituzione europea in altra sede e per altra finalità (le decisioni Eurostat rilevanti ai fini del computo del deficit e del debito pubblico degli Stati membri e applicative del Sistema europeo contabile SEC del 1995 e ora del 2010). Fatto questo non trascurabile, in quanto è mantenuto nel nuovo codice dei contratti pubblici – e proprio per le finalità da ultimo menzionate – nella sopra citata disposizione contenente la definizione di PPP quel nudo richiamo alle decisioni

⁷⁴ Per una classificazione di questo tipo si veda già AVCP, *determinazione* n. 2 dell'11.3.2010 e poi ancora ANAC, *determinazione* n. 10/2015, mentre in ambito europeo è bene ancora tenere presente l'articolata definizione di rischio economico contenuta in C. giust. UE, 20.3.2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler* (in causa C-274/09, della quale sembra peraltro superata dalla direttiva la configurazione "quantitativa" del rischio rilevante seppure in entità "molto ridotta").

Eurostat che era presente nei parimenti già citato art. 3, c. 15ter, del codice del 2006, appunto nell'ambito della definizione delle figure di partenariato⁷⁵.

Guardando poi più da vicino al tema delle concessioni, già si è rilevato come in realtà l'asimmetria tra regolazione sovranazionale e regolazione nazionale al riguardo sia duplice. La prima, in particolare, è stata segnalata fin dall'inizio di queste note, ma merita di essere ripresa sotto altro profilo. In effetti, il fatto che il recepimento e il riordino della disciplina in materia siano avvenuti all'interno di un testo unificato con la disciplina del contratto di appalto, laddove il diritto europeo ha tenuto questo tipo contrattuale anche formalmente distinto attraverso l'adozione di due testi, in qualche modo superando quell'approccio sempre più omogeneizzante di cui era stata espressione la stessa Comunicazione 2004 della Commissione sul PPP (che in esso - e in particolare appunto nella sua forma contrattualizzata - aveva ricompreso lo stesso contratto di appalto), rischia di compromettere una opportunità per lo stesso legislatore nazionale. Il punto di maggiore criticità di quell'approccio del diritto europeo, infatti, consisteva nella sottovalutazione - se non addirittura nella marginalizzazione - della reale consistenza della fattispecie economico-giuridica messa in atto con la concessione, quando essa ha per oggetto prestazioni inerenti al campo di attività che con il

⁷⁵ Non può essere allora considerata come mero esito del caso la circostanza per la quale i primi commentatori abbiano formulato ipotesi ricostruttive almeno parzialmente diverse sugli ultimi due punti enunciati nel testo: oltre allo scritto di M.P. Chiti citato in precedenza, 152-153 e 159-160, e nello stesso volume collettaneo anche al contributo di V. Nunziata, *Le nuove direttive appalti e concessioni. Concorrenza e mercato*, 97 ss., specie 101-107, cfr. anche M. Ricchi, *La nuova direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul codice dei contratti pubblici*, in *Urb. App.*, 2014, 741 ss. (che peraltro ritiene di poter dare una interpretazione conforme alle disposizioni della dir. 23 e alla decisione Eurostat: 746-747), C. Fidone, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2015, 101 ss., 113-126, e G. Greco, *La direttiva in materia di concessioni*, *ivi*, 1095ss., 1100-1103, nonché i vari contributi che, come oggetto immediato o meno, trattano il tema e sono raccolti nel volume collettaneo a cura di G.F. Cartei e M. Ricchi, *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2015, cui *adde* da ultimo, anche se con più specifico riguardo alle sole concessioni *ex dir. 23*, V. Ferraro, *La concessione e il diritto europeo: il complesso equilibrio tra la tutela della concorrenza e la 'specialità' del regime dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2016, 259 ss., specie 269 ss.; e lo stesso parere del Consiglio di Stato n. 855/2016, 162-164, espone perplessità nella descrizione della fattispecie. Sta comunque di fatto che il nuovo *Manual on Government Deficit and Debt*, adottato per implementare SEC 2010 istituito con il Reg. UE 549/2013 (per il quale - punto 15.41 - "i PPP sono contratti a lungo termine stabiliti tra due unità, sulla base dei quali una unità acquisisce o costruisce una o più attività, le gestisce per un determinato periodo e quindi le cede a una seconda unità"), da ultimo nella versione 2016 continua a utilizzare la denominazione dei rischi rilevanti utilizzata nella nota decisione Eurostat del febbraio 2004 (rischi di costruzione, di disponibilità o di domanda) ed ha inoltre tenuto distinta (p. 323ss.) la valutazione delle concessioni rispetto alle altre figure di PPP in larga - seppure non esclusiva - misura a seconda della principale provenienza dei pagamenti di cui beneficia l'operatore privato per recuperare i costi del finanziamento e realizzare una adeguata redditività dell'investimento (nel primo caso dagli utenti, nel secondo caso dall'amministrazione, anche nella forma dello *shadow toll*); fermo restando che le figure di PPP (in senso più ristretto) in quella sede vengono identificate anche come quelle che comportano la costruzione e gestione di infrastrutture normalmente non soggette ad attività commerciale (come ospedali, immobili scolastici, prigioni, etc.), mentre per le concessioni la qualificazione sembra dipendere dalla convergenza della effettiva traslazione sul partner di tutti i rischi tipizzati. Rimarrebbe quindi da verificare se la diversità di linguaggio è appropriata tenendo conto dei diversi contesti di utilizzo e delle diverse finalità regolatorie (e del resto la distinzione tra il "modello concessorio" e le altre figure di PPP contrattuale era ben presente anche nella Comunicazione n. 327/2004 della Commissione, 9); per una più ampia valutazione di permanente incertezza in materia si veda anche R. Craven, *The EU's 2014 Concessions Directive*, in *PPLR*, 2014, 188 ss., 193. Peraltro va anche rilevato che il legislatore nazionale, avendo legato per il PPP (art. 180, c. 3, del d.lgs. n. 50/2016) il rischio al rispetto dei livelli qualitativi delle prestazioni specificamente valutati *ex ante* e contrattualizzati con l'amministrazione interessata, sembra aver assunto per le figure contrattuali di PPP altre rispetto alle concessioni una distinta configurazione del "rischio operativo".

linguaggio tradizionale del diritto amministrativo degli Stati membri (non casualmente accantonato dal diritto sovranazionale) è denominato “servizio pubblico”, in corrispondenza di una visione riduzionista della sua natura tripolare (amministrazione-gestore-utenti) a una struttura in sostanza bipolare (tipica invece dell'appalto), che escludeva in principio la presa in considerazione degli utenti (ovvero meglio, li prendeva in considerazione come titolari dei comportamenti di consumo dagli esiti della cui sommatoria trova conformazione uno degli elementi, se non l'elemento principale, del rischio operativo). Ora che quella almeno parzialmente forzata sovrapposizione – forzata nella misura in cui tutto sommato risultava contraria alla “natura delle cose” - è stata in principio abbandonata, ora che nell'art. 2 e nell'art. 4 e prima ancora nei *Considerando* n. 5-6 della dir. 23⁷⁶ è ribadito il principio della libertà di amministrazione, ovvero dell'autonomia degli Stati membri nelle decisioni di definizione, organizzazione e gestione dei servizi di interesse economico generale⁷⁷, non sembra azzardata l'ipotesi che il legislatore nazionale avrebbe potuto assumere un orientamento volto a valorizzare la posizione della amministrazione di responsabile ultimo del servizio pubblico e dei principi ad esso tradizionalmente inerenti di eguaglianza, continuità, qualità, che rappresenta tradizionalmente l'elemento qualificante quel campo di attività, senza per questo andare necessariamente alla ricerca nostalgica di una riconfigurazione in senso prevalentemente autoritativo dell'istituto concessorio, ma piuttosto puntando con adeguata consapevolezza, interconnettendoli tra di loro, su elementi quali il piano economico-finanziario, il regime tariffario (per il quale va tenuto comunque conto dei limiti deducibili dai *Considerando* n. 17 e n. 19 della dir. 23) e gli standard delle prestazioni⁷⁸. In merito, invece, la legge delega è rimasta silente; e il decreto delegato si è limitato a ricucire all'interno della disposizione di cui all'art. 166, c. 1, la previsione del diritto europeo (art. 30, par. 1, dir. 23) circa la libertà di organizzazione delle

⁷⁶ E proposizioni largamente analoghe si rinvergono anche nell'art. 1, par. 4, e nei *Considerando* n. 5-7, dir. 24, nonché nell'art. 1, par. 4, e nei *Considerando* n. 7-9, dir. 25; inoltre, seppure con portata e finalità in qualche misura diverse merita di essere menzionato in proposito anche il *Considerando* n. 122 della dir. 24, peraltro non ripreso poi da alcuna disposizione inclusa nel corpo dell'articolato della direttiva stessa.

⁷⁷ Si dà da disciplinare poi in forma anche allargata, in tutte e tre le direttive (art. 1, par. 6, e art. 12, dir. 24; art. 1, par. 4, e art. 17, dir. 23; art. 28, dir. 25), le condizioni alle quali le forme di autoproduzione e di cooperazione amministrativa sono escluse dalla disciplina delle direttive stesse. Il d.lgs. n. 50/2016 ha avuto cura, a sua volta, di ribadire, trasponendo quanto disposto dall'art. 4, par. 2, dir. n. 23, che i servizi non economici di interesse generale non rientrano nell'ambito di applicazione della Parte del decreto stesso dedicata alla disciplina delle concessioni (art. 164, c. 3). Per una applicazione del principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche e di equiordinazione tra le diverse modalità di gestione cfr., recentemente, Cons. Stato, VI, n. 1034/2016.

⁷⁸ E lasciando qui da parte la questione riguardante l'eventuale diversa assegnazione del relativo contenzioso, che è invece un profilo cui dedica particolare attenzione G. Greco, *La direttiva*, cit., specie 1118ss., nella sua analisi che muove anch'essa da un punto di partenza che appare largamente coincidente con quello esposto nel testo. Per una ripresa in considerazione di alcuni degli elementi tradizionali della figura della concessione, seppure per una finalità specifica (concernente la giurisdizione per fattispecie di responsabilità erariale), v. invece Cass., SS.UU, n. 16240/2014. Questione particolare, quest'ultima, riconducibile, peraltro, alla questione più ampia della frammentazione delle fattispecie di responsabilità, considerata come ostacolo a una efficiente gestione dalla parte pubblica dei contratti: si veda di recente F. Lorenzoni nell'Intervento al seminario sul recepimento delle direttive europee 2014 tenutosi a Roma il 19.1.2015, consultabile in www.italiadecide.it.

procedure contrattuali da parte delle amministrazioni aggiudicatrici con la previsione dello stesso diritto europeo (art. 2, par. 1, dir. 23), all'interno del principio di libera amministrazione, circa la individuazione delle modalità migliori al fine di “garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici”⁷⁹.

D'altro canto, se è vero che il bilanciamento tra pubblico e privato, sia quanto agli interessi che agli strumenti da mettere in campo, è un'azione particolarmente sensibile per le operazioni economiche che assumono i connotati di una delle figure di partenariato⁸⁰, proprio per la veste giuridica che queste assumono, di contratti complessi e di lunga durata, è evidente che il regime del tempo e delle sopravvenienze nel corso dell'esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto presenta una caratura particolare, che tanto più merita di essere considerata ora che non è più lasciata completamente alla disciplina nazionale di impronta civilistica⁸¹. Allo stato, le questioni alle quali invia di prima approssimazione sembra opportuno portare particolare attenzione sono le due seguenti.

In primo luogo, il limite di durata della relazione contrattuale e le condizioni del suo allungamento, disposti dalla dir. 23 per le concessioni, si è visto nel paragrafo iniziale costituire elementi di regime stabiliti da disposizioni ascrivibili alla figura di regolazione di cui al punto 1), cioè disposizioni immediatamente obbligatorie per gli Stati. Sotto questo profilo, le modalità del recepimento da parte del legislatore nazionale fanno sorgere, invero, un qualche elemento di perplessità: se i criteri stabiliti dalla legge delega si presentavano come sostanzialmente elusivi al riguardo, l'art. 168 del decreto delegato, concernente appunto la durata delle concessioni, nei due commi in cui si

⁷⁹ Opportunità, quella descritta nel testo, che sembra peraltro destinata ad essere in buona misura recuperata nell'ambito più circoscritto della regolazione dei servizi pubblici locali di interesse economico generale: il riferimento è in particolare agli artt. 4 e 21 ss. dello schema di Testo Unico in materia, in via di adozione in attuazione della delega di cui all'art. 19 della legge n. 124/2015.

⁸⁰ Questione che merita un seppur sintetico cenno, ad es., è giusto quella riguardante la presa in considerazione diretta da parte del legislatore della pluralità di soggetti e quindi della molteplicità di interessi normalmente coinvolti nella realizzazione di una figura di PPP: il d.lgs. n. 50/2016, oltre a confermare al riguardo (art. 165, c. 3) la disposizione già presente nel codice del 2006 in tema di concessioni, ha ora espressamente e incondizionatamente riferito anche al contratto di PPP (art. 180, c. 7) la previsione della risoluzione in caso di mancata conclusione del contratto entro (ora) dodici mesi dalla sottoscrizione del collegato contratto di finanziamento, applicando pertanto anche a tali fattispecie quella sorta di forma di allineamento degli interessi stessi che altrove viene messo in atto con la formula del “direct agreement”: cfr. S. Gentiloni Silveri, *Il coinvolgimento dei finanziatori nei contratti di partenariato pubblico privato: l'accordo diretto*, in *Negoziazioni pubbliche*, cit., 539 ss.

⁸¹ Per quanto nell'ordinamento nazionale questa fase, sul versante dei contratti pubblici, sia stata tradizionalmente interferita da forme di esercizio di un potere di autotutela almeno in alcuni momenti riconducibile alla c.d. autotutela pubblicistica e sia stata altresì più volte incisa negli anni più recenti dagli obblighi di rinegoziazione previsti dalla normativa concernente la *spending review*: lo hanno ricordato da ultimo, rispettivamente, anche R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 64, e L. Torchia, *La nuova direttiva europea*, cit. 37. Vero è, comunque, che la nuova disciplina di matrice europea viene a rafforzare l'obbligo di diligenza dell'amministrazione sia nella preparazione delle procedure di gara, ma soprattutto proprio nella formulazione della clausole contrattuali e delle loro ipotesi di revisione: cfr. R. Cori, I. Paradisi, *La fase di esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici*, in *Negoziazioni pubbliche*, cit., 568 ss.

suddivide contiene la statuizione per cui la durata è “limitata”, ma si sofferma poi piuttosto a definire i parametri alla luce dei quali concretamente quella durata “limitata” potrà essere di volta in volta determinata; non è stato riprodotto, in particolare, quel riferimento alle concessioni ultraquinquennali contenuto nell’art. 18 della direttiva ai fini di delimitarne le condizioni per il superamento, che di contro induce a pensare che proprio il quinquennio sia da ritenere, nelle intenzioni del legislatore europeo, il termine “ordinario” di durata⁸². Per il PPP, poi, considerando per un verso la ormai acclarata mancanza di una base nelle norme europee, per altro verso, l’assenza nel codice di una norma specifica come quella contenuta nell’art. 168, non è azzardato ritenere, sia in ragione del rinvio alla Parte III del codice medesimo operato dall’art. 179 in punto di disposizioni comuni al PPP, sia per la formulazione dell’art. 180, c. 3, che riguarda i contenuti del contratto di PPP e che sembra tesa a modellarsi almeno in parte sul disposto dello stesso art. 168, che possano valere parametri simili di determinazione temporale; ciò ove naturalmente l’allocazione dei rischi inerenti al contratto ne consenta, pur nella specifica configurazione che si è in precedenza discussa, di valutare la maggiore “prossimità” al tipo della concessione (o al contrario la sua maggiore “distanza” dal tipo dell’appalto). Fermo restando che elementi meritevoli di considerazione per la decisione sul caso concreto potranno in ogni modo trarsi da vari passaggi del *Considerando* n. 52 della dir. 23, dove in particolare si può leggere che: a) “La durata di una concessione dovrebbe essere limitata al fine di evitare la preclusione dell’accesso al mercato e restrizioni della concorrenza”; b) tale durata dovrebbe essere determinata comunque “tenuto conto degli specifici obiettivi contrattuali assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti”; c) “la durata massima della concessione dovrebbe essere indicata nei documenti di gara [come in effetti prescritto dal più volte menzionato art. 168, c. 1], a meno che la durata sia utilizzata come criterio di aggiudicazione del contratto. Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori dovrebbero sempre poter

⁸² E va detto che la più fedele trasposizione sul punto – con riguardo cioè alla previsione delle concessioni ultraquinquennali – era per il vero contenuta in una prima versione del comma 2 dell’art. 169, appunto corrispondente all’attuale art. 168; il decreto delegato, sulla scia dei criteri stabiliti dalla legge delega, ha invece dettato una più puntuale disciplina quanto agli affidamenti in essere, con particolare riguardo alle concessioni autostradali (artt. 177-178; v. anche *retro*, nota 64). Parimenti vero è che l’All. V della dir. 23 concernente le informazioni da inserire nei bandi per l’aggiudicazione del contratto di concessione – come aveva rilevato anche C. Contessa, *Le concessioni nella nuova direttiva europea*, in *Appalti e concessioni. Le nuove direttive europee*, Roma, 2015, 157 ss., 177 – sembra sottintendere, con la sua formulazione ipotetica, la mancanza di obblighi puntuali circa la determinazione della durata del contratto stesso, fermo restando il vincolo della sua estensione limitata; ma la formulazione testuale del citato art. 168 risulta aver accantonato tale eventualità, per cui rimane in definitiva il fatto che, come è stato detto da altri (U. Realfonzo, *Le concessioni nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustamm.it, 2016, n. 6, 15, “per tal via è stato del tutto annacquato il disfavore, in linea di principio, della nuova disciplina per l’eccessiva durata delle concessioni, le quali tendono a creare restrizioni e barriere all’accesso al mercato”. Per una più conforme ripresa della formulazione quanto a durata del contratto di concessione della previsione contenuta nella dir. 23 si veda per contro, ad es., il paragrafo 18 delle *Concession Contracts Regulations* 2016.

aggiudicare una concessione per un periodo più breve di quello necessario per recuperare gli investimenti, a condizione che la corrispondente compensazione non elimini il rischio operativo”.

In secondo luogo, le condizioni per l’esecuzione del contratto di concessione previste dalla dir. 23, ivi compreso il regime delle modifiche al rapporto – che pure rappresentano, come già osservato, una delle innovazioni più significative apportate dal pacchetto legislativo 2014 – appaiono sostanzialmente duplicare quelle appunto previste dalla dir. 24 per il contratto di appalto (e analoga osservazione vale per i rispettivi *Considerando*, specialmente proprio in punto di modifiche contrattuali: nn. 75-79 della dir. 23; nn. 107-111 della dir. 24). In questo contesto, per converso, il legislatore nazionale in sede di decreto delegato ha optato – pur in presenza di un assai scarso criterio direttivo al riguardo nella legge delega (l’art. 1, c. 1, lett. hhh), ma, va detto, con opportuna scelta almeno sul piano del metodo - per l’introduzione di qualche elemento di differenziazione.

Così, *per il subappalto* – preso atto della statuizione del divieto, comune ai diversi tipi contrattuali, della catena dei subappalti, invece consentita dal diritto europeo – non solo la disciplina per le concessioni appare più semplice, ma soprattutto sembra muovere dall’idea – stante la formulazione letterale del testo - che per il contratto di concessione il subappalto possa essere inteso (quasi) come la regola (art. 174, c. 2) e non come la deroga al principio dell’esecuzione in proprio da parte dell’affidatario del contratto di appalto, ribadita dall’art. 105, c. 1⁸³.

Così, *per le modifiche al contratto*, oggetto di disciplina europea ai fini di delimitarne il raggio di ammissibilità senza obbligo di una nuova procedura di affidamento, il legislatore nazionale ha espunto per le concessioni nell’art. 175, c. 1, lett. a), il riferimento alle clausole di revisione del prezzo, invece contenuto per gli appalti nell’art. 106, c. 1, lett. a), per puntare piuttosto – in buona sostanza secondo una linea di continuità con il codice del 2006 - sulla disciplina della revisione del piano economico-finanziario allo scopo di renderne possibile la rideterminazione delle condizioni di equilibrio (art. 165, c. 6) come presupposto per la corretta allocazione dei rischi (art. 165, c.2)⁸⁴, nel contempo statuendo espressamente – e pur potendo solo indirettamente ricavare un corrispondente criterio direttivo dall’art. 1, lett. III) della legge n. 11/2016, ma in buona sostanza ricollegandosi

⁸³ Ed infatti l’art. 174, c. 2, recita: “gli operatori economici indicano in sede di offerta le parti del contratto di concessione che intendono subappaltare a terzi”, a fronte della disposizione di cui all’art. 105, c. 4, lett. a), per la quale tale facoltà deve essere prevista espressamente nel bando di gara e conseguentemente autorizzata.

⁸⁴ Resta comunque ferma anche in questa evenienza la necessità del rispetto del limite quantitativo (trenta per cento) stabilito dall’art. 165, c. 2, per la contribuzione pubblica, pur nelle diverse forme ivi previste, al costo dell’investimento complessivo. In base al comma 6 del medesimo articolo, poi, in mancanza di accordo sul riequilibrio, le parti possono recedere dal contratto. Merita comunque di essere evidenziato che il testo della dir. 23 non utilizza formalmente la nozione di equilibrio economico-finanziario (se non nell’art. 43, par. 4, ai fini della individuazione di una delle modifiche contrattuali comunque qualificate come “sostanziali” appunto quando spostino, rispetto alla previsione iniziale, tale equilibrio a favore del concessionario), quanto piuttosto quella di “recupero degli investimenti effettuati” (o dei costi sostenuti), che rileva ai fini della determinazione del rischio trasferito “in condizioni operative normali” (art. 5, n. 1, lett. c), nonché, unitamente a quella di “ritorno sul capitale investito”, ai fini della determinazione della durata massima delle concessioni (art. 18, par. 2).

direttamente a quanto implicato dall'art. 43, par. 4, della dir. 23 - il divieto di proroga della durata delle concessioni (ancora art. 175, c. 1, lett. a), proroga per gli appalti prevista negli stretti limiti di cui all'art. 106, c. 11. Inoltre, può essere interessante, per le ragioni indicate in precedenza in questo stesso paragrafo, l'introduzione da parte dell'art. 175, c. 1, lett. d) relativamente alle concessioni, per quanto concerne le modifiche "soggettive" al contratto, di una autorizzazione del concedente non prevista dalla direttiva ma "ove richiesta sulla base della regolamentazione di settore", mentre è stata mantenuta, come risulta dal confronto dell'art. 175, c. 4, con l'art. 106, c. 2, relativamente agli appalti, la differenziazione già disposta nella disciplina sovranazionale quanto alla determinazione delle soglie e delle percentuali di valore aumentato rispetto a quello iniziale del contratto per la possibilità di modifiche "oggettive" al regolamento contrattuale pur in assenza di una verifica circa il carattere sostanziale o meno delle modifiche stesse (ed invero va tenuto presente che tali valori, insieme ai caratteri di alterità rispetto alle fattispecie di modifiche ritenute "naturalmente" sostanziali dall'art. 43, par. 4, della dir. 23 - come del resto analogamente dall'art. 72, par. 4, della dir. 24 - e alla clausola generale riguardante il mancato mutamento della "natura generale" del contratto, costituiscono i limiti di ammissibilità delle modifiche in questione). Ed ancora, manca per le concessioni la espressa assegnazione alle amministrazioni della facoltà di stabilire nei documenti di gara soglie di importi per le modifiche non sostanziali (art. 106, c. 1, lett. e)⁸⁵, nel mentre che sembra decisamente più leggera per le concessioni stesse, anche in mancanza della ripetizione di una disposizione come quella per gli appalti di cui all'art. 106, c. 8, la disciplina delle varianti in corso d'opera (a meno di non ritenere sufficiente al riguardo il rinvio, pur sempre nei limiti della compatibilità, disposto, come già detto, nell'art. 164, c. 2)⁸⁶.

Così, *per la risoluzione del contratto* – una volta ricordato, come già fatto in precedenza, che già per gli appalti nella parte del d.lgs. n. 50/2016 ad essa dedicata (che pure sembra richiamata dall'art. 164, c. 2) sono ricompresi istituti tradizionalmente contemplati nella legislazione nazionale sui contratti pubblici, come la sospensione, alcune misure di cessazione del contratto e il recesso "pubblicistico", e che quindi in essa è raccolta una maggiore e non facilmente componibile

⁸⁵ Ciò che ha ricadute sulle diverse possibilità di ricorso alla risoluzione del contratto: v. art. 108, c. 1, lett. b), per gli appalti.

⁸⁶ Disciplina delle varianti in corso d'opera che è invece presente, secondo modalità specifiche e dettagliate, per il caso dell'affidamento a contraente generale (art. 194). Inoltre, nell'art. 175 non risulta espressamente riformulata per i contratti di concessione la disposizione concernente il c.d. quinto d'obbligo, contenuta invece per i contratti di appalto nell'art. 106, c. 12 (anche se vanno ricordati al riguardo gli orientamenti interpretativi ribaditi recentemente dal supremo giudice nazionale, per cui nell'appalto di opere pubbliche, "gli aumenti dei lavori o le variazioni richiesti dalla stazione appaltante, che superino il quinto dell'importo delle opere inizialmente pattuite, attribuiscono all'appaltatore, che non intenda assoggettarvisi, un diritto soggettivo perfetto alla risoluzione" e, pertanto, "l'accordo fra le parti per l'esecuzione di tale variante ... deve parificarsi a quello che abbia ad oggetto lavori extracontrattuali in senso stretto e qualificarsi come nuovo ed autonomo contratto modificativo del precedente": v., rispettivamente, Cass., I, n. 10165/2016 e I, n. 18438/2016).

complessità di disposizioni rispetto alle direttive⁸⁷ – per le concessioni il decreto delegato (art. 176, commi 4 e ss.)⁸⁸ ha ritenuto, probabilmente in considerazione del possibilmente notevole valore degli investimenti del concessionario, di dover soffermarsi più in dettaglio, piuttosto che sulla disciplina della procedura, sulla disciplina del trattamento delle conseguenze economiche della risoluzione anche in dipendenza delle giuridicamente distinte fattispecie di responsabilità per la risoluzione stessa, in buona sostanza mediante la riproduzione delle disposizioni contenute nell’art. 158 del d.lgs. n. 163/2006: in particolare quindi prevedendo, tra l’altro, sia in caso di annullamento d’ufficio della concessione per vizio non imputabile al concessionario che di revoca della concessione stessa per motivi di pubblico interesse, oltre che di risoluzione per inadempimento dell’amministrazione⁸⁹, quella misura forfettaria del 10 per cento del valore delle opere o dei servizi ancora da effettuare come indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno che ha pure fatto parte della “storia” degli appalti, e che nel nuovo codice è espressamente prevista per la sola ipotesi del recesso (art. 109, cc. 1-2), per le altre ipotesi di cui all’art. 108 potendo l’appaltatore esercitare il diritto di azione per risarcimento danni.

Per i contratti di PPP il codice non prevede disposizioni comuni al riguardo, fatta eccezione per quella che prevede la possibilità per l’amministrazione aggiudicatrice di versare un canone proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta mancata disponibilità dell’opera o prestazione dei servizi (art. 180, c. 4) e per quella, di più ampia portata, che prevede, analogamente

⁸⁷ Nondimeno è la rubrica dell’art. 176 a risultare più articolata rispetto a quella dell’art. 108, evidentemente per dare ancora maggiore rilievo all’utilizzo per le concessioni dei c.d. poteri di autotutela pubblicistica. Del resto, è significativo che anche in un ordinamento che, come già rilevato, è in prima linea nell’utilizzo della tecnica del *copy-out*, come l’UK, sia stata adottata una disposizione, come la *regulation* 44(3), in forza della quale “To the extent that a concession contract does not contain provisions enabling the contracting authority or utility to terminate the contract on any of the grounds mentioned in paragraph (1), a power for the contracting authority or utility to do so on giving reasonable notice to the concessionaire shall be an implied term of that concession contract”.

⁸⁸ A parte una curiosa inversione tra i diversi tipi contrattuali nel recepimento della fattispecie di cessazione del contratto, necessitata a seguito di accertamento da parte della Corte di giustizia di una violazione del diritto europeo, tra le pur sottilmente distinte formulazioni contenute al riguardo, come già rilevato nella nota 11, nella dir. 23 e nella dir. 24 (peraltro, nel caso del contratto di appalto estesa espressamente all’ipotesi dell’accertamento con sentenza passata in giudicato di una violazione dello stesso codice: art. 108, c. 1, lett. d). Da segnalare anche, nell’art. 108, c. 1, lett. c), altra imprecisione in sede di rinvio, riguardante questa volta proprio le norme sulle concessioni, oltre a quella già segnalata alla precedente nota 54.

⁸⁹ Nel caso di risoluzione del contratto di concessione per inadempimento del contraente privato l’art. 176, c. 7, fa ora espresso riferimento all’art. 1453 c.c.; inoltre il comma 8 prevede che nei casi che comporterebbero la risoluzione per cause imputabili al concessionario sia possibile subentro di altro operatore economico indicato dagli enti finanziatori. È da ritenere che rimanga comunque ferma la disposizione di cui all’art. 21quinquies, c. 1bis, l. n. 241/1990 in caso di esercizio del potere di revoca, relativamente alle distinte previsioni di conoscenza o concorso dell’operatore economico all’atto contrario all’interesse pubblico, con i corrispondenti effetti, sul piano più strettamente giuridico, di limitazione dell’indennizzo, e sul piano fattuale, di incentivo alla astensione da comportamenti opportunistici, particolarmente rilevante per le figure contrattuali, quali tutte quelle comunque riconducibili al PPP, ove è più forte “la libertà di negoziazione” delle parti (cfr., in questo senso, M. Ricchi, *Il partenariato pubblico-privato: nuove competenze e nuovi strumenti di regolazione della P.A.*, in *Negoziazioni pubbliche*, cit., 313 ss., specie 348 ss.). Dal canto suo U. Realfonzo, *Le concessioni nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 27, si interroga circa la possibilità di applicazione al contratto di concessione anche dell’art. 1467 c.c. (peraltro lo studio dell’A. si riferisce comunque a un testo precedente del decreto delegato rispetto a quello effettivamente entrato in vigore, e quindi non può tener conto della disposizione poi inserita nel comma 6 dell’art. 165 del nuovo codice).

che per le concessioni, la revisione del piano economico-finanziario al fine di rideterminarne le condizioni di equilibrio in presenza del verificarsi di fatti non riconducibili all'operatore economico, ma pur sempre con modalità tali da consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo allo stesso operatore economico (art. 182, c. 3); sono presenti, per converso, disposizioni specifiche riguardanti le singole figure di PPP quanto alle modifiche di tipo soggettivo, come per la finanza di progetto (art. 184) e la locazione finanziaria di opere pubbliche (art. 187), o quelle a carattere oggettivo, come per il contratto di disponibilità (art. 188). In definitiva, quindi, è da ritenere che, anche per questa parte, il regime di volta in volta definito sarà quello che da un lato avrà come principale riferimento il regime delle concessioni e dall'altro sarà concretamente specificato nel regolamento contrattuale, con esiti diversi a seconda della maggiore o minore "prossimità" alla fattispecie concessoria, ma comunque tenendo conto, per un verso, che il regime delle modifiche e delle terminazioni del contratto può inevitabilmente finire per rilevare anche ai fini della stessa configurazione del contratto come PPP ai sensi e per gli effetti propri delle regole Eurostat (come evidenzia chiaramente il già menzionato Manuale di riferimento), e, per altro verso, che anche la giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare in punto di modifiche contrattuali, dal tempo della sentenza *Pressetext* del 2008 - su cui pure è comunemente ritenuta in buona parte costruita la relativa disciplina europea del 2014 - ha seguito percorsi anche parzialmente diversi, che non sembrano di contro pienamente recepiti dalle direttive⁹⁰.

⁹⁰ Successivamente si vedano in materia anche le sentenze *Wall*, 13.4.2010 (in causa 91/08) e *Comune di Ancona*, 14.11.2013 (in causa 388/12).