



Università  
Ca' Foscari  
Venezia

Corso di Laurea Magistrale

in

*Governance* delle Organizzazioni Pubbliche

Tesi di Laurea

ordinamento ex D.M. 270/2004

**Il disallineamento tra disciplina europea e  
disciplina nazionale in materia di appalti pubblici:  
risvolti pratici nell'operato amministrativo  
per gli affidamenti *in house* ed in subappalto**

**Relatore**

Ch. Prof. Giuliano Zanchi

**Correlatore**

Ch. Prof. Gaetano Zilio Grandi

**Laureando**  
Nicola Cardia  
Matricola 875140

Anno Accademico  
2020/ 2021



*A te che hai sempre tenuto la mia mano senza mai lasciarla andare*

*A te che l'hai tenuta, ma poi hai mollato la presa*

*A te che la stai tenendo ora*

*A te che l'hai sfiorata anche solo per un attimo*

*A te che mi hai visto crescere*

*(ahimè non in altezza)*

*A te per ogni*

*Come stai?*

*Sei stanco?*

*Hai mangiato?*

*Riposati.*

*A te*

*per esserci quando mi sento leggero*

*così come,*

*quando sento su di me*

*tutto il peso di questo meraviglioso mondo*

*A te che stai leggendo in questo momento,*

*A te che mi guardi da lassù, ovunque tu sia*

*A te ancora troppo piccolo per cogliere l'essenza di queste mie parole*

*Questa è la mia dedica per te:*

*Sappi che questo mio traguardo è anche un po' tuo.*

*Grazie. Ti voglio bene,*

**Nicola**



## Indice

<b>Introduzione</b> .....	<b>5</b>
<b>Capitolo I. L'adattamento del diritto interno all'ordinamento dell'Unione europea: profili generali</b> .....	<b>7</b>
1.1 L'ordinamento europeo: il riconoscimento della sua autonomia e le sue fonti .....	7
1.2 Le fonti secondarie.....	9
1.2.1 I regolamenti .....	10
1.2.2 Le direttive .....	16
1.2.3 Le decisioni .....	25
1.2.4 Gli atti non vincolanti: le raccomandazioni e i pareri .....	26
1.3 I rapporti fra il diritto dell'Unione europea e il diritto degli Stati membri.....	27
1.3.1 La supremazia del diritto dell'Unione .....	28
1.3.2 L'obbligo d'interpretazione conforme .....	29
1.3.3 Il divieto di gold plating .....	30
1.4 La trasposizione del diritto europeo negli Stati membri: esempi concreti .....	33
1.4.1 L'Italia .....	33
1.4.2 La Francia .....	35
1.4.3 La Spagna .....	36
1.4.4 La Germania .....	38
<b>Capitolo II. L'evoluzione normativa dei contratti pubblici in Italia alla luce delle direttive europee</b> .....	<b>41</b>
2.1 Mercato interno ed importanza degli appalti: il necessario intervento europeo ....	41
2.2 L'applicazione dei principi europei in materia di appalti .....	44
2.3 L'evoluzione della disciplina degli appalti pubblici.....	46
2.3.1 Il quadro normativo antecedente agli anni 70' .....	47
2.3.2 Le direttive europee di prima e seconda generazione .....	48
2.3.3 Gli appalti in Italia dal 1993 alle nuove direttive del 2004 .....	51

2.3.4 <i>Il primo Codice degli appalti</i> .....	56
2.3.5 <i>Le nuove direttive del 2014</i> .....	57
2.3.6 <i>Il nuovo Codice degli appalti del 2016</i> .....	62
2.3.7 <i>Il quadro normativo in materia di appalti e contratti pubblici successivo all'adozione del Codice del 2016.</i> .....	71
<b>Capitolo III. Il disallineamento in materia di contratti pubblici tra disciplina europea e discipline nazionali – casi di studio: affidamenti in subappalto e <i>in house</i></b> .....	<b>75</b>
3.1 <i>Gli affidamenti in subappalto: profili generali</i> .....	76
3.1.1 <i>Definizione ed evoluzione dell'istituto</i> .....	76
3.1.2 <i>Le condizioni per l'affidamento in subappalto: criticità interne</i> .....	80
3.2 <i>Le controversie europee in materia di subappalto</i> .....	87
3.2.1 <i>La mancata definizione della terna dei subappaltatori</i> .....	87
3.2.2 <i>Il limite quantitativo del 40% e del 20%: tra infiltrazioni mafiose e dumping sociale</i> .....	90
3.3 <i>Caso di studio: Gara n.13/2020 del Comune di Venezia</i> .....	95
3.4 <i>La risposta degli altri Stati riguardo i limiti del ricorso al subappalto: gli esempi di Francia e Spagna</i> .....	97
3.4.1 <i>Gli affidamenti in subappalto in Francia: focus sulle limitazioni dell'istituto</i> .....	97
3.4.2 <i>Gli affidamenti in subappalto in Spagna: focus sulle limitazioni dell'istituto</i> .....	100
3.5 <i>Gli affidamenti in house: profili generali</i> .....	101
3.5.1 <i>Definizione ed evoluzione dell'istituto</i> .....	102
3.5.2 <i>Le condizioni per l'affidamento in house a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti: criticità interne</i> .....	107
3.6 <i>Le controversie europee nel tema dell'in house</i> .....	112
3.6.1 <i>L'onere motivazionale reintrodotta dall'articolo 192 del Codice degli appalti</i> .....	113

3.7 Caso di studio: l'affidamento <i>in house</i> del servizio pubblico locale di gestione integrata dei servizi ausiliari al traffico e alla mobilità nel Comune di Venezia.....	116
3.8 Gli affidamenti <i>in house</i> negli altri Stati europei: gli esempi di Francia e Spagna .....	121
3.8.1 <i>Le procedure di affidamento in house nello Stato francese</i> .....	122
3.8.2 <i>Le procedure di affidamento in house nello Stato spagnolo</i> .....	124
<b>Conclusioni</b> .....	<b>127</b>
<b>Indice delle figure</b> .....	<b>137</b>
<b>Bibliografia</b> .....	<b>141</b>
<b>Atti pertinenti</b> .....	<b>139</b>
<b>Sitografia</b> .....	<b>153</b>



## Introduzione

Semplificazione e snellimento delle procedure amministrative rappresentano da sempre emblematici obiettivi posti alla base dell'azione amministrativa nazionale ed europea. Oggigiorno, tuttavia, le amministrazioni pubbliche italiane, nella loro attività quotidiana, si trovano a dover fronteggiare situazioni di stallo procedurale causato spesso da previsioni normative poco chiare e lineari o, peggio, in contrasto con quanto disposto dall'Unione europea.

L'obiettivo della presente ricerca è di portare in evidenza l'esistenza di queste potenziali criticità e ipotizzare delle possibili soluzioni, attraverso un'analisi che coinvolgerà anche un caso studio relativo ad alcune iniziative assunte dal Comune di Venezia. Essendo improponibile riuscire a trattare analiticamente tutte le fattispecie che presentano citate criticità, si procederà qui ad approfondire l'ambito degli affidamenti pubblici in subappalto o *in house*.

A tal proposito, gli interrogativi cui si tenterà di dare riscontro, riguardano i seguenti profili: i risvolti concreti che queste situazioni di conflitto possono avere nell'agire amministrativo; se tali risvolti ne comportino uno stallo o un aggravio; se i modelli di regolazione posti da altri Stati europei possano suggerire soluzioni operative per il superamento delle criticità nazionali in tema di subappalto ed affidamenti *in house*.

Nel tentativo di fornire una risposta adeguata a questi interrogativi si è ricorso al parere di alcuni interlocutori privilegiati, alla consultazione di banche dati ed archivi a disposizione del Comune di Venezia, alla disciplina vigente ed alle pronunce giurisprudenziali, nazionali ed europee, ed infine confrontandomi con la letteratura scientifica anche proveniente da contesti giuridici differenti dall'Italia.

Entrando nel dettaglio della struttura del lavoro, la tesi si articola in tre capitoli. Il primo capitolo illustra gli aspetti generali dell'ordinamento europeo per poi terminare con un *focus* di approfondimento, che volge lo sguardo allo stato attuale del processo di attuazione del diritto dell'Unione all'interno dei Paesi membri, portando in evidenza gli esempi di: Italia, Francia, Spagna e Germania. Si è scelta tale struttura argomentativa a

dimostrazione dell'elevato grado di incisività che il suddetto ordine può oggi raggiungere all'interno dei singoli Paesi membri dell'Unione. Tra i tanti ambiti interessati da questo fenomeno d'integrazione di ordinamenti spicca, come si è detto, quello relativo agli appalti pubblici. La materia, per questo, diviene il tema centrale del secondo capitolo quale esempio emblematico di come il susseguirsi di interventi comunitari, a discapito dei preesistenti costrutti nazionali, non necessariamente assicuri quella pretesa uniformità normativa tanto ricercata dal fenomeno dell'europeizzazione. Il suddetto capitolo, per questo, analizza l'intera evoluzione normativa della disciplina degli appalti pubblici in Italia, raggruppando le varie disposizioni presenti, nazionali ed europee, nel tentativo di restituire un quadro normativo della disciplina il più lineare ed organico possibile. Il terzo ed ultimo capitolo si apre con l'analisi dei due istituti scelti in questo percorso di ricerca, ovvero il subappalto e *l'in house providing*, caratterizzata da una trattazione critica degli aspetti più controversi delle due figure. Successivamente, anche in ragione dell'esperienza maturata nel caso studio, la trattazione prosegue con la puntuale descrizione di due casi di affidamento operati dal Comune di Venezia. Il lavoro termina con la presentazione dei modelli di affidamento in subappalto ed in house francesi e spagnoli, ai fini di comprendere se le criticità riscontrate siano o meno ascrivibili alla sola realtà normativa italiana.

La ricerca, nella sezione finale, si conclude con la dimostrazione di come le informazioni raccolte indichino che alcune previsioni più stringenti in tema di appalti siano previste nel solo ordinamento italiano. La soluzione finale che quindi si è scelta di adottare, per i quesiti oggetto di ricerca e relativi alle figure del subappalto e dell'affidamento *in house*, si pone nel tracciato dei modelli di Spagna e Francia. La proposta operativa di optare per una disciplina normativa meno tortuosa di quella italiana, come appunto è quella tracciata in tali Paesi, che non risultano coinvolti in procedure d'infrazione europee per inesatta implementazione delle direttive europee in materia di appalti pubblici, potrebbe portare l'Italia a rendere più snelle le procedure di affidamento qui in esame. Si ritiene inoltre che anche il trarre solo uno spunto, permetterebbe comunque di porre le congrue basi normative per il raggiungimento di tali ideali obiettivi e muovere un primo passo verso una ristrutturazione organica dell'intera disciplina degli appalti pubblici.

## Capitolo I. L'adattamento del diritto interno all'ordinamento dell'Unione europea: profili generali

### 1.1 L'ordinamento europeo: il riconoscimento della sua autonomia e le sue fonti

Il riconoscimento dell'ordinamento dell'Unione europea quale sistema di diritto autonomo ha costituito fin dalle origini del fenomeno comunitario uno degli aspetti più controversi e per questo maggiormente dibattuti all'interno dello scenario giuridico internazionale. Inizialmente il quesito, posto con riferimento alla sola Comunità Economica Europea, venne affrontato con il fine di far emergere le differenze più rilevanti tra il Trattato istitutivo e gli altri trattati internazionali costitutivi di organismi internazionali<sup>1</sup>. La proclamazione dell'indipendenza dell'ordinamento comunitario dagli ordinamenti nazionali trovò concreta espressione in due pronunce della Corte di Giustizia, diventate successivamente punti di riferimento essenziali nello sviluppo del diritto europeo. Nella prima, la sentenza *Van Gend & Loos*<sup>2</sup>, la Corte giungeva alla conclusione che:

*«la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini».*

Nella seconda, la sentenza *Costa c. Enel*<sup>3</sup>, la Corte confermava l'orientamento già espresso nella precedente pronuncia, affermando che:

*«a differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'atto dell'entrata in vigore del Trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare».*

La piena ed estesa consacrazione dell'autonomia dell'ordinamento comunitario tanto rispetto all'ordinamento internazionale generale, quanto rispetto alle singole legislazioni degli Stati membri, si è avuta con il Trattato di Lisbona, che ha provveduto ad eliminare parzialmente la struttura a pilastri vigente ed ha attribuito

---

<sup>1</sup> D. LUIGI, *dell'Unione Europea: sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, V edizione, Trieste 2014, pag. 145 – 146

<sup>2</sup> Corte di giustizia dell'Unione Europea, 5 febbraio 1963, in causa 26/62, *Van Gend & Loos*

<sup>3</sup> Corte di giustizia dell'Unione Europea, 15 luglio 1964, in causa 6/64, *Costa c. Enel*.

personalità giuridica all'Unione. Legittimo, inoltre, riconoscere un carattere di unicità agli atti facenti parte della legislazione europea<sup>4</sup>, nella misura in cui ad essi viene attribuita la possibilità di esplicare i loro effetti non solo nell'ordinamento in cui sono posti (ordinamento europeo), bensì anche direttamente all'interno dei singoli Stati membri come nel caso dei Regolamenti, o indirettamente come avviene per le Direttive. Per queste ragioni il sistema dell'Unione viene a buon diritto considerato un *unicum* dello scenario giuridico internazionale.

Serve ora passare alla trattazione specifica delle fonti del diritto dell'Unione Europea, e ciò per consentire di sviluppare un necessario approfondimento concernente il grado d'integrazione fra le singole normative prese qui in considerazione e che sarà oggetto di trattazione *infra*.

L'ordinamento europeo, analogamente ad ogni ordinamento giuridico, si fonda su un sistema generale di fonti di produzione del diritto, organizzato secondo una propria gerarchia. La suddetta articolazione prevede tre diversi livelli: il diritto primario, il diritto secondario o derivato e per ultimo il diritto complementare. La distinzione più rilevante e consistente permane quella tra le prime due categorie: il diritto primario è da intendersi quale la base costituzionale del diritto europeo e contiene le disposizioni fondamentali che regolano i rapporti tra le istituzioni europee e tra esse e gli Stati membri, viceversa, il diritto secondario o derivato riprende i principi e gli obiettivi fissati dal diritto primario, di cui costituiscono attuazione.

Considerando le tre classificazioni nel dettaglio e partendo dalla prima menzionata, appartengono alla categoria delle fonti di diritto primario:

- Il Trattato sull'Unione europea (TUE)
- Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)
- Il Trattato sulla Comunità europea dell'energia atomica
- I trattati modificativi dell'Unione europea
- I protocolli allegati ai trattati istitutivi e ai trattati modificativi
- I trattati di adesione di nuovi paesi all'UE
- La Carta dei diritti fondamentali<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> F. POCAR, *Diritto dell'Unione europea*, XI edizione, Milano 2011, pag. 244

<sup>5</sup> A seguito dell'entrata in vigore Trattato di Lisbona (articolo 6) viene attribuito alla suddetta Carta lo stesso valore giuridico riconosciuto ai trattati.

- I principi generali del diritto stabiliti dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

A seguito, il diritto secondario o derivato comprende:

- Gli atti previsti all'articolo 288 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, denominati altresì atti tipici: i regolamenti, le direttive, le decisioni, i pareri e le raccomandazioni
- Gli atti atipici: le comunicazioni, le risoluzioni, i libri bianchi e i libri verdi.

Ai fini che interessano la presente ricerca verrà, qui di seguito, proposto il solo approfondimento della categoria delle fonti secondarie tipiche, ossia quelle individuate dall'art. 288 del TFUE.

## 1.2 Le fonti secondarie tipiche

Il diritto derivato corrisponde al complesso delle norme che le istituzioni europee, in funzione dei poteri loro attribuiti, emanano ai fini della realizzazione degli obiettivi prefissati dai Trattati e in esercizio delle competenze ivi elencate. Come segnalato, all'interno di tale categoria di disposizioni si ritrovano i cosiddetti atti tipici, ossia regolamenti, direttive, decisioni, pareri e raccomandazioni. Secondo quanto previsto dal citato art. 288 TFUE, gli organismi europei possono ricorrere all'emanazione degli atti tipici nei soli casi in cui sia l'Unione europea stessa a conferire una competenza al riguardo<sup>6</sup>. Generalmente le disposizioni dei Trattati specificano il tipo di atto che l'istituzione è chiamata a adottare in una determinata materia. Nel caso in cui ciò non fosse, viene riconosciuta alle istituzioni comunitarie un certo margine di discrezionalità inerente alla scelta della tipologia di disposizione ritenuta più opportuna per l'attuazione degli obiettivi prefissati dalla singola disposizione primaria che stabilisca una competenza dell'Unione. In ogni caso, in armonia con quanto specificato nell'articolo 296 del TFUE, la decisione deve avvenire nel rispetto del principio di proporzionalità: la scelta di adottare una norma a contenuto più vincolante per i destinatari deve perciò trovare congrua giustificazione nell'obiettivo da conseguire.

---

<sup>6</sup> A questo proposito occorre richiamare il principio di attribuzione sancito all'articolo 5 del TUE secondo il quale l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite nei trattati dell'UE.

### 1.2.1 I regolamenti

Nel sistema giuridico dell'Unione Europea, il regolamento corrisponde alla manifestazione della potestà normativa delle istituzioni di maggior rilievo, rappresentando probabilmente il tratto maggiormente caratterizzante dell'Unione Europea rispetto a qualunque altra organizzazione internazionale dotata di poteri normativi. L'articolo 288 del TFUE pone il regolamento al primo posto nell'elenco delle categorie di atti di normazione secondaria ed allo stesso tempo ne fornisce una specifica definizione contenente il richiamo a tutti i suoi elementi caratteristici, che sono fondamentalmente tre: la sua portata generale, l'efficacia vincolante e la diretta applicabilità.

Il primo aspetto non ha dato luogo a particolari problemi interpretativi<sup>7</sup>, nell'ottica del processo d'integrazione fra i vari ordinamenti nazionali, nonostante rappresenti, senza equivoci, il connotato primario dei regolamenti, che permette di distinguerli da qualsiasi altro atto indicato dal più volte citato art. 288 del TFUE. Nel concreto un regolamento non si limita a porre delle regole di comportamento a soggetti predeterminati in funzione della propria situazione individuale, bensì è applicabile ad una o più categorie di destinatari, determinate nel loro complesso<sup>8</sup>.

A conferma di ciò si riporta qui di seguito un passaggio delle motivazioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza *Fédération nationale de la boucherie en gros du commerce en gros de viandes*<sup>9</sup>:

*«La portata generale dei regolamenti consiste nell'indirizzarsi a destinatari determinati astrattamente e obiettivamente, anche se ciò possa comportare la lesione di interessi individuali, purché non sussista discriminazione per quanto concerne la posizione dei destinatari».*

Ad ogni modo è possibile che il suo campo d'applicazione possa essere talmente esiguo, da permettere l'individuazione di coloro ai quali si applicherà, ma resta anche in questi casi il connotato della portata generale dei contenuti di un regolamento. Ne consegue che

---

<sup>7</sup> La nozione è assimilabile a quella che caratterizza le leggi nazionali nel senso di disposizioni orientate verso destinatari non determinati o determinabili solo astrattamente.

<sup>8</sup> G. BENNACCHIO, *Diritto privato dell'Unione europea: fonti, modelli, regole*, VI edizione, Padova 2013, pag.79.

<sup>9</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, 14 dicembre 1962, in cause riunite 19 a 22/62, *Fédération nationale de la boucherie en gros du commerce en gros de viandes*.

non assumi rilievo decisivo, ai fini della qualificazione di un atto quale regolamento, l'eventuale individuazione di specifici destinatari. Così, in un passaggio della sentenza *Zuckerfabrik Watenstedt*, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha precisato<sup>10</sup>:

*«La natura di regolamento di un atto non viene poi meno ove sia possibile determinare, con maggiore o minor precisione, il numero o anche l'identità dei destinatari in un determinato momento, purché la qualità di destinatario dipenda da una situazione obiettiva di diritto o di fatto, definita dall'atto, in relazione con la sua finalità».*

La portata generale di un regolamento non è da porre in dubbio neppure nei casi in cui esso si rivolga agli eventuali destinatari in diversi termini o preveda misure transitorie. Sul primo punto, la Corte nella sentenza *Compagnie française commerciale et financière*<sup>11</sup> osservava che:

*«La circostanza che una disposizione generale riguardi i destinatari in modo diverso non può, di per sé, privarla del carattere normativo... al contrario, è inoltre nella natura di una disposizione generale che la sua uniforme applicazione abbia effetti diversi nei confronti degli interessati, a seconda della loro situazione o attività particolare».*

Riguardo il secondo aspetto poc'anzi presentato, la Corte aggiungeva sul punto che:

*«la circostanza che una norma transitoria si riferisca soltanto a determinate situazioni, sorte prima di una certa data fissata dalla norma stessa, e quindi spesso determinate già prima della sua entrata in vigore, non osta a che una norma del genere faccia parte integrante delle disposizioni, vecchie o nuove, ch'essa si propone di conciliare, né quindi al fatto ch'essa partecipi del carattere generale di tali disposizioni».*

Al contrario, giunge ad una diversa conclusione la Corte di Giustizia UE nella misura in cui disconosce la valenza generale dei regolamenti dai quali, attraverso l'enumerazione di puntuali condizioni e non di criteri più largamente astratti ed oggettivi, risulti desumibile i destinatari nel dettaglio<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, 11 luglio 1969, in causa 6/68, *Zuckerfabrik Watenstedt*

<sup>11</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, 16 aprile 1970, in causa 63/69, *Compagnie française commerciale et financière*

<sup>12</sup> Per un approfondimento sul tema si veda la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, del 13 maggio 1971, in cause riunite da 41 a 44/70, *International Fruit Company*.

Quanto invece all'efficacia giuridica del regolamento o, per meglio dire, alla sua portata normativa, l'articolo 288 del TFUE, al secondo comma, dispone al riguardo che

*«esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi».*

L'espressione sancisce l'obbligo di rispettare gli elementi di un regolamento, nella sua interezza. Gli Stati Membri sono pertanto tenuti ad applicare questa tipologia di disposizioni senza prevedere condizioni aggiuntive per la sua attuazione, salvo i casi in cui sia lo stesso regolamento a richiedere la necessità di adottare atti a livello nazionale. La forza vincolante di un regolamento si esplica sia nei confronti dei destinatari a cui si rivolge, sia nei confronti di coloro i quali vengono incaricati di farlo rispettare. Risulta pertanto che l'efficacia vincolante di un regolamento non possa essere subordinata all'attuazione di un atto interno che lo adatti, ossia lo trasponga in un atto normativo interno. A onor del vero, non sono infrequenti i casi in cui la disciplina generale di una certa materia, posta attraverso la tipologia di atto comunitario qui esaminata, risulti esser attuabile e determinata solo previa emanazione di successivi atti normativi interni. La predetta circostanza, in armonia con quanto si verifica negli ordinamenti nazionali<sup>13</sup>, non fa venir meno il suo carattere obbligatorio. Quanto per ultimo indicato, rappresenta un aspetto attribuibile e per questo comune anche al terzo, nonché, ultimo connotato essenziale dei regolamenti: la sua diretta applicabilità.

Attualmente l'articolo 288 del TFUE prevede, al secondo comma, che il recepimento del regolamento all'interno degli ordinamenti statali avvenga immediatamente, ritenendo superflua la sua trasformazione in diritto interno<sup>14</sup>. Il processo che ha condotto al riconoscimento di questa caratteristica è stato tuttavia lungo e problematico, in particolare perché ha sollevato il tema della parziale lesione della sovranità legislativa alla quale gli Stati Membri non erano inizialmente pronti a rinunciare.

Prima di procedere con l'esame dell'evoluzione interpretativa del connotato della diretta applicabilità, occorre innanzitutto precisare che la caratteristica qui esaminata presenta due profili distinti ma allo stesso tempo complementari: le modalità con le

---

<sup>13</sup> Una disposizione di legge che ad esempio necessita di aggiuntive disposizioni di attuazione non vede sfumare, a causa di siffatta previsione, la sua connotazione normativa.

<sup>14</sup> In altri termini ritiene che la diretta applicazione di un regolamento non debba dipendere dalla previa attuazione di un atto di adattamento/integrativo interno.

quali gli Stati si debbano ad essa adattare e la sua efficacia diretta all'interno dei suddetti sistemi nazionali<sup>15</sup>.

I primi casi nei quali la Corte di Giustizia ha avuto modo di occuparsi dell'effetto diretto dei regolamenti comunitari risalgono all'inizio degli anni '60 del secolo scorso. A titolo di esempio, può ricordarsi la pronuncia *Orsolina Leonesio c. Ministero dell'agricoltura*<sup>16</sup> nella quale la Corte aveva statuito il principio in base al quale non possa essere pregiudicata l'efficacia immediata di un regolamento, ricorrendo all'emanazione di una disposizione interna:

*«in ragione della sua stessa natura e della sua funzione nell'ambito delle fonti del diritto comunitario, esso produce effetti immediati ed è, in quanto tale, atto ad attribuire ai singoli dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare. Trattandosi di diritti di credito nei confronti dello Stato, essi sorgono quando sono soddisfatte le condizioni poste dal regolamento, senza che sia possibile subordinare il loro esercizio, sul piano nazionale, a disposizioni d'attuazione diverse da quelle eventualmente prescritte dallo stesso regolamento».*

Altresì emblematica, in questo senso, appaiono le argomentazioni presentate dalla Corte nella sentenza *Variola*<sup>17</sup>:

*«L'efficacia diretta del regolamento implica che la sua entrata in vigore e la sua applicazione nei confronti degli amministrati non abbisognano di alcun atto di ricezione nel diritto interno».*

Sebbene oggi la teoria dell'efficacia diretta dei regolamenti possa dirsi consolidata, non esclude che, a seguito dell'attuazione di un regolamento, i singoli Paesi possano o siano tenuti ad emanare atti normativi supplementari o integrativi. Questo, nella pratica, tende a verificarsi nel caso già menzionato in cui sia lo stesso regolamento a prevedere l'adozione di misure di questo tipo o, se in mancanza di tale previsione, perché si rende necessario nel coordinamento tra il regolamento europeo e il diritto

---

<sup>15</sup> D. LUIGI, *dell'Unione Europea: sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, supra nota 1, pp. 223 – 226

<sup>16</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, 17 maggio 1972, in causa 93/71, *Orsolina Leonesio c. Ministero dell'agricoltura*

<sup>17</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, 10 ottobre 1973, in cause riunite 34/73, *Variola*

interno, in tal senso quale diretta espressione del principio di leale collaborazione tra istituzioni europee e Stati Membri<sup>18</sup>.

Per la risoluzione del secondo profilo (efficacia diretta all'interno dei sistemi nazionali) si dovette invece attendere fino al decennio successivo. È noto che l'applicabilità diretta delle norme comunitarie ha ragione di esistere solo se queste possano esplicare i loro effetti immediatamente alla loro entrata in vigore, onde evitare disparità di trattamento sulla base della nazionalità dei destinatari. I giudizi costituzionali italiani giunsero per esempio a simile conclusione solo nel 1984 con *revirement* giurisprudenziale, attraverso la nota sentenza *Granital*<sup>19</sup>.

Con tale pronuncia venne riconosciuta all'interno dell'ordinamento italiano, l'autonomia dei due ordinamenti (quello europeo e quello statale) e sancita l'efficacia dei regolamenti a prescindere della loro collocazione temporale, precedente o successiva, rispetto ad un'eventuale legge ordinaria interna contrastante.

Riprendendo la questione generale delle disparità di destinatari del regolamento è necessario, infine, precisare che si possano ritenere legittimi, i regolamenti comportanti disposizioni destinate esclusivamente ad uno o più Stati membri: in situazioni diverse una regolamentazione differenziata è necessaria proprio per evitare potenziali discriminazioni<sup>20</sup>.

Esistono, inoltre, ulteriori condizioni poste dai trattati in merito all'adozione di un regolamento. Un primo requisito riguarda l'obbligo di motivazione degli atti giuridici comunitari, stabilito dall'art 296 TFUE, che incide sull'intera produzione normativa europea. Ciononostante, il presupposto, a fronte della portata generale nonché del contesto normativo in cui l'atto citato si inserisce, appare più sfumato e meno stringente se riferito ad una disposizione normativa di carattere generale qual è il regolamento. Due sentenze, nel particolare, hanno condotto alla elaborazione di un

---

<sup>18</sup> Ad esempio, nel caso in cui sia necessaria l'adozione di norme procedurali ai fini di consentire l'emanazione dei provvedimenti individuali d'applicazione. Per ulteriori approfondimenti si veda la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, del 17 dicembre 1970, in causa 30/70, *Scheer*

<sup>19</sup> Corte costituzionale, 8 giugno 1974, n.170

<sup>20</sup> F. POCAR, *Diritto dell'Unione europea*, supra nota 4, pag.259

orientamento in tal senso. Nella prima, *W. Beus*<sup>21</sup>, la Corte di Giustizia UE riteneva quanto segue:

«La motivazione può limitarsi a indicare la situazione complessiva che ha condotto alla sua adozione e gli scopi generali ch'esso si propone. Non si può quindi pretendere ch'essa specifichi i vari fatti, talora molto numerosi e complessi, in vista dei quali il regolamento è stato adottato né, *a fortiori*, ch'essa ne fornisca una valutazione più o meno completa».

In una successiva pronuncia, *An Bord Bainne Co-operative*<sup>22</sup>, la Corte, mantenendo lo stesso ordine di idee, giungeva perfino a negare, previa sussistenza di peculiari circostanze, la necessità stessa di fornire un'adeguata motivazione per l'attuazione di un regolamento:

«La motivazione di un atto normativo può risultare non soltanto dal suo testo, ma altresì dall'insieme delle norme giuridiche che disciplinano la materia in questione».

Accanto al primo requisito appena approfondito, si innesta il successivo che riguarda l'espressa indicazione della base giuridica su cui un determinato regolamento è stato formulato dalle istituzioni comunitarie. Questa precisazione consente di verificare il corretto esercizio delle competenze da parte degli organismi coinvolti nel processo di normazione

I regolamenti devono infine essere pubblicati, con numerazione progressiva limitatamente a ciascun anno solare<sup>23</sup>, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea<sup>24</sup>. La loro entrata in vigore è prevista alla conclusione del periodo di *vacatio* stabilito dalla legge, ossia trascorsi 20 giorni dalla loro data di pubblicazione, salvo che non venga disposto un termine differente del regolamento medesimo.

---

<sup>21</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, 13 marzo 1968, in causa 5/67, *W. Beus*.

<sup>22</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, 23 febbraio 1978, in causa 92/77, *An Bord Bainne Co-operative*.

<sup>23</sup> Si è optato dal 1° gennaio 1963 per una numerazione su base annuale, a fronte dell'ingente quantità di regolamenti emanata durante il periodo precedente al sopramenzionato termine.

<sup>24</sup> Anteriormente al 1° febbraio del 2003 essa veniva denominata "Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee".

### 1.2.2 Le direttive

Non sempre l'uniformità normativa corrisponde ad un risultato auspicabile per la pianificazione delle politiche europee. Esistono materie nelle quali la spinta verso un'omologazione fra le discipline non sia la soluzione prescelta. In questi casi, alla luce delle differenze radicate esistenti fra gli ordinamenti, la direttiva fornisce una soluzione più idonea a contemperare l'esigenza di una crescente armonizzazione all'interno dell'Unione mantenendo l'autonomia legislativa statale.

Il più volte citato articolo 288 del TFUE, ne fornisce al terzo comma una definizione concisa e puntuale, tuttavia, non sprovvista, secondo alcuni studiosi, di aspetti equivoci:

«La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi».

L'elemento definito contraddittorio e discutibile<sup>25</sup> di questa definizione, concerne l'accostamento dell'obbligatorietà dei risultati alla facoltatività dei mezzi. Da ciò discenderebbe una situazione d'incertezza segnatamente in merito all'efficacia delle direttive. In ogni caso, mantenendo l'attenzione sui caratteri inconfutabili delle disposizioni qui trattate, in linea generale le direttive hanno portata individuale e per questo si rivolgono a specifici destinatari da essa stessa individuati. Spesso però si verifica il caso nel quale la direttiva viene rivolta a, ed è quindi vincolante per, tutti gli Stati membri. La suddetta imperatività in realtà, a differenza dei regolamenti che sono obbligatori in tutti i loro elementi, opera esclusivamente con riferimento ai risultati da raggiungere<sup>26</sup>, lasciando agli Stati una certa discrezionalità nella scelta delle misure da adottare per il raggiungimento dell'obiettivo preposto. I limiti della portata obbligatoria interessano altresì la questione della diretta applicabilità: la direttiva all'interno degli ordinamenti ha un'efficacia soltanto mediata, attraverso provvedimenti di attuazione che gli Stati ritengono opportuno di adottare<sup>27</sup>. Ciò permette di svelare il carattere di tipica fonte internazionale che caratterizza la

---

<sup>25</sup> G. BENNACCHIO, *Diritto privato dell'Unione europea: fonti, modelli, regole*, supra nota 8, pag.84.

<sup>26</sup> Trasponendo il concetto nel campo del diritto privato, si può affermare che la direttiva comporti un obbligo di risultato, mentre le direttive un obbligo di mezzi.

<sup>27</sup> F. POCAR, *Diritto dell'Unione europea*, supra nota 4, pag. 273.

direttiva: similmente a quanto avviene nel caso di altre fonti internazionali, la direttiva presuppone una modifica dell'ordinamento interno, in altri termini un'attività di adattamento, incentrata al conseguimento del risultato da essa stabilito. Per queste ragioni, tali disposizioni vengono predilette per il conseguimento del ravvicinamento regolamentare, amministrativo e legislativo dei Paesi membri.

Le precedenti constatazioni evidenziano il peso rilevante ed un'importanza cruciale che deve essere attribuita al processo di adattamento sopra descritto. Tale percorso, che conduce all'adozione di una direttiva, è da considerare a tutti gli effetti assoluto per ciascuno degli Stati. L'obbligo si esplica in un termine d'attuazione, definitivo imperativo e perentorio, entro il quale portare a conclusione tale procedura di implementazione o recepimento della direttiva dell'ordinamento nazionale. A dire il vero l'obbligo di trasposizione può prevedere una fascia temporale più ampia di un semplice termine unico e fisso, e protrarsi per più anni. Al singolo Stato membro è consentito procedere all'attuazione, prima della scadenza del termine ovvero entro la data individuata, anche attraverso il ricorso ad un'implementazione per tappe. Non è consentito, per contro, adottare provvedimenti in contrasto con i contenuti della direttiva in pendenza di tale periodo. Così, ad esempio, proprio in riferimento al predetto "obbligo di *standstill* o non di aggravamento" veniva disposto dalla Corte, nella sentenza *Mangold*<sup>28</sup>, quanto segue:

*«...tale obbligo sarebbe privato di ogni effetto utile se fosse consentito al detto Stato membro di adottare, durante il termine di attuazione della direttiva, misure incompatibili con gli obiettivi della direttiva».*

Opportuno, a tal proposito, il richiamo al principio di leale collaborazione<sup>29</sup>: la fase di attuazione, sopra descritta, deve essere incentrata nel rispetto dell'obbligo sancito dal suddetto principio. Gli Stati sono difatti tenuti a comunicare ed adottare, tenuto conto del loro sistema interno, le forme e i mezzi ritenuti più idonei ad assicurare l'attuazione della direttiva, garantendo la massima trasparenza e la piena certezza del diritto. In particolare, gli atti prodotti dovranno attenersi strettamente alla gerarchia

---

<sup>28</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, 22 novembre 2005, in causa C-144/04, *Mangold*.

<sup>29</sup> Il principio, sancito all'articolo 4 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in base al quale i diversi livelli di governo, nonostante le diversità di funzione e struttura, sono tenuti a collaborare fra loro, poiché facenti parte di un medesimo ordinamento più generale (quello per l'appunto europeo).

delle fonti in essere e soprattutto alla natura richiesta per l'intervento: atti meramente amministrativi, agevolmente modificabili dalle amministrazioni, renderebbero, ad esempio, il processo di attuazione inefficace<sup>30</sup>.

Passando ora ai requisiti formali, le direttive, proprio come i regolamenti, devono contenere un esplicito riferimento alle disposizioni dei Trattati in forza delle quali sono stati adottati e, sulla base dell'articolo 296 TFUE precedentemente menzionato, debbono essere motivati. La loro elaborazione segue senza particolari discostamenti, ancora una volta, lo stesso iter previsto per i regolamenti. La sistemazione numerica, per contro, è regolata da un criterio distinto: è prevista una numerazione unica dove il valore progressivo attribuito all'atto segue l'anno di riferimento al quale esse fanno riferimento. Infine, l'acquisto dell'efficacia a seguito della pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione è previsto per le sole direttive rivolte alla generalità degli Stati membri; le restanti, dato il loro carattere individuale, vedono tale acquisizione solo dalla data di notifica al destinatario, ove non previsto diversamente.

Serve ora indagare su cosa accada quando la direttiva non venga, in tutto o in parte, implementata nei tempi previsti all'interno dell'ordinamento giuridico di uno Stato membro. Le situazioni concrete che possono occorrere sono fondamentalmente riconducibili alle seguenti due:

- Lo Stato membro non adotta alcun provvedimento di recepimento nei termini previsti dalla direttiva.
- Lo Stato membro adotta formalmente un provvedimento di recepimento che nella sostanza risulta in realtà in contrasto o non pienamente conforme con i contenuti della direttiva.

Il diritto dell'Unione Europea prevede quale conseguenza di carattere generale in tali casi l'avvio di una procedura di sollecito nei confronti dello Stato membro inadempiente che può preludere e condurre all'apertura di una procedura di infrazione. Ma a prescindere da tali conseguenze, che si pongono sul piano *lato sensu* "sanzionatorio", è interessante sottolineare una caratteristica che la Corte di Giustizia riconosce alle direttive scadute e non correttamente recepite in un ordinamento

---

<sup>30</sup> Si veda sul punto la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, 15 marzo 1983, in causa 145/82, *Commissione c. Italia*.

nazionale: riconoscere, in tali fattispecie patologiche<sup>31</sup>, efficacia diretta alle disposizioni contenute nelle direttive. In questo senso si espresse la Corte di giustizia fin dal secolo scorso, più precisamente nella sentenza *Van Duyn*<sup>32</sup>, statuendo che:

*«Se è vero che i regolamenti... sono direttamente applicabili e quindi atti, per natura, a produrre effetti diretti, da ciò non si può inferire che le altre categorie di atti contemplate dal suddetto articolo non possano mai produrre effetti analoghi. Sarebbe in contrasto con la forza obbligatoria attribuita... alla direttiva l'escludere, in via generale, la possibilità che l'obbligo da essa imposto sia fatto valere dagli eventuali interessati».*

In primo luogo, può ritenersi che le condizioni per l'efficacia diretta operino in base al principio secondo il quale una direttiva si può ritenere direttamente applicabile all'interno degli Stati membri, anche a seguito della scadenza del termine posto per la sua implementazione, quando è ridotta all'attuazione di un obbligo già previsto in norme dei trattati direttamente efficaci. Anche a questo riguardo è attraverso l'operato della Corte di Giustizia che viene a delinearsi e di conseguenza ad estendersi alle direttive tale criterio. L'occasione nella quale viene fissato questo principio è con la sentenza *S.A.C.E Spa c. Ministero delle Finanze*<sup>33</sup>, dalla quale si legge che:

*«La direttiva 68/31, il cui scopo è di impartire ad uno Stato membro una data limite per l'adempimento di un obbligo comunitario, non riguarda solo i rapporti tra la Commissione e detto Stato, ma implica conseguenze giuridiche che possono essere fatte valere e dagli Stati membri essi pure interessati alla sua esecuzione, e dai singoli qualora, per sua natura, la disposizione che sancisce detto obbligo sia direttamente efficace».*

Altra ipotesi d'immediata efficacia, delle disposizioni di una direttiva non recepita, nella circostanza in cui essa prescriva esclusivamente in capo al destinatario la tenuta di un comportamento negativo piuttosto che di un obbligo positivo/attivo. La sua

---

<sup>31</sup> G. BENNACCHIO, *Diritto privato dell'Unione europea: fonti, modelli, regole*, supra nota 8, pag. 98.

<sup>32</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, 4 dicembre 1974, in causa 41/74, *Van Duyn*.

<sup>33</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, 17 dicembre 1970, in causa C-33/70, *S.A.C.E Spa c. Ministero delle Finanze*

elaborazione avvenne quattro anni il precedente arresto. La Corte giunse attraverso la più volte menzionata sentenza *Van Duyn*<sup>34</sup>, ad affermare che:

*«L'obbligo risultante dalla norma testé citata è assoluto ed incondizionato; esso non richiede inoltre, per la sua stessa natura, alcun provvedimento d'attuazione da parte delle istituzioni comunitarie o degli Stati membri... Il rispetto delle garanzie giurisdizionali degli interessati impone ch'essi possano invocare tale obbligo, anche se contenuto in un atto normativo non avente ipse iure efficacia diretta nel suo insieme».*

L'ultimo passo compiuto per l'affermazione autonoma delle direttive all'interno degli Stati membri, indipendentemente dalla loro attuazione, avviene agli esordi del 1980. Le direttive contenenti una disciplina particolarmente precisa e dettagliata, dettata in una determinata materia, possano escludere qualsiasi discrezionalità in capo ai singoli Paesi destinatari ed essere per questo direttamente efficaci: si tratta delle direttive c.d. *self – executing*. Tra le tante decisioni che hanno portato alla previsione di questo meccanismo di efficacia diretta delle direttive, la più emblematica è certamente la sentenza del 19 novembre 1991 nel caso *Francovich*<sup>35</sup>, che ha condotto la Corte a precisare che:

*«Lo Stato membro che non ha adottato entro i termini i provvedimenti di attuazione imposti da una direttiva non può opporre ai singoli l'inadempimento, da parte sua, degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa. Perciò, in tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, tali disposizioni possono essere richiamate, in mancanza di provvedimenti di attuazione entro i termini, per opporsi a qualsiasi disposizione di diritto interno non conforme alla direttiva, ovvero in quanto siano atte a definire diritti che i singoli possono far valere nei confronti dello Stato».*

L'insieme di queste soluzioni interpretative ha avuto sicuramente il merito di ovviare al problema della non corretta attuazione di una direttiva; allo stesso tempo invero, ha comportato l'emersione di una nuova questione. In sostanza il dibattito sulla validità delle direttive non implementate ha virato verso il problema della loro

---

<sup>34</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, *supra* nota 32.

<sup>35</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, 19 novembre 1991, in cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*.

efficacia orizzontale. Quest'ultima circostanza, se ritenuta valida, comporterebbe la possibilità per i cittadini di invocare le suddette disposizioni non solo nei confronti di enti statali (efficacia verticale), bensì verso i singoli individui titolari di possibili diritti ed obblighi nascenti dalla direttiva non implementata tempestivamente.

La Corte di giustizia, fin dalle prime sentenze che si sono occupate dal tema in esame, ha riconosciuto con fermezza la sola efficacia verticale di tali atti. In particolare, nella sentenza *Faccini Dori* presentò, relativamente alla direttiva 85/557, le seguenti considerazioni:

*«Estendere detta giurisprudenza all'ambito dei rapporti tra singoli significherebbe riconoscere in capo alla Commissione il potere di emanare norme che facciano sorgere con effetto immediato obblighi a carico di questi ultimi, mentre tale competenza le spetta solo laddove le sia attribuito il potere di adottare regolamenti<sup>36</sup>».*

Questo iniziale orientamento però mutò, seppur timidamente, nella direzione opposta. Il criterio dell'interpretazione conforme<sup>37</sup> diviene il nuovo strumento ermeneutico per far prevalere la direttiva comunitaria, non attuata. Nella pratica si assistette perciò al riconoscimento di risultati che la dottrina definì come “effetti orizzontali indiretti”. Innumerevoli, anche in questo caso, le sentenze che hanno avuto per oggetto proprio il riconoscimento di questo viramento giurisprudenziale. A titolo esemplificativo si può rammentare, il caso *Marleasing*<sup>38</sup> all'interno del quale venne stabilito l'obbligo per i giudici spagnoli di interpretare ed attribuire alle norme del diritto spagnolo un significato compatibile con la stessa direttiva, indipendentemente dall'attuazione della direttiva. In ulteriori pronunce, l'esplicito richiamo del suddetto criterio venne addirittura a mancare, confermando, nella pratica come il riferimento al principio non fosse altro che un semplice pretesto per attenuare l'impatto politico – giuridico della sentenza<sup>39</sup>. Ad ogni modo, che la menzione al principio sia espressa o meno, una posizione chiara ed inequivocabile ancora mancava e restava una questione aperta.

---

<sup>36</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, 14 luglio 1994, in causa C-91/92, *Faccini Dori*.

<sup>37</sup> Il suddetto principio verrà più dettagliatamente analizzato nel seguito del presente capitolo.

<sup>38</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, 13 novembre 1990, in causa C-106/89, *Marleasing*.

<sup>39</sup> G. BENNACCHIO, *Diritto privato dell'Unione europea: fonti, modelli, regole, supra nota 8*, pag. 112.

La fase successiva, volta a consolidare e garantire l'efficacia orizzontale delle direttive, ha visto coinvolti i Giudici nazionali e più in generale tutti gli organismi pubblici degli Stati membri. A tale proposito, con la sentenza *Soc. F.lli Costanzo c. Comune di Milano*<sup>40</sup>, la Corte di Giustizia ha affermato che:

«*Al pari del giudice nazionale, tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i Comuni, sono tenuti ad applicare le disposizioni di una direttiva e a disapplicare le norme del diritto nazionale non conformi a queste disposizioni*».

Proseguendo in tal senso, la Corte a seguito di ulteriori pronunce, è giunta a ricomprendere all'interno del succitato elenco anche le autorità fiscali, le pubbliche autorità che esercitano servizi di sanità pubblica, enti territoriali, organismi (anche di natura privata) incaricati di prestare servizio pubblico<sup>41</sup>.

Sebbene tale operata estensione abbia indubbiamente incrementato l'ambito processo di armonizzazione degli ordinamenti nazionali, ha nel contempo prodotto rilevanti conseguenze pratiche, tradottesi in nuovi temi critici. Tutti i soggetti menzionati, come già espresso, vengono investiti della responsabilità di attuare le direttive non implementate. Per fare questo dovrebbero perciò avere la capacità di riconoscere quali disposizioni abbiano i caratteri idonei da renderle direttamente efficaci e *in primis* conoscere il complesso delle suddette disposizioni private di corretta trasposizione. Operazioni, queste ultime, che oltre ad essere molto delicate sul piano tecnico – giuridico, comportano seri problemi di interpretazione ed applicazione uniforme del diritto di fonte comunitaria nell'ordinamento interno, ponendo quindi temi seri di incertezza.

Proprio dalla precarietà destata da queste criticità, ha trovato la sua origine la procedura di infrazione accertante l'inadempimento e la conseguente condanna di uno Stato in caso di mancata o tardiva attuazione di una direttiva. Il deterrente, emerso dall'opera della Corte di giustizia, trova fondamento nella sentenza *Francovich*<sup>42</sup>, qui diverse volte citata. Nella sostanza esso prevede la possibilità per

---

<sup>40</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, 22 giugno 1989, in causa C-103/88, *Soc. F.lli Costanzo c. Comune di Milano*.

<sup>41</sup> Per un approfondimento sul tema si richiama la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, 12 luglio 1990, in causa C.188/89, *A. Foster e a. c. British Gas plc*.

<sup>42</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, *supra* nota 35.

un cittadino di ottenere un risarcimento del danno per mancata adozione della normativa, ove tuttavia sussistano 3 puntuali condizioni:

- la direttiva comporti l'attribuzione di diritti a favore di uno o più individui specifici;
- il contenuto di tali diritti risulti facilmente desumibile dal contenuto delle suddette disposizioni;
- sussista un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo operato dallo Stato e la lesione della sfera giuridica del soggetto richiedente la reintegrazione pecuniaria.

Il sistema qui presentato risulta per la Corte, che lo ha elaborato, diretta espressione del diritto comunitario<sup>43</sup>. Nel contempo, le conseguenze dell'accertamento del danno sono invero destinate ad esaurirsi all'interno della sfera nazionale. Così la quantificazione per il ristoro a favore degli individui è rimessa ai singoli Stati, entro il limite di prevedere delle misure equivalenti a quelle che troverebbero applicazione nei casi prettamente nazionali. Le suddette devono analogamente prevedere il soddisfacimento tanto del danno emergente quanto del lucro cessante e non aggravare o porre ostacoli nella realizzazione della procedura conducente all'ottenimento del risarcimento.

La commistione fra il deterrente qui analizzato e la diretta efficacia delle direttive avvenne a seguito della pronuncia *Brasserie du pêcheur*<sup>44</sup> dove viene riconosciuta la possibilità di proporre un'azione per risarcimento anche nei tre casi in cui una direttiva possa immediatamente produrre i suoi effetti negli ordinamenti giuridici nazionali.

Giunti a questo punto dell'analisi risulta opportuno soffermarsi su due strumenti normativi, elaborati dal legislatore italiano, ideati per prevenire una non corretta o tardiva implementazione delle direttive. Nel periodo antecedente agli anni 90', l'Italia presentava un'oggettiva difficoltà nel riuscire a recepire tempestivamente nel proprio ordinamento, l'incessante mole di direttive emanate annualmente dalle

---

<sup>43</sup> Il riferimento è al contenuto dell'articolo 4 del TFUE ove prevede che i singoli Paesi sono tenuti ad adottare tutte le misure atte ad assicurare il rispetto delle prescrizioni contenute nel diritto comunitario.

<sup>44</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, 5 marzo 1996, in cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur*.

Istituzioni comunitarie. Tale situazione, da alcuni studiosi<sup>45</sup> definita come “ritardo cronico del Governo italiano”, venne effettivamente affrontata e parzialmente ovviata attraverso l’emanazione della c.d. Legge Pergola nel 9 marzo del 1989 n.86<sup>46</sup>. Nello specifico tale strumento normativo (sostituito con la Legge Battaglione del 4 febbraio 2005 n. 11<sup>47</sup>) prevedeva, che all’inizio di ciascun anno, il Ministro per le politiche comunitarie presentasse al Consiglio dei ministri con apposito disegno di legge, denominato Legge comunitaria, l’elenco delle disposizioni, per la quale risultava scaduto o prossimo alla scadenza il termine ultimo per provvedere alla loro adozione. Indubbiamente il sistema predisposto favorì un più rapido adeguamento al ritmo comunitario, riducendo il novero delle procedure d’infrazione avanzate nei confronti dello Stato italiano. Peraltro, non prevedendo alcuna differenziazione tra le circostanze in cui la direttiva da attuare potesse o meno esplicitare diretta applicabilità, sottoponeva impropriamente i provvedimenti meramente attuativi delle regole europee alle lungaggini dell’iter parlamentare.

La scelta di ovviare ai più recenti inconvenienti emersi si tradusse nell’abrogazione del citato strumento normativo introdotto nelle fasi finali del secolo scorso. Il 24 dicembre 2012 si approdò per questo all’emanazione della nuova legge 234 del 2012 denominata “Norme generali sulla partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’Unione europea”. Punto focale della nuova disposizione è lo sdoppiamento delle misure normative messe a disposizione del legislatore: la legge di delegazione europea e la legge europea. I citati disposti normativi prevedono due differenziati iter legislativi che si riflettono in due distinti canali di attuazione a seconda che la norma riguardi la modificazione/abrogazione di una disposizione interna o il semplice trapianto diretto di previsioni comunitarie.

È bene, ad ogni modo, precisare un fattore che investe non solo le direttive, bensì tutte le tipologie di atti trattate nel corrente paragrafo: la completa unificazione del

---

<sup>45</sup> G. BENNACCHIO, *Diritto privato dell’Unione europea: fonti, modelli, regole*, supra nota 8, pag. 95.

<sup>46</sup> LEGGE 9 marzo 1989, n.86, contenente “Norme generali sulla partecipazione dell’Italia al processo normativo comunitario e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari”, entrata in vigore il 25 marzo 1989, G.U. n. 58, 10 marzo 1989.

<sup>47</sup> LEGGE del 4 febbraio 2005, contenente “Norme generali sulla partecipazione dell’Italia al processo normativo dell’Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari”, entrata in vigore il 2 marzo 2005, G.U. n. 37, 15 febbraio 2005.

diritto degli Stati membri non rientra fra gli scopi dell'Unione. Invero, la cessione di autorità operata dai singoli Paesi<sup>48</sup> viene ad esistere solo in funzione di un ravvicinamento fra le discipline nazionali e non di una loro omogeneizzazione. Ciò chiarito si prosegue con l'analisi della susseguente tipologia di norme prevista all'interno dello schema dell'articolo 288 del TFUE.

### 1.2.3 Le decisioni

L'ultima categoria di atti vincolanti designata dall'ordinamento europeo è costituita dalle decisioni. Ai sensi del quarto comma dell'art. 288 TFUE, qui ampiamente citato, esse vengono così definite:

*«La decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi. Se designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi».*

Dal tenore della norma sopra riportata, si può perciò ricavare l'esistenza di due diversi tipologie di decisioni, individuandone i tratti comuni così come i caratteri che, invece, ne demarcano le differenze sostanziali. Da un lato si hanno le decisioni prive di destinatari individuabili, con portata obbligatoria generale; dall'altro lato vi si trovano quelle individuali, considerate vincolanti per i soli destinatari da esse individuati. Per converso il tratto comune fra le due, altresì riconducibile alla categoria di atti dei regolamenti, riguarda la loro obbligatorietà in tutti gli elementi. Tale caratteristica risulta peraltro essenziale qualora si abbia la necessità di attribuire il corretto genere ad un determinato atto avente portata individuale e comprendere, segnatamente, se ci si trovi di fronte ad una decisione piuttosto che ad un parere o ad una direttiva.

Entrando più nel dettaglio della distinzione, la seconda tipologia di decisioni quando prescrive un obbligo di *facere* risulta essere pertanto assimilabile alla categoria delle direttive, fermo restando che il suddetto obbligo nei casi delle decisioni risulti essere molto più specifico e stringente rispetto a quello disposto dalle direttive. Pertanto, le decisioni che stabiliscono puramente comportamenti negativi, estremamente particolareggiate o che si limitino a ribadire oneri già previsti dai trattati, sono da

---

<sup>48</sup> Beninteso si fa qui riferimento alle materie aventi una diretta incidenza sul funzionamento del mercato comune.

ritenere a tutti gli effetti direttamente applicabili all'interno degli Stati membri. I casi di maggior rilievo rientrati in questa tipologia concernono le norme adottate dalla Commissione in materia di concorrenza. I restanti atti aventi per inverso una portata generale, sono per lo più di varia natura e prettamente riconducibili all'attività del Consiglio europeo nell'ambito delle procedure di revisione dei trattati.

Ulteriori considerazioni possono essere mosse, sempre tenendo a mente la differenziazione sopra riportata, riguardo al grado di efficacia delle decisioni. Alcune valutazioni sono già state precedentemente svolte; in via generale si può affermare che l'efficacia delle suddette, al pari delle altre tipologie di fonti secondarie ed essendo le stesse destinate ad esaurire i loro effetti altresì all'interno degli ordinamenti nazionali, è stata riconosciuta non senza difficoltà. Il silenzio dell'art. 288 TFUE<sup>49</sup> ha certamente contribuito ad alimentare le perplessità avanzate da diversi studiosi. Se per le decisioni rivolte agli Stati membri la questione è stata risolta (in coerenza con quanto espresso precedentemente) attribuendo loro efficacia diretta, per quelle rivolte ai singoli individui si è intrapreso un differente percorso. Il carattere obbligatorio di tutti gli elementi contenuti avallerebbe una loro diretta efficacia, tuttavia, non riconosciuta nella pratica per la particolare natura delle norme prese in esame: le decisioni rivolte a singoli individui costituiscono meramente espressione del potere amministrativo europeo. Soppesando tutte le ragioni qui presentate, le Istituzioni in ultima istanza hanno optato per il riconoscimento della diretta applicabilità anche per le suddette norme, prevedendo un intervento delle autorità nazionali nei soli casi in cui vengano stabiliti, a carico dei destinatari, obblighi pecuniari.

#### 1.2.4 Gli atti non vincolanti: le raccomandazioni e i pareri

Oltre agli atti aventi diretta efficacia esaminati in precedenza, l'art 288 TFUE al quinto comma prevede altre due tipologie di atti, espressamente definiti come non vincolanti, che le istituzioni dell'Unione possono emanare. Nello specifico si parla in questa sede di pareri e raccomandazioni. Una linea netta di demarcazione tra i suddetti non è mai stata realmente tracciata, anche se la stessa avrebbe in ogni caso

---

<sup>49</sup> F. POCAR, *Diritto dell'Unione europea*, supra nota 4, pag. 294.

poca rilevanza vista la non impugnabilità degli stessi dinanzi alla Corte di giustizia<sup>50</sup>. Una prima distinzione formale si basava sulla provenienza della richiesta di attuazione degli atti: da un lato si riteneva che le raccomandazioni venissero implementate autonomamente dalle istituzioni, mentre dall'alto che i pareri sorgessero su domanda esplicita degli Stati membri. Successivamente venne avanzata dagli studiosi una diversa distinzione basata sul contenuto specifico delle norme: se di carattere generale ascrivibile alla categoria delle raccomandazioni, se di carattere particolare ascrivibile a quella dei pareri. Le risultanze pratiche ad ogni modo smentirono nei fatti entrambe le osservazioni presentate.

Più fondata appare la suddivisione fondata sull'uopo che l'atto intende perseguire. In base alla suddetta le raccomandazioni rivestirebbero il ruolo di disposizioni atte ad ottenere che il destinatario ivi individuato mantenga un determinato comportamento; viceversa i pareri avrebbero la semplice funzione di rendere noto l'orientamento che l'Unione ritiene più idoneo proporre in merito ad una determinata questione.

Fermo restando supplementari riflessioni che tuttavia non verranno in questa sede approfondite, in linea generale la competenza ad emanare atti di questo tipo spetta in concerto al Parlamento, al Consiglio ed alla Commissione, indi per cui i suddetti non sono soggetti a particolari limitazioni. L'unica degna di nota riguarda l'eventuale condizione in cui siano i trattati stessi a prevedere il chiaro obbligo di implementare una specifica raccomandazione o parere.

### 1.3 I rapporti fra il diritto dell'Unione europea e il diritto degli Stati membri

Delineate nel paragrafo precedente le principali caratteristiche dell'ordinamento europeo contenente norme capaci di rivolgersi direttamente ai cittadini degli Stati membri, è meritevole soffermarsi sul complesso dei rapporti che vengono ad esistere tramite l'incontro dei due diversi livelli di sistemi. *In primis* dalla peculiare caratteristica delle suddette disposizioni traggono origine rapporti aventi dimensione internazionale o rapporti aventi dimensione prettamente nazionale. Così vengono ad esistere, nel primo caso, una serie di diritti ed obblighi che possono essere fatti valere all'interno di differenti Stati membri e per inverso nel secondo, rapporti di tipo

---

<sup>50</sup> Ciò viene stabilito dall'articolo 263 del TFUE.

orizzontale o verticale, tra entità appartenenti alla medesima nazione, nell'ottica di una corretta applicazione della normativa europea. Si è già preannunciato in proposito, e verrà approfondito nel prosieguo, l'esplicazione concreta che comporta l'intreccio di queste relazioni: in caso di intrinseci contrasti le disposizioni europee possono produrre un effetto di prevalenza, subentrando alle leggi nazionali contrastanti, o un effetto di opposizione limitando l'applicazione delle norme preesistenti. Il complessivo fenomeno che qui si sta descrivendo è da ricondurre a quel fenomeno oggi definito come europeizzazione. Il termine si riferisce a quel processo, oramai non più unicamente giuridico, comportante un'omogeneizzazione di regole e modelli comportamentali all'interno dell'Unione europea, ove diversi attori svolgono un ruolo fondamentale, dalla dottrina, alla giurisprudenza, dai legislatori nazionali, alla pubblica amministrazione, tanto nell'implementazione delle regole europee nell'ordinamento interno, quanto nell'interpretazione del diritto nazionale alla luce dei principi e delle regole dell'Unione europea. Tale processo, è in continua evoluzione: si pensi in proposito alla disciplina degli appalti pubblici tutt'ora al centro di continue modifiche regolative nella misura e nelle direzioni che verranno oltre meglio specificati.

### 1.3.1 La supremazia del diritto dell'Unione

Il primo passo compiuto per la realizzazione del processo sopra descritto viene fatto coincidere con l'instaurazione del principio del primato del diritto dell'Unione, in base al quale le norme nazionali non possono porre ostacoli all'applicazione della normativa europea. L'efficacia diretta riveste in questo senso un ruolo cruciale, considerato che in assenza di una previsione concreta che permetta alle norme europee di creare diritti, senza intermediazioni, in capo ai soggetti degli ordinamenti nazionali, la suddetta disciplina risulterebbe alla semplice mercé della volontà di conformazione dei singoli Stati membri. Tale eventualità produrrebbe una molteplicità di disparità e ineguaglianze fra i vari Paesi, inaccettabili, alla luce, invero, della forte esigenza dell'Unione di garantire un'uniforme applicazione delle norme su tutto il territorio europeo.

Il suddetto principio venne esplicitato per la prima volta all'interno dell'ordinamento italiano a seguito della sentenza *Costa c. Enel*, precedentemente menzionata<sup>51</sup>, all'interno della quale veniva così disposto nel merito della questione:

*«Scaturito da una fonte autonoma, il diritto originato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risulti scosso il fondamento stesso della Comunità».*

Dalla lettura della pronuncia si evince come a cedere di fronte alla supremazia del diritto europeo siano perciò tutte le norme interne di qualunque rango ovvero norme di carattere amministrativo, costituzionale o legislativo. Le modalità attraverso la quale garantire tale prevalenza sono anch'esse disposte dall'ordinamento europeo che nel concreto ritengono i giudizi nazionali i principali protagonisti del processo di adeguamento del diritto interno, senza la necessità di attendere il dispiegamento di alcun procedimento costituzionale suppletivo.

Esiste tuttavia un limite che può arginare l'applicazione del principio del primato dell'Unione Europea. Il suddetto non opera in tutte quelle circostanze in cui la normativa delle singole nazionali ritenuta contrastante sia atta a garantire ed assicurare la corretta tutela di diritti fondamentali. In tali casi è la Corte stessa ad accogliere con favore potenziali limitazioni degli obblighi imposti dal diritto comunitario.

### 1.3.2 L'obbligo d'interpretazione conforme

Un particolare strumento tecnico che agevola l'integrazione fra i diritti nazionali ed il diritto europeo consiste nell'obbligo d'interpretazione conforme. Si è in precedenza evidenziato come quest'ultimo sia stato elaborato sulla scia di un tentato riconoscimento dell'efficacia orizzontale delle direttive, a tutela di quei soggetti privati che per la semplice inerzia del proprio Stato di appartenenza, vedevano negarsi il riconoscimento di eventuali diritti contenuti in fonti europee. In quella sede sono state menzionate le prime sentenze che ne hanno sancito il riconoscimento, senza spingersi oltre la prospettiva delle direttive. L'estensione del principio ha

---

<sup>51</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, *supra* nota 3.

tuttavia interessato anche ulteriori contesti rispetto a quello di partenza da cui ha tratto origine. Proprio per questo è opportuno procedere con un'analisi più approfondita della questione.

Innanzitutto, rifacendosi alla questione dei limiti temporali e soggettivi degli effetti delle direttive, è necessario riportare la sostanziale distinzione operante tra il binomio efficacia diretta/supremazia del diritto europeo e il principio ermeneutico qui in esame. Il primo termine comporta la disapplicazione e l'invalidità della norma ritenuta contrastante con l'ordinamento europeo; il secondo permettendo il "mantenimento in vita" della fonte nazionale fornendone una lettura al diritto europeo. Perché la norma potenzialmente incoerente con il diritto comunitario resista al meccanismo della sua disapplicazione, occorre che a disposizione del giudice chiamato ad interpretarla vi sia un certo margine di discrezionalità; diversamente, la norma interna non potrà che ritenersi incompatibile con il diritto europeo.

L'estensione totalitaria dell'obbligo d'interpretazione conforme a tutte le possibili tipologie di disposizioni nazionali è affrontata compiutamente nella decisione *Pfeiffer*<sup>52</sup>:

*«Il principio dell'interpretazione conforme esige che il giudice del rinvio faccia tutto ciò che rientra nella sua competenza, prendendo in considerazione tutte le norme del diritto nazionale, per garantire la piena efficacia della direttiva...».*

L'ampliamento evidenziato che ha comportato l'applicazione del principio a diversi campi giuridici, tra cui quello penale, richiede l'indicazione di un'ultima specificazione: il più volte richiamato principio deve garantire la certezza del diritto, dell'irretroattività e soprattutto nel non aggravamento della responsabilità degli individui, prevedendo ad esempio la comparsa di nuove ipotesi di reato.

### 1.3.3 Il divieto di *gold plating*

Un'ulteriore misura di armonizzazione, comparsa più di recente nello strumento giuridico a disposizione della giurisprudenza per affrontare e risolvere il problema dell'incoerenza del diritto nazionale con quello europeo, il divieto di *gold plating*. Il

---

<sup>52</sup> Corte di giustizia dell'Unione Europea (Grande sezione), 5 ottobre 2004, in cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer*.

termine ha fatto la sua prima comparsa in occasione della Comunicazione europea dell'8 ottobre 2020, all'interno della quale, nell'ottica di rendere il processo di integrazione fra gli ordinamenti statali ed europeo più lineare e meno oneroso, viene criticata la prassi delle autorità nazionali di porre requisiti ulteriori rispetto a quelli previsti dalle fonti normative europee. Precisamente, questi interventi "integrativi" nazionali sono definiti quelli:

*«Which goes beyond what is required by that legislation, while staying within legality. Member States have large discretion when implementing EC directives. They may increase reporting obligations, add procedural requirements, or apply more rigorous penalty regimes. If not illegal, 'gold plating' is usually presented as a bad practice because it imposes costs that could have been avoided<sup>53</sup>».*

Nel nostro ordinamento il primo esplicito riferimento al *gold plating* si trova nella Legge di stabilità per il 2012<sup>54</sup>.

In concreto, viene richiesto agli Stati membri, in sede di trasposizione interna di disposizioni comunitarie, di non imporre condizioni, limiti o altri dispositivi normativi che possano attenuare l'ambito di applicazione o la portata delle previsioni comunitarie, se non per comprovate ragioni. L'attenzione si concentra qui in particolar modo posta sulle direttive, ricordando per l'appunto che le suddette incarnano la tipologia di atti che prevede la mediazione del diritto interno degli Stati membri, lasciando a quest'ultimi margini, talvolta molto ampi, nell'introduzione di ulteriori livelli di regolazione. In ambito nazionale, nel tentativo di rendere l'individuazione del suddetto livello il più agevole possibile, venne individuato, con la direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 16 gennaio 2013<sup>55</sup>, il grado

---

<sup>53</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Smart Regulation in the European Union*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM (2010) 543 final, 8 ottobre 2010, consultabile sul [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2010\)543&lang=it](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2010)543&lang=it)

<sup>54</sup> LEGGE 12 novembre 2011, n. 183, recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato", entrata in vigore il 1 gennaio 2012, G.U. n. 265, 14 novembre 2011.

<sup>55</sup> DIRETTIVA del Presidente del Consiglio dei Ministri, 16 gennaio 2013, recante la disciplina sul rispetto dei livelli minimi di regolazione previsti dalle direttive europee, nonché aggiornamento del modello di Relazione AIR, ai sensi dell'articolo 14, comma 6, della legge 28 novembre 2005, [2013], G.U. n. 86, 12 aprile 2013.

minimo di legislazione previsto dall'ordinamento europeo e i relativi strumenti atti a valutare le conseguenze che un eventuale superato dello stesso comporterebbero.

A titolo chiarificatore con previsione di livelli superiori di regolazione, rispetto al minimo predisposto dalla fonte europea, si intendono l'introduzione di: obblighi, standard, oneri e requisiti non strettamente necessari all'attuazione delle disposizioni ed in egual misura il mantenimento degli stessi; un'estensione maggiore dell'ambito applicativo soggettivo e oggettivo di regole; sanzioni e meccanismi operativi più aggravanti nelle procedure di condanna. Nell'eventualità in cui uno Stato si ritrovi in una delle tre situazioni prospettate sarà perciò tenuto a fornire ulteriori informazioni a riprova della legittimità e conseguente rispetto del divieto di *gold plating*. Più dettagliatamente viene richiesta una sorta di valutazione di efficienza riguardo l'introduzione di condizioni più stringenti ed in aggiunta di esplicitare il valore a difesa del quale viene operata una scelta di questa natura. Proprio a fronte di quest'ultimo aspetto, occorre difatti precisare che esistono ipotesi in cui gli inasprimenti normativi, riconducibili alle scelte nazionali, se volti alla tutela di valori costituzionali, non sono solo consentiti, bensì addirittura auspicati.

Ciò posto, occorre interrogarsi sull'effettiva portata del divieto posto qui in esame. È indubbio che la questione dell'efficacia ruoti attorno ai principi aventi valore costituzionale. Per le ragioni addotte sopra, il suddetto principio sembrerebbe soccombere di fronte alla necessaria tutela dei contenuti in quei diritti (fondamentali). Nella pratica, effettivamente questo è il risultato a cui si è giunti tanto che il *gold plating* lo si ritiene oramai solo operante, per esclusione, nei casi in cui faccia riferimento ad oneri di regolamentazione fini a sé stessi di esclusivo carattere amministrativo e burocratico.

Tracciare una linea di confine fra le due tipologie di regole, in precedenza descritte, appare tutt'altro che semplice. Di riflesso diviene complesso fornire la giusta interpretazione del divieto. Si è proposto in questi casi di ricorrere al dilemma di *Sunstein* per distinguere le circostanze in cui sia opportuno adoperare la leva della riduzione normativa, per l'ottenimento di snellimenti burocratici, da quelle ove per

le esigenze in gioco sarebbe più idoneo il ricorso a norme più chiare e standardizzate<sup>56</sup>.

A conclusione del ragionamento qui svolto, chi interpreta il *gold plating* quale principio assolutistico, inderogabile volto a rendere i singoli ordinamenti degli Stati membri più liberali ed “europeizzati”, non tiene in debita considerazione gli ostacoli che il processo di recepimento delle regole comunitarie può incontrare. Il principio è sicuramente da intendere come strumento di armonizzazione normativa che tuttavia non può portare all’erosione delle garanzie poste a salvaguardia dei valori più profondi e fondamentali riconosciuti dalle costituzioni nazionali. Certezza e effettività dei diritti primari permangono criteri sovraordinati rispetto all’ immediatezza e celerità dei procedimenti o alla propagazione del fenomeno dell’europeizzazione.

#### 1.4 La trasposizione del diritto europeo negli Stati membri: Esempi concreti

Tracciate le coordinate dell’ordinamento europeo e descritto il complesso dei rapporti che prendono vita dall’applicazione delle misure previste nello stesso, resta da verificare quali risvolti pratici abbiano avuto le vicende teoriche presentate nei precedenti paragrafi. Per tali ragioni la sezione conclusiva del presente capitolo verterà su una serie di concise analisi volte alla spiegazione del processo di europeizzazione avvenuto all’interno di alcuni Stati membri. In particolar modo l’attenzione verrà focalizzata sulla cessione delle quote nazionali di sovranità (in determinate materie) e sul riconoscimento della supremazia del diritto comunitario.

##### 1.4.1 L’Italia

Nelle fasi iniziali di partecipazione alle Comunità europee, lo Stato italiano si prestò al riconoscimento e alla susseguente implementazione delle fonti comunitarie, ricorrendo alla misura della legge ordinaria. Sebbene legittima, la scelta destò fin da subito alcune perplessità circa l’idoneità dello stesso strumento nel garantire la corretta attuazione del principio di supremazia del diritto europeo sul diritto

---

<sup>56</sup> P. MANTINI, *Nuovo codice degli appalti tra Europa, Italia e Autonomie Speciali*, in *Rivista di diritto pubblico*, numero 2, 2016.

nazionale. È centrale nella comprensione di questi meccanismi la previsione dell'articolo 11 della Costituzione:

*«(L'Italia) consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo».*

Con la riforma del titolo V della Costituzione<sup>57</sup>, è stato ulteriormente rafforzato il vincolo comunitario. In particolare, l'articolo 117, nella nuova versione frutto della citata riforma, al primo comma così stabilisce:

*«La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».*

Dal punto di vista giurisprudenziale il riconoscimento degli aspetti poc'anzi descritti ha incontrato il medesimo percorso tortuoso che ha interessato il versante legislativo. Nel corso della trattazione di questo primo capitolo sono già stati operati diversi richiami alle pronunce contenenti i più significativi mutamenti giurisprudenziali nazionali anche in merito alla presente questione. La sintetica successione delle sentenze che verrà qui di seguito presentata, ripartirà proprio dai precedenti giurisprudenziali già ricordati.

La celeberrima sentenza *Simmenthal*<sup>58</sup> segna il punto di svolta nella definizione della natura del rapporto fra ordinamento europeo ed ordinamento nazionale. Nella fattispecie venne sancita la supremazia del diritto europeo ed in aggiunta l'accettazione incondizionata delle derivate limitazioni di sovranità imposte. In aggiunta, attraverso la sentenza *Granital*<sup>59</sup> le disposizioni europee acquistano rango sovraordinato rispetto alle leggi nazionali. Da ciò viene dichiarata l'inidoneità dell'applicazione, alle controversie coinvolgenti fonti primarie di ordinamenti diversi, degli ordinari strumenti di risoluzione previsti per le ipotesi di conflitto fra leggi meramente statali.

Ultima considerazione pratica del processo qui esaminato concerne il ruolo del giudice nazionale in merito alle valutazioni che la separatezza dell'ordinamento

---

<sup>57</sup> Operata con la Legge costituzionale, 18 ottobre 2001 numero 3.

<sup>58</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, 9 marzo 1978, in causa 106/77, *Simmenthal*.

<sup>59</sup> Corte costituzionale, *supra nota* 19.

statale rispetto a quello dell'Unione hanno comportato. In coerenza con quanto affermato già in precedenza, il giudice nazionale – e non più quello comunitario – assume il ruolo chiave di figura preposta alla salvaguardia della corretta applicazione del diritto comunitario. In caso di conflitto fra due norme appartenenti ai suddetti ordinamenti quest'ultimo è infatti chiamato alla disapplicazione della disposizione italiana ritenuta confliggente. È bene rimarcare, in conclusione, l'eccezione prevista in caso di normativa comunitaria contraria ai principi fondamentali sanciti dalla Costituzione italiana e ai diritti dell'uomo. Nel concreto in queste casistiche la supremazia della legislazione europea viene a mancare comportando l'annullamento della diretta applicabilità della stessa.

#### 1.4.2 La Francia

Lo stato francese, nelle battute iniziali del processo di europeizzazione, riconobbe con particolare diffidenza l'autonomia dell'ordinamento comunitario, operando un'apertura verso l'implementazione dello stesso piuttosto lenta e superficiale. La base costituzionale per la costruzione della “reazione” fra i due diversi ordinamenti viene posta con l'articolo 88 – 1 della Costituzione francese, attraverso il quale viene effettivamente riconosciuta l'esistenza del diritto comunitario e la necessaria cessione di alcune quote di sovranità statale all'Unione:

*«La République participe à l'Union européenne constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007».*

Posto il fondamento, tuttavia, l'esatto inquadramento delle limitazioni di sovranità avvenne in concomitanza dell'adozione del Trattato di Maastricht. Prima del 1992 il giudice costituzionale francese, chiamato a dirimere puntuali questioni di conflitto in determinate materie, era solito distinguere tra limitazioni consentite o non consentite. Il sillogismo così presentato chiaramente lasciava presagire un grado di apertura verso il diritto europeo assai limitato. Successivamente, a seguito dell'entrata in vigore del trattato, venne legittimato un più generale ricorso al trasferimento di competenze. È bene precisare che il carattere generale della previsione, non costituisca un'indistinta approvazione di qualsiasi tipo di trasferimento. Lo stesso

può operare solo a seguito di una procedura di verifica, grazie alla quale venga attestato che la limitazione di sovranità a favore dell'Europa non comprometta l'operatività della stessa sul piano nazionale.

Sulla base di ciò, si potrebbe trarre l'errata conclusione che la Francia non abbia mai riconosciuto un'effettiva supremazia delle disposizioni europee su quelle interne. Concretamente, sono innumerevoli le pronunce all'interno delle quali viene ribadito il carattere primario della Costituzione francese e la sua preminenza, come ad esempio nella sentenza *Fraisie*<sup>60</sup>. Ciò che deve rilevare in realtà sono le dimostranze pratiche che nello specifico hanno permesso di dare un'adeguata risposta al dibattito venutosi a creare per la sovrapposizione dei due ordinamenti. La leale cooperazione da parte dello Stato francese si è sempre verificata, quando il suddetto è stato chiamato ad allineare la sua normativa con quanto disposto dalle Istituzioni comunitarie. I cinque emendamenti costituzionali, non volontari, attuati all'interno della Costituzione francese sono la dimostrazione concreta di un implicito riconoscimento dell'attribuzione di rango primario al diritto europeo<sup>61</sup>

#### 1.4.3 La Spagna

Sebbene la Costituzione spagnola sia stata modificata in due sole occasioni, la governance europea ne ha impattato profondamente l'ordinamento costituzionale. Un primo intervento ha avuto luogo, proprio come in Francia, a seguito dell'adozione del Trattato di Maastricht, per il riconoscimento dell'esercizio dei diritti elettorali nelle elezioni locali ai cittadini dell'Unione. Il secondo, a distanza di circa vent'anni dal primo, si è verificato nel 2011, in piena crisi economica europea, con il fine di dar attuazione al complesso delle misure previste dal Patto Euro Plus. A onor del vero, tralasciando i due esempi riportati, non è mai stata operata una radicale trasformazione costituzionale alla luce dell'appartenenza della Spagna all'Unione europea. I riferimenti normativi da tenere a mente nell'intricata questione della ricerca di un equilibrio fra i due diversi livelli ordinamentali, europeo e spagnolo, si

---

<sup>60</sup> Corte di cassazione francese, 2 giugno 2000, n. 99-60274.

<sup>61</sup> V. BRUCK *et alii*, *The Constitution of France in the Context of EU and Transnational Law: An Ongoing Adjustment and Dialogue to Be Improved*, in A. Albi, S. Bardutzky (a cura di) *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law - National Reports*, Berlino 2019, pag. 1195.

riducono per questo esclusivamente a due articoli della Costituzione. Entrando nel dettaglio, la prima disposizione, l'art. 93, prevede nel concreto:

*«Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión».*

Già da una prima lettura si può evincere come nella disposizione manchi un'espressa menzione all'Unione, tuttavia, gli studiosi convengono sul fatto che la suddetta sia stata redatta pensando alla futura adesione della Spagna alle Comunità europee<sup>62</sup>. In via generale tale articolo autorizza il trasferimento di porzioni di sovranità all'Istituzione comunitaria. Quest'ultimo sembrerebbe presentarsi privo di alcun limite sostanziale e non sottostante alla salvaguardia di specifici valori. Sul punto per questo è intervenuta nel tempo la Corte costituzionale spagnola, chiarendo a seguito di numerose pronunce, come il trasferimento di potestà legislativa non sia da ritenersi incondizionato, bensì subordinato al rispetto dei principi fondamentali sanciti dalla Costituzione e del sistema di valori preesistenti.

Resta infine da analizzare in che termini lo Stato spagnolo abbia attribuito carattere primario al diritto europeo e conseguentemente quale soluzione abbia fornito per la risoluzione dei potenziali conflitti scaturenti dal rapporto fra i due sistemi di fonti. Nuovamente bisogna riferirsi ad un articolo della Costituzione spagnola, che sulla lettera parrebbe rivolgersi indistintamente ai trattati internazionali, ma nel concreto mirato alla questione europea, ossia l'art. 96, il quale così testualmente dispone:

*«Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional».*

---

<sup>62</sup> J. S. MULLOR, A. T. PÈREZ, *The Constitution of Spain: The Challenges for the Constitutional Order Under European and Global Governance*, in A. Albi, S. Bardutzky (a cura di) *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law - National Reports*, Berlino 2019, pag. 545.

Sulla base di quanto riportato la dottrina ritiene che il diritto internazionale goda di una resistenza passiva nei confronti della legislazione nazionale spagnola<sup>63</sup>. Conseguentemente i giudici spagnoli risulterebbero essere chiamati a disapplicare direttamente le norme interne incompatibili con il diritto internazionale, considerato per questo prevalente. È bene precisare che anche per questo ordinamento, la prevalenza non sia da ritenere valida, quando la disposizione interna confliggente abbia rango costituzionale.

#### 1.4.4 La Germania

L'adesione della Germania al diritto comunitario trovava fondamento, prima del 1992, all'articolo 24 della Legge fondamentale per la Repubblica federale di Germania, attraverso il quale veniva autorizzato il trasferimento di "poteri sovrani" alle istituzioni internazionali. Di seguito il primo comma della citata disposizione:

*«Der Bund kann durch Gesetz Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen».*

Fisiologicamente e proprio come nel caso spagnolo, anche l'ordinamento giuridico tedesco inizialmente ha utilizzato, per la gestione degli affari europei, una base costituzionale originariamente dedicata alla generale regolazione di tutti i rapporti internazionali dello Stato federale. Solo in concomitanza dell'attuazione del Trattato di Maastricht è stata introdotta una disposizione specifica per dare copertura costituzionale all'adesione della Germania all'UE. E così, dal 1992, l'articolo 23 della Legge fondamentale per la Repubblica federale di Germania diviene la disposizione chiave per la gestione delle politiche comunitarie. Nel concreto così il suddetto si presenta (a seguito delle modifiche introdotte nel 2006 e nel 2009):

*«Zur Verwirklichung eines vereinten Europas wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mit, die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet. Der Bund kann hierzu durch Gesetz mit Zustimmung des Bundesrates*

---

<sup>63</sup> J. S. MULLOR, A. T. PÈREZ, *The Constitution of Spain: The Challenges for the Constitutional Order Under European and Global Governance*, supra nota 62, pag. 577.

*Hoheitsrechte übertragen. Für die Begründung der Europäischen Union sowie für Änderungen ihrer vertraglichen Grundlagen und vergleichbare Regelungen, durch die dieses Grundgesetz seinem Inhalt nach geändert oder ergänzt wird oder solche Änderungen oder Ergänzungen ermöglicht werden, gilt Artikel 79 Abs. 2 und 3».*

Il nucleo della suddetta clausola d'integrazione riguarda, la legittimazione costituzionale del trasferimento di quote di sovranità all'Unione europea, proponendo un doppio connesso livello operativo. La Federazione, infatti, attraverso la rinuncia a porzioni di sovranità, contribuisce alla costituzione di un'autorità autonoma a livello europeo e allo stesso tempo determina la costruzione di un ordinamento nazionale compatibile con i principi e le norme stabilite a livello comunitario.

Definito il modello integrativo previsto per la coesistenza pacifica dei due ordinamenti, occorre sottolineare che non venga previsto un esplicito riconoscimento del carattere primario del diritto europeo né tantomeno il riconoscimento della possibilità, per lo stesso, di produrre effetti diretti all'interno dello Stato. Ciononostante, la supremazia del diritto europeo non è mai stata messa in discussione nell'ordinamento tedesco, venendo ricavata direttamente dall'adesione al processo istitutivo delle Comunità europee. La suddetta legittimazione non è tuttavia da intendere incondizionata: operano difatti, come per il caso italiano, delle limitazioni poste a tutela della sovranità statale. A seguito di alcune emblematiche pronunce giurisprudenziali, nel diritto tedesco esistono tre ipotesi al verificarsi delle quali il diritto europeo perde la sua primazia. La prima riserva viene posta per garantire una protezione efficace dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti (si veda in tal senso la sentenza *Solange I*<sup>64</sup>). Viene inoltre attribuita alla Corte costituzionale tedesca la possibilità di valutare, in ultima istanza, se un'Istituzione europea abbia violato le disposizioni contenute nei trattati comunitari, eccedendo rispetto a quanto permesso dalle competenze ad essa attribuite (in merito al controllo *ultra vires* degli atti comunitari si veda la sentenza *Honeywell*<sup>65</sup>). Infine, l'ultima circostanza che al verificarsi della quale si determina la sospensione della supremazia del diritto europeo su quello tedesco concerne la violazione dell'identità nazionale. Nella fattispecie viene cioè individuato un limite di operatività del diritto europeo nel conflitto con la clausola di

---

<sup>64</sup> Corte costituzionale tedesca (BVerfGE), 29 maggio 1974, 2 BvR 52/71

<sup>65</sup> Corte costituzionale tedesca (BVerfGE), 6 luglio 2010, 2 BvR 2661/06.

tutela dell'identità nazionale, disposta in modo particolarmente articolato dall'art 79 della Legge fondamentale tedesca. Per completezza la norma per ultimo citata dispone che:

*«(1) Das Grundgesetz kann nur durch ein Gesetz geändert werden, das den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ändert oder ergänzt. Bei völkerrechtlichen Verträgen, die eine Friedensregelung, die Vorbereitung einer Friedensregelung oder den Abbau einer besatzungsrechtlichen Ordnung zum Gegenstand haben oder der Verteidigung der Bundesrepublik zu dienen bestimmt sind, genügt zur Klarstellung, daß die Bestimmungen des Grundgesetzes dem Abschluß und dem Inkraftsetzen der Verträge nicht entgegenstehen, eine Ergänzung des Wortlautes des Grundgesetzes, die sich auf diese Klarstellung beschränkt.*

*(2) Ein solches Gesetz bedarf der Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestages und zwei Dritteln der Stimmen des Bundesrates.*

*(3) Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig».*

## **Capitolo II. L'evoluzione normativa dei contratti pubblici in Italia alla luce delle direttive europee**

Il precedente capitolo è stato dedicato ad evidenziare l'elevato grado di incisività che l'ordinamento comunitario può oggi raggiungere all'interno dei singoli Paesi membri dell'Unione. Tra i tanti ambiti interessati da questo fenomeno, spicca senza dubbio quello concernente i contratti pubblici, ed in particolare gli appalti pubblici. Lo studio dell'evoluzione della disciplina italiana in materia di appalti pubblici in esito al necessario recepimento di direttive europee in materia è oggetto di questo capitolo. L'obiettivo di tale analisi è quello di dimostrare che l'armonizzazione europea non necessariamente assicura quella pretesa omogeneità normativa tanto ricercata nel fenomeno dell'europeizzazione, né tantomeno garantisca un accettabile livello di certezza del diritto.

### 2.1 Mercato interno ed importanza degli appalti: il necessario intervento europeo

Semplificando al massimo una materia estremamente complessa e variegata, si può dire che in linea di principio per soddisfare le esigenze della collettività e adempiere ai loro incarichi politici, economici e sociali, le amministrazioni pubbliche possono intraprendere tre differenti strade. In primo luogo, possono raggiungere gli obiettivi istituzionali posti dalle norme istitutive delle loro funzioni, ricorrendo, con propri mezzi, all'autoproduzione dei beni o servizi necessari per dare attuazione a tali funzioni. In secondo luogo, le amministrazioni pubbliche, nel rispetto dei limiti imposti sempre dalla disciplina primaria, possono raggiungere i loro obiettivi istituzionali, tramite l'appropriazione forzata di beni o fonti di produzione di proprietà privata. Infine, le amministrazioni pubbliche possono assecondare le esigenze pubbliche, ricorrendo alla collaborazione volontaria delle imprese private attraverso affidamenti a queste ultime di incarichi per la realizzazione di beni, servizi o per l'esecuzione di lavori di interesse pubblico (quindi funzioni pubbliche svolte attraverso il mercato).

In questa sede verrà presa in analisi quest'ultima ipotesi, che appare quella più complessa e di maggior interesse nella trattazione dell'argomento di ricerca. Il *focus* principale,

come anticipato, andrà all'ipotesi più significativa, in termini quantitativi e qualitativi, di contratti per l'affidamento pubblico, ossia gli appalti pubblici.

Gli appalti pubblici rappresentano oggi una componente economica fondamentale per la sussistenza delle singole economie nazionali e parimenti il sostegno necessario per un perdurante sviluppo delle amministrazioni pubbliche e della stessa organizzazione europea. La conferma di queste prime affermazioni può agevolmente trovarsi nella disamina di alcuni dati statistici:

- La spesa per gli appalti pubblici rappresenta all'incirca il 13% del PIL complessivo dell'UE
- La spesa pubblica europea per lavori, forniture o servizi, (in termini assoluti) nel 2015 corrispondeva a circa 3 miliardi di euro
- I governi dell'Unione Europea hanno investito il 30% del loro budget totale in appalti pubblici (OCSE, 2017).
- Il 20% del PIL mondiale è rappresentato dalla spesa globale per gli appalti pubblici.<sup>66</sup>

L'importanza delle commesse pubbliche è da intendersi non solo nell'ottica dell'ammontare di denaro investito: è altresì cruciale il riferimento alla redditività e l'efficienza delle commesse pubbliche per i cittadini e per il mercato. Acquisti pubblici di qualità si traducono in disponibilità di migliori infrastrutture e migliori servizi pubblici, impattando fortemente sul tenore di vita della popolazione e sulla produttività delle imprese. Non vi sono dubbi, per l'insieme delle ragioni presentate, sul fatto che lo sviluppo del mercato comune europeo dipenda fortemente dal mantenimento di un elevato standard qualitativo delle commesse pubbliche. La forte del diritto europeo alla regolazione delle procedure d'aggiudicazione, è da intendersi alla luce delle ragioni qui addotte. Attenzione che, in armonia con quanto ricordato in precedenza, si esplica nell'attuazione di variegati interventi normativi. In primis le ingerenze europee in materia presero il via con l'imposizione di obbligazioni negative, di carattere protezionistico, orientate all'evitare favoritismi e condotte illecite nel corso dell'espletamento delle procedure di affidamento pubbliche. Fin dalle origini della Comunità la lotta alla corruzione ha difatti rappresentato uno degli obiettivi chiave per la riuscita della creazione

---

<sup>66</sup> I presenti dati statistici sono stati forniti da A. RHODE in *Public Procurement in the European Union How Contracting Authorities Can Improve Their Procurement Performance in Tenders – Research*, Berlino 2019, pp. 1 – 2.

di un unico mercato sovrastatale. I principi di non discriminazione in base alla nazionalità, libertà di circolazione delle merci, libertà di stabilimento e libertà di prestazione di servizi concorrono per questo, anche nell'epoca attuale, a formare la cornice di principio al cui interno si colloca la copiosa normativa sugli appalti pubblici europei<sup>67</sup>.

Così oggi trovano ragion d'essere direttive all'interno delle quali la trasparenza diviene un fattore imprescindibile per le procedure finalizzate agli affidamenti pubblici, che a loro volta devono essere strutturate per prevedere la massima apertura plausibile al mercato. Alla base di questo orientamento resta perciò la convinzione che il libero gioco del mercato e della concorrenza garantiscano i risultati sperati in termini di stimolo all'innovazione tecnologica, *consumers satisfaction* e allocazione efficiente delle risorse. In aggiunta i celebri scandali riguardanti il Mose e l'organizzazione Expo<sup>68</sup> hanno indubbiamente contribuito ad avvalorare e conseguentemente legittimare negli anni la suddetta linea guida, tracciata dall'Unione europea.

Gli emendamenti che hanno interessato la disciplina degli appalti a livello comunitario e nazionale hanno altresì trovato fondamento a seguito della crisi economica mondiale, che ha assoggettato gli Stati a forti pressioni nella gestione dei bilanci pubblici. A causa di queste inedite sfide finanziarie, le singole realtà nazionali sono state pertanto chiamate a porre nella pratica una gestione più efficiente delle gare pubbliche. Come reazione a queste difficili situazioni di bilancio, i singoli Stati hanno risposto dedicando particolare attenzione ai risultati conseguiti attraverso le varie aggiudicazioni degli appalti pubblici. In un quadro così delineato, ciò che viene richiesto in fase di acquisti pubblici è che il denaro pubblico venga speso *wisely and well*<sup>69</sup>. In altri termini ci si aspetta dalle amministrazioni pubbliche investimenti nelle aree di maggior "sensibilità" per i cittadini, che assicurino un adeguato bilanciamento tra costi sostenuti e qualità conseguita. Quanto elencato ha portato all'adozione da parte dell'Unione di progressivi aggiustamenti, nella materia in oggetto, volti ad accrescere l'efficienza del sistema, a garanzia del raggiungimento dei risultati prefissati. In ultima istanza si è quindi arrivati all'emanazione di nuove direttive mirate in particolare ad erodere una parte della discrezionalità attribuita

---

<sup>67</sup> F. ASTONE, *Strumenti di tutela e forme di risoluzione bonaria del contenzioso nel Codice dei contratti pubblici*, Torino 2013, pag.52.

<sup>68</sup> Si fa riferimento alla controversa questione di Tangentopoli.

<sup>69</sup> Il ragionamento qui posto trae spunto dal solenne discorso tenuto da Margaret Thatcher al congresso del Partito Conservatore del 14 ottobre del 1983.

alle stazioni appaltanti, in modo tale da rendere le fasi di progettazione e conduzione delle gare d'appalto più standardizzate e prevedibili<sup>70</sup>.

Razionalizzazione della spesa pubblica e lotta alla corruzione rappresentano le forze motrici che hanno condotto l'Unione ad incidere profondamente nella disciplina degli appalti pubblici. Per esaurire la questione introduttiva qui proposta resta infine da comprendere in quali termini sia stata garantita l'implementazione dei principi europei in questo settore.

## 2.2 L'applicazione dei principi europei in materia di appalti

La direttiva 2014/24/UE dedica, nella sezione introduttiva, esplicita attenzione ai principi in materia di appalti pubblici, sancendone il rispetto incondizionato. Il preambolo della stessa, al primo considerando, riporta difatti la seguente enunciazione:

*«L'aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza».*

In buona sostanza le discipline nazionali degli appalti pubblici debbono risultare improntate al rispetto dei principi generali dell'agire della pubblicazione amministrativa dettati dalla cornice costituzionale e primaria di riferimento, così come al rispetto di quelli definiti dal quadro di riferimento europeo.

Nel caso specifico dell'Italia, la disciplina, in materia, deve prevedere l'osservanza dei criteri sanciti all'interno della Costituzione, della legge n. 241 del 1990<sup>71</sup> e delle fonti comunitarie, primarie e secondarie. In precedenza, si è detto che lotta alla corruzione e politiche di austerità sono da considerare le forze motrici che hanno condotto ad un ingente intervento europeo in tema di commesse pubbliche. A garanzia di ciò, sono stati posti proprio i sopracitati principi di derivazione europea. A tal proposito risulta

---

<sup>70</sup> A. RHODE in *Public Procurement in the European Union How Contracting Authorities Can Improve Their Procurement Performance in Tenders – Research*, supra nota 66, pag. 17

<sup>71</sup> LEGGE del 7 agosto 1990, n. 241, recante “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”, entrata in vigore il 2 settembre del 1990, G.U. n.192, 18 agosto 1990.

opportuno passare alla singola considerazione di tali principi, per poter porre in rilievo le loro specifiche connotazioni.

Il primo principio da considerare è quello di parità di trattamento, trae la sua origine come diretta derivazione del principio di non discriminazione in base alla cittadinanza. Trasposto all'interno dello scenario degli appalti, è volto a garantire che le stazioni appaltanti trattino allo stesso modo e forniscano lo stesso grado d'informazione a tutti i potenziali fornitori, cosicché la selezione della miglior offerta presente sul mercato, derivi dallo sviluppo di una concorrenza effettiva. L'impatto pratico dello stesso si riflette, in particolar modo, nella documentazione giuridica a supporto della procedura di selezione. Viene per l'appunto richiesto alle stazioni appaltanti che la documentazione di gara (in primis il bando) rechi informazioni accessibili a tutti e parallelamente che gli eventuali criteri di ammissibilità e di aggiudicazione, previsti al suo interno, non avvantaggino, in alcun modo, potenziali candidati a discapito di altri. Tuttavia, lo stesso criterio prevede ed esorta ad una gestione differenziata dei partecipanti, se gli stessi presentano caratteristiche diverse. A titolo esemplificativo, ai fornitori in possesso di peculiari informazioni particolarmente vantaggiose nell'ottica di una possibile aggiudicazione di una gara, viene negata la partecipazione alla stessa. Proseguendo con la trattazione dei principi europei di riferimento, il successivo, direttamente collegato al precedente, concerne il divieto alla discriminazione. Sulla base di quest'ultimo viene garantita la massima apertura delle gare d'appalto, indirizzate per tale ragione a qualsiasi soggetto interessato al prenderne parte, indipendentemente dalla sua origine o nazionalità. I bandi di gara proprio per questo, devono essere stilati in modo neutrale, ed esser pubblicati nel supplemento alla GUUE e su TED. La necessità di questa previsione ha trovato ragione d'essere nel diretto contrasto del complesso di pratiche protezionistiche, a favore dei fornitori nazionali, adottate dagli Stati nel periodo antecedente all'introduzione delle direttive comunitarie. Inoltre, le informazioni e condizioni riportate in sede di gara, oltre che al rispetto dei menzionati principi, devono adattarsi anche al requisito della proporzionalità. I criteri ed i requisiti di partecipazione e di aggiudicazione devono risultare coerenti con la portata e la dimensione dell'affidamento pubblico in questione. L'Unione ha perciò effettivamente imposto alle amministrazioni di adottare l'opzione meno onerosa ed invasiva per i potenziali fornitori. Resta infine, a conclusione di questa sezione destinata ai principi europei, la trattazione dei principi di pubblicità e trasparenza: emblemi dell'intervento europeo in materia di appalti pubblici. Già previsti all'interno

della disciplina della legge 241 del 1990, gli stessi hanno acquisito, con il passare degli anni, un peso sempre più crescente poiché baluardi della tutela di una concorrenza autentica, priva di collusioni e corruzione, nel contesto del mercato europeo. Sul versante pratico, i summenzionati principi investono l'intero processo di selezione dell'offerta: dalla fase iniziale di progettazione, a quella finale di aggiudicazione. Affinché la procedura di gara sia effettivamente finalizzata alla scelta dell'offerta più conveniente disponibile sul mercato, in primo luogo, viene prevista la pubblicazione delle gare d'appalto a mezzo di qualsiasi strumento utile a garantire il più alto grado di accessibilità delle comunicazioni<sup>72</sup>. L'attuazione dei principi europei, in coerenza di quanto poc' anzi espresso, non si esauriscono nella sola fase di pubblicazione e per tale ragione dispongono che altresì le regole di selezione devono essere stabilite prioritariamente rispetto all'avvio del processo di individuazione del più idoneo offerente. Infine, anche con riferimento alla fase finale dell'affidamento pubblico, le direttive europee intervengono predisponendo l'obbligo di pubblicare il risultato della gara sui vari siti disponibili, e di informare i partecipanti al processo sia dei motivi che non hanno condotto alla loro selezione, sia dell'avvenuta aggiudicazione del contratto.

### 2.3 L'evoluzione della disciplina degli appalti pubblici

Esaurita la parte introduttiva relativa ai principi europei in materia di affidamenti pubblici, occorre, per giungere ad avere una comprensione completa del quadro giuridico in materia di appalti, ricostruire il contesto normativo nazionale di partenza<sup>73</sup> sul quale la disciplina comunitaria è andata ad intervenire e specificare di volta in volta le novità introdotte dalla legislazione nazionale di derivazione comunitaria. Il processo d'integrazione europea non si è esaurito nella sola contaminazione dei principi generali che impregnano l'attività della pubblica amministrazione. Lo stesso ha difatti rappresentato e rappresenta tutt'ora un procedimento assai complesso e tumultuoso

---

<sup>72</sup> Se le stazioni aggiudicatrici non predispongono la pubblicazione sui portali suggeriti (TED o GUUE), sono tenute ad informare i fornitori, dell'intenzione di avviare una procedura di gara, attraverso qualsiasi altro mezzo idoneo ad assolvere alla medesima funzione, quali ad esempio i loro siti web o un giornale europeo.

<sup>73</sup> A. RHODE in *Public Procurement in the European Union How Contracting Authorities Can Improve Their Procurement Performance in Tenders – Research*, supra nota 66, pag. 28

contraddistinto dall'emanazione in serie di direttive, regolamenti e secondari strumenti di *soft law*.

### 2.3.1 Il quadro normativo antecedente agli anni 70'

Il sistema normativo italiano, nell'ambito delle procedure negoziali pubbliche, prima degli interventi europei, si connotava per un complesso variegato di discipline, differenziate a seconda del soggetto pubblico interessato, che andavano a sovrapporsi al principale nucleo normativo identificabile nella legge del 20 marzo 1865 n. 2248, allegato F<sup>74</sup>. La disciplina in questione si caratterizzava per la totale mancanza di riferimenti, nella predisposizione delle commesse pubbliche, all'utilizzo di strumenti privatistici, men che meno del ricorso al mercato, nella ricerca delle risorse necessarie per portare a compimento le opere pubbliche. Per una prima consacrazione dello strumento contrattuale, quale mezzo idoneo alla realizzazione concreta anche delle pubbliche funzioni, si dovette attendere fino al secolo successivo, in concomitanza dell'attuazione del regio decreto n. 2440/1923<sup>75</sup> ed il relativo regolamento di attuazione, ovvero il r.d. n. 827/1924<sup>76</sup>. Il corpus normativo, così delineato, incasellava la disciplina degli appalti nell'alveo contabilistico, generando un complesso di regole tese a focalizzare l'attenzione sulla rendicontazione economica sul prezzo di vendita delle lavorazioni pubbliche. Alla luce di codesti presupposti, licitazione privata e aste pubbliche divennero le misure predilette da un'amministrazione pubblica inconsapevole della rilevanza che l'aspetto procedurale del processo può rivestire, nell'individuazione del miglior contraente. Inoltre, il comparto pubblico all'epoca non disponeva di risorse ad alto contenuto tecnologico né tantomeno di un rilevante ammontare di capitale da poter impiegare. Così all'aumentare della complessità delle infrastrutture da realizzare, cresceva il grado di sostituzione/sovrapposizione delle concessioni di lavoro lo strumento dell'appalto.

---

<sup>74</sup> LEGGE del Regno d'Italia unitario "per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia", emanata il 20 marzo 1865, entrata in vigore il 01 luglio 1865, G.U. n.101, 27 aprile 1865.

<sup>75</sup> REGIO DECRETO del 18 novembre 1923 recante "disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello Stato", entrato in vigore il 23 novembre 1923, G.U. n. 275, 23 novembre 1923.

<sup>76</sup> REGIO DECRETO del 23 maggio 1924 contenente "il regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato", entrato in vigore il 3 giugno 1924, G.U. 130, 3 giugno 1924.

A seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, il tentativo di arginare la manifesta inadeguatezza dell'organizzazione amministrativa ebbe una parziale svolta. Grazie all'articolo 97, l'azione amministrativa venne permeata dai rivoluzionari principi di imparzialità e trasparenza. Ciò condusse al risalto dell'aspetto procedurale delle commesse pubbliche, che contrariamente al passato viene ora inteso quale punto strategico al raggiungimento degli obiettivi, di pubblico interesse posti. Da tale momento, iniziò a farsi strada l'idea che la normativa nazionale in materia di appalti pubblici dovesse essere improntata alla diretta tutela della libera concorrenza nel mercato. Iniziarono così ad attivarsi quell'insieme di meccanismi orientati ad introdurre un rigido inquadramento delle procedure di scelta dei contraenti. In altri termini, l'ottica che pervadeva gli acquisti, all'epoca, virò verso la conduzione più oggettiva del percorso di accesso al mercato. Il suddetto cambiamento, che interessò le commesse pubbliche, ebbe un riscontro diretto, agli esordi del 1970, altresì all'interno del contesto europeo, come testimoniano i primi interventi comunitari in materia.

### 2.3.2 Le direttive europee di prima e seconda generazione

L'acquisizione di una piena consapevolezza dell'ingente valore economico rivestito dagli appalti così come della forte incidenza che l'attività della Pubblica Amministrazione ha sulle libertà fondamentali sancite dai Trattati, ha condotto l'Unione a mettere in campo un primo intervento normativo, nel settore degli appalti pubblici. Agli esordi degli anni Settanta si assiste, per questo, ad un'inedita operazione volta alla predisposizione delle condizioni di concorrenza necessarie a garantire gli obiettivi comuni prefissati in tema di commesse pubbliche: scelta del miglior offerente, aggiudicazioni prive di discriminazioni, creazioni di un mercato europeo comune privo di limitazioni e via discorrendo. Tale prima fase si caratterizzò, tuttavia, per la previsione di un ambito d'azione piuttosto circoscritto, focalizzato su due particolari fronti: nel primo, prettamente soggettivo, vennero considerate come destinatarie delle politiche le sole amministrazioni pubbliche e gli enti territoriali, viceversa dal versante oggettivo si considerarono i solo appalti di lavori e di forniture. A livello pratico, l'esordio del presente processo di riforma venne mirato alla diretta eliminazione dei protezionismi e delle restrizioni nazionali discriminati ed al contempo mirato al raggiungimento di un'uniformità comune, a tutta Europa, delle procedure interne di assegnazione degli

appalti pubblici. Occorre rammentare che a quell'epoca ogni Stato improntava la disciplina degli appalti in totale autonomia senza alcun tipo di confronto interstatale, per tale ragione la Comunità europea era chiamata a tenere in debita considerazione tutte le specificità emergenti dal mosaico di discipline radicate nel territorio. Proprio in riferimento a quest'ultimo aspetto, l'intervento europeo nel contesto italiano, ascrivibile a quell'epoca storica, andava sradicare la disciplina degli appalti dal comparto contabilistico dentro il quale la stessa era stata inserita: pragmaticità economica mal si conciliava difatti con l'ampliamento degli orizzonti di visione perseguito a livello sovrastatale. Negli anni a venire la legittimazione di questa prospettiva trovò addirittura conferma in sede di Corte costituzionale. Precisamente in occasione della sentenza del 2007 n.241<sup>77</sup> l'organo supremo giunse a dichiarare:

*«Come sia stata proprio l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria che ha determinato il definitivo superamento della cosiddetta convenzione contabilistica, che qualificava tale normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale».*

In aggiunta, sempre nella medesima ottica di tenere in considerazione le specificità nazionali, venne deliberatamente esclusa dall'ambito di applicazione della prima generazione di direttive, la regolazione di specifici settori d'attività. Dietro tale volontà di agire, vi fu la consapevolezza che le suddette aree operative in alcuni stati venivano condotte da soggetti organizzati in forma privatistica, indi per cui ci sarebbero state porzioni di territorio assoggettate al rispetto delle direttive e porzioni libere da questa vincolatività. In altri termini, si sarebbe creata una situazione di disparità, andando nella direzione totalmente opposto rispetto a quella prospettata dal fenomeno della europeizzazione.

Entrando nello specifico delle misure concretamente adottate, la prima generazione di direttive si esplicava in due differenti interventi normativi: la direttiva CEE 71/305<sup>78</sup> per gli appalti di lavori e la direttiva CEE 77/62<sup>79</sup> per le forniture. I due citati testi

---

<sup>77</sup> Corte costituzionale, 23 novembre 2007, n. 401.

<sup>78</sup> DIRETTIVA (CEE) n. 305/71, del Consiglio del 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, [1971] G.U. L185, 16 agosto 1971.

<sup>79</sup> DIRETTIVA (CEE) n. 62/77, del Consiglio, del 21 dicembre 1976, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di forniture, [1977], G.U. L 13, 15 gennaio 1977.

rappresentarono una svolta in materia di concorrenza, imponendo come regola generale l'istituzione di una regolare gara d'appalto e come eccezione la procedura ristretta, ed in materia di pubblicità per la previsione dell'obbligo di pubblicazione dei bandi all'interno della Gazzetta ufficiale. Ciò nonostante, ad eccezione delle due novità degne di nota, manifestarono, fin dai primi istanti, la loro inadeguatezza per la già menzionata limitata portata soggettiva delle stesse ed al medesimo tempo per l'occulta resistenza riversata nei confronti dei potenziali candidati extranazionali: a titolo esemplificativo, l'eccessiva brevità dei tempi di presentazione delle domande impediva di fatto impediva agli offerenti non nazionali di presentare le loro proposte. In riferimento a quest'ultimo aspetto, l'equiparazione tra attori nazionali e non giunge a seguito dell'adozione delle nuove direttive europee di seconda generazione. Il nuovo intervento normativo, improntato a colmare le lacune del precedente, rappresentò la prima previsione organica e uniformatrice in materia di appalti. Diverse furono le novità introdotta dalla suddetta: in primo luogo l'eliminazione della connotazione contabilistica dalle procedure delle commesse pubbliche, la riduzione dei margini di asimmetria presenti fra le varie legislazioni nazionali e per ultimo l'attribuzione della centralità spettante al mercato in tale contesto di riferimento. Proseguendo, a livello di portata oggettiva vennero regolamentati settori esclusi nel primo processo normativo, quale ad esempio appalti e forniture di servizi, e per giunta a livello di portata soggettiva del medesimo, venne estesa la sua applicabilità altresì alle imprese pubbliche ed ai soggetti privati, oltre che alla già considerata Pubblica amministrazione nel suo complesso. Nella fattispecie il gruppo di norme qui analizzato si presentava, per cui, suddiviso in tre distinte designazioni legislative: la direttiva 92/50/CEE<sup>80</sup>, la direttiva 93/37/CEE<sup>81</sup> e la direttiva 89/665/CEE<sup>82</sup>. A completamento del codesto quadro normativo venne infine introdotto un inedito meccanismo di tutela, ed i conseguenti mezzi, che i soggetti, la cui sfera giuridica veniva lesa dagli interventi europei in materia di appalti, potevano far valere dinnanzi alle autorità nazionali.

---

<sup>80</sup> DIRETTIVA (CEE) n. 50/92, del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, [1992], G.U. L 209, 24 luglio 1992.

<sup>81</sup> DIRETTIVA (CEE) n. 37/93, del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, [1993], G.U. L 199, 9 agosto 1993.

<sup>82</sup> DIRETTIVA (CEE) n. 665/89, del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, [1989], G.U. L 395, 30 dicembre 1989.

### 2.3.3 Gli appalti in Italia dal 1993 alle nuove direttive del 2004

Nonostante il tentativo chiarificatore perseguito con il pacchetto legislativo trapiantato nel 1993, l'Italia persisteva nel presentare un quadro normativo, in materia di appalti e servizi pubblici, frammentato e disorganico. Lo stesso si connotava per la presenza di diverse previsioni normative, nei più disparati campi applicativi. Ad ognuno di essi corrispondeva un diverso riferimento normativo così si avevano singole leggi che regolamentavano: i settori speciali, gli affidamenti sottosoglia, i lavori e servizi, i beni culturali, la realizzazione di grandi infrastrutture, il settore della difesa, e via discorrendo.

L'Italia non era la sola nazione a presentare una situazione altamente disorganica in fatto di gestione delle commesse pubbliche, diversi Stati europei, difatti, affrontavano la medesima questione problematica. Per tale ragione, le Istituzioni europee, nella speranza di trovare un definitivo rimedio alla suddetta deriva legislativa, ricorsero ad una classica misura di *soft law*, ovvero all'adozione di un Libro verde denominato "Gli appalti pubblici nell'Unione europea – spunti di riflessione per il futuro"<sup>83</sup>. Sinteticamente, venne posto in evidenza il recepimento parziale ed incompleto delle direttive europee, il ricorso eccessivo alle procedure negoziate a discapito della pubblicazione dei bandi ed il mancato rispetto dei primari principi europei. Nel merito della questione, l'intervento proponeva come chiavi di volta le medesime osservazioni mosse in fase di europeizzazione dei Paesi membri, anche se circoscritte al settore degli appalti: riordino della materia per garantirne un certo grado di armonizzazione in tutto il territorio e la previsione di procedure più flessibili ed economicamente sostenibili<sup>84</sup>. In aggiunta lo stesso, terminava con l'esplicito annuncio dell'introduzione, entro un breve lasso di tempo, di una nuova iniziativa legislativa nel campo qui preso in esame.

Sulla scia di tale visione comune, agli inizi del XXI secolo si avvia una nuova stagione normativa, particolarmente dinamica, composta da innumerevoli interventi normativi, conflitti tra le varie istituzioni europee (e tra le stesse e gli Stati) e diverse pronunce giurisprudenziali. A seguito di questo iter legislativo piuttosto duraturo e travagliato, che in questa sede non verrà approfondito, si approdò alla proposta, avanzata dalla Commissione europea, dell'emanazione di due nuove direttive: la prima indirizzata al classico coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di

---

<sup>83</sup> Libro verde presentato dalla Commissione il 27-11-1996.

<sup>84</sup> F. ASTONE, *Strumenti di tutela e forme di risoluzione bonaria del contenzioso nel Codice dei contratti pubblici*, supra nota 67, pp. 47 – 48.

forniture, servizi e lavori; la seconda relativa alla normazione di specifici settori d'attività quali ad esempio quelli concernenti l'erogazione di acqua, energia o servizi di trasporto. Il fondamento di questa rivoluzione normativa, avviata nel 2004, può senza obiezioni essere ricondotto all'iter cui si è fatto riferimento nelle righe precedenti; tuttavia l'idea ha realmente acquisito consensi e concretezza alla luce della Comunicazione della Commissione del 7 maggio 2003<sup>85</sup>, adottata al fine di incrementare e sfruttare a pieno regime le potenzialità di un mercato come quello europeo, comprendente per l'appunto (all'epoca) 25 Stati. Lo scenario descritto, dalla menzionata pubblicazione, poneva l'evidenza, in prima linea, sull'esiguo grado di competitività presente all'interno del settore e la conseguente perdita di opportunità commerciali, così come sull'inadeguata (poiché parziale) trasposizione della disciplina contenuta all'interno delle direttive risalenti al 1993. Per l'Unione arrivava il momento di conferire al settore degli appalti quella dinamicità e trasversalità, affinché realmente potesse rendersi accessibile, ai potenziali fornitori qualsiasi offerta disponibile all'interno del mercato unico. L'inedita esigenza, avallata dall'intramontabile tentativo di razionalizzare il debito pubblico, poteva esser sintetizzata in una sola parola: concorrenza.

Per tali ragioni, nel corso del 2004 si approdò all'emanazione di due nuove direttive preposte alla sostituzione delle tre precedenti, in vigore dal 1993, ma non delle stesse dedite alla regolamentazione dei ricorsi. In coerenza con le pregresse enunciazioni avanzate, l'intervento si articolava in due normative distinte, dedite a differenti settori d'intervento: la prima, la direttiva 2004/18/CE<sup>86</sup> volta al raccoglimento in un unico testo delle disposizioni relativa agli appalti di lavori, forniture e servizi nei settori ordinari; viceversa la seconda, la direttiva 2004/17/CE<sup>87</sup>, avente quale ambito d'applicazione specifici settori, cosiddetti "speciali", quali ad esempio: luce, acqua, gas, energia termica, trasporti e l'aggiunta dell'inedito settore dei servizi postali. Nel complesso il nuovo contesto normativo prodotto, tracciato sulla scia dei precedenti interventi ma con

---

<sup>85</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Strategia per il mercato interno - Priorità 2003-2006*, Comunicazione della Commissione europea COM (2003) 238 def., non pubblicata nella Gazzetta ufficiale, consultabile sul sito <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A170003>.

<sup>86</sup> DIRETTIVA (CE) n. 18/2004, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, [2004], G.U. L 134, 30 aprile 2004.

<sup>87</sup> DIRETTIVA (CE) n. 17/2004, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, [2004], G.U. L 134, 30 aprile 2004.

significative modificazioni, toccava in maniera alquanto dettagliata tutte le varie fasi che andavano a scandire le possibili procedure di aggiudicazione.

Definito da alcuni studiosi come un possibile codice europeo degli appalti<sup>88</sup>, l'impianto legislativo in via generale venne improntato per rendere l'attività della contrattuale della Pubblica amministrazione più efficiente, flessibile e sensibile alle inedite esigenze socio ambientali, altresì attraverso l'imposizione dell'utilizzo di nuove tecnologie in tema di telecomunicazioni e informazione. La razionalizzazione normativa perseguita attraverso l'accentramento delle discipline, in passato distinte in tre differenti sezioni, è stata inoltre condotta con l'intento di eliminare le sovrapposizioni di disposizioni identiche e ridondanti e di adottare una previsione uniforme degli aspetti procedurali e formali delle procedure di gara, estendibile a tutte le nazioni facenti parte dell'Europa.

Vagliando nel dettaglio le principali novità introdotte, in primo luogo, occorre menzionare l'instaurazione di valori, cosiddetti soglia, al superamento dei quali venne stabilita la diretta applicazione della disciplina comunitaria. Sulla base di ciò, la direttiva 2004/18/CE esplica i suoi effetti:

- per gli appalti di fornitura e servizi aggiudicati dalle amministrazioni centrali, al di sopra del valore corrispondente a 137.000 euro
- per gli appalti di fornitura e servizi aggiudicati dalle restanti amministrazioni ovvero organismi di diritto pubblico, al superamento della cifra di 211.000 euro
- per gli appalti pubblici di lavori, al di sopra della soglia di 5.278.000 euro.

Al contrario, i valori di riferimento per la direttiva 2004/17/CE corrispondono a quanto segue:

- per gli appalti di lavori nei settori speciali, la linea di demarcazione è fissata dal superamento del valore di 527.800 euro.
- per gli appalti di forniture e servizi nei settori speciali, il valore limite equivale a 422.000 euro<sup>89</sup>.

In secondo luogo, il nuovo *corpus* normativo ebbe il merito di impiantare una nuova modalità di aggiudicazione, attraverso la quale, alle pubbliche autorità, in vista

---

<sup>88</sup> F. ASTONE, *Strumenti di tutela e forme di risoluzione bonaria del contenzioso nel Codice dei contratti pubblici*, supra nota 67, pp. 55 – 57

<sup>89</sup> I suddetti valori menzionati non erano tuttavia considerati fissi, bensì variabili, poiché soggetti ad una revisione periodica operata dalla Commissione.

dell'individuazione dei mezzi più idonei al soddisfacimento dei propri bisogni, veniva concessa l'autorizzazione ad avviare percorsi di confronto con i potenziali fornitori interessati e presenti nel mercato. La stessa, ancora oggi valida, prende il nome di dialogo competitivo. In aggiunta, restando sulla linea delle possibilità di aggiudicazione, venne inoltre istituita la possibilità di stipulare accordi quadro. Sostanzialmente, alle autorità incaricate, viene consentita la possibilità di pattuire le condizioni contrattuali che andranno a vincolare, nel contenuto, gli accordi stipulati tra la stessa e la ditta risultante aggiudicataria, per un periodo di tempo non superiore ai quattro anni. Come per la precedente procedura inedita, quest'ultima persiste tutt'ora all'interno dell'ordinamento italiano.

Virando a questo punto sulla fase finale, concernente l'acquisto, sono due gli ulteriori strumenti di semplificazione previsti a supporto delle procedure d'acquisto avviate dal settore pubblico, che trovano la propria origine all'interno delle direttive: i sistemi dinamici d'acquisizione e le centrali di committenza. Tramite i primi, le amministrazioni possono condurre procedure d'acquisto attingendo strettamente al ventaglio di offerte approntato da sistemi elettronici/virtuali particolarmente qualificati. Ricorrendo alla seconda tipologia di misure, invece, le procedure di spesa possono essere direttamente centralizzate a mezzo di un riferimento di beni, servizi o lavori eseguito imputando lo stesso ad un'unica centrale di acquisto. La flessibilità del sistema è altresì agevolata dalla nuova previsione secondo la quale le amministrazioni possono porre a base di gara la sola esecuzione dei lavori o la sola progettazione degli stessi, ovvero scindere l'iter procedimentale di aggiudicazione in due distinte fasi. Infine, dal punto di vista della valutazione delle offerte, da segnalare *in primis* la manifesta preferenza attribuita al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che diviene da questo momento il criterio, a cui ricorrere nell'esaminazione delle offerte, ordinario e non avente natura straordinaria<sup>90</sup>.

Analogamente, l'attuazione delle due direttive, nel 2004, ha comportato una rivisitazione del sistema in vigore relativo al test di valutazione sottostante la presentazione di offerte anormalmente basse. A differenza di quanto stabilito nel passato, il contraddittorio fra amministrazione aggiudicatrice ed ente aggiudicatore non è più sufficiente a giustificare la presentazione di un'offerta particolarmente esigua (sia chiaro, in termini economici e

---

<sup>90</sup> La disposizione da tenere in considerazione per la casistica presentata corrisponde all'articolo 53 della Direttiva 2004/18/CE.

non quantitativi) e perciò potenzialmente irregolare. Il nuovo quadro normativo richiede alle amministrazioni che le stesse conducano, prima di poter essere nella posizione di respingere a priori un'offerta del tipo qui posto in esame, un'attenta valutazione che ponderi i diversi elementi costitutivi delle proposte avanzate dai fornitori. A titolo esemplificativo la possibile presenza di aiuto di Stato, l'economia del processo di produzione, il carattere innovativo della suddetta, le condizioni del luogo di lavoro e via discorrendo, diventano fattori essenziali per l'accettazione o il rigetto di una "candidatura economica".

Terminato il passaggio riguardante le novità introdotte dalle misure analizzate nella presente sezione, permane da specificare il campo d'applicazione attribuite alle summenzionate.

La direttiva 2004/18/CEE trova applicazione, coerentemente con quanto già esposto, per gli appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici o equipollenti organismi diritto pubblico<sup>91</sup>. Viceversa, vengono escluse totalmente dalla sua competenza le commesse riconducibili ai settori speciali, così come le stesse che richiedono particolari misure di sicurezza e segretezza. Al contempo sono presenti alcuni servizi, facenti parte dell'elenco predisposto nell'allegato B, sui quali trovano applicazione solo alcune puntuali disposizioni della normativa e non la completa disciplina ivi contenuta.

La restante direttiva 2004/17/CEE, come concepita all'epoca, vanta un ambito di operatività sotto certi aspetti più vasto rispetto all'intervento normativo sui settori tradizionali e per altri più ristretto. Difatti, dal punto di vista soggettivo, si applica non solo alle autorità pubbliche, nella loro classica concezione, bensì ad imprese pubbliche e soggetti privati provvisti di particolari diritti. Il versante più limitativo è invero dettato dallo specifico contesto nella quale la stessa va ad intervenire, che corrisponde, come già espresso, al complesso dei servizi denominati speciali. Per concludere, la questione relativa alla parziale applicazione della stessa, in alcuni dei servizi facenti parte dell'allegato B, prevista per il precedente intervento, è altresì estendibile alla medesima disposizione in ultimo presentata.

---

<sup>91</sup> Per conoscere nel dettaglio le specifiche attività di riferimento è sufficiente verificare gli allegati I e II della citata misura.

#### 2. 3. 4. Il primo Codice degli appalti

Il primo Codice degli appalti, risalente al 2006<sup>92</sup>, si inserisce ed è per questo il frutto di un singolare momento storico. Al termine del 2004 l'esigenza di far confluire in un unico testo normativo il novero delle novità da poco introdotte a livello comunitario, si accompagnava all'imperativo di raccolta del complesso delle norme preesistenti in materia di appalti. Si riteneva, a largo consenso, che quest'ultima dovesse trovare una propria linea di sviluppo organica ed unitaria. Contemporaneamente in Italia il legislatore delegato aveva avviato un'intesa attività di codificazione, favorendo la rapida diffusione, in ambito legislativo, dello strumento del codice. Per citarne alcuni, i Codici dell'amministrazione digitale e del consumo emanati entrambi nel 2005 o ancora il Codice in materia di protezione dei dati personali emanato nel 2003. Il risultato finale scaturito dalla situazione, così delineata, ha in ultima istanza prodotto un quadro normativo dove il Codice degli appalti è andato ad inserirsi quale fonte di rango primario, per la materia degli appalti, comprensivo delle disposizioni contenute nelle direttive del 2004 e nella legge Merloni<sup>93</sup> e dell'intera casistica del contenzioso. Alcuni aspetti di più dettaglio, per contro, restavano esclusi dal suddetto testo, trovando base normativa in mirate fonti legislative secondarie.

Illustrato nel precedente frangente il cammino introduttivo perseguito dal complesso normativo in esame, occorre volgere lo sguardo, come effettuato in precedenza per le direttive comunitarie del 2004, alla portata innovativa della stessa. Anzitutto con l'implementazione del nuovo Codice si assiste alla ridefinizione dei valori soglia<sup>94</sup>, rifacendosi a quanto preliminarmente posto dalle succitate primarie misure comunitarie. Allo stesso modo, vengono direttamente trasposte le nuove procedure di aggiudicazione comunitarie ed in egual misura i sistemi elettronici di acquisizione, previsti nel medesimo pacchetto legislativo. Al contrario, venne invece affidata particolare attenzione e dedicato ampio spazio alla tematica dei criteri di partecipazione. A partire da quanto disposto nel codice, le amministrazioni aggiudicatrici vennero da tale momento invitate ad indicare in sede di bando di gara o di capitolato d'oneri le modalità di valutazione e ponderazione

---

<sup>92</sup> DECRETO LEGISLATIVO n. 163, del 12 aprile 2006, recante "il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE", entrato in vigore il 01 luglio 2006, G.U. n. 100, 02 maggio 2006.

<sup>93</sup> LEGGE quadro in materia di lavori pubblici emanata l'11 febbraio 1994, entrata in vigore il 6 marzo 1994, G.U. n. 41, 19 febbraio 1994.

<sup>94</sup> Articolo 28, Codice degli appalti del 2006, *supra* nota 92.

utilizzare, nella stesura della graduatoria finale. In medesima sede venne per giunta introdotto il meccanismo della forcilla. Affrontando la questione dal fronte dei requisiti, il Testo unico riportava alcune norme di carattere positivo e permissivo, altre di carattere negativo e limitante. A titolo esemplificativo, vi era contenuta una statuizione secondo la quale i concorrenti potessero avvalersi, in fase di ammissione alla gara, di requisiti forniti da altri soggetti, in rapporto con gli stessi. D'altro canto, veniva prefissata l'esclusione automatica, alla procedure d'acquisizione, di quei potenziali fornitori destinatari di condanne penali e fiscali spiccatamente gravose. La flessibilità concessa da un lato veniva perciò controbilanciata immediatamente da elementi di rigidità. Nonostante le importanti novità riportate di sopra, la misura non è rimasta esente da critiche e perplessità. Tra le criticità, mosse dal mondo accademico, spiccavano: la considerazione di un accentuato ricorso all'appalto integrato e alla trattativa privata ed in egual misura la mancata predisposizione di adeguati strumenti di tutela, volti a garantire una congrua ed equa valutazione delle offerte presentate.

In via conclusiva, il primo Codice degli appalti, qui illustrato sinteticamente, rappresenta il primo tentativo di unificazione ed equiparazione (tra lavori, servizi e forniture) della materia, che tiene altresì conto ed applica con precisione quanto disposto a livello comunitario.

### 2.3.5 Le nuove direttive del 2014

Prima di affrontare la questione dell'attuazione del nuovo pacchetto legislativo di matrice comunitaria, verranno brevemente riportate alcune significativi interventi, attuati in campo prettamente nazionale, anteriori e/o contemporanei al 2014. La precedente sessione si è conclusa riportando alcune delle perplessità scaturite dall'implementazione della nuova misura legislativa italiana. Ripartendo proprio da questo punto, il periodo successivo alla pubblicazione del Codice, fu caratterizzato, a seguito di una necessaria fase di assestamento, dalla produzione di puntuali disposizioni estranee alla misura sopracitata e tuttavia aventi un'incidenza rilevante sulla materia qui presa in analisi. A fondamento di questa dichiarazione può esser citato il D.lgs. del 15 novembre 2011<sup>95</sup>,

---

<sup>95</sup> DECRETO LEGISLATIVO n. 208, del 15 novembre 2011, recante “la disciplina dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e sicurezza, in attuazione della direttiva 2009/81/CE,” entrato in vigore il 15 gennaio 2012, G.U. n. 292, 16 dicembre 2011.

recante la normativa di affidamento ed esecuzione dei contratti nel settore della difesa o ancora il D.lgs. n.104/2010<sup>96</sup>, adottato in previsione dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, recante un'apposita previsione per la regolazione delle controversie in fase di affidamento dei contratti. L'arco conclusivo di questa notevole fase di produzione normativa culmina nel 2014. Come già menzionato, durante tale periodo si assiste all'emanazione di tre nuove direttive europee. Al contempo però a livello nazionale continuano a registrarsi significative modificazioni all'interno della disciplina, nonostante il contemporaneo intervento comunitario. Proprio per questo, prima di dedicare la giusta attenzione al nuovo pacchetto legislativo europeo, si proseguirà con un *focus* delle misure nazionali poste in essere nel 2014. In prima linea si pone il decreto legislativo n. 34/2014, denominato decreto *Jobs Act*, che ha previsto l'eliminazione del DURC<sup>97</sup> cartaceo a favore di un controllo virtuale della regolarità contributiva, perseguibile eseguendo un'interrogazione istantanea telematica alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici interna all' ANAC. Passando al differente tema della razionalizzazione delle risorse pubbliche, il decreto legislativo "*Spending Review*" n. 66/2014 ha in tal senso introdotto, da un lato, l'eliminazione dell'onere pendente per le stazioni appaltanti di pubblicare gli inediti avvisi e bandi di gara sui principali quotidiani nazionali e, dall'altro lato, ha esteso a tutti i Comuni, non capoluogo di provincia, l'obbligo di condurre in maniera aggregata le procedure pubbliche di acquisizioni di lavori, forniture e servizi. Ad onor del vero quest'ultima previsione nei successivi anni a seguire è stata interessata e quindi oggetto di una riduzione della sua estensione applicativa, tanto che con il Decreto semplificazione PA, n. 90 del 2014, è stata reintrodotta la possibilità per i Comuni con popolazione superiore ai 10.000 abitanti di condurre autonomamente le procedure d'acquisto purché di valore inferiore o al massimo equivalente ai 40.000 euro.

Contestualmente alle misure citate, in coerenza con quanto dichiarato in precedenza, nel medesimo anno qui posto a riferimento è stato presentato il nuovo pacchetto legislativo

---

<sup>96</sup> DECRETO LEGISLATIVO n. 204, del 02 luglio 2010, recante "delega al governo per il riordino del processo amministrativo" in attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, entrato in vigore il 16 settembre 2010, G.U. n. 156, 07 luglio 2010.

<sup>97</sup> Documento unico di regolarità contributiva

di matrice europea. Nel concreto alle due direttive 2014/24/UE<sup>98</sup> e 2014/25/UE<sup>99</sup>, andate a sostituire le precedenti disposizioni vigenti dal 2004, ne è stata affiancata una terza, la direttiva 2014/23/UE<sup>100</sup> volta all'esclusiva disciplina delle concessioni di lavori e servizi. Il suddetto intervento, inserito nel solco di una normativa tradizionalmente deputata a rafforzare il mercato interno<sup>101</sup>, è stato improntato al completo assorbimento dei valori posti alla base della strategia Europa 2020. In riferimento a quest'ultima, gli appalti vengono effettivamente innalzati e riconosciuti quali strumenti, disponibili sul mercato, indispensabili per la realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva<sup>102</sup> fermo restando il più alto grado di efficienza nell'utilizzo dei finanziamenti pubblici. A distanza di un decennio dal rivoluzionario sistema di disposizioni comunitarie in tema di appalti, il responso dell'intervento sicuramente forniva un *feedback* positivo, tuttavia, non privo di elementi per i quali risultava necessario compiere un ulteriore sforzo in materia. Nel dettaglio efficienza della spesa pubblica, inclusione di piccole e medie imprese ovvero conseguimento di importanti obiettivi sociali rappresentavano ancora delle sfide aperte per le quali doveva ancora esser fornita una congrua soluzione. La chiave di volta, del nuovo pacchetto legislativo, in risposta a queste esigenze può essere ricondotta alla parola "flessibilità". L'Unione difatti, strizzando l'occhio all'esempio statunitense, ha per la prima volta accantonato l'ostilità circa le interferenze provenienti dal contesto privato, dichiarano esplicitamente l'intenzione di voler favorire l'incontro fra i due settori da sempre contrapposti. Un esempio lampante di quanto sostenuto è l'affievolirsi dell'ostilità nei confronti delle procedure negoziate adottabili in sede di gara, fino ad allora inquadrate come mere casistiche eccezionali. Il considerando 42 della direttiva

---

<sup>98</sup> DIRETTIVA (UE) n. 24/2014, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, relativa agli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, [2014], G.U. L 94, 28 marzo 2014.

<sup>99</sup> DIRETTIVA (UE) n. 25/2014, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE, [2014], G.U. L 94, 28 marzo 2014.

<sup>100</sup> DIRETTIVA (UE) n. 23/2014, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, [2014], G.U. L 94, 28 marzo 2014.

<sup>101</sup> R. CARANTA, N. SPATARU, Nuove forme di cooperazione pubblico-privato per lo sviluppo locale: modelli europei a confronto, in M. E. Comba (a cura di) *Le Anchor Institutions nella società liquida: strumenti giuridici per una sperimentazione in Italia*, *Federalistimi.it: Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, numero speciale 4, 2019, pp. 7 – 13.

<sup>102</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Politica di coesione e strategia Europa 2020*, 27 luglio 2015 consultabile sul sito: [https://ec.europa.eu/regional\\_policy/archive/policy/future/eu2020\\_it.htm](https://ec.europa.eu/regional_policy/archive/policy/future/eu2020_it.htm).

2014/24/UE ne è la prova tangibile e conseguente dimostrazione di questa ritrovata volontà del coinvolgimento altresì del mercato:

*«È indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d'appalto che prevede la negoziazione. È probabile che un più ampio ricorso a tali procedure incrementi anche gli scambi transfrontalieri, in quanto la valutazione ha dimostrato che gli appalti aggiudicati con procedura negoziata con previa pubblicazione hanno una percentuale di successo particolarmente elevata di offerte transfrontaliere. È opportuno che gli Stati membri abbiano la facoltà di ricorrere ad una procedura competitiva con negoziazione o al dialogo competitivo in varie situazioni qualora non risulti che procedure aperte o ristrette senza negoziazione possano portare a risultati di aggiudicazioni di appalti soddisfacenti».*

Tenendo a mente quanto asserito di sopra e volgendo alla trattazione delle novità introdotte dalle suddette direttive, degno di nota appare fin da subito l'introduzione di due nuove procedure di aggiudicazione. La procedura competitiva con negoziazione che altro non è se non la procedura negoziata previa pubblicazione di un bando (appellata in modo diverso) ed il partenariato per l'innovazione, processo improntato alla ricerca di soluzioni inedite non ancora disponibili sul mercato.

Altro fattore meritevole di menzione è la nuova consapevolezza acquisita circa la necessaria trasposizione, alla realtà degli appalti, del concetto di ciclo di vita dei costi<sup>103</sup> (*life-cycle costing*) che permette una loro considerazione e ponderazione totalitaria. A testimonianza di questa inaugurata linea di condotta, le nuove norme, su forte impulso della Commissione, pattuiscono l'esistenza e di conseguenza l'adattabilità di un solo criterio di aggiudicazione in sede di gara: il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il suddetto riferito al prezzo più basso diviene perciò, dal 2014, strumento di carattere residuale ed eccezionale, operante in soli determinati tipi di appalto o utilizzabile da singole categorie di amministrazioni aggiudicatrici. Il timore di concedere alle amministrazioni un'eccessiva autorità nella scelta dei contraenti, indubbiamente realizzabile se il criterio posto a vertice della decisione fosse rappresentato da un semplice prezzo fisso, ha condotto per tale ragione ad introdurre ulteriori elementi di valutazione

---

<sup>103</sup> Per una definizione puntuale della nozione di ciclo di vita dei costi si rimanda all'articolo 68 della direttiva 2014/24/UE, *supra* nota 98.

nella ponderazione delle varie offerte pervenute. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per questo si presenta, secondo la linea tracciata dalle diverse disposizioni contenute nella disposizione n. 24 del 2014, quale connubio di una serie di elementi a natura economica e non. A titolo esemplificativo l'articolo 67 della citata norma giuridica di riferimento riporta tra le qualità da ritenere preferenziali, in sede di gara, la qualità e l'esperienza del personale o ancora elementi di accessibilità che consentano la fruibilità dell'opera altresì ai soggetti appartenenti alle categorie sociali più svantaggiate; l'articolo 68, in sede di definizione della nozione di costo del ciclo di vita, riporta tra gli innumerevoli elementi da tenere in giusta considerazione la capacità di limitare ripercussioni negative incidenti sui cambiamenti climatici; la disposizione numero 76 riporta come fattori preferenziali la capacità di un'offerta di coinvolgere e responsabilizzare i potenziale utenti del servizio o l'alto grado di completezza dello stesso. Analogamente, in ultima analisi, senza rientrare nuovamente nel dettaglio della designazione delle varie procedure di aggiudicazione, si ritengono adeguate le indicazioni fornite al sesto comma dell'articolo 31 in sede di presentazione del partenariato per l'innovazione:

*«Nel selezionare i candidati, le amministrazioni aggiudicatrici applicano in particolare i criteri relativi alle capacità dei candidati nel settore della ricerca e dello sviluppo e nella messa a punto e attuazione di soluzioni innovative».*

Proseguendo, ulteriori elementi innovativi hanno trovato attuazione in sede di collaborazione fra le amministrazioni aggiudicatrici. Occorre prontamente specificare come tali forme di collaborazione non sono state ideate nell'ottica di eludere l'applicazione delle regole pubblicistiche, al di sopra presentate, in sede di selezione del contraente e né tantomeno l'inclusione delle piccole e medie imprese. Il motivo che sottende una scelta di questo genere equivale alla creazione sinergica di un sistema di relazioni in ambito di acquisti pubblici, per permettere il raggiungimento di un grado sempre maggiore di centralizzazione degli stessi. Accentrato che a sua volta permetterebbe altresì di porre in essere economie di scala e di conseguenza impiegare in maniera più efficiente il patrimonio economico a disposizione delle amministrazioni. Entrando nel dettaglio, la prima tipologia di affidamento infra-amministrativo è prevista all'articolo 12 della direttiva 2014/24/UE e coincide con l'affidamento *in house*. Sulla base di questa disposizione due o più amministrazioni aggiudicatrici aventi i medesimi obiettivi comuni, possono

concludere un contratto esclusivo finalizzato ad affidare ad una delle due parti, in maniera diretta, l'esecuzione di lavori o l'affidamento di servizi. Il presupposto affinché ciò sia effettivamente possibile è la sussistenza di tre puntuali condizioni principali<sup>104</sup>. La restante casistica riconducibile all'innovativa modalità di cooperazione, inclusa nella nuova cornice normativa comunitaria, contempla, per le motivazioni largamente riportate nelle precedenti battute, l'opportunità per una pubblica autorità di affidare una commessa direttamente in capo ad una centrale di committenza. In questa circostanza l'articolo al quale si fa riferimento è l'articolo 37, comma 4, della più volte citata direttiva 24.

Esaurito il punto dedicato alle alternative forme di collaborazione introdotte, non verranno proposti addizionali elementi di novità entrati in vigore con le direttive del 2014. Indubbiamente permangono elementi di incontrovertibile importanza che ad ogni modo in tale studio non verranno riportati. Ultima eccezione viene tuttavia fatta per procedere quanto meno con un accenno delle normative introdotte con la Direttiva 23/2014/UE. Alla stessa va riconosciuto il merito di aver dettato disciplina in un campo, fino al periodo antecedente al 2014, rimasto inesplorato, nell'ambito delle concessioni di lavori e servizi.

### 2.3.6 Il nuovo Codice degli appalti del 2016

A livello nazionale per l'attuazione del nuovo pacchetto di direttive, poc'anzi presentato, la legge 9 luglio 2015, n. 114<sup>105</sup> conferì al Governo l'incarico di redigere il nuovo Codice dei contratti e delle concessioni pubbliche, da sostituirsi e perciò comportante l'abrogazione del precedente, risalente al 2006. Le linee guida al quale attenersi, dettate dalla sopracitata disposizione, restavano pressappoco immutate soprattutto alla luce delle questioni controverse ancora non risolte. Tra le tante: il divieto di non introdurre livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie<sup>106</sup>, riduzione degli oneri documentali, maggior efficienza nella

---

<sup>104</sup> In questa sede l'istituto è stato presentato per sommi capi poiché troverà ampio spazio di analisi del terzo capitolo della presente ricerca.

<sup>105</sup> LEGGE 9 luglio 2015, n. 114, recante la delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea, entrata in vigore il 15 agosto 2015, GU n.176, 31 luglio 2015.

<sup>106</sup> In altri termini, il divieto di *gold plating*, già ampiamente sottoposto ad analisi nel primo capitolo della ricerca.

risoluzione delle controversie, garantire parità di trattamento, trasparenza e pubblicità in sede di gara e via discorrendo. Deve aggiungersi a questo primo impianto teorico la nuova consapevolezza acquisita rispetto alla multiforme fisionomia del concetto di corruzione<sup>107</sup>. Il verificarsi di fenomeni corruttivi sempre più frequentemente ha inevitabilmente influenzato la connotazione dell'inedito Codice degli appalti, che diviene anch'esso strumento diretto alla lotta della corruzione e del novero delle pratiche incasellabili all'interno della *maladministration*<sup>108</sup> pubblica. La suddetta esigenza oltre che provenire direttamente dal legislatore nazionale, che già in passato si era attivato in tal senso emanando puntuali leggi anticorruzione, subisce altresì l'influenza degli organismi internazionali fortemente intenzionati a richiedere argini più stringenti nella limitazione della diffusione pratiche illecite pubbliche. Orbene, in altri termini ciò che veniva demandato allo Stato italiano rispondeva alla necessità di emanare leggi che lo stesso Beccaria avrebbe definito come non paurose ma "prevenitrici dei delitti"<sup>109</sup>.

La ragione della risonanza così rilevante raggiunta, tra il triennio 2014 – 2016, dall'imperativo qui presentato, è da ricercare in particolar modo nel recente fattore di rischio e vulnerabilità scaturito dalle tre sopramenzionate direttive. Nello specifico, dalla previsione di un dialogo sempre più aperto e ferrato tra contesto pubblico e attori privati. Chiaramente la complessità del caso in questione scaturisce dall'intersezione venutasi a creare fra fenomeni corruttivi e pregressi profili di criticità interni al sistema delle commesse pubbliche: abuso della motivazione d'urgenza, criteri di valutazione fittizi, abuso delle procedure negoziate, sono solo alcune delle casistiche che possono esser portati all'attenzione. In poche parole, non solo gli aspetti di domanda ed offerta ad esser intaccati dalla questione, bensì le grandi classiche aree tematiche che definiscono e guidano l'operato dell'apparato pubblico: contenimento della spesa, discrezionalità amministrativa ed indubbiamente prevenzione di favoreggiamenti procedurali indebiti.

---

<sup>107</sup> G. DURANO, *La prevenzione dei fenomeni corruttivi e la disciplina del subappalto nel d.lgs. n. 50/2016*, in *Amministriv@mente: Rivista di diritto amministrativo*, fascicolo n.1-2, Roma 2018, pag. 4.

<sup>108</sup> Termine coniato per indicare la presenza di fenomeni corruttivi all'interno delle pratiche adottate dalle pubbliche amministrazioni.

<sup>109</sup> G. DURANO, *La prevenzione dei fenomeni corruttivi e la disciplina del subappalto nel d.lgs. n. 50/2016*, *supra* nota 107, pag. 7.

Il nuovo codice degli appalti trova la sua ragion d'essere, nonché impronta normativa, proprio dall'unione tutti gli aspetti concisamente descritti e portati qui alla luce. Orbene, giova comunque ricordare come il primario motivo dell'emanazione del suddetto pacchetto derivasse dall'imperativo di garantire e provvedere con l'implementazione delle tre direttive del 2014. Tanto è vero che lo stesso venne emanato, su pubblicazione del d.lgs. 50 del 2016<sup>110</sup>, il 19 aprile 2016 ovvero il giorno successivo rispetto al termine ultimo prefissato e utile per la ricezione delle tre disposizioni comunitarie. L'affanno per garantire l'adozione entro i limiti temporali previsti ebbe fin da subito risvolti pragmatici: il codice entrò in vigore senza il rispetto di alcun periodo di *vacatio legis*, risultano per questo già applicabile a tutte le procedure di gara pubblicate dal 20 aprile dell'anno di riferimento. A dieci anni di distanza dal precedente, il nuovo testo normativo dedicato alla regolamentazione degli appalti pubblici, si presentava al suo esordio come un testo intriso di innumerevoli innovazioni, mirato all'ottenimento di un'efficacia ed efficiente uso (economico e morale) delle risorse a disposizione e sfolto di tutta una serie di previsioni considerate poco utili alla causa<sup>111</sup>. La carica innovativa veniva accompagnata da una manifesta ambizione di concepire una disciplina organica idonea a trovar risposta a tutti gli interrogativi fino a quel momento posti. A sostenimento del clima e delle aspettative che circondarono la sua entrata in vigore, si riportano alcune delle enunciazioni avanzate in sede consultiva dal Consiglio di Stato in sede di emanazione del parere n. 855 del 2016:

*«La relativa legge delega n. 11/2016, raccoglie, infatti, l'ambiziosa sfida di definire una nuova disciplina idonea a coniugare “flessibilità e rigore, semplificazione ed efficienza con la salvaguardia di insopprimibili valori sociali e ambientali”<sup>112</sup>».*

Come di consueto, completata la fase introduttiva del pacchetto legislativo, si passerà alla trattazione degli elementi inediti introdotti dallo stesso. L'impostazione scelta in

---

<sup>110</sup> DECRETO LEGISLATIVO n. 50, del 18 aprile 2016, Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, entrato in vigore il 19 aprile 2016, G.U. n. 91, 19 aprile 2014.

<sup>111</sup> Si passò dalle 620 norme del Codice del 2006 alle quasi 220 del Codice attuale.

<sup>112</sup> CONSIGLIO DI STATO, Parere n. 855 sullo schema di Codice dei contratti pubblici, 1° aprile 2016, consultabile sul sito: <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/il-consiglio-di-stato-ha-reso-il-parere-sullo-schema-di-codice-dei-contratti-pubblici>.

questo caso seguirà quella proposta dagli autori Karrer e Pasanisi che in un loro contributo<sup>113</sup> pongono come punto di partenza, per una piena comprensione delle novità, la trattazione della disciplina delle centrali di committenza. Si è già fatta menzione in precedenza della volontà di accentramento delle commesse pubbliche, implementata dalle direttive del 2014. Il nuovo quadro nazionale a contorno dello schema delineato dal pacchetto comunitario accolse con favore altresì il nuovo modello di committenza definito “ausiliario”. Fermo restando la tradizionale attività per le quali le centrali di committenza furono preposte, andò ad aggiungersi quella di diretto supporto consultivo alle amministrazioni aggiudicatrici. I risvolti pratici di quest’implementazione normativa enfatizzarono aspetti della disciplina sugli appalti, che in un primo momento risultavano esser secondari: nello specifico, ad esempio, il tema della qualificazione delle stazioni appaltanti. Tanto è vero che a livello prettamente nazionale, la classificazione delle stazioni diviene elemento fondamentale nel dispiego delle attività di *procurement* soprattutto nell’ottica di una condizione autonoma, da parte delle autorità competenti, degli acquisti pubblici. La legislazione italiana, sul punto, si destreggiò tra regole puntuali e disposizioni più flessibili nella speranza di sfruttare a pieno le potenzialità di un accentramento delle commesse. Sulla base dell’articolo 37 del Codice dei contratti del 2016 vennero quindi stabiliti dei valori soglia entro i quali alle amministrazioni veniva concessa piena autonomia nell’espletamento delle procedure di gara:

- 40.000 euro per gli approvvigionamenti di beni e servizi
- 150.000 per gli approvvigionamenti di lavori.

Al superamento di tali valori la legge prevede che, a seconda delle casistiche in essere, le stazioni appaltanti conducano i loro acquisti con il diretto supporto delle centrali di committenza o quanto meno avvalendosi degli strumenti telematici messe a disposizione da quest’ultime. Un quadro così designato chiaramente deve avere a contorno un generale sistema di qualificazione, utile a delineare la concreta situazione in cui un’amministrazione può versare. A supporto di ciò è da ricondurre l’introduzione di un sistema di qualificazione interamente gestito dall’ Autorità

---

<sup>113</sup> F. KARRER, S. PASANISI, *Il ciclo della programmazione e del progetto nel nuovo Codice degli appalti e delle Concessioni*, in Associazione Italiadecide (a cura di) *L’attuazione del nuovo codice dei contratti pubblici: problemi, prospettive, verifiche – Paper*, 2016.

nazionale anticorruzione (ANAC)<sup>114</sup>. Brevemente, la peculiarità di questo nuovo sistema è rappresentata dall'introduzione di un meccanismo cosiddetto premiante: all'aumentare del livello di qualificazione di una stazione appaltante, aumentano le sue possibilità di partecipazione ad appalti pubblici di crescente complessità economica e tecnica.

La questione poc'anzi analizzata denota una forte volontà perseguita dal legislatore di raggruppare e centralizzare alcune delle fasi da seguire in sede in gara. Nell'ultimo caso si è visto come tale direzione sia stata implementata nelle procedure finali di gara, ovvero quelle di acquisto. Tuttavia, la stessa volontà ha interessato a ritroso altresì le battute iniziali di una procedura d'acquisto, se non addirittura quelle propedeutiche alla elaborazione di un bando di gara. Declinando meglio il concetto, la fattispecie cui si fa richiamo riguarda l'accorpamento dello studio di fattibilità e progetto preliminare in un'unica stadio del processo, denominato progetto di fattibilità tecnica ed economica. L'intento conseguito corrisponde perciò all'anticipo di tutte le attività di indagine, ad esempio geologiche e archeologiche, al primo livello di progettazione. Quest'ultimo acquisisce, per le dimostranze addotte, una rilevanza senza precedenti poiché dal risultato emerso dalla studio ne discende la congruità del progetto, il suo possibile finanziamento e conseguentemente la sua realizzabilità.

Al succitato livello, sopramenzionato, fanno seguito due ulteriori livelli di analisi. L'iter procedimentale completo, in fase di predisposizione del progetto, si compone quindi di tre diversi stadi di progettazione:

- 1) Progetto di fattibilità tecnica ed economica
- 2) Progetto definitivo
- 3) Progetto esecutivo

L'accorpamento che ha interessato la prima fase denota una forte ricerca nell'implementazione di pratiche che rendano la gestione amministrativa, in materia di appalti, capace di garantire un maggior risparmio di risorse economiche e temporali. Il timore, tuttavia, a detti di alcuni esponenti, è che ricercare fortemente l'*austerità* anche nella sezione preliminare di gara, si traduca in commesse pubbliche

---

<sup>114</sup> Per approfondimenti sul tema si rimanda all'articolo 38, Codice degli appalti *supra* nota 110.

troppo orientate al contenimento della spesa a discapito di una progettazione basata sullo sviluppo degli investimenti mirati a favorire una ripresa economica.

Assodata la nuova connotazione attribuita alla fase preliminare di gara, si passa ora alla trattazione di un tema totalmente diverso, pur sempre caratterizzato da diversi spunti innovativi introdotti nel 2016. Esplicitamente, si fa riferimento alla sezione dedicata al controllo dei requisiti e tutti i cambiamenti, che una sua modifica ha comportato. L'esaminazione ivi proposta non seguirà il lineare iter di verifica dei requisiti, bensì verrà condotta a ritroso, partendo dalle possibili cause di esclusione. Il motivo dietro questo tipo di scelta è da ricondurre all'imponente carica innovativa che ha interessato il dettato dei motivi di esclusione. La base normativa di riferimento rispetto al punto posto in attenzione corrisponde all'art 80 (e seguenti), interamente dedicato all'elencazione delle ragioni che possono portare al diniego di partecipazione di un potenziale fornitore. Prima di procedere nel dettaglio della disposizione, giova rammentare come la stessa sia frutto di un'azione sinergica portata avanti in primis dall'Unione europea ed in secondo luogo dal legislatore nazionale in sede di contrasto alla lotta alla corruzione<sup>115</sup>. In estrema sintesi le principali variazioni apportate all'elenco disciplinato dal succitato articolo riguardano: l'ampliamento della cause di esclusione cosiddette obbligatorie e facoltative (con possibilità di deroghe), per citarne una "il conflitto d'interessi"; il possibile ricorso alle misure di *self-cleaning*; esclusione legata alla non regolarità della situazione contributiva in essere. Per economia di esposizione non sarà possibile vedere nel dettaglio le singole innumerevoli fattispecie al verificarsi delle quali scatta l'automatica esclusione. La ratio di fondo dell'intervento dovrebbe ricercarsi nella volontà di eliminare sul nascere potenziali controversie e snellire l'operato delle pubbliche amministrazioni. Ad ogni modo non essendo tutti dello stesso avviso<sup>116</sup>, sono state avanzate due principali obiezioni che verranno per questo presentate. Per primo, è stato espresso un certo scetticismo nei confronti dell'ingente discrezionalità conferita alle amministrazioni nell'ottica di una valutazione della sussistenza o meno dei motivi di esclusione, alla luce in particolare delle possibilità di deroga che le stesse possono invocare. Per ultimo viene recriminato il non aver colto l'opportunità che il meccanismo del *self-cleaning* avrebbe potuto, sulla carta,

---

<sup>115</sup> Coerentemente con quanto enunciato in fase di presentazione del nuovo pacchetto normativo, si ricorda come lo stesso, oltre che per il riordino della materia, sia stato improntato quale strumento diretto di contrasto a fenomeni illeciti di matrice mafiosa.

<sup>116</sup> F. KARRER, S. PASANISI, Il ciclo della programmazione e del progetto nel nuovo Codice degli appalti e delle Concessioni, *supra* nota 113, pag. 28.

offrire. Attraverso il suddetto istituto, ad un operatore versante in una situazione di irregolarità (che sia economica o amministrativa) viene concessa l'opportunità di porre in essere determinate azioni e dimostrare la propria affidabilità come contraente. Intuibile un alleggerimento amministrativo, se la misura trovasse utilizzo ad ampio raggio. Eppure, il legislatore anziché virare verso un potenziamento delle misure *self-cleaning*, ha, di fatto, optato per un ampliamento delle casistiche di diretta esclusione, che potrebbero comportare una successiva fase di verifica e la risultante apertura di un nuovo contenzioso amministrativo.

Ciò detto, occorre a questo punto ripercorrere a ritroso, come preannunciato precedentemente, il meccanismo di valutazione dei requisiti da compiere in fase di valutazione dell'idoneità a partecipare alla gara. La volontà di condurre l'argomentazione "a ritroso" non deriva da una scelta individuale, bensì trova proprio ragione d'essere in base alle disposizioni stabilite dal Codice. Stando alla lettera della misura, difatti, il controllo dei criteri dei partecipanti deve essere pregresso alla valutazione delle offerte. Per inquadrare al meglio la questione, risulta necessario, a questo punto, riportare lo schema predisposto dall'articolo 83 in merito alla suddivisione dei requisiti sostanziali di partecipazione in tre principali macro-aree:

- i requisiti di idoneità professionale
- la capacità economica e finanziaria
- le capacità tecniche e professionali

Sulla base del disposto normativo del 2016, il soggetto protagonista, incaricato dell'esaminazione dei suddetti requisiti/capacità, è nuovamente la stazione appaltante e non la commissione di aggiudicazione, come si potrebbe erroneamente ritenere<sup>117</sup>. L'autonomia affidata alle stesse trova sicuramente il corrispettivo contro bilanciamento nell'onere di fornire un'adeguata motivazione in sede di emanazione del provvedimento conclusivo di verifica. Chiarito tale contesto di riferimento, le ulteriori riflessioni possono essere condotte analizzando e riprendendo la determinazione dell'istante temporale all'interno del quale racchiudere la menzionata verifica. Parte della dottrina, in particolare si fa riferimento alle posizioni di A. ROMANO, F. SATTA<sup>118</sup>, esprime scetticismo nella

---

<sup>117</sup> Si veda sul punto l'articolo 77, Codice degli appalti *supra* nota 110.

<sup>118</sup> ROMANO, F. SATTA, *La disciplina dell'esclusione e dell'ammissione degli operatori tra diritto sostanziale e processuale*, in Associazione Italiadecide (a cura di) *L'attuazione del nuovo codice dei contratti pubblici: problemi, prospettive, verifiche* – Paper, 2016.

previsione, già riportata in precedenza, che prevede il dispiego del controllo dei requisiti in capo ai partecipanti in una fase pregressa rispetto a quella di valutazione delle offerte. È risaputo che la suddetta sia stata introdotta nell'ottica del perseguimento di uno degli obiettivi fissi della nuova normativa: lo snellimento delle procedure amministrative. Snellimento, che in questo caso verrebbe garantito poiché la verifica preliminare delle caratteristiche degli offerenti sarebbe sinonimo di una riduzione del contenzioso post-gara. Di avviso contrario sono per l'appunto gli esponenti che invece ritengono il controllo puntuale, con annesso riscontro documentale, per ogni singolo partecipante eccessivamente oneroso, considerando come nei fatti si vada a delineare un unico soggetto aggiudicatario. Tale fattore, a detta degli stessi, sarebbe da considerare puramente come un aggravio procedimentale, a maggior ragione alla luce di una sempre possibile sopravvenienza, in sede di gara, di ulteriori cause di esclusione. In sostanza, secondo tale linea di pensiero, l'unica modalità per garantire certi margini amministrativi in termini di flessibilità, prevederebbe un unico controllo mirato al solo candidato designato quale vincitore della procedura di acquisto. Per dovere di cronaca, a livello europeo questa seconda visione trova esplicito riferimento nel dettato comunitario, che incentiva gli Stati all'adozione di controlli dei requisiti postumi al vaglio delle offerte presentate. Intuibile, come lo Stato italiano non abbia trasposto suddetta disciplina, probabilmente alla luce della sintomatica difficoltà di adattamento ad ogni singola tipologia di aggiudicazione che la legislazione nazionale prevede. Si pensi alla considerevole divergenza tra procedure aperte e ristrette, dove nelle ultime esiste una fase, per così dire, di prequalifica dei partecipanti. Apparrebbe decisamente intricato tentare di allinearle.

Orbene, si tralasciano ulteriori considerazioni in merito alla più idonea collocazione temporale delle procedure. Rifocalizzando l'attenzione meramente sul controllo dei criteri individuati all'interno dei bandi di gara, coerentemente con gli obiettivi prefissati ampiamente esplicitati, ai partecipanti viene concessa la possibilità di attestare tutti i requisiti richiesti attraverso una singola autodichiarazione. Sulla base dell'articolo 81 del Codice le stazioni appaltanti conducono le procedure di controllo dei caratteri economico-finanziari/tecnico-professionali, sulla base delle informazioni riportate nel DGUE: il nuovo documento di gara unico europeo. Altro aspetto inedito, inevitabilmente correlato al nuovo documento, è la creazione di una banca dati nazionale ai fini di una controprova della veridicità delle dichiarazioni avanzate dai partecipanti: la Banca dati nazionale degli

operatori economici. Riassumendo, nel momento in cui una pubblica autorità entra in possesso di tutte le autodichiarazioni presentate, è sufficiente che trasmetta le stesse telematicamente in modo da permettere l'emersione di eventuali incongruenze. Ciò descritto vale nel caso in cui il processo avvenga in maniera lineare, tuttavia, esistono due ulteriori possibilità a disposizione di una stazione appaltante. La prima concerne una richiesta di integrazione documentale specifica; la restante opera attraverso l'istituto del soccorso istruttorio, permettendo ai candidati di rimediare a possibili irregolarità, incompletezza ovvero omissioni presenti nelle rispettive comunicazioni. Si segnala infine, a conclusione di questa sezione, la previsione a favore dei partecipanti che disciplina un nuovo rito speciale per l'impugnazione del provvedimento amministrativo attestante l'esito della procedura di controllo, qui descritta, ossia dichiarante l'ammissione o meno alla procedura di gara.

Nel nuovo Codice degli appalti si assiste ad un'ennesima ridefinizione sia delle soglie riconducibili agli affidamenti diretti sia delle soglie cosiddette comunitarie. In questa sede verrà riportato l'ultima delle due categorie citate, in vista di una successiva trattazione delle modifiche che hanno interessato il primo macro-gruppo. Sulla base del dettato del nuovo Codice, di seguito le nuove soglie di definizione comunitaria:

- euro 5.350.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;
- euro 135.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali;
- euro 209.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali;
- euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato

Per i settori speciali:

- euro 5.225.000 per gli appalti di lavori
- euro 418.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione

- 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IX.<sup>119</sup>

Manifestamente vi sarebbero innumerevoli misure inedite che meriterebbero giusto spazio di analisi, il presente lavoro per contro è improntato verso un obiettivo più specifico che concerne la trattazione, ed un confronto a livello europeo, degli affidamenti di appalti in subappalto ed in house. Per tale ragione non verranno presi in considerazione ulteriori elementi innovativi e si passerà direttamente all'evoluzione della disciplina, qui in esame, post introduzione del Codice degli appalti.

### 2.3.7 Il quadro normativo in materia di appalti e contratti pubblici successivo all'adozione del Codice del 2016

Nonostante gli onorevoli obiettivi, peraltro in parte raggiunti, ai quali il Codice era stato improntato, a seguito della sua entrata in vigore molti degli effetti auspicabili non trovarono reale concretizzazione. Tra le innumerevoli novità risultate oggetto di riforma nel 2016, alcune persistevano nel non trovare diretta applicazione sul campo a causa di difficile implementazione nella prassi amministrativa. Il principale fattore frutto di questa complicata "metabolizzazione legislativa" si manifestò in una contrazione della domanda pubblica di appalti. La situazione che andava a delinearsi richiedeva perciò la necessità di un nuovo intervento normativo a breve distanza dal precedente. Si anticipa tuttavia, che la fase di aggiustamento normativo, che ha interessato lo Stato italiano dal 2016, non andrà ad esaurirsi con il solo intervento, cui si è minimamente accennato. La stessa verrà il dispiegarsi di vari interventi legislativi, tra i quali tre distaccano per importanza e portata normativa. Il primo adottato nel 2017, per le ragioni addotte in precedenza; il secondo del 2019 nel tentativo di favorire una ripresa economica partendo da procedure di snellimento amministrativo pubblico; l'ultimo nel 2020, previsto per far fronte all'emergenza epidemiologica, tuttora in corso, ai fini di una limitazione delle criticità affiorate tramite la stessa. Rispettando l'ordine temporale delle misure, si partirà con l'esaminazione della prima citata nell'ultimato elenco.

---

<sup>119</sup> I presenti valori sono stati definiti in base all'articolo 35, Codice degli appalti *supra* nota 110, tuttavia gli stessi sono interessati da parziali rettifiche sulla base delle successive modifiche e integrazioni al sopracitato decreto.

Ad un anno di distanza dall'emanazione del Codice, come già espresso, le circostanze hanno condotto il legislatore ad adottare un intervento correttivo. Più dettagliatamente ci si sta riferendo al Decreto legislativo 19 aprile 2017<sup>120</sup>. La suddetta disposizione ha inciso fortemente sull'assetto normativo vigente, comportando più di 400 modifiche al Codice a fronte di 131 articoli predisposti. Le matrici dell'operazione possono essere categorizzate in quattro principali aree:

- Eliminazione errori presenti nel testo normativo
- Abrogazione delle leggi speciali per una minor segmentazione della materia
- Correzione di possibili disallineamenti con il corrispondente dettato europeo
- Affronto delle difficoltà sorte a seguito dell'applicazione dei nuovi istituti implementati

Definito il pacchetto a livello teorico, concretamente per il versante pratico verranno presentate alcune fra le novità più rilevanti introdotti dalla misura del 2017. Fra i tanti istituti novellati vi si trovano: il subappalto e la ridefinizione del valore subappaltabile individuato nel 30% dell'intero importo contrattuale; il ricorso alla misura del dibattito pubblico in sede di predisposizione dei progetti di fattibilità tecnica ed economica; la possibilità di ricorrere allo strumento della variante altresì al verificarsi di errori progettuali: l'albo dei collaudatori ed il conseguente obbligo per le amministrazioni di selezionare le suddette figure solo attraverso il ricorso all'apposito albo; specificazione obbligatoria, per i partecipanti, del costo della manodopera dei lavori da indicare in sede di presentazione dell'offerta; il ritorno ad un possibile affidamento congiunto, in dettagliate ipotesi, della progettazione e dell'esecuzione di un'opera pubblica (cosiddetto Appalto integrato). Infine, menzione a parte meritano le inedite misure in tema di trasparenza e pubblicità delle attività amministrative, in questo contesto riferite all'ambito degli appalti. In primo luogo, l'inclusione nell'elenco degli atti soggetti ad obbligo di pubblicazione della composizione della Commissione giudicatrice correlata dai rispettivi curriculum dei designati. In aggiunta si segnala la nuova regola valida per tutti gli atti di gara, ad eccezione del bando, secondo il quale il calcolo della decorrenza dei termini per il ricorso giurisdizionale, dovrà avvenire dalla data di pubblicazione dei medesimi, sul sito dell'Ente istituzionale preposto.

---

<sup>120</sup> DECRETO LEGISLATIVO n. 56, del 19 aprile 2017, recante Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, entrato in vigore il 10 maggio 2017, G.U. n. 103, 05 maggio 2017.

Il secondo intervento in materia di appalti, risalente al 2019, corrisponde al D.L. 18/04/2019 denominato “Decreto sblocca cantieri”<sup>121</sup>. La ratio di fondo sottostante l’intervento equivale al tentativo di favorire una ripartenza economica ripartendo da strategie di innovazione, snellimento ed al contempo investimento di risorse monetaria nel settore pubblico. Tra gli aspetti innovativi di maggior rilevanza spiccano: la ridefinizione dei valori soglia in riferimento agli affidamenti diretti; l’obbligo di computare il valore complessivo del rapporto contrattuale attraverso la somma complessiva dei lotti secondo i quali il medesimo è stato suddiviso, al fine di evitare un’elusione della disciplina sopra soglia; nuovi parametri nel calcolo della soglia per la determinazione di una possibile offerta anomala; emendamenti in ambito di criteri di esclusione dei partecipanti, nello specifico emendamenti all’articolo 80; ridefinizione del valore subappaltabile individuato nel 40% dell’intero importo contrattuale e via discorrendo. Anche per questo intervento, giova ribadire l’impossibilità di affrontare il novero dei cambiamenti comportati dall’introduzione del Decreto legge del 2019.

A conclusione del capitolo, non resta che analizzare l’intervento in materia di appalti che ha apportato ulteriori emendamenti all’impianto legislativo predisposto nel 2016. In concreto si sta facendo riferimento al Decreto legge n. 76 del 2020 denominato “Semplificazioni”<sup>122</sup>. Quest’ultimo adottato ai fini d’ incentivare forme di investimento pubblico a contrasto del freno posto a seguito dell’emergenza epidemiologica, tra le innumerevoli novità spiccano l’allungamento fino al 31 dicembre 2020 del regime specializzato di liberalizzazione degli appalti e la ridefinizione dei limiti d’importo per gli affidamenti diretti. Con riferimento a quest’ultima, il nuovo schema, improntato dall’articolo 36 del Codice, appare delineato in tal modo:

Appalti di lavori:

- fino a 149.999,99: affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici;

---

<sup>121</sup> DECRETO LEGGE n.32, del 18 aprile 2019, recante disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l’accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici, convertito in legge n. 55 del 2019, entrato in vigore il 18 giugno 2019, G.U. n. 92, 17 maggio 2019.

<sup>122</sup> DECRETO LEGGE n.76, del 16 luglio 2020, recante misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale, convertito in legge n. 120 del 2020, entrato in vigore il 07 luglio 2020, G.U. n. 178, 16 luglio 2020.

- da 150.000 a 349.999,99: procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno 5 operatori economici, se esistenti;
- da 350.000 a 949.999,99: procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno 10 operatori economici, se esistenti;
- da 1 milione fino alla soglia comunitaria (ad oggi 5.350.000,00): procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno 15 operatori economici, se esistenti;

#### Appalti di forniture e servizi

- fino a 75.000: affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici;
- da 75.000 a 214.000,00: procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno 5 operatori economici, se esistenti;

### **Capitolo III. Il disallineamento in materia di contratti pubblici tra disciplina europea e discipline nazionali – casi di studio: affidamenti in subappalto e *in house***

I primi due capitoli sono stati strutturati in modo da porre le basi a sostegno dello sviluppo del fulcro della ricerca: focalizzare l'attenzione sui casi in cui la trasposizione della disciplina europea in ambito nazionale, sia avvenuta in modo parziale e/o comunque non priva di conflittualità. Le argomentazioni riportate testimoniano come l'adattamento sinergico, tra i vari ordinamenti, europeo e nazionali, sia di difficile realizzazione e perciò richieda un notevole impegno dei legislatori. Tramite l'approfondimento nella sezione finale del primo capitolo si è evinto come tale fattore problematico possa incidere su temi quali il riconoscimento definitivo della supremazia del diritto europeo. A maggior ragione, si può facilmente desumere, quali vaste porzioni possa assumere la problematica se rapportata ad un ambito di applicazione particolarmente complesso ed intricato qual è la normativa sugli appalti pubblici. Quest'ultima come si è visto, è caratterizzata dalla presenza di innumerevoli interventi normativi nazionali, che negli anni ne hanno ridefinito i confini diverse volte.

Come di consueto, risulta infattibile riuscire a portare in analisi tutte le casistiche che presentano una situazione di conflitto tra i due livelli ordinamentali presi in esame. Per questo si è scelto di limitare lo studio a due istituti archetipo delle potenziali situazioni di disallineamento: il subappalto e gli affidamenti *in house*. Il filo conduttore che lega gli stessi, ha natura ambivalente ovvero sostanziale e concettuale. Tecnicamente entrambi prevedono la possibilità di conferire determinati lavori, servizi o fornitura a soggetti che non abbiano direttamente preso parte ad una procedura di gara. In altri termini prevedono la partecipazione di soggetti non direttamente riconducibili ad un'offerta economica effettivamente vagliata dall'ente affidante. In secondo luogo, ciò che li accomuna è altresì il forte dibattito venutosi a creare, specialmente negli ultimi anni, relativamente a loro aspetti, considerati particolarmente spinosi. Dibattito che ha avuto avvio proprio a causa dall'atteggiamento di diffidenza che permea i due istituti nel contesto italiano.

Essendo argomento di matrice fondamentalmente europea, l'analisi dei suddetti strumenti terminerà, per questa ragione, con la presentazione delle similitudini e delle differenze nell'implementazione di tali modelli, all'interno di differenti contesti nazionali. Si

procederà, quindi, con la presentazione della disciplina italiana, assumendo poi delle conclusioni attraverso un confronto con gli assetti normativi delineati (riferibili al medesimo istituto) da altri ordinamenti europei.

### 3.1 Gli affidamenti in subappalto: profili generali

La prima casistica che sarà oggetto di studio equivale alla figura del subappalto. Di seguito, si partirà dall'origine dell'istituto e dalla sua evoluzione normativa, per poi proseguire ponendo l'attenzione sugli aspetti maggiormente critici dello stesso, che hanno condotto a fasi di stallo ed incertezza nella prassi amministrativa delle pubbliche autorità. Infine, si presenteranno concreti moderni alternativi di affidamenti in subappalto, riconducibili ad altri Paesi membri. Il confronto sarà funzionale a far emergere eventuali *best practices* dalle quali risulterebbe possibile, per la realtà italiana, trarre proficua ispirazione.

#### 3.1.1 Definizione ed evoluzione dell'istituto

Il subappalto per definizione è quel contratto attraverso il quale l'appaltatore decide di affidare a terzi l'esecuzione in tutto o in parte di lavori, servizi e forniture già oggetto del contratto d'appalto concluso a monte dal suddetto. Sotto tale aspetto, l'istituto è incasellabile nella macro-categoria dei subcontratti, idonea a ricomprendere più fattispecie specifiche quali ad esempio sublocazione, subfornitura, subappalto privatistico e via discorrendo. Basandosi inoltre sul preciso dettato, esposto in apertura, ne discende che il rapporto sia perciò caratterizzato dalla coesistenza di due principali elementi: l'esistenza di un primo contratto al quale fare riferimento ed il subentro, all'interno del medesimo, di terze parti preposte alla lavorazione di una quota dell'attività. In territorio privato, la figura trova il proprio fondamento giuridico all'articolo 1665 del codice civile secondo il quale il ricorso al subappalto in un contratto di appalti fra privati possa avvenire solo a seguito di espressa autorizzazione fornita dal committente principale. In ambito pubblico, invero, il primo intervento regolatorio in materia coincide con la Legge 2248 allegato f) del 20.3.1865<sup>123</sup>, che all'articolo 339 disponeva il divieto di ricorso al subappalto se non su espressa autorizzazione dell'amministrazione

---

<sup>123</sup> LEGGE del Regno d'Italia unitario n. 2248, *supra nota* 74.

appaltante. La ragione principale sottesa alla previsione corrispondeva alla tutela dell'interesse pubblico, volta ad impedire che i lavori venissero affidati a imprese moralmente e tecnicamente non idoneo. Questa linea di pensiero mirata alla limitazione delle condizioni di ricorso al subappalto venne fatta propria e ripetuta in tutti gli emendamenti normativi successivi. Complice la forte attenzione ed interesse al contenimento di fenomeno illeciti di matrice mafiosa, leggendo quanto disposto nel primo Codice degli appalti del 2006, nel codice antimafia del 2011 o ancora nelle direttive europee del 2014, ciò che viene restituito è sempre un subappalto subordinato al salvacondotto di un'amministrazione aggiudicatrice. Per fornire un esempio concreto della linea comune sopracitata, si riporta quanto contenuto in un considerando della direttiva 2014/24/UE:

*«È necessario garantire una certa trasparenza nella catena dei subappalti, in quanto ciò fornisce alle amministrazioni aggiudicatrici informazioni su chi è presente nei cantieri edili nei quali si stanno eseguendo i lavori per loro conto<sup>124</sup>».*

Posteriormente verranno indagate le ripercussioni pratiche che queste considerazioni comportano.

A questo punto smarcata la questione dell'impostazione originaria dell'istituto, a conclusione di questa prima parte introduttiva non resta che presentare la configurazione contemporanea di tale modello di affidamento.

Attualmente il riferimento normativo, per la figura qui oggetto di studio, è da ricercarsi all'interno delle disposizioni contenute nel Codice degli appalti del 2016 e più precisamente all'articolo 105. La nuova impostazione dell'istituto ha comportato una serie di novità aventi risonanza ingente a livello nazionale e comunitario. Si è già detto come la modalità di affidamento in subappalto sia permeata da una pressante attenzione alla lotta e limitazione del fenomeno corruttivo. Chiaramente essendo questo, uno strumento di maggior apertura al mercato, con focus diretto alle piccole e medie imprese, rappresenta per natura intrinseca un mezzo di rischio nell'inclusione di realtà dalla dubbia moralità. L'implicazione diretta di questa visione comporta la statuizione di un argine alla possibilità di ricorso al conferimento di lavori, forniture o servizi in subappalto. In altri termini, esiste un limite quantitativo<sup>125</sup>, in percentuale rispetto alla totalità della

---

<sup>124</sup> Considerando numero 105 della DIRETTIVA 2014/24/UE, *supra nota* 98.

<sup>125</sup> Sul punto verrà dedicato ampio spazio in una fase successiva della ricerca.

commessa pubblica, entro il quale è consentito elargire porzioni di attività a parti terze, rispetto al contratto originario, delineate come subappaltatori.

Altra conseguenza implicita, la sottoscrizione di protocolli di legalità. Il rischio che la ripartizione di una commessa pubblica permetta la creazione di diversi subcontratti, di varia tipologia, non più ascrivibili alla presente categoria e per questo non sottoponibili all'obbligo di preventiva autorizzazione, ha condotto all'instaurazione di tali protocolli, stipulati fra imprese prefetture e stazioni appaltanti. Questa forma di regolamentazione atipica permette un'uniformità regolativa, che si traduce nell'obbligo di ottemperare alle dovute comunicazioni ed alle dovute verifiche antimafia, nel complesso delle figure incluse nella macro-area dei subcontratti. Gli accordi di crescente incisività possono talvolta disporre condizioni improntate a non vanificare i risultati prodotti dal controllo preventivo. Così possono essere inserite nel contratto espresse clausole risolutive o anche solo sospensive, che divengono automaticamente efficaci in corrispondenza del sopraggiungimento di comunicazioni o informazioni dal carattere interdittivo<sup>126</sup>.

Entrando nel dettaglio, la possibilità di affidare in subappalto è inoltre soggetta ad una previa ed esplicita indicazione nel bando di gara della volontà di contrarre in questa maniera ed al contempo della precisa quantità destinata ad esser concessa in tal senso. L'articolo sopracitato di riferimento prevede oltretutto il rispetto di ulteriori aspetti senza i quali viene meno la liceità dello strumento. Così, non possono essere affidatarie di subappalto imprese che abbiano già partecipato alla procedura di affidamento della commessa principale, che si trovino sotto il controllo dell'appaltatore principale, così come realtà privatistiche prive dei requisiti tecnici, economici e morali richiesti. Ovvero, in aggiunta, per appalti d'importo superiore alla soglia comunitaria o riguardanti attività singolarmente esposte a rischi d'infiltrazione mafiosa, la disposizione prescriveva all'atto della presentazione dell'offerta, di indicare il nominativo di una terna di potenziali subappaltatori.

La scelta dell'utilizzo di un tempo verbale al passato non è priva di fondo, poiché quest'ultima condizione ha trovato temporanea sospensione in considerazione dell'entrata in vigore degli attuali emendamenti normativi in merito.

---

<sup>126</sup> Le due misure citate corrispondono a quelle forme di tutela avanzata per la prevenzione o attestazione dell'intrusione di tentativi di infiltrazione mafiosa poste dal Codice antimafia risalente al 2011.

Per ovvie ragioni oltre alla richiesta del rispetto dei criteri presentati, esistono aree operative che per loro natura implicita sono escluse e non considerate idonee ad essere affidate a mezzo di subappalto.

Segnatamente, le categorie non configurabili all'istituto qui in esame corrispondono a quanto di sotto indicato:

- l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante;
- la subfornitura a catalogo di prodotti informatici;
- l'affidamento di servizi inferiori 20 mila euro annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani;
- le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto<sup>127</sup>.

Riguardo la terzietà del rapporto scaturente da questa modalità di affidamento, è previsto il riconoscimento ai dipendenti dei terzisti del trattamento retributivo normativo stabilito dai contratti collettivi nazionali, in vigore per il settore e per la zona nella quale le prestazioni trovano esecuzione. Oltre a questo aspetto, esistono ulteriori garanzie a tutela di queste parti terze del rapporto: in puntuali casistiche è stabilito il pagamento diretto delle lavorazioni eseguite dall'appaltatore principale ai subappaltatori. Entrando nel merito al 13-esimo comma della sopracitata disposizione numero 105 viene disposto il pagamento diretto in capo ai subappaltatori nei casi in cui:

- il soggetto designato sia qualificabile come micro o piccola impresa<sup>128</sup>
- in caso di inadempimento dell'aggiudicatario principale

---

<sup>127</sup> Codice degli appalti del 2016, *supra* nota 110, articolo 105 comma 3.

<sup>128</sup> Si fa riferimento alle indicazioni europee recepite dal Ministero dell'interno con Decreto del 18 aprile del 2005. Una media impresa ha un organico inferiore a 250 persone ed un fatturato non superiori 50 milioni di euro ovvero un totale di bilancio annuale non superiore a 43 milioni di euro; una piccola impresa ha un organico inferiore a 50 persone ed un fatturato o un totale di bilancio annuale non superiore a 10 milioni di euro; una micro impresa ha un organico inferiore a 10 persone ed un fatturato o un totale di bilancio annuale non superiore a 2 milioni di euro.

- su espressa richiesta del subappaltatore sempre che la natura del contratto sia ritenuta idonea

Da premettere che prima di procedere con il pagamento diretto, la stazione appaltante è tenuta a ricercare un confronto con l'aggiudicatario da lei stessa designato, le tre fattispecie nascono con l'intento di impedire un rallentamento eccessivamente oneroso dei lavori e di ovviare alle pressante difficoltà economica su cui i soggetti potrebbero versare, alla luce della perdurante crisi finanziaria. Considerando l'importanza della previsione, che permetterebbe l'estinzione contemporanea di due obbligazioni, quella della stazione appaltante nei confronti del principale contraente così come quella ascrivibile a quest'ultimo nei confronti di un subappaltatore, la figura è connotata da indicazioni volte a garantire la massima trasparenza dei pagamenti. Così, l'aggiudicatario è tenuto ad esplicitare chiaramente le eventuali somme di denaro da lui tenute e per converso la stazione appaltante, eseguito il pagamento, è tenuta a pubblicare il complesso delle transazioni eseguito all'interno dei designati siti istituzionali.

Unico scenario d'incertezza prospettato dalle tre condizioni riguarderebbe un inquadramento concreto sulla natura dell'inadempimento oggetto di verifica e sulla figura incaricata di accettare la sussistenza dei presupposti, previsti dalla legge, ai fini di rendere operante il pagamento diretto. Sembrerebbe che nella questione predomini la non definizione di confini certi da parte del legislatore, probabilmente in considerazione degli innumerevoli strumenti di prova che il subappaltante può mettere a disposizione per evitare di subire la disciplina dettata al 13 – esimo comma della sopracitata norma.

Presentati gli aspetti introduttivi dell'istituto, occorre procedere con la puntuale scomposizione dei fattori più salienti del suddetto, nell'ottica di raggiungere gli obiettivi prestabiliti, della ricerca. Prima di ciò effettivamente, giova affrontare nel particolare, il novero delle condizioni necessarie ai fini di rendere un affidamento di lavori, servizi o forniture in subappalto legittimo. La base di riferimento è indubbiamente il medesimo articolo 105.

### 3.1.2 Le condizioni per l'affidamento in subappalto: criticità interne

In precedenza, è già stata fatta menzione circa alcune delle condizioni imprescindibili ai fini della liceità di un affidamento in subappalto. Rifacendosi a quanto enunciato per

integrare con le dovute informazioni, il più volte menzionato articolo 105 al quarto comma dispone un elenco puntuale di tali fattori da rispettare: la figura designata quale affidatario del subappalto non debba aver partecipato alla procedure per l'affidamento della commessa principale di riferimento; il subappaltatore deve disporre della congrua qualificazione per la categoria d'interesse; si dimostri l'assenza dei motivi ostativi alla partecipazione di cui all'articolo 80; in sede di offerta deve esser fatta espressa menzione della volontà di ricorrere al subappalto, altresì indicando in quale misura tale volontà di affidamento debba concretizzarsi<sup>129</sup>. Trattando compiutamente il tema, l'enumerazione organica delle singole voci, del sopraccitato schema, partirà con la prima, in congruità con l'ordine seguito nell'elencazione. Tale disposizione che prevede il divieto di designare quale subappaltatore, un partecipante alla sezione principale della medesima procedura di gara, discende dalla controversa questione del rivestimento contemporaneo di più ruoli ascrivibili ad una stessa procedura d'acquisto pubblica. Il problema sollevato a seguito di diverse pronunce giurisprudenziali è stato risolto in sede di emanazione, del più volte menzionato Decreto del 2019, con l'espressa previsione dell'interdizione. La ratio sottostante tale intervento coincide con due dei baluardi posti dall'organizzazione europea: garantire la piena trasparenza nelle procedure di gara e garantire la non distorsione della concorrenza. Il motivo per il quale i due emblematici capisaldi, riconducibili alla materia degli appalti, potrebbero subire pregiudizio da una fattispecie dove un potenziale fornitore ricopra più figure in una stessa gara di appalto (concorrente – subappaltatore) è esaustivamente chiarificato, ad esempio, nella Sentenza Edilux. In un passaggio della medesima, di seguito riportato, si esplicitano le motivazioni addotte che conducono all'esclusione automatica del partecipante, qui affrontata:

*«L'esclusione automatica costituisce una presunzione irrefragabile d'interferenza reciproca nelle rispettive offerte, per uno stesso appalto, di imprese legate da una situazione di controllo o di collegamento<sup>130</sup>».*

Le condizioni riportate nello schema alla seconda e terza posizione sono riconducibili ad un'analogia attività di controllo dei requisiti con equivalenti obiettivi finali e perciò verranno considerate come unica serie. Relativamente al controllo dei requisiti, come

---

<sup>129</sup> Con il DECRETO LEGGE Sblocca cantieri, *supra nota* 121, il riferimento al cottimo è stato eliminato, prevedendo l'esplicita affermazione della quota di affidamento per i soli lavori, servizi e forniture.

<sup>130</sup> Corte di Giustizia dell'Unione europea, 22 ottobre 2015, in causa C-425/14, *Edilux*.

innanzi ricordato in diverse occasioni, la disciplina in materia di antimafia ha comportato una vera e propria rivoluzione nell'agire delle Pubbliche amministrazioni, non solo in materia procedure d'acquisto, culminata con l'articolo 80 inserito all'interno del Codice del 2016. Proprio partendo da quest'ultima osservazione, fattore noto è che traslando la procedura di controllo dei requisiti dai diretti partecipanti alle ditte delineate quali subappaltatori, il tutto permane incentrato attorno alla succitata previsione. Dunque, il controllo del possesso dei requisiti nei subappaltatori si esplica in un processo volto alla verifica della sussistenza dei presupposti economico/finanziari e tecnico organizzativi richiesti così come dell'insussistenza di fattori ostativi previste nel citato Decreto. L'avvio della suddetta verifica coincide con il rilascio dell'autorizzazione al subappalto<sup>131</sup>, come previsto dall'articolo 105 comma 7. Secondo il comma numero 12 della medesima disposizione, nei casi in cui dalle verifiche emergano situazioni d'incerta legittimità, il contraente principale è tenuto ad operare un'immediata sostituzione del soggetto ritenuto inidoneo. È doveroso specificare come questo sistema così ideato si regga sulla dichiarazione *ex ante* dei nominativi ai quali s'intenda subappaltare. A fronte, perciò, di un superamento della liceità di un doppio controllo dei requisiti (uno all'atto di presentazione dei nominativi, per inverso il secondo in sede di autorizzazione a ricorrere ad affidamenti attraverso l'istituto), la sospensione dell'obbligo di indicazione esplicita di una terna di subappaltatori, valente per gli appalti sopra soglia europea, ha dato seguito all'apertura di nuovi scenari irrisolti e controversi. Sul punto si tornerà tuttavia successivamente. Sulla faccenda rimane infine da indagare circa il conflitto esistente tra gli articoli 105 e 80 del Codice degli appalti, in materia di sostituzione di un subappaltatore risultato inidoneo alla partecipazione. La prima disposizione ritiene che la situazione possa essere sanata con la sola sostituzione ed esclusione dello stesso; per converso la seconda prevede la necessità di indire l'esclusione dalla gara parimenti del contraente principale. Nonostante la mancanza di un'esplicita risoluzione della questione, a fronte di numerose consultazioni e pronunce giurisprudenziali si è convenuto per la non esclusione del contraente principale dalla procedura di gara<sup>132</sup>. Una decisione in senso contrario avrebbe comportato una lesione del principio di proporzionalità considerando che l'individuazione di un operatore quale subappaltatore, non implica un'immediata

---

<sup>131</sup> Momento preceduto dal deposito del contratto di subappalto alla stazione appaltante e dalla contemporanea presentazione dell'autocertificazione attestante il possesso dei requisiti in capo ai subappaltatori.

<sup>132</sup> P. VOSA, *Opere pubbliche: il subappalto*, Monografie Edil-lab, Napoli 2017, pp. 20 – 21.

formalizzazione del rapporto tra le due parti. Per giunta, il pensiero che l'interpretazione del quinto comma dell'articolo 80 sia eccessivamente stringente, se tradotta nell'esclusione dell'originario aggiudicatario, sarebbe avvalorato rifacendosi alla previsione che, per contro, non prevede alcuna esclusione dello stesso qualora andasse ad indicare una realtà risultata poi compromessa da fenomeni di matrice mafiosa, come impresa ausiliaria e non subappaltatore.

Ultimo fattore di declinazione delle condizioni di affidamento in subappalto corrisponde per l'appunto all'espressa indicazione quantitativa e qualitativa, in percentuale, delle porzioni di lavori, servizi o forniture che s'intendere affidare seguendo tale procedimento. Lo stesso direttamente si correla e per questo rappresenta una delle fasi utili all'ottenimento dell'autorizzazione ad agire in tal senso. La normativa prevedendo un'espressa indicazione dell'ambito operativo di ogni singola unità lavorativa ha inteso creare una stretta corrispondenza tra prestazione ed autorizzazione soprattutto nell'ottica di quantificare con esattezza le misure di sicurezza generali e non incidere negativamente sull'attività del cantiere<sup>133</sup>. Oltre che l'esplicita indicazione della succitata quota, in sede di richiesta autorizzativa per far ricorso al subappalto, il contraente principale è chiamato a certificare l'insussistenza di motivi di esclusione in capo alle figure da lui designate. In concreto, all'atto di autorizzazione ad operare tramite subappalto, l'aggiudicatario è quindi tenuto a depositare il contratto di subappalto, almeno 20 giorni prima dell'inizio delle esecuzioni dei lavori, secondo quanto stabilito all'articolo 105 comma 7, ed analogamente presentare l'ulteriore documentazione in ragione delle motivazioni addotte in precedenza. Nello specifico sarà tenuto a raccogliere ed inoltrare il DGUE per ogni potenziale ulteriore partecipante. Quest'ultimo corrisponde al Documento di gara unico europeo<sup>134</sup> deve esser redatto dai subappaltatori, in via telematica dal 2018, e riportare le specifiche concernenti il singolo operatore economico: le informazioni di carattere generale (PARTE I), il possesso dei requisiti/assenza motivi di esclusione (PARTE III), qualificazioni/criteri di selezione (PARTE IV), dichiarazioni finali del dichiarante (PARTE VI)<sup>135</sup>. Gli oneri documentali non si esauriscono nella sola raccolta dei vari

---

<sup>133</sup> ANCE, *Il subappalto nel D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, come modificato dal D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 – Vademecum*, Dossier: il subappalto post correttivo appalti, Roma 2017, pag. 30.

<sup>134</sup> Per definizione, sulla base dell'articolo 24 della direttiva 2014/24/UE, *supra nota* 98, esso consiste in un'autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi.

<sup>135</sup> Sul punto di rimanda a: MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI, Circolare n..3, del 18 luglio 2016, contenente le linee guida per la compilazione del modello di

DGUE, è difatti richiesto l'inserimento all'interno della busta A (offerta amministrativa) altresì del PassOE<sup>136</sup> del subappaltatore. Per fare chiarezza in primis occorre inquadrare al meglio il contesto di riferimento. Nel dichiarato obiettivo di rendere la PA sempre più digitale venne introdotto, in sede di attuazione del primo Codice degli appalti, un nuovo sistema informatico denominato AVCpass<sup>137</sup> avente il fine di rendere la procedura di verifica dei requisiti interamente telematica e più rapida e conseguentemente la Banca dati centralizzata degli operatori economici maggiormente articolata. Il passaporto dell'operatore economico corrisponde perciò allo *step* successivo a questo processo di trasposizione telematica, rappresentando a tutti gli effetti un lasciapassare per tutti gli operatori intenzionati a prender parte ad una procedura di gara pubblica. Un ultimo ottemperamento documentale opera, infine, per natura stessa dell'istituto: in caso di ricorso al subappalto, sulla base dell'articolo 2359 del codice civile, l'aggiudicatario originario dovrà produrre autodichiarazione attestante l'assenza di forme di controllo o collegamento con il titolare del subappalto. Prima dell'inizio dei lavori l'affidatario è inoltre tenuto a trasmettere la documentazione di avvenuta denuncia agli Enti previdenziali, nonché copia degli eventuali piani di sicurezza.

Terminata la sezione relativa alla presentazione richiesta, la decisione di concedere l'autorizzazione ad operare ricorrendo al subappalto spetta unicamente alla stazione appaltante. Quest'ultima, sulla base dell'articolo 105 al quarto comma, è tenuta a provvedere entro 30 giorni dalla richiesta. In ogni caso tale termine, ove sussistano giustificati motivi, può esser prorogato per una sola volta. È bene precisare che in qualsiasi momento il provvedimento autorizzativo può esser revocato sulla base di un mutamento delle condizioni dei soggetti interessati. Al comma 18 della medesima disposizione viene previsto il dimezzamento dei suddetti termini in caso di subappalto d'importo inferiore ai 100.000 euro o al di sotto del 2% dell'ammontare del contratto principale. In conclusione, giova precisare che l'articolo 92 del Codice antimafia detta ulteriore disciplina e precise scadenze in merito alla necessaria acquisizione di aggiuntive informazioni antimafia propedeutiche al rilascio della sopracitata concessione.

---

formulario di Documento di gara unico europeo (DGUE) approvato dal Regolamento di esecuzione (UE) 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016, G.U. n. 174, 27 luglio 2016, consultabile sul sito: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/07/27/16A05530/sg>.

<sup>136</sup> Passaporto operatore economico.

<sup>137</sup> Authority Virtual Company Passport.

Sintetizzando quanto espresso finora, si presenta uno schema riportante segnatamente i passaggi relativi alla raccolta della documentazione necessaria:

Figura (3.1): Tabella Oneri documentali concorrente/affidatario

<p><b>In fase di gara*</b></p> <p>(*nei casi previsti)</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. indicazione dei <b>lavori da subappaltare</b> o da concedere in cottimo,</li> <li>2. eventuale indicazione di una <b>terna di subappaltatori</b> e relative dichiarazioni o DGUE dei subappaltatori,</li> <li>3. PassOE subappaltatore.</li> </ol>
<p><b>In fase di esecuzione (ai fini autorizzatori)</b></p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>4. <b>contratto di subappalto</b> di corredato di:             <ol style="list-style-type: none"> <li>a) documentazione tecnica, amministrativa e grafica,</li> <li>b) indicazione puntuale dell'ambito operativo del subappalto,</li> </ol> </li> <li>5. dichiarazione circa la sussistenza di <b>controllo/collegamento</b> con il subappaltatore/cottimista,</li> <li>6. <b>qualificazione</b> del subappaltatore in relazione alla prestazione subappaltata,</li> <li>7. dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza di <b>motivi di esclusione</b>.</li> </ol>
<p><b>Prima dell'inizio dei lavori</b></p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>8. <b>denuncia agli enti previdenziali</b>, assicurativi e antinfortunistici</li> <li>9. piani di sicurezza</li> </ol>

(Fonte: ANCE - Associazione nazionale costruttori edili)

Per le ragioni addotte in precedenza, si è già chiarito il motivo per cui si ritiene che il subappalto rappresenti un fattore di rischio aggiuntivo di tentativi d'infiltrazione mafiosa. Secondo un'approfondita valutazione nel merito, tale accentuazione non sarebbe da ricercare nel grado di apertura al mercato promosso con l'istituto, bensì al livello di discrezionalità, conferito alle ditte partecipanti, nella selezione dei soggetti individuati

per la collaborazione (intesa come compartecipazione circoscritta ad una sezione dei lavori da svolgere). Inevitabilmente a fronte di questa situazione sono sorte questioni d'incertezza vertenti la fisionomia del subappalto, istituto che, si ricorda, riveste da sempre peculiare importanza nell'ambito delle commesse pubbliche.

La portata ed il valore della questione hanno condotto all'esigenza di trovare un contemperamento tra la visione europeista favorevole ad un'apertura massima al mercato e quella opposta nazionalista protesa alla difesa dell'agire amministrativo a realtà di dubbia moralità. L'inedito interrogativo posto ha trovato diretta risposta del legislatore nell'individuazione di un limite quantitativo, espresso in percentuale, entro il quale, non oltre, sia possibile ricorrere agli affidamenti in subappalto. Il valore qui di riferimento è stato interessato, per la difficoltà nella gestione della situazione, di più emendamenti succedutisi nel corso del tempo.

Ricostruendo brevemente, il decreto legislativo 163/2006, connotato dalla distinzione normativa di lavori da un lato e servizi e forniture dall'altro, prevedeva un valore soglia ripartito diversamente a seconda dell'incidenza/importo della categoria di opera rispetto al valore intero dell'appalto. Sostanzialmente, si andava perciò a delineare un sistema in cui esistevano categorie per le quali il subappalto veniva vietato, altre per le quali veniva concesso il conferimento delle prestazioni al 30% ovvero restanti categorie subappaltabili per la loro totalità. Fermo restando questa suddivisione interna veniva posto a livello generale il primario limite di affidamento delle prestazioni entro il 30% della categoria di lavori prevalente nel contratto. Successivamente in concomitanza dell'entrata in vigore del Codice degli appalti del 2016, si assiste ad un superamento di codeste differenze e viene posto *ex ante* un limite cumulativo di subappaltabilità per lavori, servizi e forniture corrispondente al 30% dell'importo contrattuale. Venne perciò a mancare il sistema a categorie (prevalente e restanti) precedentemente delineato. Infine, con il Decreto-legge 18 aprile 2019 n. 32 (cd. Sblocca cantieri)<sup>138</sup> venne inizialmente prevista la sospensione del suddetto limite, per poi andare ad individuare, in via transitoria fino al 30 giugno 2021, il nuovo valore soglia nella misura del 40% dell'ammontare complessivo della commessa.

---

<sup>138</sup> *Supra nota* 121.

In correlazione al sopracitato limite quantitativo, esistono, infine, delle categorie superspecialistiche di lavori<sup>139</sup> per le quali non è consentito il ricorso al subappalto oltre il 30% del valore della categoria, qualora la stessa rivesta, in proporzione, oltre il 10% dell'importo complessivo contrattuale. Indubbiamente tale quota di prestazione, qualora utilizzata dall'appaltatore, dovrà essere inclusa nel computo per la determinazione dell'esatta porzione contrattuale subappaltabile, corrispondente, si rammenta, al 40% dell'intero valore dell'accordo statuito fra le parti.

### 3.2 Le controversie europee in materia di subappalto

Si è visto come l'istituto del subappalto sia stato interessato negli anni da continue modifiche ed integrazioni, endogene ed esogene, che nella pratica lo hanno reso uno strumento talvolta non del tutto lineare e dai confini sfocati. Inevitabilmente questo fattore ha prodotto un'asimmetria normativa non solo con il quadro delineato internamente, bensì anche in riferimento al contesto normativo europeo, nell'ottica di una comparazione con i modelli adottati dagli altri Stati membri. In questa sede verranno propriamente portate alla luce due singolari situazioni incasellabili in tale descritta fattispecie, dove è possibile riscontrare direttamente un disallineamento tra i due livelli normativi e conseguentemente situazioni d'incertezza amministrativa nell'applicazione della figura.

#### 3.2.1 La mancata definizione della terna dei subappaltatori

Ancora una volta, prima di entrare nel nucleo della questione occorre ripercorrere brevemente gli interventi normativi in merito, susseguitosi nel tempo. Avviando l'analisi dal secolo scorso, l'obbligo di indicare una terna di subappaltatori trovava già definizione in sede di attuazione della legge 1990 n. 55<sup>140</sup>. Successivamente, nel dichiarato intento di perseguire uno snellimento delle procedure di gara e garantire una massima apertura

---

<sup>139</sup> In tutto si tratta di 15 categorie di cui fanno parte a titolo esemplificativo: categoria OS 11 (impianti tecnologici); OS 2- B (beni culturali d'interesse archivistico e librario); OS 14 (impianti di smaltimento e recupero di rifiuti) e via discorrendo.

<sup>140</sup> LEGGE del 19 marzo 1990, n. 55, recante nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale, entrata in vigore il 7 aprile 1990, G.U. n.120, 25 maggio 1990.

concorrenziale<sup>141</sup> il suddetto onere trova soppressione in corrispondenza della già menzionata Legge Merloni del 1998<sup>142</sup>. L'equilibrio primariamente raggiunto venne compromesso a seguito dell'entrata in vigore dell'inedito codice degli appalti nel 2006. Ciò che iniziò a destare remore ed incertezza risultava esser focalizzato attorno alla distinzione tra subappalto necessario e facoltativo, contenuta all'interno del codesto pacchetto legislativo. In sostanza la prima sottotipologia di subappalto, se così la si vuole intendere, viene ad esistere qualora il contraente principale non risulti in possesso della congrua qualificazione necessaria ad espletare la categoria di lavori prevalente rispetto alle secondarie attività oggetto del contratto. Quanto asserito ha reso possibile la conformazione di un nuovo modo di pensiero favorevole alla richiesta di rendere esplicita l'indicazione dei nominativi dei subappaltatori designati, già durante la fase di presentazione dell'offerta. La motivazione principale addotta ruotava attorno alla centralità delle prestazioni affidate: come già espresso, in mancanza dei requisiti per l'attività primaria, il subappaltante per ovvie ragioni si trovava nella condizione di designare una figura preposta per quella tipologia di lavorazione, che avesse la richiesta qualifica. Ciò che destava preoccupazioni non riguarda il fatto stesso di traslare il fulcro della commessa ad un soggetto diverso dal partecipante vero e proprio, quanto che l'identità e la congruità morale del suddetto soggetto venisse svelata in una fase troppo avanzata del procedimento, indi per cui in caso di necessaria esclusione dello stesso, per i soliti motivi ostativi, la procedura d'ammissione doveva dichiararsi irrimediabilmente compromessa. È bene ribadire che la visione così concepita risultava esser condivisa per le sole fattispecie di appalto ascrivibili alla categoria dei subappalti necessari.

Negli anni a venire, pur mantenendo questa prospettiva generale, il legislatore emendò le considerazioni a sostegno della preliminare indicazione di una terna di subappaltatori. Così a seguito dell'ingente intervento europeo, in materia di appalti, del 2014 ed il derivante inevitabile adattamento all'ordinamento italiano (non privo di problematiche)<sup>143</sup>, in corrispondenza dell'esecuzione del D.lgs. 2016 n.50 si ha la nuova disposizione dedicata alla questione: l'articolo 71. Siffatta previsione ha dissociato il suddetto obbligo relativa alla terna dall'istituto del subappalto necessario, legandolo, per

---

<sup>141</sup> A. CINCOTTI, "L'istituto del subappalto e la innovativa visione della giustizia amministrativa", pubblicato il 16 maggio 2013, consultabile sul sito: <https://www.unitel.it/notizie/articoli/listituto-del-subappalto-e-la-innovativa-visione-della-giustizia-amministrativa>.

<sup>142</sup> *Supra* nota 93.

<sup>143</sup> Sul punto si veda: Consiglio di Stato A.P., 2 novembre 2015, n. 9.

converso, ha differenti indicatori qualitativi e quantitativi. Pertanto, a partire dall'emanazione del più recente codice degli appalti, siffatto imperativo, di esplicitazione di una terna di subcontraenti, diviene operativo a seguito di un affidamento di lavori, servizi o forniture superiore alle soglie comunitarie dettate dal più volte citato articolo 35 o qualora oggetto dell'appalto sia un'attività ricompresa tra quelle ritenute maggiormente esposte a rischi di infiltrazione mafiosa, come puntualmente individuate dall'articolo 1 comma 53 della legge antimafia 6 novembre 2012, n.190. Tra le tante, ad esempio, si riportano le attività concernenti lo smaltimento di rifiuti, guardiania in cantiere, trasporto di terra e materiali inerti, confezionamento e via discorrendo. A seguito di numerose pronunce giurisprudenziali, la mancata previa indicazione di tali nominativi può esser sanata attraverso il ricorso allo strumento del soccorso istruttorio. Ad ogni modo negli anni successivi il siffatto divieto, qui argomento d' interesse, è stato protagonista di emendamenti normativi che ne hanno comportato una modifica sostanziale, per quanto transitoria. Se con il decreto correttivo del 2017<sup>144</sup> si stabilisce un'indicazione della terna per i soli appalti aventi una delle due caratteristiche sopracitate, in corrispondenza dell'entrata in vigore degli interventi successivi, da ultimo il cosiddetto Decreto milleproroghe del 31 dicembre 2020 n.183<sup>145</sup>, l'obbligo di indicare una terna di subappaltatori viene sospeso per tutto il 2021.

Il carattere intermittente ed incostante che ha caratterizzato la vicenda dell'indicazione di una terna, come testimoniato dalla ricostruzione storica poc'anzi terminata, ha semplicemente condotto a porre sempre più attenzione e maggiore incertezza attorno alla norma. Come già spiegato in pregresso, qualora un aggiudicatario decida di optare per l'affidamento in subappalto di determinate prestazioni è tenuto, in corrispondenza della presentazione dell'offerta, ad inserire all'interno della busta A (offerta amministrativa), un insieme di documenti comprovanti l'integrità morale ed economica dei soggetti da lui individuati. Pertanto, la medesima integrità dell'offerta "principale" si fondava ed era direttamente influenzata, in considerazione delle qualità e caratteristiche di tali soggetti, per così dire, secondari. Diverse pronunce arrivano a legare tali due aspetti, sentenziando l'inadeguatezza dell'offerta del subappaltante e la sua esclusione dalla gara a causa della

---

<sup>144</sup> Articolo 69, DECRETO LEGISLATIVO n. 56, del 19 aprile 2017, *supra* nota 120.

<sup>145</sup> DECRETO LEGGE n.183, del 31 dicembre 2020, recante disposizioni urgenti in materia di termini legislativi, di realizzazione di collegamenti digitali, di esecuzione della decisione (UE, EURATOM) 2020/2053 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, nonché in materia di recesso del Regno Unito dall'Unione europea, entrato in vigore il 31 dicembre 2020, G.U. n. 323, 31 dicembre 2020.

sopravvenienza di motivi ostativi in capo ai subappaltatori<sup>146</sup>. Esula dai fini dello studio analizzare la proporzionalità o meno di un'esclusione automatica così concepita, ad ogni modo interessante spunto è invero offerto dal concetto di congruità dell'offerta legato inevitabilmente ai subappaltatori. Proprio su tale concezione, alcune amministrazioni muovono le proprie obiezioni in merito alla sospensione della designazione dei subappaltatori già durante la fasi iniziali delle procedure di gara. Quello che si teme è che se l'associazione tra liceità dell'offerta e *status* dei subappaltatori venga intesa stringente ed univoca, far sì che possa esser comprovata solo in una fase avanzata della gara, comporterebbe un notevole dispendio di risorse economiche e non, nel caso in cui la stessa venisse annullata. Ancora una volta le criticità muovono soprattutto per via delle incalzanti pressioni richiedenti un utilizzo del denaro pubblico, messo a disposizione, ponderato ed efficiente. Si vedrà in seguito la via seguita da alcuni Stati nel merito della medesima questione.

### 3.2.2 Il limite quantitativo del 40% e del 20%: tra infiltrazioni mafiose e *dumping* sociale

In precedenza, si è introdotta la previsione relativa allo stabilimento di un valore soglia quantitativo (espresso in percentuale) oltre il quale l'istituto del subappalto non può esser considerato attuabile. Ora, in questa prima fase di presentazione pregressa si è proposta una ricostruzione storica della norma, snaturata da qualsiasi elemento di potenziale contrasto, perciò, caratterizzata dalla sola considerazione acritica degli aspetti teorici del suddetto limite. Eppure, andando a porre enfasi sulle ricadute pratiche che tale soglia di sbarramento ha provocato, ciò che emerge è una lunga serie di contrasti, emendamenti e rivendicazioni scaturite da un non sinergico allineamento tra quanto previsto a livello nazionale e quanto, invero, previsto a livello europeo. Giova fin d'ora evidenziare come la previsione di porre un limite massimo alla possibilità di ricorso al subappalto, rappresenti una prassi portata avanti, nella gestione amministrativa pratica, principalmente all'interno del solo contesto italiano.

---

<sup>146</sup> Corte di Giustizia dell'Unione europea, II Sez., del 30 gennaio 2020, in causa C-395/18, *Tim S.p.a*

Sulla base delle citate considerazioni, lo scenario venutosi a delineare in materia durante gli anni, lo si potrebbe definire, a buon diritto, tutt'altro che auspicabile ed armonico. Le amministrazioni difatti sono state involontariamente coinvolte in un gioco di forza, dove contrapposte si trovano da un lato la rivendicazione esclusivamente italiana dell'imprescindibilità di porre un argine alla possibilità di ricorso al subappalto alla luce della serrata lotta ai fenomeni mafiosi portata avanti dallo Stato, dall'altro la visione europeista, condivisa peraltro a larghe maglie, favorevole alla non imposizione di alcun limite, ai fini di rendere la partecipazione alle gare più inclusiva e libera possibile. In tutto questo, come si è detto, le pubbliche autorità si sono ritrovate concretamente ad operare ed avviare nuove procedure di gara nell'incertezza di comprendere la legittimità di una possibile indicazione di suddetti termini limitativi quantitativi e ancor di più di gestione delle offerte qualora provenienti da *stakeholder* non appartenenti e direttamente operativi all'interno del territorio italiano. Data la crucialità dell'istituto, gli innumerevoli stalli riscontrati nelle procedure di gara, immediata conseguenza del disorganico quadro normativo, hanno condotto ad elevare, tra le primarie necessità, l'esigenza di trovare una chiave di volta risolutiva della fattispecie.

Orbene, in riferimento al primo limite presentato, ne esiste un secondo che sotto certi aspetti ha seguito analoga evoluzione storica: riconoscimento incontrastato iniziale a cui è subentrata una revisione volta ad attestare l'opportunità di una sussistenza del medesimo all'interno dell'ordinamento nazionale, poiché ritenuto in contrasto con quanto previsto dalla disciplina europea. Precisamente, ci si sta riferendo alla possibilità di prevedere un ribasso percentuale dei prezzi applicabili per le prestazioni eseguite dai subappaltatori che non ecceda oltre il 20% rispetto ai medesimi adottati in sede di aggiudicazione della commessa. A differenza del primario valore soglia, incentrato nel rendere minormente appetibile una partecipazione alle gare per determinati operatori dall'incerta integrità morale, è convinzione nazionale che il secondo riesca nell'intento di impedire o quanto meno arginare fenomeni di *dumping* sociale<sup>147</sup>. Trasposto al contesto degli appalti, il limite del 20% si traduce nell'intento d'impedire che i subappaltatori, a fronte di compensi eccessivamente esigui, cerchino un'ulteriore fonte di guadagno nel non

---

<sup>147</sup> Per *dumping* sociale si intende il ribasso dei prezzi applicabili attraverso il ricorso a manodopera a costi inferiori o il non riconoscimento di indispensabili tutele sociali.

riconoscere alla forza lavoro le imprescindibili tutele poste dagli enti previdenziali o previste nei trattamenti disposti dagli esistenti contratti collettivi nazionali<sup>148</sup>.

Il 2019 ha rappresentato l'anno della svolta per l'attenuazione delle ingenti perplessità circa l'adeguatezza o meno dei due citati aspetti chiave del subappalto. Due pronunce adottate in tale periodo hanno rappresentato, per il loro contenuto e le soluzioni prospettate, il cardine nella chiarificazione dell'intricata fattispecie, divenuta per le diverse necessità in gioco una questione improrogabile. Per quanto possa risultare tardivo giungere a tale presa di posizione a distanza di 3 anni dall'attuazione del codice del 2016, non è superfluo statuire che fin dall'indomani dell'attuazione del suddetto decreto, vennero avanzati dubbi circa la compatibilità dei due prospettati limiti con l'ordinamento europeo<sup>149</sup>. Per quanto pioneristiche, le due sentenze perciò non costituirono un "fulmine a ciel sereno" per il quadro normativo presente all'epoca, proprio in vista delle dimostranze portate avanti negli anni. Per tale ragione prima di passare ad una puntuale analisi delle due pronunce giurisprudenziali, lo studio avvierà la trattazione sul tema affrontando il contesto legislativo fin dal 2016, ovvero postumo all'introduzione dell'ultimo codice degli appalti.

I primi tentennamenti circa un'eccessiva distanza culturale tra la visione italiana e quella europeista in tema di subappalto sono stati avanzati fin dal periodo immediatamente successivo all'adozione del codice del 2016. Il Consiglio di Stato in tale occasione si riservò di valutare se le effettive esigenze italiane potessero giustificare una siffatta imposizione limitativa quantitativa. A seguito di una serie di pronunce sul punto, una stabile decisione sul punto sembrava esser arrivata in corrispondenza del parere del Consiglio di Stato n. 782 del 2017<sup>150</sup>. L'Istituzione per ultimo citata fornì una visione secondo la quale le pregnanti ragioni di ordine pubblico fossero abbondantemente idonee e per questo sufficienti a giustificare una normativa maggiormente restrittiva rispetto a quella disposta a livello comunitario. Il temuto divieto di *gold plating*, qui apertamente

---

<sup>148</sup> R. BARATTA, Legislazione europea e disciplina interna del subappalto: un'aporia culturale?, in Rivista Eurojus, fascicolo n. 2, Milano 2020, pag. 13

<sup>149</sup> A. LIROSI, C. PEPE, et alii, *Il subappalto nei contratti pubblici: quali prospettive alla luce delle recenti pronunce della Corte di Giustizia* – *Approfondimenti*, pubblica l'11 dicembre 2019, consultabile sul sito: <http://www.dirittobancario.it/approfondimenti/contratti-pubblici/il-subappalto-nei-contratti-pubblici-quali-prospettive-alla-luce-delle-recenti-pronunce>

<sup>150</sup> Consiglio di Stato – Commissione speciale A.P., 22 marzo 2017, n. 782

affrontato, veniva per cui considerato assolutamente rispettato in virtù degli obiettivi, ritenuti altamente meritevoli, perseguiti da tale disciplina:

*«La complessiva disciplina delle nuove direttive, più attente, in tema di subappalto, ai temi della trasparenza e della tutela del lavoro, in una con l'ulteriore obiettivo, complessivamente perseguito dalle direttive, della tutela delle micro, piccole e medie imprese, può indurre alla ragionevole interpretazione che le limitazioni quantitative al subappalto, previste da legislatore nazionale, non sono in frontale contrasto con il diritto europeo<sup>151</sup>».*

L'unitarietà ritrovata ebbe una limitata durata temporale: agli esordi del 2019 un nuovo intervento in materia comportò per lo Stato italiano un ritorno sui propri passi ed una rimessa in discussione delle proprie vedute. La messa in mora della Commissione europea<sup>152</sup> difatti rappresentò, per la realtà degli appalti italiana, un nuovo “tsunami normativo”. Nel pieno delle diverse contestazioni mosse ritorna, sottoposta all'attenzione dei giuristi, la questione ruotante attorno al limite quantitativo introdotto in tema di subappalti. La rinnovata e sempre più intensa esigenza europea di favorire la massima inclusione, nelle procedure di gara, delle piccole e medie imprese fece emergere inedite perplessità circa la suddetta limitazione, legate in questo caso alla libertà di partecipazione ed estesa apertura al mercato interno disponibile. Come già menzionato, il legislatore nel tentativo di pervenire ad un punto d'incontro tra la crocevia di interesse riguardanti il subappalto, innalzò, con il decreto “Sblocca cantieri”, la quota massima di subappaltabilità al 40%. Tale tentativo restò in realtà sullo sfondo, poiché comunque oscurato dalle inedite prospettive avanzate dalla Corte di Giustizia in due significative pronunce emerse nel medesimo anno di riferimento. La Corte, in queste circostanze, ebbe il merito di non mascherare la distanza culturale tra le imposizioni europee e quelle italiane, per verificare esplicitamente l'idoneità delle ragioni secondo le quali il maggior rigore nazionale corrisponderebbe ad una naturale estensione degli obiettivi chiave europeisti, trasposti ed aggiornati alla condizione storica vigente in Italia.

Maggiori approfondimento sul tema risultano necessari, proprio per questo lo scritto prosegue con la trattazione analitica delle due pronunce cui si è fatta menzione.

---

<sup>151</sup> Consiglio di Stato – Commissione speciale A.P., 22 marzo 2017, *supra nota* 150.

<sup>152</sup> COMMISSIONE EUROPEA, Costituzione in mora – Infrazione n. 2273, 24 gennaio 2019, consultabile sul sito: [http://documenti.camera.it/leg18/dossier/testi/AT041.htm?\\_1617377824777#1241199](http://documenti.camera.it/leg18/dossier/testi/AT041.htm?_1617377824777#1241199).

La prima sentenza rinominata “Vitali<sup>153</sup>” si basa sul rinvio pregiudiziale del Tribunale amministrativo Regionale per la Lombardia in merito alla fattibilità dell’imposizione di un limite quantitativo al ricorso al subappalto quale quello del 30%. La Corte, chiamata a dirimere la questione, muove il proprio esame partendo dal dettato della disciplina europea, in particolare da quanto previsto dagli articoli 57 e 71 della direttiva 2014/24/UE. Riconosce l’attribuzione di un innegabile margine di discrezionalità conferito agli Stati nella trasposizione interna del contenuto del pacchetto normativo europeo del 2014<sup>154</sup> e la volontà condivisa dal legislatore comunitario di connotare l’istituto del subappalto con puntuali indicazioni a contornare il suo utilizzo. Fermo restando l’esigenza di disporre regole di dettaglio, l’Istituzione dichiara il valore soglia assolutamente sproporzionato per gli scopi dallo stesso perseguiti. Il punto critico si fonda sull’automatismo applicativo del medesimo, indipendente dalle specificità del singolo caso: viene perciò tacciata la mancata previsione di una valutazione amministrativa sui caratteri essenziali degli incarichi oggetto di subappalto. Secondo la Corte, una valutazione più libera, che sia *ex ante* o *ex post* aggiudicazione, permetterebbe alle pubbliche autorità di individuare il grado di moralità dei soggetti partecipanti ed evitare di travolgere illegittimamente offerte totalmente affidabili solo a causa della definizione aprioristica di un limite generale ed astratto. Sulla base di quanto asserito la presa di posizione della Corte di giustizia non lascia spazio ad alcun dubbio: le legittime esigenze di legalità a favore di una scomparsa dei fenomeni di matrice mafiosa nelle commesse pubbliche, possono ed anzi devono esser perseguiti ricorrendo a vie minormente invasive e più proporzionate alla natura degli incarichi/interessi in gioco. L’Italia viene incriminata di utilizzare tipiche pratiche ascrivibili al *gold plating*.

L’iter logico-argomentativo della seconda sentenza, denominata “sentenza Tedeschi<sup>155</sup>” è il medesimo riproposto nella prima pronuncia poc’anzi analizzata. Protagonista in questo caso, il limite del 20% relativo al ribasso percentuale dei prezzi applicabili alle prestazioni dei subappaltatori. Omettendo il percorso interpretativo, sovrapponibile allo stesso presentato per la prima sentenza, la Corte giunge alla conclusione in cui ritiene il suddetto valore soglia, non proporzionato ai fini perseguiti dal legislatore italiano, poiché

---

<sup>153</sup> Corte di giustizia dell’Unione europea, Sez. V, del 26 settembre 2019, in causa C-63/18, *Vitali S.p.a.*

<sup>154</sup> SI fa riferimento alle tre direttive europee sugli appalti del 2014..

<sup>155</sup> Corte di giustizia dell’Unione europea, Sez. V, del 27 novembre 2019, in causa C-402/18, *Tedeschi S.r.l.*

eccessivamente generale ed astratto. Intuibile come ad uno stesso iter argomentativo corrispondano medesime conclusioni finali. Tuttavia, in sede di motivazione finale del provvedimento, la Corte a differenza di quanto espresso nel “caso Vitali”, accompagna al test di proporzionalità, una valutazione relativa alla legislazione sociale: nello specifico alle disposizioni in materia contributiva. Nel “caso Tedeschi” fa la sua comparsa, difatti, una nuova esigenza di tutela del diritto dei lavoratori: timore condiviso è che l'imposizione di un limite, così concepito, denoti, a fronte di una potenziale diminuzione dei guadagni, una compressione delle tutele salariali e/o assicurative dei lavoratori preposti all'esecuzione delle prestazioni oggetto di gara.

La risonanza delle due sentenze fu tale da destare sempre più ombre sul quadro normativo italiano vertente l'istituto del subappalto. Se da un lato venne ad esistenza un vuoto normativo avente un effettivo quasi paralizzante per gli operatori economici, dal lato giurisprudenziale venne a crearsi un'inaspettata conformità interpretativa sul filone delle due citate pronunce. Così anche di recente, il Consiglio di Stato nell'attualissima sentenza n.8101<sup>156</sup>, sulla scia del ragionamento posto dalla Corte di giustizia nel 2019, arriva a ritenere non applicabile il limite quantitativo del 30% di cui è imperniato il subappalto.

Illustrato l'impianto teorico ed il contenuto giurisprudenziale sugli aspetti del subappalto disallineati con quanto stabilito a livello comunitario, occorre constatare come si presenti empiricamente la situazione attuale italiana. Per questo, si proseguirà con la trattazione di un caso di studio direttamente riconducibile alla prassi amministrativa del Comune di Venezia.

### 3.3 Caso di studio: Gara n. 13/2020 del Comune di Venezia

L'argomento di ricerca empirica, qui affrontato, riguarda la procedura indetta dal Comune di Venezia, n.13/2020<sup>157</sup> per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico, nel territorio di competenza dell'autorità, per una durata di 4 anni a partire da settembre 2020. Il suddetto appalto, costituito da un unico lotto, rientra nella categoria di appalti sopra

---

<sup>156</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, del 17 dicembre 2020, n.8101.

<sup>157</sup> COMUNE DI VENEZIA, Gara N. 13/2020 - Affidamento del servizio di trasporto scolastico per gli anni scolastici 2020/2021, 2021/2022, 2022/2023, 2023/2024 nel territorio del Comune di Venezia, CIG 82003051C3, pubblicata il 9 marzo 2020, consultabile sul sito [www.comune.venezia.it](http://www.comune.venezia.it).

soglia europea, avente difatti come valore posto a base di gara: €5.072.944,00 (oneri fiscali esclusi).

Il documento di gara riporta il novero delle informazioni richieste a norma di legge affinché il bando risulti completo di tutte le informazioni necessarie alla massima trasparenza della gara. Passando alle sezioni specifiche d'interesse per la ricerca, all'interno dello stesso viene riportato con chiarezza che le prestazioni possono essere affidate tramite l'istituto entro la quota del 40% dell'importo complessivo dell'appalto<sup>158</sup>. Proseguendo, nella sezione dedicata al DGUE è riportato come il concorrente che intenda ricorrere al subappalto, sia tenuto ad indicare l'elenco delle prestazioni oggetto di subappalto e la relativa quota percentuale di conferimento delle stesse. Il modello del documento di gara fornito dall'istituzione<sup>159</sup>, effettivamente, nella sezione D richiede tali tipologie di informazioni così come la previa indicazione nei nominativi dei subappaltatori.

Gli elementi contenuti nel bando di gara dimostrano come la stazione appaltante, nella redazione del documento, dovendo seguire le linee prospettate dal Codice degli appalti, riesce ad ovviare alla problematica questione della terna e del limite del ribasso percentuale del 20%. Viceversa, si espone ad una serie di potenziali contenziosi futuri, in particolar modo nell'ottica di una partecipazione di operatori non nazionali, essendo tenuta ad indicare il limite massimo di quota di lavori subappaltabile. Sulla base di quanto precedente menzionato, è noto come diverse pronunce abbiano, invero, statuito la non proporzionalità di una disposizione di questo tipo.

L'analisi del seguente caso di studio prosegue con un'approfondita trattazione degli avvicendamenti, legati alle questioni controverse, verificatosi durante le distinte fasi di gara. Avendo ottenuto la possibilità di partecipare direttamente all'attività amministrativa per la gestione della procedura, si fornirà il punto della situazione dal lato interno – organizzativo dell'autorità. Seguendo le questioni relative al solo aggiudicatario finale<sup>160</sup>, lo stesso durante la presentazione della documentazione amministrativa (BUSTA A) ha provveduto a fornire regolarmente le specifiche relative al subappalto, proprio in coerenza con quanto in precedenza illustrato. Il soggetto, in realtà, è addirittura andato oltre quanto richiesto, presentando altresì, già in sede di presentazione dell'offerta, una terna di

---

<sup>158</sup> COMUNE DI VENEZIA, Gara N. 13/2020, *supra* nota 157, punto 9.

<sup>159</sup> Disponibile sul sito [www.comune.venezia.it](http://www.comune.venezia.it)

<sup>160</sup> Ditta Paolo Scoppio S.r.l

subappaltatori al quale affidare i lavori. Questo ha destato attimi d'incertezza nell'operato dell'organo burocratico, poiché a fronte dell'esplicita menzione dei soggetti, si riteneva necessario procedere con la verifica dei requisiti degli stessi. Tuttavia, il quadro normativo, con l'entrata in vigore del decreto "Sblocca cantieri", ha abolito l'onere, in capo alle amministrazioni pubbliche, di sottoporre i soggetti qualificati come potenziali subappaltatori alla procedura di verifica dei requisiti, nelle fasi iniziali di gara. Ciò che si conclude perciò, è che risultato un solo ottemperamento aggiuntivo del candidato, per rallentare l'operato della stazione appaltante. Preme sottolineare, come lo scopo di porre sotto attenzione il seguente caso, non corrisponda ad un'analisi critica dell'operato dell'organo. Piuttosto, si ritiene che lo stesso possa servire da monito per evidenziare come le pubbliche amministrazioni si debbano confrontare, in tema di subappalto, con norme numerose, sovrapposte e dagli effetti alquanto incerti.

### 3.4 La risposta degli altri Stati riguardo i limiti del ricorso al subappalto: gli esempi di Francia e Spagna

Nelle precedenti sezioni si è evidenziato, anche attraverso la presentazione di casi concreti, come l'istituto del subappalto sia in Italia circondato da una sostanziale diffidenza, che viceversa, in ambito europeo, non troverebbe ragion d'essere. Si è inoltre visto come tale sentimento porti il Paese a circondare il subappalto di limitazioni più stringenti rispetto a quelle disposte a livello comunitario, con la conseguenza di favorire l'insorgere di ulteriori stalli amministrativi, nell'attività delle pubbliche autorità, dovuti ai disallineamenti venutisi a creare sul tema. Ora, nella sezione finale dello studio si avvanzeranno ipotesi circa plausibili soluzioni da adottare sul tema. Per completezza di elementi e fornire motivazioni convincenti proprio nel merito di tali possibili vie alternative, questa porzione del capitolo sarà dedicata ad esaminare le risposte provenienti, sul punto, da altri Paesi membri: più precisamente si riporteranno gli esempi del modello francese e spagnolo.

3.4.1 Gli affidamenti in subappalto in Francia: *focus* sulle limitazioni dell'istituto. L'impianto normativo essenziale dell'istituto è riconducibile al "*Code de la commande*

*publique*<sup>161</sup>”, precisamente all’interno della sezione contenuta nel primo libro “*Disposition Générales*”, interamente dedicata all’istituto (Capitolo 3 – articoli dal 2193 -1 al 2193 – 14), a cui vanno ad aggiungersi le disposizioni del terzo libro “*Disposition applicables aux marchés de défense ou de sécurité*” (articoli dal 2393-24 al 2393-40). La definizione fornita dall’articolo 2193 -2 è pressoché equivalente alla stessa contenuta nel Codice degli appalti: terzietà del rapporto e la presenza di un contratto principale al quale fare riferimento appaiono, proprio come in Italia, elementi chiave. Unico elemento differente, la possibilità, specialmente nei contratti di trasporto, di prevedere una sorta di subappalto a cascata. In riferimento alle condizioni dell’affidamento, la disciplina francese prevede il dispiego di due principali formalità: la prima riguarda un documento attestante l’accettazione dell’esecuzione delle prestazioni e l’accettazione delle modalità di pagamento, da parte del subappaltatore; la seconda, disciplinata dall’articolo 2193-5, prevede che il contraente principale produca una dichiarazione di volontà a ricorrere al subappalto e che il contenuto di tale dichiarazione venga accettato dalla stazione appaltante. Nel dettaglio la suddetta documentazione dovrà contenere:

- ragione sociale del subappaltatore
- la natura delle prestazioni affidate
- il corrispettivo da versare al subappaltatore
- le condizioni di pagamento
- le capacità economiche del subappaltatore
- la dichiarazione di assenza dei motivi ostativi in capo al subappaltatore secondo quanto stabilito dal *Code de la commande publique*, al Primo libro – quarto capitolo.

Poiché la legislazione francese conferisce agli operatori la possibilità di ricorrere al subappalto anche in corso d’opera, qualora tale richiesta pervenisse a lavori già avviati, l’operatore sarà tenuto ad indicare il novero degli elementi sopra prospettati ed in aggiunta un’ulteriore dichiarazione a supporto delle garanzie offerte in tema di pagamento diretto delle prestazioni<sup>162</sup>.

---

<sup>161</sup> Il *Code de la commande publique* corrisponde al Codice dei contratti pubblici francese adottato per dare attuazione alle tre direttive europee nn. 23, 24, 25, entrato in vigore il 1° aprile 2019.

<sup>162</sup> DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES, Le sous traitance: Fiche technique - Rubrique Conseil aux acheteurs et aux autorités concédantes, pubblicato il 1° aprile 2019, consultabile sul sito: <https://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-acheteurs-fiches-techniques>.

Delineato brevemente l'impianto normativo, non resta che osservare l'impostazione francese relativamente agli aspetti controversi del subappalto, per la normativa italiani evidenziati nei precedenti passaggi. Partendo dall'indicazione obbligatoria di una terna, il modello francese prevede sì la previa indicazione dei nominativi degli operatori economici individuati quali subappaltatori, ma non ne definisce una quantità aprioristica. Inoltre, in considerazione dell'opportunità di ricorrere al subappalto anche in fase di esecuzione del contratto, l'obbligo di esplicitazione dei nominativi in fase di presentazione dell'offerta, può per l'appunto non sussistere ed essere differito ad un diverso momento della procedura di gara. Per quanto concerne i limiti quantitativi del 20% e 40%, non si riviene alcuna traccia degli stessi all'interno della normativa degli appalti francese. Il modello francese è difatti permeato dal principio di libero ricorso al subappalto senza alcuna limitazione. Così all'articolo L2193- 3 e sulla base di quanto disposto dalla legge del 31 dicembre 1975<sup>163</sup> viene sancito quanto segue:

*«Le titulaire d'un marché peut, sous sa responsabilité, sous-traiter l'exécution d'une partie des prestations de son marché, dans les conditions fixées par le présent chapitre. Toutefois, l'acheteur peut exiger que certaines tâches essentielles du marché soient effectuées directement par le titulaire».*

Nella pratica, il diritto francese in materia di appalti non dimostra nessuna diffidenza in merito all'istituto, ponendo la pratica sullo stesso piano del regolare ricorso al mercato. A difesa della tutela della concorrenza e per evitare un uso improprio dello stesso, riserva alle stazioni appaltanti la possibilità di verificare caso per caso, se la natura delle prestazioni richiedano che determinate porzioni di lavoro vengano effettivamente dall'aggiudicatario principale. La nozione “*tâches essentielles*” lascia infatti ampi margini interpretativi alle pubbliche autorità. Chiaramente per quanto un limite non venga posto, dalla lettura della norma si evince come il contraente principale non possa affidare in subappalto l'intera commessa pubblica, snaturando totalmente la valenza dell'istituto.

Ciò detto, ad onor del vero esiste una concreta limitazione percentuale della quota di lavori subappaltabile: per la categoria degli appalti in materia di difesa e sicurezza, la normativa opta per una tutela più approfondita in considerazione della sensibilità

---

<sup>163</sup> Loi n° 75-1334, del 31 dicembre 1974, relativa alla disciplina del subappalto.

attribuita alle materie. In tali casistiche la quota subappaltabile dei lavori corrisponde fino ad un massimo del 30%<sup>164</sup> dell'intero valore del valore contrattuale.

Per quanto concerne il secondo limite quantitativo posto dall'ordinamento italiano, ovvero il valore del 20%, la legislazione francese non pone particolarmente problematiche attorno alla questione del *dumping sociale*, dedicando un ridottissimo spazio alla suddetta disposizione. Sul punto si è intervenuto con il solo articolo 2193 – 8 che opera qualora il valore del corrispettivo da versare al subappaltatore appaia anormalmente basso. In questi casi è quindi richiesto all'originario aggiudicatario di fornire ulteriori precisazioni e giustificazioni idonee a constatare la legittimità delle suddette condizioni contrattuali economiche.

#### 3.4.2 Gli affidamenti in subappalto in Spagna: *focus* sulle limitazioni dell'istituto.

La base normativa del subappalto in Spagna è da ricercarsi all'interno della *Ley de contratos del sector público (LCSP)* del 2017<sup>165</sup>, che contiene la completa disciplina dell'istituto all'articolo 215. Come per il modello francese, anche la definizione fornita dalla legge spagnola appare alquanto in linea con quella prospettata dall'ordinamento italiano. Tra le formalità necessarie per il ricorso al subappalto, l'ordinamento prevede che l'aggiudicatario principale in prima linea espliciti la volontà di ricorrere al subappalto tra l'aggiudicazione del contratto ed al più tardi nella fase iniziale d'esecuzione dello stesso. Inoltre, viene richiesto che indichi espressamente la parte dei lavori che intende subappaltare, il nominativo dei soggetti cui intende rivolgersi per la concessione, l'assenza di motivi ostativi in capo ai medesimi secondo quanto disposto dall'articolo 71 della *LCSP*. L'autorizzazione espressa, della stazione appaltante, a procedere al conferimento in subappalto delle prestazioni è prevista per i soli contratti connotati da particolari esigenze di sicurezza e ordine pubblico. Proprio partendo da quest'ultima previsione, si evince come la diffidenza nei confronti dell'istituto rimanga una prerogativa prettamente italiana. Difatti, quanto alle critiche limitazioni poste dallo Stato italiano, non si rinviene traccia: non vi è fatta menzione di una terna di subappaltatori da indicare, di un limite di ribasso percentuale delle prestazioni del 20%, tantomeno di un

---

<sup>164</sup> *Code de la commande publique*, supra nota 161, art. R. 2393-8.

<sup>165</sup> *LEY* dell'8 novembre 2017, adottato per dare attuazione alle tre direttive europee nn. 23, 24, 25, entrata in vigore il 9 marzo 2018.

limite quantitativo massimale corrispondente al 40%. Per dovere di cronaca, prima dell'entrata in vigore della suddetta disposizione, esisteva nell'ordinamento spagnolo un valore soglia al superamento del quale si riteneva illegittimo il subappalto, corrispondente al 60% del valore totale del contratto. Ciò detto, la nuova *Ley* ha eliminato tale limitazione, sancendo un favorevole e libero ricorso all'istituto qui in esame:

*«En ningún caso la limitación de la subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia, sin perjuicio de lo establecido en la presente ley respecto a los contratos de carácter secreto o reservado, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado<sup>166</sup>».*

Il sistema spagnolo, a fronte di un libero incentivo al subappalto, prevede in ogni caso degli argini, ai fini di scongiurare un utilizzo improprio<sup>167</sup>. La legislazione spagnola prevede, in effetti, che per gli appalti connotati da peculiari ragioni di sicurezza e ordine pubblico<sup>168</sup>, ugualmente per particolari tipologie di commesse pubbliche, determinate attività debbano essere svolte dal solo aggiudicatario originario<sup>169</sup>. Proprio come per il modello francese, altresì il modello spagnolo conferisce alle amministrazioni aggiudicatrici un ampio margine di discrezionalità nel valutare in quali fattispecie si riveli necessario porre un contenimento al ricorso agli affidamenti in subappalto.

### 3.5 Gli affidamenti *in house*: profili generali

Il secondo approfondimento nonché argomento di ricerca riguarda gli affidamenti *in house*. Proprio come per il subappalto, lo studio, partendo da un'analisi dell'impianto teorico vigente in Italia, si svilupperà affrontando le conseguenze dovute dalla sostanziale sfiducia che investe tale categoria di affidamenti. Ancora una volta, verrà infine riproposto il confronto con altri modelli statali europei per testare l'adeguatezza del

---

<sup>166</sup> Articolo 215.1 LCSP, *supra* nota 135.

<sup>167</sup> B. L. CUTANDA, I. F. PUYOL, *Novedades en materia de subcontratación en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público - Análisis*, GA\_P editore, Madrid 2018, pag. 2

<sup>168</sup> Articolo 296 LCSP, *supra* nota 135.

<sup>169</sup> Articolo 215.2 e) LCSP, *supra* nota 135.

modello italiano ed in aggiunta la presenza di eventuali *best practices* dal quale lo Stato, per ultimo menzionato, possa trarre una vantaggiosa ispirazione.

L' *in house* rappresenta oggi un fattore chiave nell'assetto endo-organizzativo delle pubbliche amministrazioni. Delineato prevalentemente in via giurisprudenziale, ha ricevuto consacrazione normativa positiva all'interno degli Stati tramite l'azione europea. Attualmente il fenomeno abbraccia i diversi settori pratici dell'agire amministrativo, dal trasporto locale alla riscossione dei tributi, coinvolgendo soggetti di diversa natura. La sua implementazione, avvenuta, come si è detto, per via europea, ha sortito effetti diversi nei Paesi membri, sulla base del grado di apertura delle nazioni. In Italia, realtà connotata dalla diffidenza per tutti i mezzi di produzione alternativi al regolare ricorso al mercato, il percorso evolutivo dell'istituto è stato da molti definito come instabile, tormentato, nebuloso, altalenante e sicuramente caratterizzata da una scarsa attività giurisprudenziale, specialmente a seguito degli emendamenti innovativi della figura, contemplati nel nuovo codice degli appalti del 2016<sup>170</sup>.

Ciò premesso, non resta che avviare l'indagine esattamente dal tumultuoso percorso, tramite un rapido *excursus* delle vicissitudini ordinamentali che hanno interessato, negli anni, il suddetto istituto.

### 3.5.1 Definizione ed evoluzione dell'istituto

L'espressione *in house* fece la sua comparsa nello scenario europeo all'interno della Comunicazione della Commissione europea del 11 marzo 1998<sup>171</sup>, dove l'Istituzione, avvelandosi di tale locuzione, evidenziò per la primissima volta la possibilità di aggiudicazione di un appalto all'interno della pubblica amministrazione<sup>172</sup>. La figura nacque perciò come modello opposto all'*outsourcing* grazie al quale un'amministrazione, direttamente o tramite un soggetto in rapporto di delega interorganica, poteva ottemperare

---

<sup>170</sup> C.P. GUARINI, *L'in house per la produzione di beni e servizi strumentali alla prova del tempo*, in E. TOMA (a cura di) *Economia, Istituzioni, Etica e Territorio – Casi di studio ed esperienze a confronto*, Milano 2018, pag.192.

<sup>171</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, Comunicazione della Commissione europea, COM (1998) 143 def., 11 marzo 1998, consultabile sul sito: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1998:0143:FIN:IT:PDF>.

<sup>172</sup> In realtà il concetto di "appalti in house" venne tenuamente accennato già Libro bianco sugli appalti del 1998.

internamente alla fornitura dei servizi richiesti dal medesimo comparto pubblico amministrativo.

I primi orientamenti giurisprudenziali in materia dimostrarono una forte attenzione sul ruolo svolto dalle amministrazioni aggiudicatrici e le realtà designate quale società *in house*. A fronte di un riconoscimento della possibile identità negoziale di quest'ultime e sulla base della distinzione operata dalla direttiva 92/50/CEE<sup>173</sup>, tra bisogni di interesse generale aventi o non aventi carattere industriale e commerciale, nel corso della sentenza *Gemeente Arnhem* del 10 novembre 1998<sup>174</sup>, vennero individuati i potenziale indicatori a testimonianza della interdipendenza fra amministrazioni aggiudicatrici e le eventuali società di loro creazione. Fra di essi il primo concerneva, per l'appunto, la natura dell'attività svolta dai succitati organismi.

Successivamente, un anno dopo, in concomitanza della nota sentenza *Teckal* del 18 novembre 1999<sup>175</sup>, a chiarificazione dell'incerto quadro normativo investito dalle due sopracitate direttive 92/50/CEE 93/37/CEE, si giunge alla consacrazione veritiera di codesta tipologia di affidamenti. Alla pronuncia occorre attribuire il merito di aver segnatamente concepito il paradigma dell'istituto riconoscendo, in prima linea, la sua non assoggettabilità al disposto del pacchetto normativo comunitario, sopra menzionato. Detto diversamente, il caso *Teckal* statuisce per le concrete fattispecie *in house*, la legittimità di ricorso all'affidamento senza l'obbligatorietà di avviare l'abituale procedimento amministrativo pubblico dedito alla scelta del contraente. La Corte, per giunta, giunge al contestuale riconoscimento delle due condizioni affinché il non ricorso ad una gara possa risultare legittimo. Così, per la prima volta, si assiste alla comparsa del criterio del controllo analogo e dell'impegno, per le società controllare, di svolgere la maggior parte della propria attività a favore dell'ente pubblico di appartenenza. Per il momento non ci si dilungherà sulla trattazione delle due condizioni, poiché le stesse verranno affrontate nuovamente durante l'analisi del contenuto delle disposizioni ascrivibili al codice degli appalti del 2016 ed ai successivi interventi normativi.

La menzionata apertura intrapresa con la sentenza *Teckal* produsse tuttavia, all'interno dei singoli contesti territoriali nazionali, effetti distorti e deleteri. In Italia, sulla scorta

---

<sup>173</sup> Si fa riferimento alla nozione di organismo di diritto pubblico contenuta all'articolo 1, lett. b, secondo comma, della DIRETTIVA (CEE) n. 50/92, *supra* nota 80.

<sup>174</sup> Corte di giustizia, 10 novembre 1998, in causa c-360/96, *Gemeente Arnhem*.

<sup>175</sup> Corte di giustizia, V sez., 18 novembre 1999, in causa c-107/98, *Teckal srl*.

della legge del 30 settembre 2003<sup>176</sup> che andò a modificare l'articolo 113, quarto comma, del Testo Unico degli enti locali, si diffuse un indiscriminato ricorso al modello delle società in house per l'acquisizione di approvvigionamenti altresì di amministrazione differenti da quelle partecipanti agli enti, creando sul mercato alterazioni della legittima concorrenza. Alla luce di quanto emerso da tale pratica, passibilmente di esser tacciata quale *maladministration*, lo Stato italiano tentò di ovviare e correggere il tiro attraverso l'emanazione della legge 4 agosto del 2006<sup>177</sup>. Pur fra numerose critiche, l'articolo 13 della disposizione introdusse, nell'ordinamento nazionale, una stringente limitazione sulla possibilità di scelta, per gli enti pubblici, dei soggetti affidatari. Nella sostanza si approdò all'imposizione di una corrispondenza soggettiva ed univoca tra i titolari del capitale impiegato ed i beneficiari delle prestazioni. Facilmente intuibile, tale meccanismo derivava, di fatto, dalla specifica volontà di razionalizzare e contrarre il cosiddetto fenomeno dell'*in house* ed evitare un'eccessiva esternalizzazione di funzioni.

Negli anni a venire il disfavore verso l'istituto non perse assolutamente d'intensità, essendo lo stesso interessato da nuove zone d'ombra e circoscrizioni. L'articolo 23 bis del d.l. 25 giugno 2008, convertito in legge 6 agosto 2008 n. 113<sup>178</sup>, dispose, difatti, ulteriori limitazioni operanti qualora le amministrazioni decidessero di ricorrere a misure di autoproduzione. Nel dettaglio, l'affidamento diretto di servizi pubblici a società *in house* oltre ad acquistare ufficialmente rango di ultima istanza, risulta esser subordinato ad una rafforzata motivazione, da accompagnare a sua volta con un'esaustiva analisi di mercato. Il tutto da svolgere per poi sottoporre la relazione, concernente il non ricorso al mercato, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, chiamata a saggiare la legittimità della scelta. Tale significato aggravamento trovò incondizionato avallo nella

---

<sup>176</sup> LEGGE del 24 novembre 2003, n. 326, per la conversione del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, recante "Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici", entrata in vigore il 26 novembre 2003, G.U. n.274,25 novembre 2003

<sup>177</sup> LEGGE del 4 agosto 2006, n. 248, per la conversione del decreto – legge 4 luglio 2006, n. 223, recante "Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale, entrata in vigore il 12 agosto 2006, G.U. n. 186, 11 agosto 2006.

<sup>178</sup> LEGGE del 6 agosto 2008, n. 133, per la conversione del decreto – legge 25 giugno 2008, n.112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria", entrata in vigore il 22 agosto 2008, G.U. n.195, 21 agosto 2008.

giurisprudenza, ad esso contemporanea, della Corte costituzionale<sup>179</sup>. Per converso, di avviso totalmente opposto fu l'opinione pubblica, che interpellata per esprimersi sull'adeguatezza di una disposizione, come quella dell'articolo 23 – bis, manifestò il proprio intento di abrogare la suddetta norma in oggetto, per agevolare il ritorno ad una disciplina in materia maggiormente affine all'assetto europeo. Lo scenario normativo che ne conseguì fu caratterizzato da sperimentazioni, tentativi di aggiustamenti normativi, parziali *revirement* giurisprudenziali che nei fatti produssero cambiamenti poco significativi: i dubbi relativi all'eccezionalità o meno, nel contesto italiano, della figura dell'*in house* persistevano e oltretutto si facevano sempre più pressanti. Di fatto, per una reale ricomposizione organica dell'assetto normativo fu necessario attendere il nuovo intervento comunitario del 2014 e la divulgazione delle tre direttive europee (ampiamente citate in precedenza) n.23, 24 e 25.

L'intento comunitario, come si è più volte detto, è quello di raggiungere il più alto grado possibile di uniformità nell'agire delle autorità pubbliche dei vari paesi membri.

«Vi è una notevole incertezza giuridica circa la misura in cui i contratti conclusi tra enti nel settore pubblico debbano essere disciplinati dalle norme relative agli appalti pubblici. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea a tale riguardo viene interpretata in modo divergente dai diversi Stati membri e anche dalle diverse amministrazioni aggiudicatrici. È pertanto necessario precisare in quali casi i contratti conclusi nell'ambito del settore pubblico non sono soggetti all'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici»

In riferimento al contesto qui in esame, le direttive appena citate rivestirono un ruolo chiave nella consacrazione dell'*in house* quale modalità di organizzazione amministrativa e non strumento destinato alla scelta del contraente. Associando tale aspetto all'intento di sopra menzionato, il riconoscimento del sistema *in house* quale sistema di autoproduzione ha significato per gli Stati, per non contravvenire alla suddetta finalità, un ridimensionamento della discrezionalità, attribuita ai singoli legislatori, di intervenire restrittivamente sull'istituto in ragione della dichiarata salvaguardia della libertà concorrenziale. Tale "conquista" (se così la si vuole intendere) è stata resa possibile dai differenti ed interconnessi passaggi riportati all'interno delle direttive. Tra i punti

---

<sup>179</sup> Per un approfondimento si vedano le sentenze della Corte costituzionale 15 dicembre 2008, numero 439, 4 maggio 2009 numero 148 e 13 novembre 2010 numero 325.

maggiormente salienti, in prima linea spiccano il considerando 5 e l'articolo n. 2 della direttiva 23/2014. Interpretando congiuntamente le due disposizioni: la prima sancisce la parziale esclusione della disciplina degli appalti, in occasione degli affidamenti *in house*, rammentando inoltre l'inesistenza di un obbligo in capo alle amministrazioni di esternalizzare e conferire a terzi, aprioristicamente, le prestazioni di servizi; il secondo articolo, oltremodo, definisce inequivocabilmente il "principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche" secondo il quale:

«Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici<sup>180</sup>. Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni<sup>181</sup>».

Per il novero delle ragioni addotte, si può concludere, a buon diritto, che a seguito dell'entrata in vigore del pacchetto legislativo delle tre direttive europee del 2014, l'*in house* diviene la linea di confine che vede contrapposte, ai lati, autoproduzione e *outsourcing*<sup>182</sup>.

Prima di procedere con la trattazione delle modalità di trasposizione interna del disposto delle nuove direttive, si ritiene necessario richiamare brevemente il quadro normativo precedente all'intervento:

- il decreto legge 25 giugno 2008, n 122 aveva introdotto, tramite l'articolo 23 bis, una disciplina, nella materia dell'*in house*, più limitativa rispetto a quella disposta in ambito europeo.
- l'esito referendario del 2011 ha portato all'eliminazione di tale disposizione più stringente.
- il Governo in carica con l'emanazione del decreto legge 13 agosto 2011, n.138, rimise in essere il quadro normativo vigente nell'epoca pre-referendum.

---

<sup>180</sup> Primo comma articolo 2 DIRETTIVA (UE) n. 23/2014, *supra* nota 100.

<sup>181</sup> Secondo comma articolo 2 DIRETTIVA (UE) n. 23/2014, *supra* nota 100.

<sup>182</sup> C.P. GUARINI, "Il principio eurounitario di «libera amministrazione delle autorità pubbliche» nelle direttive UE nn. 23 e 24 del 2014 su contratti e appalti pubblici e l'impatto sulla normativa interna di recepimento in tema d'*in house providing*", in Euro-Balkan Law and Economics Review, volume 1, Bari 2019, pag. 85.

- nel 2012 l'introduzione del cosiddetto "Decreto crescita" ha permesso l'eliminazione dei vincoli e delle limitazioni più stringenti, puramente italiani, disponendo la replica *in toto* del contenuto delle normative europee vigenti.

Ciò detto, si è già avuto modo di osservare come nell'ordinamento italiano, l'implementazione del contenuto del pacchetto legislativo europeo in materia di appalti del 2014, sia avvenuto attraverso l'emanazione del nuovo codice degli appalti del 2016.

A conclusione di questa sezione introduttiva relativa all'evoluzione normativa dell'istituto, si riporta la definizione dello stesso sulla base dell'ordinamento attualmente in vigore. L'espressione "affidamenti *in house*" viene utilizzata per indicare l'ipotesi in cui, il committente pubblico provvede in proprio all'espletamento di lavori o servizi richiesti, attribuendo la commessa ad un'altra entità giuridica di pubblica appartenenza. Tale sistema viene sorretto dalla previsione di un affidamento diretto delle prestazioni, senza l'espletamento di una regolare procedura di gara per l'individuazione e la scelta del concorrente.

### 3.5.2 Le condizioni per l'affidamento *in house* a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti: criticità interne

Il nuovo Codice degli appalti, in attuazione alle direttive citate, rappresenta il primo intervento, nel contesto italiano, volto a dettare disciplina organica e compiuta della figura qui analizzata. Almeno su carta, il medesimo sembrerebbe far cadere il velo di dispiacere sul quale l'*in house* è attorniato<sup>183</sup> avrà modo di vedere nel proseguimento come in realtà l'ordinamento italiano continui nell'intento di "ingabbiare" il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche, non rendendo libera la sua esplicazione.

Assodato l'elemento prettamente concettuale, l'inedito intervento normativo del 2016, dedica all'istituto, nel particolare, due disposizioni precise: l'articolo 5, che regola aspetti fondamentali della disciplina e l'articolo 192, che per contro è focalizzato su aspetti più secondari. Avviando l'analisi in ordine di presentazione, la corposa disposizione numero 5 è da intendere quale riproduzione fedele di quanto contenuto all'articolo 12 della direttiva 2014/24/UE. Si tratta, invero, di un chiaro esempio di *copy*

---

<sup>183</sup> C.P. GUARINI, "Il principio eurounitario di «libera amministrazione delle autorità pubbliche» nelle direttive UE nn. 23 e 24 del 2014 su contratti e appalti pubblici e l'impatto sulla normativa interna di recepimento in tema d'*in house providing*", *supra* nota 182, pag. 199.

*out*, con l'intento di non incorrere nel rischio di prevedere condizioni peggiorative contrarie al precetto comunitario. La norma, rubricata in maniera non chiarissima<sup>184</sup> al primo comma ripropone, fornendo una chiave di lettura differente, i due requisiti dell'istituto avanzati nella sopracitata sentenza *Teckal*. *In primis* la norma, sul solco delle precedenti controversie giurisprudenziali sul punto (per citarne una si ricorda la sentenza *Parking Brixen* del 2005<sup>185</sup>) sancisce, con indubbia forza, il possibile rispetto del criterio del controllo analogo anche in presenza di persone giuridiche controllate che presentino la compartecipazione di capitali privati, purché tale coinvolgimento non si rifletta nell'esercizio di un'influenza privata determinante per l'organo (la sentenza sopra citata parla a tal proposito di eccessiva autonomia acquistabile dall'ente affidatario che potrebbe riflettersi nell'impossibilità dell'amministrazione aggiudicatrice di far valere i propri interessi). Da aggiungere, come il pregresso percorso interpretativo abbia perfino permesso di chiudere il cerchio sul dibattito sorto attorno alla natura del controllo analogo, se da intendersi come strutturale o focalizzato sul tipo di attività svolta. Ebbene, il suddetto controllo si esplica su entrambe le direzioni, comprendente sia l'effettiva facoltà di annullare o autorizzare gli atti più rilevanti della società, sia il potere di nomina o revoca della maggioranza dei componenti facenti parte del primario organo di gestione, amministrazione e controllo.

Il passaggio citato prosegue con l'esplicazione del secondo requisito della celebre pronuncia citata. Così, in riferimento al criterio dell'attività prevalente, viene introdotto un valore soglia, espresso in termini percentuali, al superamento del quale il suddetto requisito in capo all'organo *in house* può dirsi sussistente. Il calcolo di tale quota percentuale di attività è da operare generalmente, sulla base del comma 7, rifacendosi al fatturato annuo medio dell'organo. I commi susseguenti, 2 e 3, introducono rispettivamente le possibilità dell'*in house* a cascata e dell'*in house* inverso. Infine, ultimo elemento rilevante di novità, corrisponde al disposto del comma 5 che detta puntualmente le condizioni, al verificarsi delle quali, l'elemento del controllo congiunto può ritenersi soddisfatto:

---

<sup>184</sup> Titolo dell'articolo "Principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico".

<sup>185</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, I sez., del 30 ottobre 2005, in causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH contro Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG*. In tale occasione l'Istituzione arrivò a qualificare la partecipazione pubblica totalitaria come condizione necessaria, anche se non sufficiente, a garanzia della sussistenza del requisito del controllo analogo.

- gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti;
- tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica;
- la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti.

È bene specificare come tale influenza determinate sia perseguibile in senso positivo, quanto in senso negativo. Ad esempio, il potere di veto che può portare ad una non definizione dell'oggetto del controllo è da ritenere, senza remore, quale diretta espressione del controllo analogo.

Il secondo articolo dedito all'istituto qui in esame corrisponde, per l'appunto, alla disposizione numero 192. Tra gli elementi degni di nota previsti dal medesimo, si segnalano: al primo comma la predisposizione da parte dell'ANAC di un elenco riportante le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori abilitati ad operare attraverso affidamenti *in house*; al secondo comma la disposizione subordina al tipologia di affidamento in oggetto ad una preventiva valutazione della congruità economica della prestazione a cui dovrà far seguito un inedito onere motivazionale a supporto del conferimento delle prestazione tramite l'*in house*. Dalla lettura di quest'ultima parte si evince come l'ordinamento italiano ritorni ad una compressione del principio di libera amministrazione, riqualificando nuovamente l'istituto come soluzione residuale e non ordinaria. Sul punto si ritornerà ampiamente nel proseguimento del capitolo.

Predisposti i caratteri generali e distintivi della figura sopra trattata, appare utile, nella prossima fase dello studio, considerare gli aspetti più critici e controversi. Tali aspetti controversi derivano per lo più a seguito della consacrazione degli organismi pluripartecipati quali enti idonei ad esser affidatari di prestazioni tramite l'istituto *in house*. Qui di seguito, si affronteranno le questione esauritesi nel solo fronte interno, viceversa sarà dedicato differente spazio per le questioni che hanno oltrepassato i confini nazionali.

La prima questione che merita attenzione riguarda il potenziale conflitto tra il disposto contenuto nel Testo unico sulle società partecipate<sup>186</sup> ed il Codice degli appalti, entrambi risalenti al 2016. La disorganicità venne a crearsi nel momento in cui all'articolo 5 della disposizione citata per prima, la costituzione di una società in house venisse subordinata oltre che all'ordinaria motivazione analitica della scelta, altresì all'esplicitazione della necessità (che all'articolo 4 viene arricchita dall'aggettivo "stretta") di compiere una decisione in tal senso, che comporterebbe la mancata considerazione del mercato. Or dunque, in considerazione del codice appalti che dispone, come preconditione oggettiva all'affidamento, il solo onere motivazione, è risultato necessario chiarire tale disarmonia di vedute. Ciò che emerso è che l'aggravamento previsto dal testo sulle partecipate non sia da ritenere quale ulteriore condizione ostativa al dispiegarsi dell'*in house*, bensì semplice adempimento ricollocabile nella legittimità di adozione di un provvedimento amministrativo. Espresso diversamente, la stretta necessità risponderebbe alle esigenze di non incorrere nei vizi di legittimità amministrativi (per esempio nell'eccesso di potere) ed al contempo di rispettare i precisi disposti costituzionali di cui all'articolo 97:

*«La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia e di economicità dell'azione amministrativa<sup>187</sup>».*

Appurata la non collimazione, per quanto i due concetti perseguano nell'apparire non totalmente sinergici, nell'ottica di fronteggiare qualsiasi possibile tentativo d'interpretazione distorta della locuzione "stretta necessità", si ricorda che il Codice degli appalti, all'articolo 218, esorta all'interpretazione conforme al suo dettato di qualsivoglia normativa incidente nel medesimo ambito d'intervento. Da quanto detto discenderebbe che il contenuto dell'articolo 5 del Testo unico delle società partecipate, debba esser modulato sulla base di quanto previsto dal decreto legislativo 2016 n. 50.

Il secondo aspetto controverso sul quale si ritiene proficuo porre attenzione riguarda il rispetto del requisito del controllo analogo, nei casi di società connotate da pluripartecipazioni pubbliche. La perplessità preponderante ha interessato la qualificazione dell'attività svolta dal soggetto affidatario in favore di amministrazioni

---

<sup>186</sup> DECRETO LEGISLATIVO n.175, del 19 agosto 2016, rubricato "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica", entrato in vigore il 23 settembre 2016, G.U. n.210, 8 settembre 2016.

<sup>187</sup> Costituzione, art. 97 1° comma.

pubbliche, tuttavia, non socie dello stesso, come attività svolta a favore di terzi o piuttosto attività rientrante nel vincolo dell'80% in conformità di quanto indicato al primo comma dell'articolo 5 del Codice degli appalti. A confutare qualsiasi incertezza, è intervenuta sul punto la Corte di giustizia dell'Unione europea, che interpellata dal Consiglio di stato, in sede della pronuncia dell'8 dicembre 2016 ha statuito quanto segue:

*«Nell'ambito dell'applicazione della giurisprudenza della Corte in materia di affidamenti diretti degli appalti pubblici detti 'in house', al fine di stabilire se l'ente affidatario svolga l'attività prevalente per l'amministrazione aggiudicatrice, segnatamente per gli enti territoriali che siano suoi soci e che lo controllino, non si deve ricomprendere in tale attività quella imposta a detto ente da un'amministrazione pubblica, non sua socia, a favore di enti territoriali a loro volta non soci di detto ente e che non esercitino su di esso alcun controllo. Tale ultima attività deve essere considerata come un'attività svolta a favore di terzi<sup>188</sup>».*

Una seconda declinazione della suddetta tornata di controlli ha inoltre riguardato la questione del contemperamento tra sussistenza del controllo analogo in presenza di frazionamento del capitale, elemento indubbiamente di appartenenza di un organismo pluripartecipato. A differenza della precedente questione, nella risoluzione di tale controversia si è reso necessario un intervento giurisprudenziale comunitario. Partendo per gradi, bisogna premettere che per la questione del controllo analogo valente negli organismi pluripartecipati, l'ordinamento italiano negli anni ha presentato tre differenti filoni interpretativi. Ciononostante, per lo studio condotto, non si ritiene rilevante trattare analiticamente le tre vie prospettate. Il tema su cui si vuole porre l'attenzione è di più larghe vedute e tocca aspetti meno radicati dell'istituzione. Nuovamente protagonista è il concetto di "stretta necessità" contenuto all'articolo 4 del Testo unico delle società partecipate, che in riferimento al codesto caso specifico si tradurrebbe nell'impossibilità per le amministrazioni di detenere quote minoritarie di partecipazione in un organismo a controllo congiunto, neppure laddove tali amministrazioni in un futuro intendano acquisire una posizione che avallerebbe tale controllo congiunto<sup>189</sup>. Volontariamente le stesse sceglierebbero

---

<sup>188</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, 8 dicembre 2016, in causa C-553/15, *Undis Servizi*.

<sup>189</sup> C. CONTESSA, "Lo Stato dell'arte in tema di affidamenti in house", pubblicato il 12 dicembre 2019, consultabile sul sito: <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/contessa-lo-stato-dell-arte-in-tema-di-affidamenti-in-house>.

di posporre l'esplicazione del controllo congiunto ad un momento successivo all'acquisizione. Or dunque, tale disposizione ha destato sospetti di compatibilità con il dettato europeo, quando raffrontata all'articolo 5 della Direttiva 2014/24/UE che ammette senza indugi il controllo analogo nel caso di società non partecipata unicamente da sole amministrazioni controllanti. In precedenza, si è accennato ad un intervento comunitario sulla questione, difatti il Consiglio di Stato con ordinanza dell'8 novembre 2018 rimette, alla Corte di giustizia, la verifica della compatibilità normativa tra le disposizioni sopracitate. Oggetto della controversia concerne l'affidamento *in house* di un servizio di igiene urbana ad una società caratterizzata dalla compresenza di "soci pubblici affidanti" e "soci pubblici non affidanti" (ossia non esercitanti poteri di controllo). Sul punto l'Istituzione, in occasione della pronuncia del 6 febbraio 2020<sup>190</sup>, non ha ravvisato alcuna incompatibilità di fondo, poiché, sempre secondo la Corte, l'articolo 5 così come l'articolo 12 della Direttiva 2014/24/UE non ostano all'introduzione di supplementari condizioni poste dagli Stati membri volte a rafforzare e consolidare la realtà del modello di autoproduzione rispetto al regolare ricorso al mercato.

### 3.6 Le controversie europee nel tema dell'*in house*

La scelta di focalizzare la ricerca su due particolari istituti come il subappalto e l'*in house*, non è stata casuale. A conclusione delle ricostruzioni storiche riportate, appare evidente la similarità che li ha accomunati nel loro percorso evolutivo. Continui emendamenti dovuti ad influenze interne ed esterne e forte sfiducia nel loro ricorso, hanno difatti accompagnato negli anni ambedue le fattispecie. Non è novità che la ricaduta pratica dell'insieme di questi fattori ha rappresentato inevitabilmente un disallineamento tra ordinamento nazionale ed ordinamento europeo, sfociato a sua volta in alcuni episodi di precarietà amministrativa. Esistono innumerevoli situazioni riconducibili a tale episodio di disarmonia, tuttavia, si opterà per la presentazione di una sola fattispecie, che sebbene abbia ottenuto risoluzione giurisprudenziale, presenta tuttora delle conseguenze pratiche per l'agire amministrativo ancora in parte confuse. Proprio come per il subappalto, a fronte di un'elevata presenza di argomenti di spunto, la ricerca fossilizzerà l'attenzione

---

<sup>190</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, IX Sez., 6 febbraio 2020, in cause riunite da C-89/19 a C-91/19, *Rieco SpA contro Ecolan SpA*.

su pragmatici aspetti riscontrati direttamente durante la fase di studio portata avanti presso il Comune di Venezia. Nelle pagine successive si avrà quindi modo di verificare se i rimedi posti dell'Europa o i modelli d'adozione suggeriti da altri Stati, possano effettivamente portare ad una riorganizzazione armoniosa del complesso quadro giuridico venutosi a creare.

### 3.6.1 L'onere motivazionale reintrodotta dall'articolo 192 del Codice degli appalti

La Corte di giustizia nella decisione citata nel corso della precedente sezione è stata chiamata altresì a dirimere una seconda questione, legata sistematicamente al tema dell'*in house* e nello specifico ad aspetti dell'istituto ritenuti disallineati rispetto al precetto delle direttive del 2014. La scelta di dedicare un diverso spazio alla suddetta fattispecie deriva dalla pragmaticità del caso in esame. Una via risolutiva è stata raggiunta dai giudici comunitari, come nella prima questione, la stessa tuttavia per una parte della dottrina italiana risulta esser ancora incerta e produttiva di potenziali effetti ambigui per l'operato amministrativo pubblico. Concretamente, la vicenda posta qui in approfondimento, vede contrapposte da un lato l'onere motivazionale suppletivo reintrodotta in tema *in house* dall'art. 192 del nuovo Codice degli appalti, mentre, dall'altro il disposto del pacchetto legislativo comunitario del 2014 che per la materia non prevede tale onere aggiuntivo. Il nuovo quesito posto, che andò ad animare nuovamente il dibattuto scenario, nella sostanza richiedeva se la posizione dello Stato italiano di rendere l'istituto dell'*in house* uno strumento di carattere residuale e non ordinario potesse ritenersi in linea con la contrapposta visione europeista dove *outsourcing* ed autoproduzione vengono poste nel medesimo piano operativo. In un primo momento, la suddetta potenziale incompatibilità venne fronteggiata su livello meramente interno: il Tar della Liguria con l'ordinanza n.886 del 2018<sup>191</sup> sollevò questione di legittimità costituzionale dell'art. 192 del Codice degli appalti incentrando, ad ogni modo, l'interrogativo sul rapporto tra il suddetto decreto legislativo e la contemporanea legge delega. I giudici di Palazzo Spada, nell'anno successivo, inserendosi indubbiamente sul solco tracciato dall'appena menzionata ordinanza, seguirono una diversa strada ritenendo più idoneo trasporre il quesito sul piano dell'interconnessione dei rapporti tra disciplina nazionale ed europea. Così il Consiglio

---

<sup>191</sup> TAR Liguria, Sez. II, 15 novembre 2018, n.886.

di Stato con l'ordinanza n.138 del 2019<sup>192</sup>, in linea con il dettato dell'articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ha sollevato la questione per rinvio pregiudiziale, portando all'attenzione dei giudici europei l'intricata problematica. Anteriormente si è già fatta menzione delle sentenza con la quale la Corte di Giustizia è pervenuta ad una sola soluzione sul tema. Prima di presentare l'esito di tale decisione, si ritiene di notevole interesse svolgere una trattazione puntuale delle dimostranze avanzate dall'Organo italiano, soprattutto in considerazione della nuova chiave interpretativa proposta, in sostanziale rottura con l'orientamento venutosi a creare negli ultimi 3 lustri. Si è oramai più volte detto che l'inquietudine principale dei sostenitori del filone interpretativo del Consiglio di Stato corrisponde alla subordinazione degli affidamenti *in house* rispetto alle altre tipologie di affidamento con gara, nel momento in cui la disposizione n. 192, consenta alle pubbliche autorità di procedere al ricorso dell'istituto, solo se tale scelta comporti per la comunità l'ottenimento di concreti benefici. Tale linea di pensiero, ravvisa invece nella visione europeista una equiparabilità tra principio di apertura al mercato e principio di libera autodeterminazione delle pubbliche amministrazioni. Fermo restando tale asserzioni, la pioneristica prospettiva dei giudici di Palazzo Spada è da ricondurre all'intenzione di spostare il succitato equilibrio addirittura verso l'ultimo dei principi enunciati, ponendosi in totale contrasto con la via interpretativa maturata negli ultimi 30 anni. Oltre che per la normativa introdotta dal pacchetto legislativo europeo del 2014, favorevole all'*in house*, il Consiglio avanza altresì ragioni di carattere economico mai presentate prima e ben chiarite nel passaggio dell'ordinanza che qui si riporta:

*«...elementari esigenze di economia, per cui ci si rivolge all'esterno solo quando non si è ben in grado di provvedere da soli: nessuno, ragionevolmente, si rivolge ad altri quando è in grado di provvedere, e meglio, da solo».*

Per il complesso delle dichiarazioni illustrate, l'Organo giunge alla conclusione finale di ritenere l'articolo 192 del Codice degli appalti non conforme all'indirizzo europeo, eccessivamente incentrato a trasformare l'imprinting amministrativo interno in un assetto concorrenza-centrico<sup>193</sup>. Condivisibile o meno, il sillogismo prospettato dal Consiglio di

---

<sup>192</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 7 gennaio 2019, n.138

<sup>193</sup> C.P. GUARINI, "Il principio eurounitario di «libera amministrazione delle autorità pubbliche» nelle direttive UE nn. 23 e 24 del 2014 su contratti e appalti pubblici e l'impatto sulla normativa interna di recepimento in tema d'*in house providing*", *supra* nota 182, pag. 206.

Stato appare nella sua completezza lineare. Se per pienezza si volesse andare alla ricerca di un aspetto stridente, l'unico individuabile riguarderebbe l'oscuro motivo per il quale il Giudice del rinvio, nonostante la fermezza della sua posizione, non abbia preferito procedere autonomamente con la disapplicazione della norma dubbiata.

Per chiudere il cerchio attorno alla questione dell'onere motivazionale in tema dell'*in house* non resta che osservare come la Corte di giustizia dell'Unione europea si sia espressa sul punto. In via generale la ricerca qui condotta contiene una forte impronta di comparazione europeista: il diritto degli appalti, come qualsivoglia materia di competenza concorrente o esclusiva dell'Unione, è soggetta ad un imprescindibile confronto tra i vari modelli adottati dai vari Paesi membri per testare il grado di conformazione portato avanti da ciascuno di essi. Tale premessa in questo caso specifico risulta calzante poiché il rinvio pregiudiziale presentato dall'Italia trova soluzione in una pregressa sentenza del medesimo organo giudicante avente però come protagonista la Lituania. Il suddetto Stato all'articolo 10 della legge dedita agli appalti pubblici, risalente al 2017, dedica allo strumento dell'*in house* carattere residuale e relativa operatività solo nei casi in cui il ricorso al mercato sia inidoneo a garantire una prestabilita qualità o quantità dei servizi oggetto della commessa. Le similarità con il contesto italiano appaiono lampanti, tanto che il rinvio pregiudiziale presentato dalla Lituania presenta le medesime incertezze prospettate dallo Stato italiano. La Corte di giustizia, chiamata ad occuparsi della questione, chiarisce la vicenda in concomitanza della sentenza del 3 ottobre del 2019<sup>194</sup>. Nel merito l'Organo giudicante delinea come l'articolo 12 della Direttiva n.24 del 2014 disponga le condizioni minime affinché una procedura d'autoproduzione interna possa esser resa possibile senza il ricorrere ad una gara. Pertanto, prevedere per gli affidamenti interni norme più stringenti risulta conforme e plausibile per lo scenario comunitario. Le uniche opposizioni che esso potrebbe opporre nel merito di un eventuale restringimento nazionale dell'istituto qui in esame, discenderebbero dal perimetro tracciato dai vitali principi sanciti dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (parità di trattamento, mutuo riconoscimento, trasparenza, proporzionalità e via discorrendo...). Curioso, inoltre, come la Corte a fondamento della decisione intrapresa, richiami lo storico contenzioso vertente la ripartizione delle competenze, statuendo come l'*in house* esuli dal suo campo d'azione poiché modello implicitamente ed unicamente

---

<sup>194</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. IV, 3 ottobre 2019, causa C-285/18, *Kauno miesto savivaldybė*.

associato al raggio d'azione delle singole entità nazionali. Sul filone tracciato dalla sentenza poc'anzi esaminata, la soluzione alla questione pregiudiziale sottoposta dal Consiglio di Stato italiano appare intuibile. Nella richiamata sentenza del 6 febbraio 2020 la Corte ritiene che il legislatore italiano, nell'intento di favorire un più ampio ricorso al mercato, possa proseguire nel prevedere una disciplina per gli affidamenti *in house* maggiormente stringente rispetto agli affidamenti sottoposti alle ordinarie procedure di gara.

### 3.7 Caso di studio: l'affidamento in house del servizio pubblico locale di gestione integrata dei servizi ausiliari al traffico e alla mobilità nel comune di Venezia.

Nell'intento di constatare i concreti riflessi sull'operato amministrativo italiano prodotti dalle condizioni supplementari, per gli affidamenti *in house*, aggiunte dall'articolo 192 del Codice degli appalti, non resta che esaminare un caso empirico di affidamento. Ancora una volta, il contesto di riferimento della ricerca comprenderà il raggio d'azione del Comune di Venezia. Quest'ultimo tramite delibera del Consiglio Comunale del 18/12/2019<sup>195</sup> ha disposto l'affidamento *in house* in favore della società AVM S.p.A. del servizio pubblico locale di gestione integrata dei servizi ausiliari al traffico e alla mobilità. Come si evince nella premessa del documento, la stessa società era già stata designata nel 2015 quale affidataria *in house* dei principali servizi di trasporto pubblico locale nel territorio urbano di riferimento:

*«AVM S.p.A. è una società controllata al 100% dal Comune di Venezia e svolge le funzioni di capogruppo del settore della Mobilità (controllando a sua volta ACTV S.p.A. e Vela S.p.A.) che gestisce attualmente i servizi ausiliari al traffico e alla mobilità urbana nel Comune di Venezia, e dal 1/1/2015 è la titolare dell'affidamento in-house (da parte del competente Ente di Governo del trasporto pubblico del Bacino Veneziano) del servizio di Trasporto Pubblico Locale nell'ambito urbano dei Comuni di Venezia e Chioggia e nell'ambito extraurbano centromeridionale della Provincia di Venezia».*

---

<sup>195</sup> COMUNE DI VENEZIA, Deliberazione n.380 del 19 novembre 2019 della GIUNTA COMUNALE - AVM S.p.A. - affidamento del servizio pubblico locale di gestione integrata dei servizi ausiliari al traffico e alla mobilità, a decorrere dal giorno 01/01/2020 e fino al 31/12/2024, pubblicato il 23 gennaio 2020, consultabile sul sito: <https://portale.comune.venezia.it/delibere-di-consiglio>.

Nel dettaglio, le attività oggetto della procedura concernono:

- la gestione dei parcheggi in struttura
- la gestione delle darsene e rimozione natanti
- la gestione della sosta su strada e parcheggi scambiatori
- la gestione della ciclabilità
- la gestione dei sistemi di controllo delle limitazioni e dei divieti di accesso e circolazione dei veicoli nell'ambito del territorio comunale (ZTL)
- la Gestione della Funicolare Terrestre c.d. "Sistema People Mover" e gestione del dispositivo traslante del ponte della Costituzione

La deliberazione, qui oggetto di studio, nella sezione introduttiva (pagina 1 e 2) presenta quello che è il novero delle disposizioni legislative cui attenersi per procedere all'affidamento interno. Successivamente, da pagina 3 a pagina 6, fornisce tutti gli elementi richiesti dalle disposizioni contenute nel Codice degli appalti. In conformità di quanto enunciato all'articolo 5 del sopracitato Codice, viene data conferma che la AVM S.p.A. sia una società a capitale interamente pubblico (controllata al 100% dal Comune di Venezia) e di cui il fatturato derivi, nella quasi totalità, da attività svolte in favore dell'Amministrazione comunale e che solo una minima parte di esso sia riconducibile ad altri soggetti pubblici, ovvero la Città metropolitana di Venezia ed il Comune di Chioggia. Infine, viene sancito il rispetto del requisito del controllo analogo sull'ente, attraverso il richiamo dell'articolo 22 dello statuto sociale dell'ente.

Per quanto concerne le prescrizioni dettate dall'articolo 192 del Codice degli appalti, in conformità con il primo comma della disposizione il Comune di Venezia dichiara, da parte di AVM S.p.A., di aver presentato la richiesta d'iscrizione nell'elenco degli affidatari *in house* predisposto dall'A.N.A.C. in data 18/09/2019. Essendo però la domanda ancora in stato pendente, l'amministrazione si assume la responsabilità di procedere con affidamento diretto interno del servizio, nonostante la non conclusione del procedimento di riconoscimento.

Venendo ora alla questione cruciale dell'onere motivazionale stabilito al secondo comma della menzionata disposizione n.192, aspetto di peculiare interesse per la ricerca, l'amministrazione veneziana ha affidato alla società PARAGON Business Advisor S.r.l. la procedura di valutazione della congruità economica dell'offerta presentata da AVM S.p.A. Si rammenta che ai sensi della disposizione, l'affidamento *in house* di una

determinata prestazione è subordinata alla fornitura di un'adeguata motivazione che attesi l' idoneità economica ed i potenziali benefici che la società trarrebbe dalla suddetta procedura diretta di affidamento. Proprio sulla base di quanto esposto, il Comune di Venezia convogliando le osservazioni presentate dalla PARAGON S.r.l. pubblica sul proprio sito web altresì un documento di 22 pagine denominato "Allegato 2"<sup>196</sup> contenente le valutazioni richieste, in ottemperanza dell'onere motivazionale reintrodotta dal Codice degli appalti, per l'affidamento del servizio oggetto della delibera del 18/12/2019. Questo rappresenta a tutti gli effetti il principale onere amministrativo aggiuntivo scaturito dalla disposizione sopracitata.

Alla pagina numero 6 del documento relativo alla valutazione della congruità economica dell'offerta presentata da AVM S.p.A., risulta un valore complessivo dei servizi gestiti, in previsione, dalla società pari 87,3 milioni di euro. Di seguito si riporta il prospetto del conto economico attestante tale ammontare:

Figura (3.2): Conto economico dei servizi oggetto dell'affidamento in house in analisi

Conto economico dei servizi	Totale servizi	% sui ricavi	Park in struttura	Sosta	ZTL	Approdi	Darsene	Bike sharing	Rim. natanti	Park. Scambiatori
<b>Ricavi 2020</b>	<b>17.469.783</b>	<b>100%</b>	<b>12.272.545</b>	<b>1.895.138</b>	<b>1.631.213</b>	<b>656.137</b>	<b>715.003</b>	<b>299.748</b>	<b>62.771</b>	<b>24.430</b>
-di cui Contributo comunale	4.396.233	25%	-	1.894.070	1.597.195	656.137	-	248.831	46.730	24.430
- di cui proventi del servizio	12.967.874	74%	12.211.090	1.069	34.018	-	670.780	50.918	12.755	-
- di cui altri proventi	105.677	1%	61.454	-	0	-	44.223	0	3.286	0
<b>Costi operativi diretti</b>	<b>11.081.289</b>	<b>63%</b>	<b>5.771.310</b>	<b>1.590.210</b>	<b>2.289.377</b>	<b>708.234</b>	<b>387.456</b>	<b>334.700</b>	<b>82.027</b>	<b>57.433</b>
- di cui costo del personale (ca. 140 addetti FT e PT)	7.415.716	42%	-	-	-	-	-	-	-	-
<b>Primo margine</b>	<b>6.388.495</b>	<b>37%</b>	<b>6.501.234</b>	<b>304.928 -</b>	<b>658.164 -</b>	<b>52.097</b>	<b>327.547 -</b>	<b>34.952 -</b>	<b>19.256 -</b>	<b>33.003</b>
Ammortamenti e accantonamenti	3.281.077	19%	2.532.519	147.234	123.467	77.155	205.320	195.381	-	1.555
Costi generali	1.795.296	10%	1.037.979	217.181	301.606	98.174	74.097	66.260	10.253	7.373
Proventi e oneri finanziari	851.193	5%	851.193	-	-	-	-	0	-	-
<b>Risultato ante imposte</b>	<b>688.355</b>	<b>4%</b>	<b>2.079.543 -</b>	<b>59.487 -</b>	<b>1.083.237</b>	<b>-</b>	<b>48.130 -</b>	<b>296.593 -</b>	<b>29.510 -</b>	<b>41.931</b>

FONTE: Comune di Venezia – Analisi Paragon

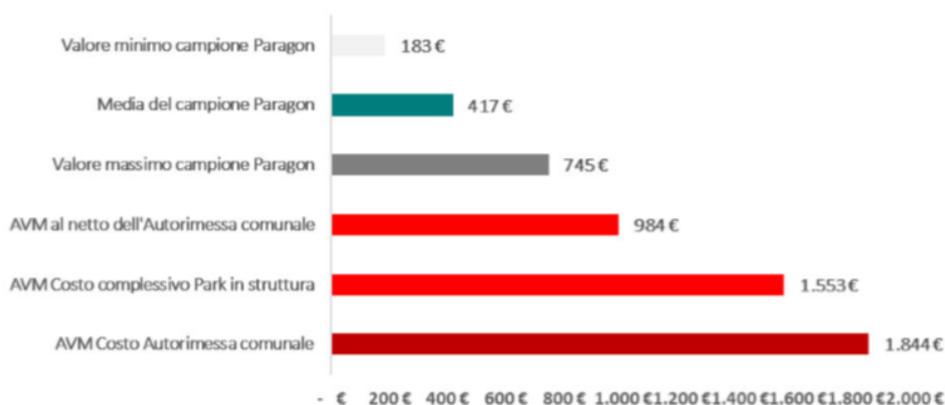
L'analisi prosegue entrando nel cuore della valutazione comparativa presentando un confronto economico puntuale, di ciascuno dei servizi oggetto della commessa, tra l'offerta avanzata dalla società in house veneta ed altre realtà operanti in differenti contesti territoriali. Ai fini della ricerca sarà sufficiente riportare solo alcune delle valutazioni inserite. Così, ad esempio, per la gestione dei parcheggi in struttura, il costo

<sup>196</sup> COMUNE DI VENEZIA, Allegato 2 - Paragon Advisory: Analisi di congruità della proposta di AVM Holding S.p.A. al Comune di Venezia per la gestione in house providing dei servizi di mobilità privata - Relazione in merito agli esiti delle analisi svolte, versione dell'8 novembre 2019, pubblicato il 23 gennaio 2020, consultabile sul sito: <https://portale.comune.venezia.it/delibere-di-consiglio..>

di tale servizio prospettato dalla società risulta esser ampiamente superiore rispetto ai valori campionari restituite dalle seguenti realtà:

- Comune di Bergamo
- Comune di Torino
- Comune di Parma
- Comune di Seriate
- Comune di Pescara
- Comune di Centola
- Comune di Bologna
- Comune di Gaeta
- Comune di Modena

*Figura (3.3): Comparazione costo unitario per posto auto gestito*



*Fonte: Comune di Venezia – Analisi Paragon*

Altro elemento dell'offerta risultante fortemente superiore rispetto ai dati forniti dal mercato riguarda la gestione degli accessi alle ZTL. In questo caso il raffronto è stato fatto con il contesto territoriale della limitrofa Cavallino Treporti che è risultata esser la più simile, in termini strutturali, al comune di Venezia. Nel dettaglio, la comunità di Cavallino ha affidato alla società in house C.T. Servizi S.r.l. la gestione del medesimo servizio per un costo massimo annuo di 310.850<sup>197</sup>, mentre per converso, la società individuata dal Comune di Venezia presenta un costo annuo di circa 2 milioni di euro.

<sup>197</sup> COMUNE DI VENEZIA, *Allegato 2 - Paragon Advisory: Analisi di congruità della proposta di AVM Holding S.p.A. al Comune di Venezia per la gestione in house providing dei servizi di mobilità privata - Relazione in merito agli esiti delle analisi svolte, supra nota 195, pag. 2.*

Occorre comunque sottolineare come per la realtà veneziana sia necessario attivare 3 *check point* sul territorio e dispiegare 32 unità operative annuali e 4 aggiuntive stagionali.

I restanti elementi dell'offerta appaiono pressoché in linea con i valori restituiti dall'indagine di mercato.

Nonostante alcuni aspetti dell'offerta possano risultare su carta non congrui dal punto di vista economico, poiché più onerosi rispetto a quanto prospettato dal mercato, la ditta Paragon giunge alla considerazione finale, che nel complesso l'offerta presentata dall'AVM S.p.A. possa esser ritenuta idonea. Questo passaggio è senza dubbio il più interessante del resoconto. Si ricorda che l'art.192 al 2° comma disponga una valutazione della congruità dell'offerta economica presentata dalla società affidataria *in house* che non si esaurisca tuttavia nel semplice confronto di dati numerici. Proprio per questo, il suddetto ente incaricato contestualizza i valori di riferimento ottenuti, rimarcando come le specificità del territorio veneziano siano *un unicum* in Italia, per cui difficilmente confrontabili con altri casi, per quanto quest'ultimi possano presentare alcune importanti similitudini. Inoltre, nel costo dei servizi prospettati dalla AVM S.p.A. una forte incidenza è dovuta dal numero delle risorse operative necessarie ad un corretta gestione degli ingenti flussi turistici che da sempre interessano la città. Infine, la Paragon S.p.A. specifica come l'elevato costo manutentivo presentato, derivi per la maggior parte dalla vetusta struttura del parcheggio ubicato in Piazzale Roma che richieda ingenti e regolari interventi manutentivi.

Proseguendo, si ritiene doveroso segnalare come a pagina 20, per conto dell'amministrazione comunale, la ditta Paragon effettui un adempimento ulteriore per la valutazione richiesta dall'art.192. Nel concreto viene altresì presentata un'analisi differenziale rispetto all'affidamento del servizio tramite gara ordinaria. Ebbene, anche in questo caso, a fronte delle clausole sociali e di salvaguardia dei lavoratori che verrebbero inserite nel contratto in caso di regolare procedura di gara, citando testualmente il passaggio contenuto nella documentazione, si determinerebbe che:

*«L'inserimento di clausole sociali o di salvaguardia del personale attualmente impiegato comporterebbe un irrigidimento del modello di costo anche per eventuali futuri affidatari con gara che potrebbero potenzialmente avviare percorsi di ristrutturazione organizzativa con tempi, tuttavia, di efficientamento dei costi di medio-lungo periodo».*

In conclusione, come dimostra il caso di studio riportato, l'onere motivazionale disposto dall'articolo 192 del Codice degli appalti impone alle amministrazioni un'indagine di mercato particolarmente puntuale ed approfondita. Il Comune di Venezia, per l'affidamento qui in esame, adempie opportunamente a tale onere presentando una valutazione economica dell'offerta presentata sicuramente esaustiva. Tuttavia, si sottolinea come la sopracitata disposizione richieda una motivazione che entri sì nel merito della congruità economica dell'affidamento *in house*, così come dei benefici restituibili alla collettività per il tramite di tale affidamento. Sotto questo punto di vista l'amministrazione si limita a dichiarare come l'avere un medesimo soggetto preposto alla gestione del servizio principale nonché dei servizi ausiliari annessi (oggetto del presente affidamento) sia per la società l'opzione più auspicabile, a garanzia di un'efficiente gestione congiunta dell'intero pacchetto di servizi. Ebbene, per quanto l'argomentazione possa ritenersi valida, alla luce di alcuni valori economici presenti nella proposta di AVM S.p.A. non propriamente in linea con i *benchmark* del mercato di riferimento, una valutazione dei benefici ottenibili maggiormente articolata, avrebbe probabilmente permesso un miglior consolidamento della decisione concernente il diretto affidamento *in house* della commessa.

### 3.8 Gli affidamenti *in house* negli altri Stati europei: gli esempi di Francia e Spagna

Le nuove disposizioni contenute nel Codice degli appalti del 2016 ed in particolar modo l'articolo 192 del medesimo, reintroducono, sul tema dell'*in house*, delle previsioni che sembrerebbero conferire nuovamente all'istituto carattere residuale e non ordinario. Le esigenze che hanno condotto il legislatore italiano a rendere più complessa la figura in oggetto sono da ricondurre alla tutela della finanza pubblica, della concorrenza e in materia di aiuti di stato. Così come per il subappalto, l'*in house* diviene uno strumento circondato da un potenziale sentimento di diffidenza, di cui viceversa, in ambito europeo non si troverebbe riscontro. A tal proposito nel proseguimento del paragrafo si riporteranno gli esempi del modello francese e spagnolo in tema *in house* per verificare se all'interno degli stessi esistano delle disposizioni che comportino degli aggravamenti procedurali riguardanti l'istituto qui in esame. L'attenzione verrà in particolar modo focalizzata sull'esistenza o meno di un possibile onere motivazionale, gravante sulle

pubbliche autorità, qualora le stesse scelgano di procedere all'affidamento diretto di una determinata prestazione o servizio ad una propria delegazione interorganica.

### 3.8.1 Le procedure di affidamento *in house* nello Stato francese

Nell'ambito degli appalti pubblici la legislazione dello Stato francese prevede procedure di aggiudicazione particolareggiate qualora le protagoniste della commessa siano le sole pubbliche amministrazioni. Nello specifico il “*Code de la commande publique*<sup>198</sup>” dispone al *Livre V: AUTRES MARCHÉS PUBLICS (Articles L2500-1 à L2522-1)* l'esclusione dalla disciplina dettata dal Codice per l'insieme dei contratti conclusi tra entità appartenenti al settore pubblico. All'interno di quest'ultima categoria di contratti vi rientrano *les contrats de quasi régie*, detti anche contratti *in house* e *les contrats de coopération public-public* concernenti rapporti di cooperazione tra pubbliche amministrazioni in assenza di una qualsiasi forma di controllo o partecipazione tra le stesse. La disciplina di riferimento per le due figure comprende le disposizioni dalla numero L2511-1 alla numero L2511 – 9. Focalizzando l'attenzione sull'istituto dell'*in house* la definizione così come le condizioni generali, in materia, riportate dal legislatore francese possono ritenersi equivalenti alle medesime italiane.

Così nel modello francese, l'affidamento *in house* figura come una modalità di affidamento diretto di una determinata prestazione o servizio, operato da una pubblica amministrazione verso una propria delegazione interorganica. Le tre condizioni poste, a fondamento di tale rapporto, dall'articolo L2511-1, appaiono analoghe alle stesse riportate dall'articolo 5 del Codice degli appalti italiano:

- *le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services*
- *la personne morale contrôlée réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées soit par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle, soit par d'autres personnes morales que celui-ci contrôle, soit par ce pouvoir adjudicateur et d'autres personnes morales que celui-ci contrôle;*
- *la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés au capital, à l'exception des formes de participation de capitaux*

---

<sup>198</sup> *supra* nota 161.

*privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée*

Sovrapponibile al dettato italiano anche la definizione di controllo analogo contenuta nella sezione finale del sopracitato articolo:

*«Un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée».*

Ulteriori analogie condivise con il modello italiano: disciplina del controllo analogo congiunto<sup>199</sup>, disciplina dell'*in house a cascata*<sup>200</sup> e disciplina dell'*in house inverso*<sup>201</sup>.

Rispetto al controverso onere motivazionale in materia *in house*, reintrodotta dal legislatore italiano con l'articolo 192 del Codice degli appalti, si osserva come nella disciplina francese non si rinvenga alcuna disposizione equivalente e perciò comportante maggiori limitazioni per le amministrazioni, qualora decidano di affidare direttamente le commesse a proprie delegazioni interorganiche. Questo fattore denota una minore diffidenza dello Stato francese verso l'istituto dell'*in house* ed una maggiore volontà di equiparazione tra *outsourcing* ed autoproduzione. La richiesta di un'analisi comparativa con i valori economici di riferimento del mercato è prevista dalla normativa francese per i soli *contrats de coopération public-public* rubricati in congiunto con la figura dell'*in house* all'interno della categoria "*Autres marchés publics*". Si ricorda come i contratti di cooperazione rappresentino una forma di collaborazione tra due o più amministrazioni pubbliche puramente finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico e non al perseguimento di interessi di natura commerciale. Ed è proprio per tale ragione che il legislatore francese, nell'ottica di una valutazione della natura degli obiettivi perseguiti da tali forme di cooperazione, ha optato per l'inserimento di una disposizione che preveda l'esaminazione della congruità economica dell'offerta presentata da un eventuale raggruppamento di pubbliche autorità di questo tipo. Il disallineamento di un'offerta dovuto alla presentazione di voci di costo non in linea con i valori restituiti dalla

---

<sup>199</sup> *Code de la commande publique*, supra nota 161, articolo 2511 – 4

<sup>200</sup> *Code de la commande publique*, supra nota 161, articolo 2511 – 1

<sup>201</sup> *Code de la commande publique*, supra nota 161, articolo 2511 – 3

corrispondente indagine di mercato, dovrebbe difatti essere interpretato come probabile sintomo dello svolgimento di un'attività di tipo commerciale.

### 3.8.2 Le procedure di affidamento *in house* nello Stato spagnolo

*La Ley de contratos del sector público*<sup>202</sup> dispone all'articolo 32 la disciplina completa dell'*in house* per l'ordinamento spagnolo. In conformità con quanto stabilito nelle direttive europee e quanto trasposto in Francia e Italia, anche per lo Stato spagnolo attraverso tale istituto le pubbliche amministrazioni possono concedere direttamente ad un ente, facente parte della propria delegazione organica, una determinata prestazione o servizio. I principali requisiti a supporto di tale affidamento sono i medesimi precedentemente analizzati per gli altri differenti ordinamenti statali. È al secondo comma dell'articolo che gli stessi vengono puntualmente specificati:

*«Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas.*

*Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo.*

*Cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídica privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.»*

Ciò detto, in realtà la legislazione spagnola sul tema dell'*in house* richiede, per la legittima esclusione di siffatti affidamenti dal disposto della normativa sugli appalti pubblici, il rispetto di due ulteriori condizioni. In entrambi i casi si tratta di requisiti previsti unicamente dall'ordinamento nazionale, perciò, non derivanti dal disposto europeo. Gli stessi non sono da porsi tuttavia nel medesimo piano: il quarto requisito è da

---

<sup>202</sup> *Supra* nota 165.

intendersi come fondamentale e quindi equiparabile ai tre sopracitati; per converso il quinto sarebbe riveste carattere residuale. Il sopracitato secondo comma della disposizione numero 32 prevede, come condizione aggiuntiva, che l'ente individuato quale affidatario della prestazione *in house* abbia preventivamente provveduto ad esplicitare il suddetto *status* all'interno del proprio statuto societario. Concretamente, la dichiarazione in oggetto dovrà riportare oltre alla qualifica di ente *in house*, l'amministrazione aggiudicatrice di appartenenza così come il regime amministrativo-giuridico degli incarichi che quest'ultima può conferirgli<sup>203</sup>. Per ultimo, affinché tale presupposto non assolve ad una condizione meramente formale, è richiesta la sottoposizione della stessa dichiarazione ad un'autorità pubblica, chiamata ad attestare l'effettiva sussistenza della connessione interorganica tra gli enti coinvolti nel procedimento.

L'ultimo requisito previsto dalla legislazione spagnola non viene indicato esplicitamente dal sopracitato articolo 32, che difatti si limita a richiamare per qualsiasi ulteriore disposizione necessaria in tema dell'*in house* la legge n.40 del 2015<sup>204</sup> sul regime giuridico del settore pubblico spagnolo. Ebbene, all'articolo 86, secondo comma, della suddetta disposizione venne inserita una condizione alquanto simile con l'onere motivazionale previsto dall'articolo 192 del Codice degli appalti. Seguendo il disposto della norma, l'affidamento *in house* diviene una scelta perseguibile e legittima solo per ragioni di urgenza o sicurezza pubblica o qualora tale via risulti, per le amministrazioni, economicamente più vantaggiosa:

*«Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:*

*a) sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.*

*b) resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico».*

---

<sup>203</sup> LEY de contratos del sector público, supra nota 165, articolo 32, 2 comma, lettera d)

<sup>204</sup> LEY n. 40, de 1 octubre 2015 de la Jefatura del Estado., Regimen Juridico del sector publico, fecha de publicación 02 de octubre 2015.

Implicitamente il modello spagnolo giunge a ritenere l'istituto dell'*in house* come secondario rispetto allo strumento del libero mercato. Le similitudini con la fattispecie italiana risultano evidenti, seppur nel caso spagnolo il test al quale viene sottoposto l'affidamento amministrativo "in casa" sia sottoposto al solo passaggio della congruità economica e non sociale.

In concomitanza dell'entrata in vigore della nuova legge sui contratti pubblici del 2017, la dottrina spagnola si è interrogata sui risvolti pratici che l'onere motivazionale addizionale, sopra esaminato, avrebbe potuto comportare. La stessa, tuttavia, partendo dall'assunto che la richiamata legge del 2015 si indirizzi agli organi statali, è giunta alla conclusione che il grado secondario dell'*in house* sia riconducibile alle sole realtà statali e non locali<sup>205</sup>. Detto diversamente, l'onere motivazionale di cui al sopracitato art. 86 è richiesto per i soli affidamenti con protagonisti enti amministrativi statali e non locali. A fronte delle inconfutabili similitudini condivise con il modello italiano, esiste perciò tale elemento che segna un forte discostamento tra le procedure di affidamento *in house* dei due Stati: la Spagna sceglie di riversare sulla figura un minor grado di diffidenza.

---

<sup>205</sup> M. VILALTA, *De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de Contratos del Sector Público: encargos a medios propios personificados y transferencias de competencias entre entidades públicas*, in *Revista Galega de Administración Pública*, (REGAP), num., 56, Barcellona 2018, pp. 282 – 283.

## Conclusioni

I risultati degli approfondimenti oggetto della ricerca, presentati nel terzo capitolo, delineano un quadro piuttosto chiaro: il legislatore italiano in tema di affidamenti in subappalto ed *in house* prevede degli aggravamenti procedurali non disposti a livello europeo, né tantomeno condivisi da alcune realtà statali europee, come dimostrano gli esempi di Francia e Spagna. Nel corso della trattazione si è avuto modo di evidenziare quelle che sono le esigenze sociali che hanno condotto lo Stato italiano a compiere scelte limitative di questo tipo. Opportunamente le si riportano anche in questa sede: si tratta dell'esigenza di tutelare il principio della concorrenza e dell'esigenza di prevenire l'insorgere di infiltrazioni di matrice mafiosa all'interno dell'operato delle pubbliche amministrazioni. La principale ragione che porta ad accentuare l'esigenza di preservare tali due imperativi, negli affidamenti *in house* o tramite subappalto, è da ricondurre "all'alterazione del mercato" che ne consegue dall'applicazione degli stessi. Entrambe le ipotesi analizzate si riferiscono la partecipazione, alle procedure di affidamento pubbliche, di soggetti che tuttavia non prendono direttamente parte al regolare processo di gara concernente la selezione del contraente. Da un lato, nei casi del subappalto, la designazione di tali soggetti, per così dire "estranei" alla gara, risulta essere posta in capo all'operatore di mercato aggiudicatario della commessa; nell'*in house* per converso, la designazione è operata direttamente dalle pubbliche amministrazioni. Prescindendo da questa differenza, ciò che permane è l'indubbia diffidenza del legislatore italiano che, per le ragioni sopra addotte, sceglie di prevedere disposizioni più stringenti, volte all'esplicito tentativo di limitare il ricorso alle due figure qui oggetto di esame.

Nel corso dell'esposizione si è avuto modo di constatare come le esigenze sopra descritte, per quanto indubbiamente meritevoli di tutela, possano comportare, specie se applicate ai temi dell'*in house* e del subappalto, stalli procedurali o incertezza nell'agire delle pubbliche autorità. Lo Stato italiano versa, tuttavia, in una situazione nella quale questo tipo di situazioni deve esser ridotta al minimo. Nell'attuale periodo storico, segnato dall'emergenza sanitaria tuttora in corso e dalla perdurante problematicità legata all'ingente debito pubblico, il cammino verso una più rapida ripresa economica risulta esser ancor di più in salita. La legge, in queste circostanze, dovrebbe servire da architrave su cui poggiare tale sistema, impegnato a divenire sempre più performante. È da leggere

in quest'ottica la riforma che ha investito l'ambito degli appalti pubblici nel 2016. Il pacchetto normativo introdotto dal nuovo Codice è stato, difatti, dichiaratamente improntato per rendere la regolazione in materia di appalti più semplice e trasparente e conseguentemente l'economia nazionale maggiormente competitiva, soprattutto in termini d'innovazione e crescita. Nonostante l'inconfutabile passo in avanti ottenuto proprio grazie alla suddetta disposizione, il bilancio che si può trarre a distanza di 5 anni dall'introduzione del nuovo Codice e le susseguenti modifiche e integrazioni, è solo parzialmente positivo. Come testimoniano le procedure di affidamento in subappalto ed *in house* riportate nella ricerca e riconducibili all'attività del Comune di Venezia, perdurano fattispecie ove la normativa nazionale di dettaglio risulta esser confusa, incerta e non totalmente allineata con quanto previsto dalle disposizioni di fonte europea. Fattore noto è che una potenziale conseguenza scaturente da un quadro normativo così delineato può corrispondere all'aumento di contenziosi che possono a loro volta rendere l'operato delle autorità pubbliche ancor più farraginoso. Certamente, si è consapevoli che la trasposizione di una norma dal contesto formale e legalistico al concreto caso operativo non possa mai essere priva di ostacoli. È pur sempre vero però che i segnali restituiti da tale passaggio non dovrebbero mai esser trascurati, in particolar modo laddove si riscontri che il contenuto normativo delle singole disposizioni mal si concili con le peculiarità dei concreti contesti d'azione. Ebbene, sembrerebbe che nelle due richiamate fattispecie i siffatti avvertimenti non siano stati tuttora del tutto colti: nonostante i dibattiti, le perplessità delle autorità interessate e le sentenze che si sono susseguite sui due temi, ancora non siano state attivate congrue soluzioni capaci di porre fine alla maggioranza degli interrogativi che negli anni sono sorti in materia di subappalto ed *in house*. Interrogativi, che, come si è avuto modo di indicare nel corso della trattazione, sono state poste non solo a livello nazionale ma anche dal contesto europeo. Le ragioni di questa "partecipazione comunitaria" al dibattito italiano si possono ritrovare tra gli elementi esaminati nei primi due capitoli dello studio: il primo motivo è dovuto all'elevata complessità della disciplina degli appalti nell'ordinamento italiano, connotato dalla compresenza di innumerevoli norme di vario tipo che hanno reso la materia di difficile gestione; la seconda ragione è dovuta al grado di compatibilità tra la disciplina a contenuto più generale dell'Unione e le regole di dettaglio previste dal legislatore italiano. Proprio in riferimento a quest'ultimo aspetto occorre rimarcare come l'Unione europea, specialmente in tema di appalti, abbia sempre tentato di indirizzare gli Stati verso una comune uniformità ordinamentale. In particolare, ad esempio, attraverso l'emanazione di

Direttive, l'esplicita promozione del meccanismo del *copy out* e l'imposizione del divieto del *gold plating*. Non sempre l'Italia ha seguito il sentiero tracciato dall'Europa, come dimostrano per l'appunto i casi del subappalto e dell'*in house*. Giustamente lo Stato italiano ha basato le ragioni del proprio discostamento su necessità tipicamente nazionali, correlate alle vicissitudini storiche che hanno segnato la storia degli affidamenti pubblici nel nostro Paese. Si ritiene però che per l'Italia sia giunto il momento di prendere coscienza delle ripercussioni causate da questo eccessivo sbilanciamento verso la salvaguardia prevalente, se non esclusiva in certi frangenti, alle suddette esigenze. Difatti, considerando gli istituti qui in esame, l'intensa diffidenza con cui sono stati circondati si è tradotta, in alcuni casi, nella sottoposizione a procedure d'infrazione europee o in ostacoli e rallentamenti posti all'operato della "macchina pubblica amministrativa". Gli esempi di Francia e Spagna dimostrano come una maggior conformità alle disposizioni europee avrebbe invece potuto evitare all'Italia ricadute negative di questo tipo.

Per tali motivi, la presa di coscienza oltre che nel senso sopra delineato dovrebbe altresì condurre lo Stato italiano a ricercare la soluzione di alcune sue problematiche apparentemente strutturali nei modelli adottati da altri stati europei. Si badi bene, siffatto ragionamento per quanto qui focalizzato sui due controversi istituti analizzati può essere trasposto altrove nei confronti di altri analoghi casi di inefficienza normativa. Molte indagini empiriche restituiscono un'immagine dell'Italia, a livello di rendimento dell'attività imprenditoriale ed amministrativa pubblica e/o privata, che si colloca nelle ultime posizioni tra gli Stati facenti parte dell'Unione europea.

Si richiama a tal proposito la classifica "*Doing Business*" stilata annualmente dalla Banca mondiale<sup>206</sup>. Ebbene, secondo tale indagine, risalente al 2020, che analizza le condizioni dell'ambiente *business* nei Paesi interessati (tra gli indicatori qui di interesse spiccano l'esecuzione dei contratti pubblici e la durata dei procedimenti amministrativi), l'Italia si trova al 58° posto nel mondo, posizionandosi, fra gli Stati europei, davanti solamente a Bulgaria, Grecia e Malta. Prescindendo da ulteriori interessanti considerazioni che senza alcun dubbio potrebbero essere avanzate nel merito dei vari aspetti affrontati, non resta che fornire una nota di chiusura rispetto alle ai due istituti rappresentanti il fulcro della ricerca.

---

<sup>206</sup> Classifica sulla facilità di fare impresa in un determinato Paese. È creato congiuntamente da Simeon Djankov, Michael Klein e Caralee McLiesh, tre importanti economisti del Gruppo della Banca Mondiale.

Partendo dal subappalto e ricapitolando brevemente i contorni normativi disposti dal legislatore italiano, ci si trova dinnanzi ad una figura caratterizzata da diverse limitazioni poste a livello nazionale ma non a livello europeo. Nel concreto si sta parlando delle seguenti tre condizioni: indicazione in fase di gara di una terna di subappaltatori (disposizione momentaneamente sospesa); ribasso percentuale dei prezzi applicabili per le prestazioni eseguite dai subappaltatori che non vada oltre il 20% rispetto ai medesimi adottati in sede di aggiudicazione della commessa; un'indistinta quota massima di subappaltabilità delle prestazioni oggetto della commessa, espressa anch'essa in termini percentuali, corrispondente al 40% dell'intero valore contrattuale. Ciò chiarito, in coerenza con quanto espresso sopra, la procedura d'infrazione al quale l'Italia è stata sottoposta, l'iniziale smarrimento riscontrato nell'agire dei dipendenti del Comune di Venezia ed il rischio di divenire protagoniste di contenziosi amministrativi, cui le pubbliche amministrazioni si espongono nel momento in cui riportano la soglia del 40% sui propri bandi di gara, sono tutti fattori che denotano l'esigenza di un cambiamento e di una ristrutturazione del subappalto. Auspicabilmente, tale necessità sembrerebbe sia stata finalmente colta dalle principali figure istituzionali del Paese, trovando il giusto spazio all'interno delle loro agende politiche. A tal proposito si riporta un emblematico passaggio relativo all'audizione tenuta il 10 novembre 2020, presso la Camera dei deputati, dall'avv. Giuseppe Busia, attuale Presidente dell'ANAC:

*«...l'obiettivo finale è il superamento di una visione del subappalto caratterizzata dalla presenza di divieti e di soglie per affermare un sistema caratterizzato da semplificazione, concorrenza e trasparenza senza trascurare e limitare l'effettività dei controlli<sup>207</sup>».*

Orbene, poste in evidenza le problematiche questioni relative al subappalto, lo studio, come si è più volte detto, vuole concludersi accompagnando a questa presa di coscienza, delle concrete soluzioni da adottare sul tema. Gli esempi di Francia e Spagna, sopra riportati, dimostrano come in Europa esista una delineazione del subappalto che non comporti l'insorgere delle sopracitate problematiche interne. Proprio per questo, i

---

<sup>207</sup> ANAC, *Ipotesi di modifiche alla normativa nazionale in materia di subappalto conseguenti a recenti sentenze e procedure di infrazione promosse dalla Commissione Europea*, Audizione del Presidente Avv. Giuseppe Busia Commissioni congiunte 8<sup>a</sup> e 14<sup>a</sup> Politiche dell'Unione europea Camera dei Deputati - 10 novembre 2020, pubblicata il 10 novembre 2020, consultabile sul sito: <https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anadocs/Attivita/RelazioniIstituzionali/AudizioniParlamento/Audizione%20Pres.%20Busia%20Camera%20Deputati%2010.11.2020.pdf>

possibili rimedi proposti si pongono nella direzione dei più efficienti modelli riconducibili ad altri Paesi membri. Partendo con ordine, in merito agli aspetti quantitativi, oggetto tra l'altro della procedura d'infrazione pendente, si ritiene che lo Stato italiano debba procedere con una sostanziale eliminazione dei suddetti limiti. Porre aprioristicamente, per qualsiasi tipo di appalto, dei valori soglia generali ed astratti come lo sono quelli corrispondenti al 40% ed al 20%, comporta inevitabilmente un'irragionevole restrizione della concorrenza soprattutto ai danni delle piccole e medie imprese che si ritrovano tagliate fuori dal mercato, a prescindere dalle condizioni dell'affidamento. Si noti come la Spagna, per la ragione poc'anzi descritta, abbia eliminato nel 2017 il vincolo di subappaltabilità al 60%, equiparabile a quello italiano del 40%, optando per una conformazione dell'istituto più libera. Si è inoltre visto come sia in Spagna che in Francia, siano le pubbliche autorità a stabilire, valutando caso per caso sulla base delle specificità delle prestazioni oggetto di gara, se ed in che termini prevedere, per una specifica procedura di affidamento, delle eventuali limitazioni. L'Italia dovrebbe compiere il medesimo passo eliminando le preventive barriere quantitative e lasciando più potere discrezionale, nella definizione puntuale delle stesse, alle stazioni appaltanti. Sempre traendo spunto dagli esempi sopra riportati, dovrebbe, per contro, essere previste delle categorie di attività non subappaltabili, che se svolte da un soggetto diverso da quello risultato aggiudicatario, renderebbero pressoché inutile lo svolgimento di una gara. Chiaramente, in aggiunta, si dovrebbe accompagnare siffatte misure con un divieto a subappaltare *in toto* le prestazioni oggetto della gara (quest'ultimo aspetto in realtà è già vigente). La definizione delle categorie di attività non subappaltabili, da lasciare in capo al solo aggiudicatario, che in Francia prendono il nome di "*tâches essentielles*", potrebbe nel caso italiano trarre agevolmente spunto dall'elenco contenente quelle ritenute maggiormente esposte a rischi di infiltrazione mafiosa, puntualmente individuato dall'articolo 1 comma 53 della legge antimafia 6 novembre 2012, n.190<sup>208</sup> o dall'elenco delle categorie superspecialistiche di lavori. In sostanza si tratterebbe di rendere il subappalto, rispetto al passato, più libero in determinati ambiti operativi ed invero ancor più controllato nelle materie dai più delicati contorni. Ciò detto, bisogna comunque rammentare la ragione sociale, tipicamente italiana, che ha condotto il legislatore a trattare con delicatezza e "circospezione" l'istituto del subappalto: il

---

<sup>208</sup> Di recente il suddetto elenco è stato interessato da integrazioni sulla base di quanto disposto dal decreto legge dell'8 aprile 2020. Le nuove attività aggiunte riguardano: servizi funerari e cimiteriali, ristorazione, gestione delle mense e catering.

contrasto a fenomeni di matrice mafiosa. Un contemperamento tra questa priorità ed una visione del subappalto libera da troppi divieti, potrebbe essere raggiunta reintroducendo l'obbligo di previa indicazione di una terna di subappaltatori. Potrebbe sembrare incoerente promuovere la reintroduzione di un obbligo non previsto a livello europeo, in una sede come questa, dove si è sempre stati promotori di un più alto grado di allineamento dell'ordinamento italiano con il disposto europeo. Poiché a fronte di una così ampia liberalizzazione del subappalto, debba comunque esser posto un argine per via delle necessità del Paese, si ritiene che la reintroduzione del sopracitato obbligo possa rappresentare un ragionevole “prezzo da pagare”. In termini procedurali, l'indicazione di una terna di subappaltatori in fase di gara non comporta per i partecipanti un particolare aggravio procedimentale. Al contempo se si tiene a mente che tale obbligo in un prossimo futuro potrà esser supportato dalla Banca dati nazionale degli operatori economici (in sostituzione al sistema dell'AVCPass), i risvolti positivi potrebbero essere di più facile lettura. In concreto è noto che la suddetta banca dati conterrà al suo interno un fascicolo elettronico per ogni operatore economico, per cui esplicitare i nominativi dei subappaltatori già in fase di gara, permetterebbe alle pubbliche autorità di testare l'integrità morale ed economica degli stessi, già nelle fasi iniziali della procedura di affidamento. Quanto descritto, potrebbe comportare il superamento di una visione del subappalto connotata da un'eccessiva diffidenza. Per dovere di cronaca, come si è detto in precedenza, la questione del subappalto ha trovato nuovamente spazio nel dibattito politico attuale. Proprio sulla base di questo sviluppo, con l'entrata in vigore del recentissimo Decreto legge n. 77 del 31 maggio 2021<sup>209</sup>, cosiddetto “Decreto Semplificazioni 2”, la quota massima di subappaltabilità è stata elevata, fino al 31 ottobre 2021, alla soglia del 50% rispetto al complessivo valore contrattuale dell'affidamento.

Almeno per il momento, la volontà del legislatore italiano è quella di mantenere in vigore, per la figura del subappalto, i suddetti limiti quantitativi.

Venendo ora al secondo tema di approfondimento della ricerca, ovvero gli affidamenti di appalti pubblici tramite l'*in house*, il quadro normativo in questo caso, a differenza del subappalto, appare tutto sommato in linea con le previsioni europee. Vi è solo un aspetto,

---

<sup>209</sup> DECRETO LEGGE n. 77, del 31 maggio 2021, recante la governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure, entrato in vigore il 1° giugno 2021, G.U. n.129, 31 maggio 2021.

che, seppur singolo, ha destato e tuttora desta non poche problematiche dal punto di vista applicativo. Ricordando brevemente il *corpus* normativo italiano riconducibile alla figura qui in esame, esso ha quasi sempre previsto delle disposizioni che ponessero lo strumento dell'*in house* in una posizione residuale rispetto al regolare ricorso al mercato. Da ultimo, all'art.192 del Codice degli appalti del 2016, viene reintrodotta l'obbligo, in capo alle pubbliche autorità, di motivare la scelta di ricorrere ad un affidamento di questo tipo, sia dal punto di vista economico che sociale. Ancora una volta, tale regola supplementare è prevista dall'ordinamento italiano, mentre non trova medesimo riscontro nell'ordinamento europeo. Volgendo l'attenzione ai due Stati considerati in questa sede quali modelli comparativi, la Francia non prevede in tema d'*in house* alcun obbligo motivazionale aggiuntivo; viceversa la Spagna ha introdotto un simile obbligo, a dimostrazione della congruità economica della scelta operata, tuttavia, per i soli affidamenti aventi quali protagonisti le autorità centrali e non locali. Per le ragioni evidenziate in precedenza, ancora una volta si ritiene opportuno effettuare una riconfigurazione dell'*in house* da parte del legislatore italiano e chiarire una volta per tutte se, per lo Stato italiano, autoprodotto e *outsourcing* siano effettivamente equiparabili o da considerare su due piani distinti. Tale valutazione risulterebbe determinante nel garantire una più efficiente gestione pubblica delle commesse. Allo stato attuale, difatti, ciò che viene percepito e che si riscontra nel comparto pubblico è l'interpretare l'obbligo motivazionale, previsto all'articolo 192 del Codice dei Contratti pubblici, come un mero adempimento formale al quale ovviare tramite una superficiale valutazione comparativa numerica delle varie offerte rinvenibili nel mercato, per dimostrare la congruità economica della stessa presentata dall'ente *in house*. L'altro elemento comparativo, previsto nella sopracitata disposizione, corrispondente all'illustrazione dei benefici che la collettività può trarre da un affidamento endoamministrativo delle prestazioni oggetto di gara, difficilmente viene tenuto in considerazione. Non deve stupire il fatto che anche il Comune di Venezia, come si è avuto modo di vedere nella presentazione del caso concreto di affidamento *in house* promosso dall'ente, si adegui a questa comune visione. Certo, l'amministrazione veneziana ha presentato una valutazione comparativa delle offerte di tutto rispetto, particolarmente analitica ed esaustiva. Ciò dimostra la serietà di intenti dell'amministrazione. È pur sempre vero che, anche in questo caso, l'onere motivazionale fornito risulti esser totalmente incentrato su aspetti economici, senza prendere in considerazione (o prendendo in considerazione solo in misura limitata) altresì gli aspetti sociali, come invero richiede il disposto del Codice dei Contratti pubblici. Analizzando i

fatti, l'onere motivazionale così concepito rappresenta un aggravio burocratico privo di alcun riflesso per l'efficientamento "della macchina operativa pubblica". Le indagini di mercato necessarie a supporto della motivazione richiesta comportano comunque un dispendio di tempo e risorse economiche che potrebbero essere destinate ad altre attività, considerando la poca rilevanza pratica che questa operazione comporta.

Limitandosi ad analizzare le sole considerazioni esposte fino ad ora, si verrebbe inevitabilmente orientati verso l'abolizione di quanto disposto al secondo comma dell'art. 192 del Codice. Ipotesi assolutamente da non escludere considerato che fra i sostenitori di questa visione vi si trovi anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Nella segnalazione<sup>210</sup>, del 23 marzo 2021, inviata da quest'ultima ed indirizzata al Presidente del Consiglio Mario Draghi, si evince come l'Autorità chieda una sospensione generale del Codice per ovviare alle inefficienze causate nel *public procurement* dalla suddetta misura. L'intento dell'*Authority* sarebbe quello di ripartire dal contenuto delle tre direttive del 2014 e ricostruire la materia degli appalti, liberandola da quel labirinto di norme, che oggigiorno la caratterizza. Nel presentare le sue critiche, quest'ultima fa rientrare l'*in house* nella categoria di istituti delineati dal Codice con eccessivi formalismi ed adempimenti non necessari<sup>211</sup>.

Ciò che conduce in questa sede a non ritenere del tutto idonea siffatta prima soluzione prospettata, discende dalla relazione della Corte dei Conti del 2019<sup>212</sup>, riservata agli organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari. I risultati emersi da questo rapporto restituiscono uno scenario dove si riscontra un massiccio ricorso ad affidamenti *in house* nei confronti di società risultate, successivamente, prive dei requisiti soggettivi ed oggettivi previsti dalla normativa. Nel dettaglio, su 13570 affidamenti diretti conferiti, nel corso del 2019, a società a totalitaria partecipazione pubblica, nel 40% dei casi le stesse risultate affidatarie in realtà non disponevano delle necessarie risorse economiche per eseguire le prestazioni loro affidate (i debiti delle società partecipate al 2019

---

<sup>210</sup> AGCM, Proposte di riforma concorrenziale, ai fini della Legge annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021, Segnalazione ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n.287, inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri, pubblicato il 23 marzo 2021, consultabile sul sito: <https://www.agcm.it/competenze/tutela-della-concorrenza/attivita-di-segnalazione/legge-annuale>.

<sup>211</sup> Pag. 35 – 36 *supra* nota 210.

<sup>212</sup> CORTE DEI CONTI, *Gli organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari – osservatorio sugli organismi partecipati/controllati da Comuni, Città metropolitane. Province, Regioni/Province autonome, enti sanitari e relative analisi*, relazione del 2019, Roma 2019.

ammontano a 91,9 miliardi<sup>213</sup>). Se inizialmente si riteneva che sul tema della disciplina dell'*in house* il legislatore dovesse intervenire unicamente per rendere la medesima più organica e meno incerta, alla luce di quanto appena enunciato, appare chiaro quanto sia altresì necessario optare per una razionalizzazione dello strumento. Conferendo maggior peso a quest'ultimo elemento, si ritiene maggiormente proficuo per l'operato amministrativo tenere in vigore l'onere motivazionale stabilito dall'articolo 192 del Codice. Ad ogni modo per evitare un uso improprio della misura dell'*in house* si ritiene necessario istituire un onere motivazionale cosiddetto "rafforzato". Declinando meglio, in sede di valutazione della congruità economica presentata dall'ente *in house*, si dovrebbe indubbiamente mantenere la comparazione con i valori restituiti dal mercato, ed in aggiunta prevedere un raffronto dei costi contenuti nell'offerta con i relativi prezzi standard dei servizi, definiti dalle autorità indipendenti di settore. Quanto all'indicazione dei benefici sociali della scelta, sarebbe opportuno prevedere analiticamente degli elementi che la motivazione dovrebbe manifestamente contenere, come ad esempio: la sostenibilità ambientale del progetto, la sua sostenibilità sociale, la forma di gestione e il grado di continuità del servizio e via discorrendo. Solo così facendo si darebbe reale sostanza alla previsione contenuta al secondo comma della disposizione numero 192 del Codice dei Contratti pubblici.

Per concludere, rispetto alle due strade proposte, si ritiene che non possa trovare spazio, in materia, una terza via intermedia. Per dare il giusto peso alle risorse ed al tempo speso dalle amministrazioni, necessari a fornire l'adeguata motivazione dell'art 192, la costruzione dell'obbligo motivazionale dovrebbe effettivamente ostacolare e scoraggiare le pubbliche autorità ad effettuare un utilizzo dello strumento dell'*in house* come "ammortizzatore sociale improprio". Viceversa, se si persiste nel rendere il suddetto onere una sola formalità, appare più razionale prevederne una sua abolizione: per lo meno si compierebbe un ulteriore passo verso lo snellimento delle procedure burocratiche di gara e si eviterebbe un irragionevole ed ingiustificato dispendio di capitale.

---

<sup>213</sup> CORTE DEI CONTI, *Gli organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari – osservatorio sugli organismi partecipati/controllati da Comuni, Città metropolitane. Province, Regioni/Province autonome, enti sanitari e relative analisi, supra nota 212, pag. 169.*



## **Indice figure**

*Figura (3.1): Tabella Oneri documentali concorrente/affidatario .....87*

*Figura (3.2): Conto economico dei servizi oggetto dell'affidamento in house in analisi .....120*

*Figura (3.3): Comparazione costo unitario per posto auto gestito .....121*



## Bibliografia

AGCM, *Proposte di riforma concorrenziale, ai fini della Legge annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021*, Segnalazione ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n.287, inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri, pubblicato il 23 marzo 2021, consultabile sul sito: <https://www.agcm.it/competenze/tutela-della-concorrenza/attivita-di-segnalazione/legge-annuale>.

ANAC, *Ipotesi di modifiche alla normativa nazionale in materia di subappalto conseguenti a recenti sentenze e procedure di infrazione promosse dalla Commissione Europea*, Audizione del Presidente Avv. Giuseppe Busia Commissioni congiunte 8<sup>a</sup> e 14<sup>a</sup> Politiche dell'Unione europea Camera dei Deputati - 10 novembre 2020, pubblicata il 10 novembre 2020, consultabile sul sito: <https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anadocs/Attivita/RelazioniIstituzionali/AudizioniParlamento/Audizione%20Pres.%20Busia%20Camera%20Deputati%2010.11.2020.pdf>

ANCE, *Il subappalto nel D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, come modificato dal D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 – Vademecum*, Dossier: il subappalto post correttivo appalti, Roma 2017.

F. ASTONE, *Strumenti di tutela e forme di risoluzione bonaria del contenzioso nel Codice dei contratti pubblici*, Giappichelli editore, Torino 2013.

D. S. BARDAVIO, *La subcontratación de los contratos públicos como herramienta de planificación estratégica*, in *Revista General de derecho administrativo*, fascicolo num.1, 2018.

G. BALOCCO, *La riforma del subappalto e principio di concorrenza*, in *Urbanistica e appalti – Bimestrale di edilizia, urbanistica, espropriazione, appalti, lavori pubblici*, volume n. 5, Ipsoa Editore, Milano 2017, pp. 621 – 626.

R. BARATTA, *Legislazione europea e disciplina interna del subappalto: un'aporia culturale?*, in Rivista Eurojus, fascicolo n. 2, Milano 2020, pp. 11 – 33.

N. BELHOCINE, D. G. MACIA, *Identifying Service Market Reform Priorities in Italy*, in IMF Working Papers, numero 39, pubblicato per conto del Fondo Monetario Internazionale, 2020, pp. 3 – 22.

G. BENNACCHIO, *Diritto privato dell'Unione europea: fonti, modelli, regole*, VI edizione, CEDAM editore, Padova 2013, pp. 91 – 123, 161 – 163.

P. BLANQUET, *Le sous-contrat. Étude de droit administratif*, pubblicato il 28 ottobre 2020, consultabile sul sito: <https://www.u-paris2.fr/fr/recherche/soutenances-de-theses/le-sous-contrat-etude-de-droit-administratif>.

V. BRUCK *et alii*, *The Constitution of France in the Context of EU and Transnational Law: An Ongoing Adjustment and Dialogue to Be Improved*, in A. Albi, S. Bardutzky (a cura di) *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law - National Reports*, Springer Open editore, Berlino 2019, pp.1881 – 1224.

M. A. CABIDDU, M. C. COLOMBO, *Appalti pubblici, in house providing e grandi infrastrutture – Dossier Appalti*, Gruppo 24 ore editore, Milano 2015, pp. 5 – 46.

F. CALDARELLI, S. CALDARELLI, *Le modificazioni soggettive degli operatori economici in corso di gara: RTI, subappalto, avvalimento e operazioni straordinarie*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fascicolo n.5, Roma 2019, pp. 625 – 681.

R. CALDERAZZI, *La responsabilità dei subappaltatori*, in GIUSTAMM – Rivista di diritto pubblico, fascicolo n.4, 2018.

R. CARANTA, N. SPATARU, *Nuove forme di cooperazione pubblico-privato per lo sviluppo locale: modelli europei a confronto*, in M. E. Comba (a cura di) *Le Anchor*

Institutions nella società liquida: strumenti giuridici per una sperimentazione in Italia, *Federalismi.it: Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo, numero speciale* 4, 2019, pp. 7 – 13.

U. CHIARAPPA, *L'avvalimento, il subappalto ed il senso del limite*, in *Appalti e Contratti – Rivista giuridica specializzata in appalti*, fascicolo numero 5, Maggioli editore, Rimini 2019.

C. CHINNICI, *Il punto sul subappalto tra la normativa nazionale e comunitaria*, in *Iusinitinere.it – Rivista semestrale di diritto*, 2019.

A. CINCOTTI, *L'istituto del subappalto e la innovativa visione della giustizia amministrativa*, pubblicato il 16 maggio 2013, consultabile sul sito: <https://www.unitel.it/notizie/articoli/listituto-del-subappalto-e-la-innovativa-visione-della-giustizia-amministrativa>.

M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, 4° edizione, il Mulino editore, Bologna 2019 pp.320 – 405.

S. COMELLAS, *Le in house retour sur une exception?*, LPA editore, volume n. 47, Marsiglia 2015, pp. 8 – 33.

COMMISSIONE EUROPEA, *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, Comunicazione della Commissione europea, COM (1998) 143 def., 11 marzo 1998, consultabile sul sito: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1998:0143:FIN:IT:PDF>.

COMMISSIONE EUROPEA, *Strategia per il mercato interno - Priorità 2003-2006*, Comunicazione della Commissione europea, COM (2003) 238 def., non pubblicata nella Gazzetta ufficiale, consultabile sul sito <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A170003>.

COMMISSIONE EUROPEA, *Smart Regulation in the European Union*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale

europeo e al Comitato delle Regioni, COM (2010) 543 final, 8 ottobre 2010, consultabile sul sito [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2010\)543&lang=it](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2010)543&lang=it).

COMMISSIONE EUROPEA, *Politica di coesione e strategia Europa 2020*, 27 luglio 2015 consultabile sul sito: [https://ec.europa.eu/regional\\_policy/archive/policy/future/eu2020\\_it.htm](https://ec.europa.eu/regional_policy/archive/policy/future/eu2020_it.htm).

COMMISSIONE EUROPEA, *Costituzione in mora – Infrazione n. 2273*, 24 gennaio 2019, consultabile sul sito: [http://documenti.camera.it/leg18/dossier/testi/AT041.htm?\\_1617377824777#1241199](http://documenti.camera.it/leg18/dossier/testi/AT041.htm?_1617377824777#1241199)

COMUNE DI VENEZIA, *Deliberazione n.380 del 19 novembre 2019 della GIUNTA COMUNALE - AVM S.p.A. - affidamento del servizio pubblico locale di gestione integrata dei servizi ausiliari al traffico e alla mobilità, a decorrere dal giorno 01/01/2020 e fino al 31/12/2024*, pubblicato il 23 gennaio 2020, consultabile sul sito: <https://portale.comune.venezia.it/delibere-di-consiglio>.

COMUNE DI VENEZIA, *Allegato 2 - Paragon Advisory: Analisi di congruità della proposta di AVM Holding S.p.A. al Comune di Venezia per la gestione in house providing dei servizi di mobilità privata - Relazione in merito agli esiti delle analisi svolte*, versione dell'8 novembre 2019, pubblicato il 23 gennaio 2020, consultabile sul sito: <https://portale.comune.venezia.it/delibere-di-consiglio>.

COMUNE DI VENEZIA, *Gara N. 13/2020 - Affidamento del servizio di trasporto scolastico per gli anni scolastici 2020/2021, 2021/2022, 2022/2023, 2023/2024 nel territorio del Comune di Venezia, CIG 82003051C3*, pubblicata il 9 marzo 2020, consultabile sul sito [www.comune.venezia.it](http://www.comune.venezia.it)

E. CONCILIO, *Limiti al subappalto: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in GIUSTAMM – Rivista di diritto pubblico, fascicolo n.12, 2019.

CONSIGLIO DI STATO, *Parere n. 855 sullo schema di Codice dei contratti pubblici*, 1° aprile 2016, consultabile sul sito: <https://www.giustizia->

amministrativa.it/-/il-consiglio-di-stato-ha-reso-il-parere-sullo-schema-di-codice-dei-contratti-pubblici.

C. CONTESSA, *Lo Stato dell'arte in tema di affidamenti in house*, pubblicato il 12 dicembre 2019, consultabile sul sito: <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/contessa-lo-stato-dell-arte-in-tema-di-affidamenti-in-house>.

CORTE DEI CONTI, *Gli organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari – osservatorio sugli organismi partecipati/controllati da Comuni, Città metropolitane, Province, Regioni/Province autonome, enti sanitari e relative analisi*, relazione del 2019, Roma 2019, pp. 157 – 235.

M. COZZIO, F. TITOMANLIO *et alii*, *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell'Unione Europea – raccolta dei principali arrêts della Corte di Giustizia*, IGI editore, Trento 2016, pp. 2 – 26, 127 – 132.

B. L. CUTANDA, I. F. PUYOL, *Novedades en materia de subcontratación en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público - Análisis*, GA\_P editore, Madrid 2018.

R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Zanichelli editore, Bologna 2017, pp. 2134 – 2205.

G. DELFINO, *Il nuovo istituto del subappalto dopo il decreto sblocca cantieri*, in *Appalti e Contratti – Rivista giuridica specializzata in appalti*, Maggioli editore, Rimini 2019.

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES, *Le sous traitance: Fiche technique - Rubrique Conseil aux acheteurs et aux autorités concédantes*, pubblicato il 1 aprile 2019, consultabile sul sito: <https://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-acheteurs-fiches-techniques>

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES, *Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public*, pubblicato il 1° aprile 2019, consultabile sul sito: <https://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-acheteurs-fiches-techniques>

G. DURANO, *La prevenzione dei fenomeni corruttivi e la disciplina del subappalto nel d.lgs. n. 50/2016*, in *Amministriv@mente: Rivista di diritto amministrativo*, fascicolo n.1-2, Roma 2018.

C. FISCHIONE, *La c.d. clausola di stand still nel nuovo Codice degli appalti pubblici con particolare riferimento agli affidamenti sotto soglia*, in *Rivista ItaliaAppalti*, Roma 2017.

M. FRONTONI, L. SAVELLI, *Subappalto e avvalimento: tra qualificazione ed esecuzione nel codice dei contratti pubblici*, Giappichelli editore, Torino 2018.

D. GALLI, D. GENTILE *et alii*, *Appalti pubblici – Guida giuridica*, Ipsoa editore, Milano 2015, pp. 13 – 27.

M. GENTILE, *Il subappalto nel nuovo codice: aumentano limiti, vincoli e dubbi applicativi*, in *Appalti e Contratti – Rivista giuridica specializzata in appalti*, fascicolo numero 6, Maggioli editore, Rimini 2019, pp. 43 – 48.

A. GIACALAONE, A. PELOSO, *I limiti al subappalto. Ovvero ciò che ne rimane*, in *Urbanistica e appalti – Bimestrale di edilizia, urbanistica, espropriazione, appalti, lavori pubblici*, volume n. 2, Ipsoa Editore, Milano 2020, pp. 201 – 214.

C. P. GUARINI, *L'in house per la produzione di beni e servizi strumentali alla prova del tempo*, in E. TOMA (a cura di) *Economia, Istituzioni, Etica e Territorio – Casi di studio ed esperienze a confronto*, FrancoAngeli Editore, Milano 2018, pp. 192 – 220.

C. P. GUARINI, *“Il principio eurounitario di «libera amministrazione delle autorità pubbliche» nelle direttive UE nn. 23 e 24 del 2014 su contratti e appalti pubblici e l'impatto sulla normativa interna di recepimento in tema d' in house providing”*, in *Euro-Balkan Law and Economics Review*, volume 1, Bari 2019, pag. 78 -97.

C. P. GUARINI, *Una nuova stagione per l'in house providing? L'art. 192, co. 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di*

*incompatibilità eurounitaria*, in *Federalismi.it: Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, numero 8, 2019, pp. 2 – 32.

F. KARRER, S. PASANISI, *Il ciclo della programmazione e del progetto nel nuovo Codice degli appalti e delle Concessioni*, in *Associazione Italiadecide* (a cura di) *L'attuazione del nuovo codice dei contratti pubblici: problemi, prospettive, verifiche – Paper*, 2016, pp. 25 – 32.

A. LIROSI, C. PEPE, *et alii*, *Il subappalto nei contratti pubblici: quali prospettive alla luce delle recenti pronunce della Corte di Giustizia” – Approfondimenti*, pubblica l'11 dicembre 2019, consultabile sul sito: <http://www.dirittobancario.it/approfondimenti/contratti-pubblici/il-subappalto-nei-contratti-pubblici-quali-prospettive-alla-luce-delle-recenti-pronunce>

D. LUIGI, *Diritto dell'Unione Europea: sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, V edizione, Giuffrè editore, Trieste 2014, pp. 86 – 161.

G. F. MAIELLARO, *I limiti al subappalto dei contratti pubblici: così è se vi pare*, in *Appalti e Contratti – Rivista giuridica specializzata in appalti*, Maggioli editore, Rimini 2020.

P. MANTINI, *Nuovo codice degli appalti tra Europa, Italia e Autonomie Speciali*, in *Rivista di diritto pubblico*, GIUSTAMM editore, numero 2, 2016.

S. MARGIOTTA, *Affidamenti diretti e in house di contratti pubblici*, in *E-Docta – Appalti e contratti pubblici*, 2019.

MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI, Circolare n..3, del 18 luglio 2016, contenente le linee guida per la compilazione del modello di formulario di Documento di gara unico europeo (DGUE) approvato dal Regolamento di esecuzione (UE) 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016, G.U. n. 174, 27 luglio 2016, consultabile sul sito: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/07/27/16A05530/sg>.

J. S. MULLOR, A. T. PÈREZ, *The Constitution of Spain: The Challenges for the Constitutional Order Under European and Global Governance*, in A. Albi, S. Bardutzky (a cura di) *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law - National Reports*, Springer Open editore, Berlino 2019, pp. 543 – 590

B. NOGUERA, *Los encargos in house en la ley de contratos del sector público – especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria*, in *Revista de Administración Pública*, numero 12, Madrid 2013, pp. 159 – 190.

OECD, *Public procurement: subcontracting*, brief 37, Sigma editore, Parigi 2016.

M. L. PIERO, *I principi di evidenza pubblica e le fonti comunitarie sugli appalti pubblici*, in *Rivista Diritto & Diritti*, Rimini 2017.

F. POCAR, *Diritto dell'Unione europea*, XI edizione, Giuffrè editore, Milano 2011, pp. 243 – 336.

A. RHODE, *Public Procurement in the European Union How Contracting Authorities Can Improve Their Procurement Performance in Tenders – Research*, Springer editore, Berlino 2019, pp. 1 – 53, 62 – 86.

L. ROMANO, F. SATTA, *La disciplina dell'esclusione e dell'ammissione degli operatori tra diritto sostanziale e processuale*, in Associazione Italiadecide (a cura di) *L'attuazione del nuovo codice dei contratti pubblici: problemi, prospettive, verifiche – Paper*, 2016, pp. 83– 94.

G. SCARAFIOCCA, *L'in house providing di nuovo all'attenzione delle Corti. L'occasione per uno sguardo d'insieme*, in *Federalistimi.it: Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, numero 4, 2021.

F. SOSA, M. L. FUERTES, *¿Pueden los contratos quedar en casa? la polémica europea sobre la contratación in house*, in *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, fascicolo numero 3, Madrid 2017, pp. 1669 – 1680.

M. VILALTA, *De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de Contratos del Sector Público: encargos a medios propios personificados y transferencias de competencias entre entidades públicas*, in *Revista Galega de Administración Pública*, (REGAP), num. 56, Barcellona 2018, pp. 261 – 295.

P. VOSA, *Opere pubbliche: il subappalto*, Monografie Edil-lab, Napoli 2017.

### **Atti pertinenti**

Consiglio di Stato A.P., 2 novembre 2015, n. 9.

Corte costituzionale, 8 giugno 1974, n.170

Corte costituzionale, 23 novembre 2007, n. 401

Corte costituzionale tedesca (BVerfGE), 29 maggio 1974, 2 BvR 52/71

Corte costituzionale tedesca (BVerfGE), 6 luglio 2010, 2 BvR 2661/06.

Corte di giustizia dell'Unione europea, 14 dicembre 1962, in cause riunite 19 a 22/62, *Fédération nationale de la boucherie en gros du commerce en gros de viandes*.

Corte di giustizia dell'Unione Europea, 5 febbraio 1963, in causa 26/62, *Van Gend & Loos*

Corte di giustizia dell'Unione Europea, 15 luglio 1964, in causa 6/64, *Costa c. Enel*.

Corte di giustizia dell'Unione europea, 13 marzo 1968, in causa 5/67, *W. Beus*.

Corte di giustizia dell'Unione europea, 11 luglio 1969, in causa 6/68, *Zuckerfabrik Watenstedt*

Corte di giustizia dell'Unione europea, 16 aprile 1970, in causa 63/69, *Compagnie française commerciale et financière*

Corte di giustizia dell'Unione europea, 17 dicembre 1970, in causa C-33/70, *S.A.C.E Spa c. Ministero delle Finanze*

Corte di giustizia dell'Unione europea, 17 maggio 1972, in causa 93/71, *Orsolina Leonesio c. Ministero dell'agricoltura*

Corte di giustizia dell'Unione europea, 10 ottobre 1973, in cause riunite 34/73, *Variola*

Corte di giustizia dell'Unione europea, 4 dicembre 1974, in causa 41/74, *Van Duyn*.

Corte di giustizia dell'Unione europea, 23 febbraio 1978, in causa 92/77, *An Bord Baine Co-operative*.

Corte di giustizia dell'Unione europea, 9 marzo 1978, in causa 106/77, *Simmenthal*.

Corte di giustizia dell'Unione europea, 22 giugno 1989, in causa C-103/88, *Soc. F.lli Costanzo c. Comune di Milano*.

Corte di giustizia dell'Unione europea, 13 novembre 1990, in causa C-106/89, *Marleasing*.

Corte di giustizia dell'Unione europea, 19 novembre 1991, in cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*.

Corte di giustizia dell'Unione europea, 14 luglio 1994, in causa C-91/92, *Faccini Dori*.

Corte di giustizia dell'Unione europea, 5 marzo 1996, in cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur*.

Corte di giustizia dell'Unione europea, 10 novembre 1998, in causa c-360/96, *Gemeente Arnhem*.

Corte di giustizia dell'Unione europea, V sez., 18 novembre 1999, in causa c-107/98, *Teckal srl*.

Corte di giustizia dell'Unione Europea (Grande sezione), 5 ottobre 2004, in cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer*.

Corte di giustizia dell'Unione europea, I sez., del 30 ottobre 2005, in causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH contro Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG*.

Corte di giustizia dell'Unione europea, 22 novembre 2005, in causa C-144/04, *Mangold*.

Corte di Giustizia dell'Unione europea, 22 ottobre 2015, in causa C-425/14, *Edilux*

Corte di giustizia dell'Unione europea, 8 dicembre 2016, in causa C-553/15, *Undis Servizi*.

Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. V, del 26 settembre 2019, in causa C-63/18, *Vitali S.p.a.*

Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. IV, 3 ottobre 2019, causa C-285/18, *Kauno miesto savivaldybė*.

Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. V, del 27 novembre 2019, in causa C-402/18, *Tedeschi S.r.l.*

Corte di Giustizia dell'Unione europea, II Sez., del 30 gennaio 2020, in causa C-395/18, *Tim S.p.a*

Corte di giustizia dell'Unione europea, IX Sez., 6 febbraio 2020, in cause riunite da C-89/19 a C-91/19, *Rieco SpA contro Ecolan SpA*.

DECRETO LEGGE n.32, del 18 aprile 2019, recante Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici, convertito in legge n. 55 del 2019, entrato in vigore il 18 giugno 2019, G.U. n. 92, 17 maggio 2019.

DECRETO LEGGE n.76, del 16 luglio 2020, recante Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale, convertito in legge n. 120 del 2020, entrato in vigore il 07 luglio 2020, G.U. n. 178, 16 luglio 2020.

DECRETO LEGGE n.183, del 31 dicembre 2020, recante disposizioni urgenti in materia di termini legislativi, di realizzazione di collegamenti digitali, di esecuzione della decisione (UE, EURATOM) 2020/2053 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, nonché in materia di recesso del Regno Unito dall'Unione europea, entrato in vigore il 31 dicembre 2020, G.U. n. 323, 31 dicembre 2020.

DECRETO LEGGE n. 77, del 31 maggio 2021, recante la governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure, entrato in vigore il 1° giugno 2021, G.U. n.129, 31 maggio 2021.

DECRETO LEGISLATIVO n. 163, del 12 aprile 2006, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, entrato in vigore il 01 luglio 2016, G.U. n. 100, 02 maggio 2006.

DECRETO LEGISLATIVO n. 204, del 02 luglio 2010, recante la delega al governo per il riordino del processo amministrativo in attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, entrato in vigore il 16 settembre 2010, G.U. n. 156, 07 luglio 2010.

DECRETO LEGISLATIVO n. 208, del 15 novembre 2011, recante la disciplina dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e sicurezza, in attuazione della direttiva 2009/81/CE, entrato in vigore il 15 gennaio 2012, G.U. n. 292, 16 dicembre 2011.

DECRETO LEGISLATIVO n. 50, del 18 aprile 2016, Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, entrato in vigore il 19 aprile 2016, G.U. n. 91, 19 aprile 2014.

DECRETO LEGISLATIVO n.175, del 19 agosto 2016, rubricato Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, entrato in vigore il 23 settembre 2016, G.U. n.210, 8 settembre 2016.

DECRETO LEGISLATIVO n. 56, del 19 aprile 2017, recante disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, entrato in vigore il 10 maggio 2017, G.U. n. 103, 05 maggio 2017.

DIRETTIVA (CE) n. 17/2004, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, [2004], G.U. L 134, 30 aprile 2004.

DIRETTIVA (CEE) n. 305/71, del Consiglio del 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, [1971] G.U. L185, 16 agosto 1971.

DIRETTIVA (CEE) n. 62/77, del Consiglio, del 21 dicembre 1976, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di forniture, [1977], G.U. L 13, 15 gennaio 1977.

DIRETTIVA (CEE) n. 665/89, del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, [1989], G.U. L 395, 30 dicembre 1989.

DIRETTIVA (CEE) n. 50/92, del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, [1992], G.U. L 209, 24 luglio 1992.

DIRETTIVA (CEE) n. 37/93, del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, [1993], G.U. L 199, 9 agosto 1993.

DIRETTIVA (CE) n. 18/2004, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, [2004], G.U. L 134, 30 aprile 2004.

DIRETTIVA (UE) n. 23/2014, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, [2014], G.U. L 94, 28 marzo 2014.

DIRETTIVA (UE) n. 24/2014, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, relativa agli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, [2014], G.U. L 94, 28 marzo 2014.

DIRETTIVA (UE) n. 25/2014, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE, [2014], G.U. L 94, 28 marzo 2014.

DIRETTIVA del Presidente del Consiglio dei Ministri, 16 gennaio 2013, recante la disciplina sul rispetto dei livelli minimi di regolazione previsti dalle direttive europee, nonché aggiornamento del modello di Relazione AIR, ai sensi dell'articolo 14, comma 6, della legge 28 novembre 2005, [2013], G.U n. 86, 12 aprile 2013.

## Sitografia

[www.agcm.it](http://www.agcm.it)

[www.ance.it](http://www.ance.it)

[www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)

[www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it)

[www.appalti.eu](http://www.appalti.eu)

[www.boe.es](http://www.boe.es)

[www.camera.it](http://www.camera.it)

[www.codecommandepublique.com](http://www.codecommandepublique.com)

[www.comune.venezia.it](http://www.comune.venezia.it)

[www.contratti-pubblici.it](http://www.contratti-pubblici.it)

[www.datos.gob.es](http://www.datos.gob.es)

[www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it)

[www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)

[www.economie.gouv.fr](http://www.economie.gouv.fr)

[www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)

[www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

[www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it)

[www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

[www.imf.org](http://www.imf.org)

[www.intranet.comune.venezia.it](http://www.intranet.comune.venezia.it)

[www.italiaoggi.it](http://www.italiaoggi.it)

[www.italiappalti.it](http://www.italiappalti.it)

[www.iusitinere.it](http://www.iusitinere.it)

[www.lavoripubblici.it](http://www.lavoripubblici.it)

[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

[www.obcp.es](http://www.obcp.es)

[www.stazioneappaltanti.it](http://www.stazioneappaltanti.it)

