



Università Degli Studi “Mediterranea”  
di Reggio Calabria

Dipartimento di Giurisprudenza Economia e Scienze Umane

Facoltà di Giurisprudenza


DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO ED  
ECONOMIA - CICLO XXXIV

**ANTINOMIE TRA IL DIRITTO EUROPEO DEI  
CONTRATTI PUBBLICI E LA DISCIPLINA DI  
ATTUAZIONE NELL'ORDINAMENTO INTERNO**

Coordinatore

Prof.  Attilio Gorassini  


Tesi del Dott.

Daniele Scaramuzzino  


Relatore Chiar.mo Prof.

Francesco Manganaro  




## INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE. ....	I
PARTE I .....	- 1 -
FATTORI GENERATORI DELLE ANTINOMIE NELLA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI. ....	- 1 -
1. <i>Cenni introduttivi. Le antinomie normative quali fattori ineliminabili di ogni ordinamento.</i> .....	- 1 -
2. « <i>Pluricentrismo interno</i> ».....	- 6 -
2.2. « <i>Pluricentrismo esterno</i> ».....	- 14 -
3. <i>Il quadro normativo unionale. L'uso della direttiva quale strumento di armonizzazione ed i suoi precipitati in merito alla proliferazione di antinomie ordinamentali.</i> .....	- 17 -
3.1. <i>Le diverse forme di manifestazione del fenomeno.</i> .....	- 23 -
3.2. <i>Il divieto di goldplating</i> .....	- 31 -
4. <i>Il ruolo "creativo" del diritto unionale della Corte di Giustizia: i rischi di una scissione della funzione nomofilattica tra le Alte Corti.</i> .....	- 43 -
PARTE II.....	- 58 -
LE ANTINOMIE IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI ALLA LUCE DEL DIRITTO VIVENTE. ....	- 58 -
APPALTO PUBBLICO.....	- 58 -

1. <i>Requisiti di partecipazione alla gara e cause di esclusione: l'art. 80 del Codice dei contratti pubblici e la sua trasformazione nel transito dal Codice degli appalti al D.Lgs. 50/2016.</i> .....	- 58 -
2. <i>L'esclusione del concorrente per grave illecito professionale: gli orientamenti emersi nella giurisprudenza interna.</i> .....	- 66 -
3. <i>I dubbi di compatibilità sollevati dalla giurisprudenza nazionale e la soluzione propugnata da Corte di Giustizia UE, sez. IV, 19 giugno 2019, 41/18 - Meca Srl.</i> .....	- 71 -
IL SUBAPPALTO. ....	- 80 -
4. <i>La sua conformazione in seno al D.Lgs. n. 50/2016 ed i complessi rapporti con il diritto europeo.</i> .....	- 80 -
5. <i>L'interpretazione "salvifica" della disciplina interna accolta dal Consiglio di Stato ed i dubbi di incompatibilità con il diritto unionale sollevati da T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, ord. 19 gennaio 2018, n. 148.</i> .....	- 89 -
6. <i>La conferma dell'illegittimità dei limiti al subappalto da parte della giurisprudenza comunitaria alla luce del principio di proporzionalità (Corte di Giustizia U.E., Sezione Quinta, 26 settembre 2019, C-63/18, Pres. e Rel. E. Regan - Vitali S.p.a. c. A.I. S.p.a.).</i> .....	- 93 -
7. <i>La reazione del Legislatore nazionale e le prime applicazioni da parte della giurisprudenza amministrativa (Cons. St., V, 16 gennaio 2020, n. 389; Cons. St., sez. V, 17.12.2020 n. 8101).</i> .....	- 102 -
IN HOUSE PROVIDING. ....	- 105 -
8. <i>Discrezionalità della P.A. e tutela della concorrenza: i dubbi sulla compatibilità con le previsioni del diritto unionale dell'art. 192, co. 2 Codice dei Contratti pubblici (Ord. Consiglio di Stato sez. V, 07/01/2019, n. 138).</i> .....	- 105 -

<i>9. La Corte di Giustizia conferma la legittimità dei limiti nazionali agli affidamenti in house (ord. Corte di Giustizia UE, sez. IX, 6 febbraio 2020, cause riunite da C-89/19 a C-91/19). .....</i>	<i>- 115 -</i>
<i>10. Osservazioni conclusive e spunti per una graduale elisione del fenomeno delle antinomie nella materia della contrattualistica pubblica. ....</i>	<i>- 119 -</i>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>123</b>

## **INTRODUZIONE.**

La disciplina della contrattualistica pubblica appare risentire più di ogni altro settore ordinamentale dell'influenza del diritto unionale, il quale plasma istituti e procedure di gara secondo principi e logiche non sempre consonanti rispetto a quelle accolte nella tradizione giuridica nazionale.

La malcelata asimmetria tra i due ordinamenti genera delle inevitabili smagliature in sede di recepimento del diritto sovranazionale, alimentando quel costante fenomeno di proliferazione di antinomie che oramai da decenni connota la materia in discorso.

Il tema centrale della presente trattazione è rappresentato dallo studio di quella moltitudine di fattori, endogeni ed esogeni, che contribuiscono ad innescare questo processo, completato dall'analisi di alcuni dei casi giurisprudenziali più rilevanti emersi negli ultimi anni, che ne rappresentano esempi paradigmatici.

Segnatamente, verranno esplicitati i caratteri propri degli ordinamenti (e dei segmenti ordinamentali) *multilivello*, enucleando i tratti salienti dell'evoluzione della legislazione nazionale in tema di contratti pubblici dovuta allo sviluppo del cosiddetto «*pluricentrismo normativo*», nella duplice declinazione di «*pluricentrismo interno*» ed «*esterno*».

Si darà conto, sotto il primo profilo, della *querelle* ermeneutica involgente la più ampia latitudine esplicativa della potestà normativa regionale in materia di procedure ad evidenza pubblica, alla luce della riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione ad opera della legge cost. n. 3/2001 e dei suoi possibili precipitati sulla genesi delle antinomie.

Sotto il profilo dei rapporti con il diritto euro-unitario verranno invece evidenziate, anche in funzione del decisivo “cambio di passo” registratosi nel

transito dalle direttive di prima generazione a quelle del 2014, le differenti tipologie di criticità emerse nell'opera di adattamento della legislazione interna, in funzione della progressiva riduzione degli spazi di discrezionalità riconosciuti.

Un'autonoma trattazione, per la rilevanza rivestita da tale fattore, verrà poi dedicata alla tecnica del *goldplating*, il cui ampio utilizzo, sia nel Codice degli appalti che nel successivo Codice dei contratti pubblici, disvela una divergente concezione culturale sottesa ai due ordinamenti rispetto al tema della libertà da riconoscersi agli Stati membri ed, a cascata, ai soggetti aggiudicatori, nella determinazione delle modalità di svolgimento delle procedure di gara, nonché, più specificamente, alla possibilità di apporre dei limiti quali-quantitativi all'utilizzo di istituti di matrice europea.

Sempre in relazione a tale profilo, si evidenzierà altresì la difficoltà di un'esatta trasposizione delle direttive di settore, dovuta anch'essa ad una pluralità di fattori, tra cui la natura "ibrida" degli istituti da trasporre e la scarsa implementazione nell'ordinamento interno di metodi di *drafting* formale.

Difficoltà quest'ultima neppure lenita dalla scelta dell'impiego della tecnica di recepimento del *copy out* in luogo di quella del "ritaglio", talvolta adottata dal Legislatore nazionale in maniera del tutto impropria, ossia snaturando la *ratio* sottesa alle disposizioni trasponende.

Ulteriore spazio sarà poi riservato al complesso tema della scissione della funzione nomofilattica tra le Alte Curie, che verrà esplicitato partendo proprio da quel processo di rafforzamento della nomofilachia "interna" stimolato dal Legislatore nazionale, sia in ambito civile che amministrativo, con le novelle recate dal D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, dalla Legge 18 giugno 2009, n. 69 e dal D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

Processo che, come si osserverà, è apparso totalmente sganciato, rispetto all'architettura normativa delineata dal Legislatore, dallo studio delle potenziali implicazioni derivanti dall'interferenza dell'ordinamento e della giurisprudenza comunitaria.

Ciò determinò quell'artificiale «*frammentazione*» della funzione nomofilattica tra Curie nazionali ed unionali cui oggi si assiste, con la conseguenza, paradossale, di una lesione a quel valore fondamentale – l'unitarietà dell'ordinamento – che proprio la predetta attività era diretta a preservare.

Seguirà infine, nella seconda parte della trattazione, la disamina di alcune recenti pronunce della Corte di Giustizia in tema di contrattualistica pubblica, le quali, anche al netto degli altri fattori cui sopra si faceva cenno, testimoniano come l'assenza di un identico quadro assiologico sotteso ai due ordinamenti è essa stessa in grado di generare delle aporie concettuali, che, per la loro soluzione, impongono all'interprete il necessario ricorso ai canoni della proporzionalità e ragionevolezza ed alla tecnica del bilanciamento tra valori giuridici che, sebbene di primario rilievo, si dimostrano, nella loro concreta applicazione, come (almeno parzialmente) antagonisti.

## PARTE I

### FATTORI GENERATORI DELLE ANTINOMIE NELLA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI.

#### *1. Cenni introduttivi. Le antinomie normative quali fattori ineliminabili di ogni ordinamento.*

L'idea romanistica di un ordinamento giuridico retto dai canoni di completezza e coerenza, scevro da qualsiasi antinomia<sup>1</sup>, appare sempre di più, nella odierna realtà, come un'utopia.

---

<sup>1</sup> Una definizione del lemma è proposta da N. BOBBIO, *Antinomia (Voce)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1968, che la definisce come la situazione nella quale due norme appartenenti ad un medesimo ordinamento giuridico sono incompatibili, distinguendo tra antinomie per «*contraddittorietà*» e per «*contrarietà*»; R. GUASTINI, *Interpretare ed argomentare*, Milano, 2011, p. 106, secondo cui «*si dà un'antinomia ogni qualvolta un caso concreto sia suscettibile di due diverse e opposte soluzioni*». Più in generale può osservarsi che nel diritto romano il tema delle antinomie divenne un aspetto centrale in seno all'attività legislativa ascrivibile a Giustiniano, il quale, in due distinte costituzioni di apertura del *Corpus iuris civilis*, dichiarò con fermezza come la propria compilazione non tollerasse alcun tipo di antinomia. Segnatamente, nel *Deo auctore (De conceptione digestorum)* ritroviamo il precetto secondo cui «*8. Nulla itaque in omnibus praedicti codicis membris antinomia ( sic enim a vetustate graeco vocabulo nuncupatur) aliquem sibi vindicet locum, sed sit una concordia, una consequentia, adversario nemine constituto.*»; allo stesso si affianca la disposizione, contenuta nella costituzione *Tanta (De confirmatione digestorum)*, che statuisce: «*15. Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet: sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiae querellam dissolvit et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem.*».

Si deve proprio ai due testi sopra riportati il primo utilizzo, nell'ambito del diritto romano, del lemma antinomia.

Sebbene sia connaturata all'essenza stessa del concetto di "ordinamento" l'idea di un apparato normativo coerente e completo<sup>2</sup>, molteplici fattori nell'attuale temperie storico-culturale sembrano cospirare in senso diametralmente opposto.

I sistemi giuridici più evoluti, infatti, appaiono connotati dalla coesistenza di una pluralità di organismi tributari della funzione normativa<sup>3</sup>, dal continuo

---

<sup>2</sup> Tema affrontato da F. MODUGNO, *Antinomie e Lacune (Voce)*, in Enciclopedia Giuridica Treccani, Roma, 1988, secondo cui, considerando l'ordinamento giuridico non come un fatto statico e compiuto, ma nella sua reale essenza, di entità in divenire, esso appare un sistema «aperto», «a-coerente» ed «a-completo», sempre teso alle elisioni delle antinomie ed al superamento delle lacune, in un processo mai compiutamente realizzabile e realizzato.

<sup>3</sup> Basti pensare alla complessità che il processo legislativo assume in seno all'ordinamento unionale, in cui si assiste ad una frantumazione della potestà normativa tra Consiglio e Parlamento europeo, cui si affiancano, nel settore dell'unione economica e monetaria, alcuni poteri decisionali in capo alla BCE e, nelle specifiche materie individuate dai Trattati, quelli della Commissione. A queste considerazioni andranno poi aggiunte quelle afferenti alla notevole varietà degli strumenti normativi (anche di *soft law*) adottabili da parte delle istituzioni unionali per produrre effetti giuridicamente rilevanti anche in settori nei quali sarebbe illegittimo un intervento normativo tramite i tradizionali strumenti di *hard law*.

Sul tema delle competenze delle differenti istituzioni unionali, delle dinamiche afferenti l'esercizio del potere legislativo e sulla loro evoluzione diacronica vedasi, tra i tanti, R. ADAM – A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2020, pp. 63 e ss.; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Bari, 2016, pp. 131 e ss.; F. BASSANINI – G. TIBERI, *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, pp. 239 e ss.; R. ADAM – A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2016, pp. 51 e ss.; M. P. CHITI - G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Roma, Tomo I, 2007, pp. 147 ss.; C. MARIANO, M. P. MELITO, S. PUCCI, M. TRAPANI, M. SALERA, *Il procedimento legislativo ordinario in prospettiva comparata, Seminario di studi e ricerche parlamentari «Silvano Tosi»*, parte V, l'Unione Europea, reperibile su <https://www.osservatoriosullefonti.it>; R. MASTROIANNI, *La procedura*

sovrapporsi di interventi di riforma, spesso disorganici e frutto di una logica emergenziale, dalla commistione di strumenti normativi di *hard law* e di *soft law*<sup>4</sup>, dalla presenza di molteplici discrasie.

Queste ultime, in particolare, rappresentano sempre più spesso l'immediata conseguenza dei complessi meccanismi di interazione tra norme e principi elaborati in seno ad ordinamenti multilivello ed il relativo superamento viene di norma demandato all'opera ermeneutico-ricostruttiva del diritto vivente, di matrice nazionale o anche sovranazionale.

Tutto ciò genera delle inevitabili smagliature nell'ordito normativo statale, che ledono il principio di *non contraddizione*, determinando la proliferazione di precetti antinomici.

I predetti fattori, complessivamente intesi, conducono razionalmente ad una duplice riflessione.

---

*legislativa, il parlamento europeo e i parlamenti nazionali: osservazioni critiche*, sul portale [www.astridonline.it/static/upload/protected/Astr/Astrid\\_NuoveistUE\\_Mastroianni\\_2ed.pdf](http://www.astridonline.it/static/upload/protected/Astr/Astrid_NuoveistUE_Mastroianni_2ed.pdf).

<sup>4</sup> Sul tema dell'impatto del *soft law comunitario* sull'ordinamento nazionale vedasi M. RAMAJOLI, *Soft law e diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 1/2017, che evidenzia come l'utilizzo di tale strumento appaia consonante all'esigenza di «*superare un originario "vizio di competenza" dell'Unione*», consentendole di intervenire in ambiti in cui l'attività normativa delle istituzioni sarebbe preclusa agli strumenti di *hard law*; A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, su [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), fasc. 3/2016. L'Autrice, in particolare, definisce la *soft law* come una fonte «*senza dubbio duttile e fluida, quanto a procedura e legittimazione, non giuridicamente vincolante, ma non per questo meno costringente*», coerente con un sistema delle fonti «*che diviene sempre più liquido, informale, flessibile e policentrico*». Ancora in tema M. MAZZAMUTTO, *L'atipicità delle fonti di diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 4/2015, pp. 683 e ss.; M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 436 e ss.

Da un lato, evidenziano che la coerenza dell'ordinamento non è una sua qualità indefettibile od un dogma, bensì un fine dello stesso, da raggiungersi nel suo momento applicativo<sup>5</sup>.

Dall'altro, danno la stura alla considerazione in forza della quale le antinomie normative, lungi dal rappresentare elementi eccezionali di ogni ordinamento giuridico, ne costituiscono, più realisticamente, un fattore ineliminabile, con la conseguente necessità di approntare gli interventi necessari alla loro elisione, al fine di garantirne i crismi della coerenza e completezza<sup>6</sup>.

Si pone pertanto il tema – prodromico alla presente trattazione – dell'individuazione del rilievo pratico delle antinomie giuridiche, ossia degli effetti immediati che derivano dalla presenza di precetti tra loro collidenti.

Con riferimento a questo profilo può evidenziarsi come la postulata inconciliabilità logica tra due precetti normativi produca, innanzitutto, l'incertezza per il consociato in merito al comportamento da ritenersi conforme ai dettami dell'ordinamento.

In secondo luogo, l'indeterminatezza della regola da applicarsi alla fattispecie concreta rappresenterà un ostacolo alla corretta esplicazione della funzione giurisdizionale<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> A. CELOTTO, *Fonti del diritto e antinomie*, Torino, Giapichelli, 2014, pp. 2 e ss.

<sup>6</sup> Osserva sul punto CRISAFULLI, in *Enciclopedia del Diritto, Fonti del diritto (dir. cost.)* [XVII, 1968], Giuffré su [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it), che «*se antinomie sono, dunque, possibili, (ed anzi, almeno nella evoluzione temporale dell'ordinamento, inevitabili), è pur vero d'altro lato che devono essere composte e risolte, affinché l'ordinamento sia veramente tale, come la parola esprime: ordine, sistema regolatore coerente ed unitario, e non coacervo informe di norme tra loro contrastanti*».

<sup>7</sup> G. GAVAZZI, *Delle antinomie*, Torino, 1959, pp. 111 e ss.

Le ipotesi appena richiamate sono ben descritte nella dicotomia, invalsa nella dottrina, che vede contrapporsi «*antinomie proeretiche*» ed «*antinomie dikastiche*»<sup>8</sup>.

Le brevi osservazioni svolte sono in grado di svelare il rilievo primario e trasversale del tema delle antinomie, che, di fatto, inerisce ad ogni settore dell'ordinamento giuridico.

Più specificamente, lo scopo della presente trattazione sarà, innanzitutto, quello di analizzare i fattori generatori delle antinomie normative tra il diritto europeo dei contratti pubblici e la relativa disciplina di attuazione nell'ordinamento interno; settore nel quale il fenomeno appare oggi non solo statisticamente ricorrente, ma anche idoneo a produrre significativi effetti sia sul piano giuridico che su quello economico.

Una volta delineati i contorni della tematica in discorso, si procederà alla disamina delle più recenti questioni interpretative che hanno animato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale e richiesto un intervento nomofilattico della Corte di Giustizia.

---

<sup>8</sup> Sul punto S. COLLOCA, *Antinomie proeretiche vs. antinomie dikastiche*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, LXXXVI n. 3, 2009, pp. 441–447. Segnatamente, le «*antinomie proeretiche*» (dal greco “prohairesis” ossia scelta) sono integrate nelle fattispecie in cui un medesimo comportamento è dall'ordinamento, contemporaneamente, imposto e vietato, risultando così impossibile per il consociato il rispetto di entrambi i precetti. Per converso, le «*antinomie dikastiche*» (dal greco “dikastés” ossia giudice) possono ricondursi ad una duplice manifestazione fenomenologica: l'ipotesi in cui un unico comportamento sia al contempo obbligatorio e facoltativo e quella in cui una medesima condotta sia vietata e consentita. Ne consegue che, mentre nelle antinomie proeretiche ciò che risulta impossibile è che l'*agens* possa rispettare entrambe le norme imposte dall'ordinamento, in quelle dikastiche «è impossibile per il giudice applicare entrambe le norme».

## 2. «Pluricentrismo interno».

Uno dei fattori di primario rilievo nella genesi delle antinomie in seno alla disciplina dei contratti pubblici<sup>9</sup> viene pacificamente individuato nella presenza, in *subiecta materia*, di una pluralità di fonti di normazione, di matrice sia interna<sup>10</sup> che sovranazionale<sup>11</sup>, che si combinano variamente tra di loro nella logica di ordinamenti multilivello.

---

<sup>9</sup> La stessa definizione della materia in disamina tramite l'utilizzo della endiadi “*contratti pubblici*” appare idonea a generare delle perplessità in dottrina. Vedasi sul punto F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, XII ed., pp. 1515 e ss., il quale afferma che l'espressione in commento rappresenta un «*ossimoro solo apparente*». Essa infatti appare in grado giustapporre al concetto di contratto, quale atto massimamente rappresentativo della autonomia privata, l'aggettivo pubblico, che «*evoca la negazione del diritto privato, il public power unilaterale*». L'Autore specifica tuttavia che l'aporia concettuale è pienamente superabile sol che si rammenti l'assunto, da ritenersi oramai come *ius receptum*, secondo cui la Pubblica Amministrazione gode di una duplice capacità giuridica, di diritto privato oltre che pubblico. Ciò appare inequivocabilmente attestato anche dal diritto positivo e, segnatamente, dagli artt. 1, co. 1 bis, 11 e 15 della L 241/90 e dall'art. 20 co. 4 lett. f) della L n. 50/1997. Vedasi pure A. BLASINI, *Principio di legalità e capacità di diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.2, 01.06.2018, pp. 399 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, V ed., Torino, 2016, pp. 509 e ss.; O. SEPE, *Enciclopedia del Diritto, Contratti della pubblica amministrazione [IX, 1961]*, Giuffrè, su [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>10</sup> Va opportunamente specificato come il fenomeno della sussistenza di più centri di produzione normativa appaia fortemente connotante il diritto nazionale dei contratti pubblici, così come definito nell'impianto originario del D.Lgs. 50/2016. Basti pensare al ruolo riconosciuto, all'interno di tale *corpus* normativo, alle linee guida dettate da ANAC, secondo il peculiare modello declinato dall'art. 1 co. 5 legge 11/2016. Saranno soprattutto i temi della legittimità di tali strumenti nell'ambito del sistema delle fonti nazionali e della loro

Queste ultime, in particolare, hanno segnato una profonda evoluzione del nostro ordinamento giuridico, imponendo un processo di continua «*revisione interpretativa*»<sup>12</sup> della disciplina di recepimento, teso a dare attuazione ai principi ed alle libertà fondamentali propugnate dai Trattati istitutivi e dalle fonti di diritto derivato.

Con maggior dettaglio esplicativo, può osservarsi come il periodo storico antecedente all'emanazione delle prime direttive di settore ed all'attuazione dell'ordinamento regionale voluto dal Costituente, fu connotato, per quanto

---

impugnabilità in sede giurisdizionale a destare non poche incertezze applicative da parte degli operatori del settore nei primi anni di applicazione del nuovo Codice.

Sul tema vedasi in dottrina, F. MARONE, *Le linee guida dell'autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 3, 01.09.2017, pp. 743 e ss.; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Diritto amministrativo*, 2016, pp. 273 e ss.; C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, su [www.giusamm.it](http://www.giusamm.it); F. CINTOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Diritto Processuale amministrativo*, fasc. 2/2017, pp. 381 e ss.

<sup>11</sup> Per una ricostruzione in termini generali del tema dei rapporti tra ordinamenti giuridici diversi vedasi N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, pp. 275 e ss., il quale definisce il fenomeno come «*pluralismo giuridico*», in contrapposizione alla visione totalizzante, fondata sull'idea di un unico ordinamento giuridico universale, che l'Autore denomina «*monismo giuridico*». Lo stesso specifica altresì che la ricostruzione kelseniana di un sistema di norme organizzate secondo una struttura piramidale appare astrattamente utilizzabile anche per delineare i rapporti tra ordinamento statale ed ordinamenti esterni ad esso. In particolare, potranno verificarsi tra gli stessi delle relazioni di «*coordinazione*» o di «*subordinazione*», con i conseguenti precipitati in merito al tema della produzione e risoluzione delle antinomie ordinamentali.

<sup>12</sup> L'espressione è utilizzata da R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, XI ed., 2017, p. 1302.

concerne la materia dei contratti pubblici, da un quadro normativo elementare, articolato su di un unico livello.

Quest'ultimo risultava integrato, essenzialmente, dalla legge generale di contabilità di Stato e dal relativo regolamento di attuazione<sup>13</sup>.

Per converso, la fase successiva vide la formazione di un apparato normativo multilivello, nel quale la potestà legislativa statale subì un progressivo processo di erosione, con la sottrazione di significativi spazi di normazione, sia dall'alto, da parte delle istituzioni unionali, che dal basso, a cagione della riconosciuta potestà legislativa accordata alle Regioni.

Come osservato da attenta dottrina, questo processo composito comporterà, sotto il profilo ricostruttivo dei rapporti tra i tre ordinamenti, *«una faticosa elaborazione sistematica, acuita dai processi di revisione normativa cui gli stessi vengono sottoposti nel tempo»*, nonché, nello specifico rapporto Stato-Regioni, delle *«gravi difficoltà di perimetrazione delle competenze normative di tali istituzioni»*<sup>14</sup>.

Il fenomeno in discorso viene efficacemente descritto dall'endiadi *«pluricentrismo normativo»*<sup>15</sup>; concetto che viene ulteriormente specificato nelle due declinazioni di *«pluricentrismo interno»* ed *«esterno»*.

Il primo descrive il processo di proliferazione dei centri di produzione normativa scaturente dalla frantumazione della potestà legislativa statale in favore di quella regionale.

---

<sup>13</sup> Contenuti, rispettivamente, nel R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 e nel R.D. 23 maggio 1924, n. 827.

<sup>14</sup> F. CAPPAL, *Le fonti normative dei contratti della pubblica amministrazione: uno sguardo d'insieme*, in Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.4, 01.04.2017, pp. 1138 e ss.

<sup>15</sup> R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2009, pp. 13 e ss.

Tale fattore assunse un notevole rilievo ordinamentale soprattutto a seguito della riforma del Titolo V, parte II della Costituzione ad opera della L. cost. 3 del 2001, che implementò in maniera significativa il perimetro esplicativo della potestà legislativa regionale rispetto al quadro normativo previgente, coinvolgendo anche la disciplina della contrattualistica pubblica<sup>16</sup>.

Si pose così, nel periodo immediatamente successivo alla novella del 2001, il delicato problema dei limiti entro cui le singole regioni avrebbero potuto “plasmare” le procedure ad evidenza pubblica<sup>17</sup> coinvolgenti interessi di tipo esclusivamente locale<sup>18</sup>, dando così attuazione agli obiettivi fissati dalle direttive di settore.

Va osservato come la questione ermeneutica che agitò dottrina e giurisprudenza vide, quale fattore presupposto, l’assenza, nel testo del novellato art. 117, Cost., di qualunque riferimento alla materia dei «*contratti pubblici*», sia tra quelle di competenza esclusiva statale, sia tra quelle a legislazione concorrente.

---

<sup>16</sup> Per una compiuta disamina delle rilevanti novità introdotte dalla novella vedasi S. M. CICCONE, *Le fonti del diritto italiano*, Torino, 2001, pp. 470 e ss.

<sup>17</sup> Le ragioni storiche del ricorso all’evidenza pubblica ed una tassonomia dei relativi procedimenti è fornita da M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Varese, 1981, pp. 463 e ss.

<sup>18</sup> In realtà, come osservato da R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Op. cit.*, pp. 1341 e ss., quella dei contratti pubblici di interesse regionale appare, già di per sé, categoria di incerta qualificazione, in quanto differentemente perimetrabile alla stregua del parametro, soggettivo od oggettivo, impiegato quale fattore di *discrimen*. Ed invero, sotto un profilo soggettivo, sono contratti di interesse regionale «*quelli riferibili alla Regione o all’ente sub-regionale in quanto committente, finanziatore o destinatario del contratto*»; per converso, in senso oggettivo, sono da intendersi come tali solo i contratti che si eseguono nell’ambito territoriale regionale.

A tale *vulnus* normativo si aggiunse l'ulteriore elemento di incertezza, legato alla sottrazione, dal novero delle materie a legislazione concorrente, della disciplina dei «*lavori pubblici di interesse regionale*», prevista invece nel testo dell'art. 117 Cost. *ante* riforma.

Le predette circostanze spinsero taluni ad identificare nell'espressione «*contratti pubblici*» una vera e propria materia, oggetto di potenziale normazione regionale.

Quest'ultima, inoltre, in funzione del disposto del riformulato comma 4 dell'art. 117 Cost., avrebbe dovuto annoverarsi tra quelle di competenza esclusiva regionale, laddove riferita a procedure ad evidenza pubblica di rilievo esclusivamente locale, risultando così esclusa anche dal perimetro applicativo della lettera e) del comma 2 del medesimo articolo<sup>19</sup>.

La *querelle*<sup>20</sup> trovò soluzione a seguito di alcuni importanti arresti della Consulta<sup>21</sup>, la quale negò recisamente l'accogliibilità dell'opzione ermeneutica

---

<sup>19</sup> Sul tema della interferenza tra la potestà esclusiva statale in tema di «*tutela della concorrenza*», ex art. 117 co. 2 lett. e) Cost. e potestà legislativa regionale (art. 117 commi 3 e 4 Cost.) vedasi P. DE PASQUALE, *La tutela della concorrenza tra Unione europea, Stato e Regioni nella giurisprudenza costituzionale*, in Dir. Un. Eur., fasc.1, 2005, pp. 99 e ss. Per una ricostruzione del concetto di «*tutela della concorrenza*» in senso al diritto unionale da parte della giurisprudenza costituzionale vedasi F. PIZZETTI, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma? - Osservazione a Corte cost. sent. n. 14 del 2004*, su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>20</sup> Vedasi in tema R. DE NICTOLIS, *Il contenzioso Stato – Regioni sul codice appalti davanti alla Corte Costituzionale*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>21</sup> Il riferimento è alle sentenze n. 303/2003 e n. 401/2007. Segnatamente, nel procedimento sotteso all'ultimo arresto, le regioni ricorrenti dedussero dinanzi al Giudice delle Leggi l'asserita violazione, da parte dell'art. 4, comma 3, del D.Lgs. n. 163 del 2006, delle prerogative loro riconosciute dall'art. 117 co. 5 Cost.

Il Legislatore, secondo la difesa delle istanti, «*non si sarebbe limitato a prevedere norme statali con esclusivo carattere suppletivo e cedevole*», invadendo così le competenze spettanti

appena descritta, sottolineando la necessità di individuare lo specifico oggetto dei contratti pubblici in rilievo, al fine di determinare, volta per volta, l'ascrivibilità della materia trattata alla potestà legislativa statale o regionale<sup>22</sup>.

Le predette conclusioni vennero inoltre puntualmente recepite dal Legislatore, dapprima, nell'art. 4 Codice degli Appalti<sup>23</sup> e, successivamente, nell'art. 2 del D.Lgs. n. 50/2016.

---

agli enti territoriali e precludendo agli stessi la libertà determinare, sotto una serie di profili, le modalità di svolgimento della procedura ad evidenza pubblica di rilievo esclusivamente locale. La Consulta, tuttavia, rigettò le predette deduzioni difensive e, nell'operare una demarcazione dei confini tra potestà normativa Statale e regionale, affermò il fondamentale principio secondo cui *«i lavori pubblici «non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono» e pertanto possono essere ascritti, di volta in volta, a potestà legislative statali o regionali (sentenza numero 303 del 2003). Non è, dunque, configurabile né una materia relativa ai lavori pubblici nazionali, né tantomeno un ambito materiale afferente al settore dei lavori pubblici di interesse regionale».*

<sup>22</sup>Vedasi, sul punto, R. BIN, *Alla ricerca della materia perduta*, su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>23</sup> La norma, rubricata *«Competenze legislative di Stato, regioni e province autonome»*, statuiva, al comma 2, che *«Relativamente alle materie oggetto di competenza concorrente, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano esercitano la potestà normativa nel rispetto dei principi fondamentali contenuti nelle norme del presente codice»*. La stessa inoltre indicava, nel successivo comma 3, una serie di materie che, in quanto ascrivibili alla potestà normativa statale, imponevano ai suddetti enti territoriali il divieto di derogare alle disposizioni del Codice degli Appalti. Si trattava, in particolare, della normazione afferente *«alla qualificazione e selezione dei concorrenti; alle procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; ai criteri di aggiudicazione; al subappalto; ai poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; alle attività di progettazione e ai piani di sicurezza; alla stipulazione e all'esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione*

La previsione normativa da ultimo citata prevede che le statuizioni contenute nel Codice dei contratti pubblici sono adottate in seno alla competenza esclusiva statale *«in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto»*, confermandosi altresì che le Regioni continuano ad esercitare la propria potestà legislativa *«nelle materie di competenza regionale ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione»*.

Dal quadro normativo e giurisprudenziale appena esposto deriva pertanto la potenziale capacità della legislazione regionale a generare delle antinomie nella materia dei contratti pubblici, sia rispetto alla normativa statale che a quella unionale di settore.

Possibilità quest'ultima il cui presupposto normativo è da individuarsi nella previsione del quinto comma dell'art. 117 Cost., che riserva a tali enti, nelle materie di propria competenza, i processi tesi *«all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea»*.

Tuttavia, non può sottacersi come l'effettiva possibilità che il prospettato contrasto risulti concretamente inverato appaia limitata, in forza dell'esegesi fornita dalla giurisprudenza della Consulta<sup>24</sup>, dalla riconducibilità della

---

*dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative; al contenzioso»*.

<sup>24</sup> Come chiaramente evidenziato dalla Consulta nella sentenza 401/2007, è soprattutto la materia della *«tutela della concorrenza»*, prevista dall'art. 117 comma 2 lett. e) Cost., ad apparire idonea a sottrarre ampi spazi di intervento alla legislazione regionale in merito alla definizione delle procedure ad evidenza pubblica. Ed invero, una volta acclarato che la tutela della concorrenza ha natura *«trasversale, non presentando i caratteri di una materia di estensione certa, ma quelli di «una funzione esercitabile sui più diversi oggetti»*, il Giudice delle Leggi evidenzia che, nello specifico settore degli appalti, essa pare assumere un rilievo assorbente, con l'effetto della *«prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte*

maggior parte degli istituti oggetto della normativa nazionale di recepimento alle materie della «*tutela della concorrenza*» e dell'«*ordinamento civile*», le quali, a mente dell'art. 117 co. 2 Cost. (e dell'art. 2 del D.Lgs. n. 50/2016), rimangono riservate alla potestà legislativa statale<sup>25 26</sup>.

---

*normativa*». Questa conclusione perentoria viene tuttavia temperata dalla stessa Corte, sostenendo la necessaria sottoposizione della legge statale concernente la materia in questione ad una duplice verifica del rispetto delle prerogative regionali: da un lato, l'oggetto della normazione dovrà risultare effettivamente ascrivibile alla tutela dei principi di concorrenza per il mercato o nel mercato; dall'altro, l'intervento legislativo statale dovrà comunque essere rispettoso dei canoni della proporzionalità e adeguatezza.

<sup>25</sup> Posizione critica in merito alla soluzione adottata dalla Consulta con sentenza 401/2007 circa i confini entro cui delimitare la potestà legislativa regionale in materia di contratti pubblici viene assunta da C. LOMBARDI, *Il diritto europeo e la trasversalità dell'intervento a tutela della concorrenza legittimano la disciplina statale dell'evidenza pubblica*, in Giur. cost., fasc.6, 2007, pp. 4569 e ss., secondo cui i problemi di individuazione delle rispettive sfere di competenza tra Stato e Regione «*paiono notevoli e di difficile soluzione*» e ciò in quanto la relativa soluzione viene devoluta «*ad un sindacato di costituzionalità condotto secondo parametri estremamente incerti nell'applicazione*».

<sup>26</sup> Va rammentato sul punto il Parere della Adunanza della Commissione Speciale del Consiglio di Stato n. 855/2016, avente ad oggetto lo schema di decreto legislativo recante "*Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*", ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n.11, il quale rileva che, nonostante l'esegesi restrittiva proposta dalla Consulta, residuerebbe ancora, con riferimento alla procedura ad evidenza pubblica, un duplice spazio di intervento per la potestà legislativa regionale. Segnatamente, si evidenzia che «*La prima modalità di esercizio della funzione legislativa regionale può avere valenza generale e riguardare la stessa regolazione delle procedure di scelta del contraente. La giurisprudenza costituzionale è costante nel ritenere che le Regioni, nell'esercizio delle loro competenze, possono anche disciplinare dette procedure purché gli effetti della regolamentazione siano indiretti e marginali e si tratti di normative pro-concorrenziali [Corte cost. n. 32 del 2015]*». Inoltre, si osserva, la stessa declaratoria di illegittimità costituzionale dell' 84, commi 2, 3 e 8, del D.Lgs. n. 163 del 2006, afferente alla disciplina della

## 2.2. «Pluricentrismo esterno».

Discorso di tutt'altro tenore riguarda invece il fenomeno del «*pluricentrismo normativo esterno*», definibile come l'incidenza, su determinati settori dell'ordinamento giuridico, della potestà normativa ascrivibile ad un soggetto diverso dal Legislatore nazionale, con la conseguente possibilità che ciò dia origine a precetti antinomici<sup>27</sup>.

Esso rappresenta, nell'attuale contesto storico-giuridico, uno dei fattori di primario rilievo nella genesi delle antinomie ordinamentali in seno alla disciplina dei contratti pubblici, vista la sussistenza, già a livello comunitario,

---

composizione delle commissioni aggiudicatrici, così come sancita dalla Consulta nella sentenza n. 401 del 2007, attesta la sussistenza di una seconda forma di esercizio della potestà legislativa regionale (residuale) sulla materia della "*organizzazione amministrativa*".

<sup>27</sup> Vedasi sul punto l'interessante analisi condotta da A. CELOTTO, *Op. cit.*, pp. 149 e ss. L'Autore, richiamando i tratti essenziali del dialogo intercorso tra la Corte costituzionale e la CGUE, non si limita a dare contezza dei rapporti tra ordinamento interno ed unionale, ma si fa carico della ricostruzione di una teoria generale delle antinomie tra i due sistemi, enucleando altresì i possibili criteri di risoluzione delle antinomie normative generate da questa peculiare relazione. Segnatamente, nell'evidenziare il costante percorso di "apertura" della Corte costituzionale verso il diritto dell'Unione, cita l'importante sentenza n. 389/1989, quale arresto dal quale trarre, seppur implicitamente, la possibilità di far ricorso ai tradizionali criteri solutori delle antinomie già in uso nell'ordinamento nazionale, ossia il criterio di specialità, quello cronologico, gerarchico e di competenza. Evidenzia, tuttavia, le aporie concettuali derivanti dalla strenua difesa, da parte della Corte costituzionale, di posizioni formalmente dualiste in un contesto normativo che implica l'applicazione di principi coerenti con un'impostazione eminentemente monista (tra cui, *in primis*, quello della efficacia diretta del diritto unionale). Circostanza quest'ultima che genera, inevitabilmente, delle criticità nell'applicazione degli ordinari canoni solutori delle antinomie, superabili, ad avviso dell'Autore, solo con una piena adesione al secondo modello ricostruttivo del sistema delle fonti.

di una pluralità di soggetti titolari della funzione legislativa e di una nutrita serie di strumenti utilizzati per la sua esplicazione.

Ad essa inoltre si affianca, in ambito nazionale, un'ipertrofica disciplina di attuazione<sup>28</sup>, scaturente, a sua volta, da molteplici fonti di produzione<sup>29</sup>.

Naturalmente esula dal contesto della presente trattazione la puntuale disamina del percorso evolutivo concernente i rapporti tra i due ordinamenti<sup>30</sup>,

---

<sup>28</sup> In tal senso giova rammentare l'insegnamento della dottrina prevalente, la quale evidenzia, seppur nella varietà delle ricostruzioni teoriche, le condizioni alla presenza delle quali possa procedersi alla ricognizione di un'antinomia derivante dalla interazione tra due distinti ordinamenti. Per N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, pp. 214 e ss., la sussistenza di un'antinomia è legata, di regola, alla presenza di due soli presupposti, rappresentati, rispettivamente, dall'appartenenza delle due norme allo stesso ordinamento e dall'esistenza, tra le stesse, di un medesimo ambito di validità. L'Autore precisa tuttavia che il problema dell'antinomia può anche riguardare un contrasto tra norme che derivano da due diversi ordinamenti, quando sussista tra di essi un rapporto di coordinazione o subordinazione.

<sup>29</sup> Con riferimento all'ordinamento interno va tuttavia specificato che il concetto di pluralità delle fonti non è sinonimo di atipicità. La dottrina prevalente appare infatti proclive a riconoscere che il sistema delle fonti del diritto italiano sia di tipo tendenzialmente chiuso, ossia connotato da una specifica individuazione delle stesse da parte di altre norme, quali la Costituzione, le disposizioni preliminari al Codice Civile, l'art. 17 della L 400/88, etc. Vedasi in tal senso L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, pp. 34 e ss., pp. 348 e ss., il quale specifica, tra l'altro, che il sistema delle fonti è da intendersi «chiuso» solo con riferimento a quelle di livello primario.

<sup>30</sup> Va rammentato che la tesi secondo cui l'ordinamento comunitario rappresenterebbe un'entità completa ed autonoma rispetto agli ordinamenti dei singoli Stati membri fu per la prima volta sostenuta dalla Corte di Giustizia nel noto arresto Van Gend & Loos, in cui affermò che l'Unione «costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati membri hanno rinunciato, seppure in settori limitati, ai loro poteri sovrani ed al quale sono soggetti non soltanto gli Stati membri, ma pure i loro cittadini».

risultando sufficiente ricordare in questa sede come il parziale superamento della tesi «*dualista*», perveracemente sostenuta dalla Consulta nel dialogo con la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, passi recentemente per l'adesione della prima ad una ricostruzione sostanzialmente «*monista*»<sup>31</sup>, con riconoscimento, in capo al Giudice delle Leggi, di una diretta partecipazione alla creazione dello *ius commune*, in coerenza con le scelte operate da altri giudici costituzionali degli Stati membri<sup>32</sup>.

Ciò che appare utile rilevare è che il sistema delle fonti unionali codifica espressamente all'art. 291 del TFUE<sup>33</sup> un principio generale di «*policentrismo*

---

<sup>31</sup> Sul punto appare illuminante l'ordinanza n. 103 del 2008 nella quale la Consulta, operando per la prima volta un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ammette che «*ratificando i Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte dell'ordinamento comunitario, e cioè di un ordinamento giuridico autonomo, integrato e coordinato con quello interno, ed ha contestualmente trasferito, in base all'art. 11 Cost., l'esercizio di poteri anche normativi (statali, regionali o delle Province autonome) nei settori definiti dai Trattati medesimi*».

<sup>32</sup> Ciò avviene soprattutto con il riconoscimento da parte della Consulta della propria qualità di «*giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 234, terzo paragrafo, del Trattato CE*», con la consequenziale affermazione della possibilità di sollevare rinvio pregiudiziale dinanzi alla CGUE. Sulla questione vedasi i contributi di S. BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); L. PESOLE, *La Corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n.103 del 2008*, su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); T. GIOVANNETTI, *L'ultimo passo del "cammino comunitario" conduce la Corte a Lussemburgo*, su [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

<sup>33</sup> La norma, al comma 1, statuisce che «*Gli Stati membri adottano tutte le misure di diritto interno necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione*», precisando, al comma successivo, che «*Allorché sono necessarie condizioni uniformi di esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione, questi conferiscono competenze di esecuzione alla Commissione o, in casi specifici debitamente motivati e nelle circostanze previste agli articoli 24 e 26 del trattato sull'Unione europea, al Consiglio*».

*di esecuzione» del diritto comune, in cui, accanto all'attribuzione alla Commissione di un primo livello attuativo (necessario per garantire massima uniformità in seno a specifiche iniziative), si affianca il riconoscimento, in capo agli Stati membri, di una essenziale funzione «nell'attuazione differenziata delle norme europee»<sup>34</sup>.*

Ma è proprio nell'attribuzione di questo margine di discrezionalità nella definizione della normativa nazionale di recepimento e, più in generale, nelle caratteristiche precipue dello strumento normativo prescelto dal Legislatore europeo per l'armonizzazione delle discipline di settore (la direttiva) che si annida il germe delle antinomie più rilevanti in materia.

Fatti tali cenni introduttivi al tema in disamina, sarà pertanto opportuno delineare i tratti essenziali del diritto europeo dei contratti pubblici, per come diacronicamente evolutosi negli ultimi decenni, ed i fattori che, nella sua interazione con l'ordinamento nazionale, sono in grado di alimentare quel continuo fenomeno di proliferazione di antinomie normative cui oggi si assiste.

### ***3. Il quadro normativo unionale. L'uso della direttiva quale strumento di armonizzazione ed i suoi precipitati in merito alla proliferazione di antinomie ordinamentali.***

L'intervento del Legislatore unionale, teso a disciplinare la materia dei contratti pubblici, scaturì storicamente da un duplice ordine di fattori: da un lato, l'enorme rilievo economico assunto dal fenomeno<sup>35</sup>; dall'altro, la volontà

---

<sup>34</sup> G. VOSA, "Nuovi elementi essenziali", ovvero del posto della normativa delegata nella sistematica delle fonti del diritto europeo, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.3-4, 2014, pp. 681 e ss.

<sup>35</sup> Attualmente stimato in oltre il 15% del PIL degli Stati membri.

di garantire, tramite un processo di armonizzazione, un mercato aperto, fondato sul rispetto di regole comuni, ritenute essenziali alla tutela della libera concorrenza<sup>36</sup> e della *par condicio* tra gli operatori economici.

Vista l'assenza, nel testo originario dei Trattati istitutivi, di una specifica competenza in tal senso, il fondamento teorico del processo di creazione di uno *ius commune europeorum* venne rinvenuto negli stessi principi generali propugnati dal Trattato di Roma<sup>37</sup>, tra i quali, in particolare, il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità, i divieti di apposizione di limiti alle importazioni ed alle esportazioni, il diritto di stabilimento, la libertà di prestazione dei servizi, il divieto di misure restrittive della concorrenza<sup>38</sup>.

La tutela di tali valori condusse ad una prima fase di armonizzazione delle discipline nazionali, invertevasi con le direttive degli anni '70 e della prima

---

<sup>36</sup> A. POLICE, *Tutela della concorrenza e dei pubblici poteri: profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007, pp. 253 e ss.

Sul concetto di concorrenza, quale fattore nevralgico nella disciplina dettata dalle direttive 2014/23/24/25/UE e sulla distinzione tra i concetti di «macro concorrenza» e «micro concorrenza», intesi quali precipitati della disciplina unionale delle procedure ad evidenza pubblica, si veda M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.1, 01.06.2016, pp. 71 e ss.

<sup>37</sup> Per una disamina completa dei predetti principi e delle varie declinazioni con cui vengono concepiti in seno all'ordinamento unionale vedasi R. DENICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Bologna, 2017, pp. 25 e ss.

<sup>38</sup> Si rammenti che, in una fase successiva, fu il testo dell'art. 130 (attuale art. 163) del Trattato di Roma a conferire un substrato di diritto positivo all'intervento comunitario in materia, finalizzato a favorire lo sviluppo della competitività internazionale dell'Unione grazie «all'apertura degli appalti pubblici nazionali».

metà degli anni '80 del secolo scorso (cosiddette “*direttive di prima generazione*”) <sup>39</sup>.

Come osservato dalla dottrina, essa fu connotata da un «*approccio essenzialmente “negativo”*» <sup>40</sup>, ossia teso, precipuamente, a garantire il rispetto delle quattro libertà fondamentali riconosciute dal Trattato avverso qualsiasi limitazione localistica al loro riconoscimento.

È facilmente intuibile, pertanto, che, in presenza di un quadro normativo di tal guisa, le antinomie tra diritto unionale e disciplina nazionale di recepimento registratesi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia ebbero ad oggetto in questa fase, in via pressoché esclusiva, l'eliminazione dei pregressi vincoli, esistenti negli ordinamenti degli Stati membri, al libero dispiegarsi dei meccanismi concorrenziali tra operatori economici <sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Possono ricordarsi, in particolare: le direttive 71/305 e 72/277, relative all'affidamento di appalti pubblici di lavori per un importo superiore al miliardo di lire; le direttive 77/62, 80/767, 88/295, relative ad appalti pubblici di forniture.

<sup>40</sup> M. A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. I, Milano, 2008, pp. 8 e ss.

<sup>41</sup> Emblematica la sentenza della Corte di Giustizia del 10/02/1982, C- 76/81, avente ad oggetto la libertà di prestazione di servizi nello spazio giuridico europeo, secondo cui «*La Direttiva 71/305 va interpretata nel senso che essa osta a che uno Stato membro possa pretendere da un offerente con sede in altro Stato membro la prova del fatto che egli soddisfa le condizioni relative alla sua buona reputazione ed alla sua qualificazione professionale di cui agli artt. 23-26 della Direttiva con mezzi, quali l'autorizzazione di stabilimento, diversi da quelli enunciati in tali disposizioni. Quando, ad avviso dell'amministrazione aggiudicatrice, le offerte di un concorrente sono manifestamente anormalmente basse rispetto alle prestazioni da fornire, la direttiva 71/305 obbliga detta amministrazione, prima di decidere sull'aggiudicazione dell'appalto, ad invitare l'offerente a fornire una giustificazione delle offerte di prezzo oppure ad informarlo di quali offerte siano anormali, concedendogli un termine congruo per presentare precisazioni complementari*».

A partire dalla seconda metà degli anni '80 e sino alle recenti direttive del 2014, tuttavia, l'approccio del Legislatore unionale si presentò come sempre più "pervasivo"<sup>42</sup> degli spazi di normazione potenzialmente ascrivibili agli Stati membri in tema di contrattualistica pubblica, investendone sincronicamente molteplici istituti<sup>43</sup>.

Tale scelta fu criticata dalla dottrina, la quale evidenziò l'aporia concettuale insita nel ricorso allo strumento della direttiva per giungere ad un processo di armonizzazione delle discipline nazionali in tema di *public procurement*, salvo poi definirne il contenuto in maniera eccessivamente preclusiva delle altrui

---

<sup>42</sup> Può evidenziarsi sul punto che gli stessi obiettivi perseguiti dal Legislatore unionale siano stati oggetto di un progressivo fenomeno di ampliamento, scandito dal passaggio dalla semplice difesa delle libertà fondamentali, prevista nei Trattati istitutivi, fino alla tutela di una pluralità di beni-valori di rilievo sociale. In questo ordine di idee va letto il Considerando n. 2 della Direttiva 2014/24/UE, nel quale si asserisce che la disciplina degli appalti pubblici svolge un ruolo essenziale nella Strategia Europa 2020 al fine di determinare una «*crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*», affermandosi altresì la necessità di una rimediazione della pregressa normativa «*in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale*».

<sup>43</sup> Basti pensare alle novità arrecate dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE in materia di disciplina delle procedure ad evidenza pubblica, con l'introduzione di nuovi meccanismi di gara - quali il dialogo competitivo, il sistema dinamico di acquisizione, l'uso di strumenti informatici per comunicazioni e pubblicazioni - del tutto ignoti all'ordinamento nazionale.

Si rammentino, altresì, le rilevanti implicazioni afferenti alla nuova perimetrazione dei soggetti da ritenersi equiparati alla Pubblica amministrazione al fine di considerarli amministrazioni aggiudicatrici, quali gli organismi di diritto pubblico e le società *in house*.

In tema R. GAROFOLI - M.A. SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005.

prerogative, producendo così un fenomeno di sostanziale «*snaturamento della fonte*»<sup>44</sup>.

Ma ciò che rileva ai fini della presente disamina non è tanto l'invasione da parte del Legislatore sovranazionale di spazi che, in una visione ortodossa del sistema dei rapporti tra i due ordinamenti, andrebbero riservati alla discrezionalità di quello nazionale, bensì che tale atteggiamento determinò, inevitabilmente, due fenomeni paralleli.

Da un lato si assisté alla speculare riduzione del perimetro entro il quale i singoli Stati avrebbero potuto normare liberamente la materia dei contratti pubblici.

---

<sup>44</sup> R. DE NICTOLIS, *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in cui l'Autrice evidenzia altresì che questa scelta da parte del Legislatore sovranazionale avrebbe potuto condurre, più coerentemente, all'adozione di regolamenti europei, con il triplice vantaggio della creazione di «*norme identiche e contestuali in tutti gli Stati membri*», «*di minori costi del processo legislativo*», nonché di «*tempi più rapidi di armonizzazione*».

Sotto l'ulteriore, connesso profilo, dell'equilibrio tra la volontà del diritto unionale di riconoscere maggiori spazi alla discrezionalità delle amministrazioni coinvolte nelle procedure ad evidenza pubblica e l'utilizzo di una normazione sempre più dettagliata in merito allo svolgimento delle stesse, al fine di tutelare l'interesse ad un corretto utilizzo delle risorse pubbliche, vedasi G. MARCHIANO', *La regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'amministrazione*, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc.1, 2016. L'Autrice sostiene che la particolare analiticità della disciplina comunitaria appare preordinata ad evitare che le stazioni appaltanti «*distolgano il pubblico denaro dalla finalità di realizzazione di un interesse pubblico*». Osserva altresì che tale tecnica legislativa genera inevitabilmente un incremento di oneri diretti ed indiretti, dovuti agli aggravamenti procedurali imposti alle amministrazioni aggiudicatrici rispetto a procedure più flessibili; costi che solo un massiccio uso delle tecnologie informatiche potrebbe minimizzare.

Dall'altro vi fu, contestualmente, un significativo incremento della produzione normativa di recepimento e, quindi, una moltiplicazione dei casi concreti nei quali avrebbe potuto comunque esplicarsi una discrezionalità dello Stato membro sul *come* dare attuazione ai principi imposti dal diritto unionale<sup>45</sup>.

È facilmente intuibile che questa seconda circostanza diede la stura a quel processo di proliferazione delle antinomie ordinamentali che ancora oggi occupa costantemente, in una relazione dialogica di tipo trilaterale, la giurisprudenza amministrativa, quella della Consulta e, naturalmente, quella della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

---

<sup>45</sup> Va specificato che il *come* cui si fa riferimento va inteso nel duplice significato di libertà da parte del Legislatore nazionale sia nell'individuazione della concreta *regula iuris* da adottare per la perimetrazione degli istituti in rilievo, sia nella scelta della fonte normativa da impiegare. Su quest'ultimo punto vedasi inoltre M. P. CHITI - G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Roma, 2007, Tomo I, pp. 156 ss., i quali sottolineano la sostanziale irrilevanza per il diritto comunitario dello strumento normativo prescelto ai fini del recepimento. Avvertono tuttavia gli Autori della sussistenza di svariate ipotesi nelle quali si assiste ad un'inevitabile dequotazione della discrezionalità normalmente attribuita al Legislatore nazionale. Segnatamente, ciò avviene nei casi di ottemperanza ad obblighi di *stand still*, o, ancora, nelle ipotesi in cui, secondo il disposto dell'art. 249 Trattato CE, l'uso di una certa modalità sia imposto dall'esigenza di garantire «*piena efficacia alle direttive, conformemente allo scopo che esse perseguono*».

In tema vedasi anche C. DEODATO, *L'attuazione normativa del codice dei contratti pubblici: configurazione giuridica, struttura e questioni applicative*, in *Foro Amministrativo* (II), fasc.9, 01.12.2018, pp. 1559 e ss.

### ***3.1. Le diverse forme di manifestazione del fenomeno.***

Analizzati i tratti essenziali del fenomeno, appare opportuna una scansione delle sue concrete manifestazioni fenomeniche in seno all'ordinamento nazionale.

Possono a tal fine distinguersi:

- a) Antinomie «*teleologiche*»;
- b) Antinomie «*di principi*»;
- c) Antinomie «*tecniche*»;
- d) Antinomie scaturenti da una superfetazione normativa (*id est*: da violazione del divieto di *goldplating*).

Su di un piano ricostruttivo va preliminarmente evidenziato come le prime tre ipotesi vengano generalmente ricondotte dalla dottrina ad una comune categoria, quella delle cosiddette «*antinomie improprie*»<sup>46</sup>.

Quest'ultima rappresenta, a sua volta, il precipitato della fondamentale distinzione che vede contrapposte, in chiave dicotomica, le antinomie che hanno quale loro sostrato logico-giuridico una «*incompatibilità logica*» (definite «*antinomie in senso proprio*» o «*propriamente dette*») e quelle «*non derivanti da incompatibilità logica*» (appunto definite come «*antinomie improprie*»)<sup>47</sup>.

Segnatamente, la prima categoria verrebbe integrata in tutte le ipotesi nelle quali due norme disciplinano una fattispecie astratta in modo tra di loro incompatibile.

---

<sup>46</sup> N. BOBBIO, in *Teoria generale cit.*, p. 216.

<sup>47</sup> K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, pp.255 e ss.

La seconda tipizzazione, per converso, ricomprenderebbe tutte le ipotesi nelle quali il contrasto tra precetti non è diretto, bensì *mediato*, in quanto rinvenibile su di un piano differente rispetto a quello della pura e semplice collisione delle norme regolatrici della fattispecie concreta.

Quest'ultimo infatti risulterà inerente: al profilo delle finalità perseguite, nelle antinomie «*teleologiche*»; ai diversi beni-valori tutelati, nelle antinomie «*di principi*»; ed, infine, alla differente estensione semantica riconosciuta ai termini adoperati, per quanto concerne le antinomie «*tecniche*»<sup>48</sup>.

Con maggior dettaglio esplicativo, può affermarsi che le antinomie dovute ad «*incompatibilità teleologica*» sono quelle che vedono l'esistenza di due precetti che, seppur astrattamente coerenti, saranno idonei a determinare, nella loro applicazione concreta, risultati antitetici<sup>49</sup>.

Trattasi di ipotesi ricorrente nella disciplina dei contratti pubblici.

---

<sup>48</sup> Va tuttavia specificato come l'utilizzo di tale terminologia non sia unanimemente condiviso dalla dottrina, riscontrandosi delle differenze anche sostanziali nella classificazione del fenomeno. Vedasi su tutte F. MODUGNO, *Enciclopedia del Diritto, Ordinamento giuridico (dottrine generali)* [XXX, 1980], Milano, Giuffrè su [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it), il quale, riprendendo la tripartizione di A. ROSS, *On Law and Justice*, 1958, che distingue tra incompatibilità «*totali-parziali*», «*parziali-parziali*» e «*totali-totali*», afferma che solo l'ultima ipotesi rappresenta vera e propria antinomia, risolvendosi le prime due (definite appunto come «*improprie*») «*nell'attività interpretativa necessaria ad enucleare o ad individuare le norme*». In generale, per una compiuta disamina, si rinvia a P. CHIASSONI, *Materiali per una teoria delle antinomie*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Fascicolo 1, giugno 2006.

<sup>49</sup> L'esempio tipico è quello di una norma che, per favorire il raggiungimento di un fine auspicato, quale l'incremento della capacità di spesa in capo ad alcune categorie di consociati, preveda l'erogazione di determinate risorse pubbliche a loro favore, alla quale si affianchi la disposizione, coesistente rispetto alla prima, che, al fine di reperire i necessari mezzi finanziari, comporti un incremento della esazione fiscale a danno dei medesimi soggetti.

Basti pensare al recentissimo arresto della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. IV, 19 giugno 2019, 41/18, *Meca Srl*, che ne costituisce esempio paradigmatico, dovuto alle peculiari modalità con cui l'ordinamento nazionale e comunitario interagiscono, non sempre in senso consonante, per la creazione di un diritto comune.

In chiave sinottica, e con riserva di un maggior approfondimento nella seconda parte della presente trattazione, può osservarsi come nella fattispecie in questione la direttiva ponga, tra le finalità da perseguirsi tramite la normativa nazionale di recepimento, quella di garantire all'amministrazione aggiudicatrice un potere valutativo in merito alla affidabilità del concorrente, con la facoltà di *«escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, per esempio a causa di violazioni di obblighi ambientali o sociali...o di altre forme di grave violazione dei doveri professionali, come le violazioni di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale»*<sup>50</sup>.

Evidente è la *ratio* della disposizione, che è quella di mantenere in capo al soggetto aggiudicatore un certo margine di valutazione nella delibazione di quei fattori che, pur potendo apparire rilevanti ai fini della esclusione di un concorrente, non avrebbero potuto essere analiticamente codificati dal Legislatore e richiedono, per converso, una specifica valutazione in seno alla fattispecie concreta<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Considerando n. 101 della Direttiva.

<sup>51</sup> P. CERBO, *Le valutazioni riservate dell'amministrazione sull'affidabilità del concorrente negli appalti pubblici*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 3, 01.09.2020, pag. 739, sottolinea come, accanto ad ipotesi di esclusione del concorrente perentoriamente statuite dalla disciplina in tema di contratti pubblici ed oggettivamente valutabili da parte della stazione appaltante,

Si esporrà come l'attuazione del suesposto principio avvenne tramite il disposto dell'art. 80 co. 5 lett. c)<sup>52</sup> Codice dei contratti pubblici, che, in via generale, statui una *regula iuris* apparentemente coerente con i *desiderata* del Legislatore unionale.

Nonostante ciò, la predetta disposizione generò un'antinomia teleologica, in forza di quella esegesi giurisprudenziale secondo cui la riconosciuta facoltà di esclusione in capo all'amministrazione aggiudicatrice del concorrente escluso a cagione del pregresso grave illecito professionale, dovrebbe considerarsi preclusa laddove quest'ultimo avesse impugnato la precedente risoluzione in un procedimento giudiziale ancora pendente.

---

sussistano dei casi che impongono la necessità «*dell'intermediazione di un momento valutativo*».

<sup>52</sup> Lo stesso, nel testo originario del Codice dei Contratti pubblici, oggetto del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, statuire che: «*Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora:*

...

*c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione; ».*

L'ipotesi in disamina rappresenta, plasticamente, come l' "innesto" del diritto unionale all'interno dell'ordinamento nazionale sia operazione complessa e dagli esiti non scontati, in grado di produrre antinomie teleologiche nonostante l'astratta coerenza dei precetti coinvolti.

L'origine di queste ultime, si ritiene, debba ascrivarsi, essenzialmente, ai peculiari meccanismi d'interazione tra i due sistemi normativi, che, seppur coordinati, non sempre si dimostrano pienamente compatibili.

Per quanto afferisce al tema delle antinomie «*di principi*», va osservato come tale locuzione venga utilizzata per identificare quelle discrasie generate dalla contemporanea sussistenza di valori che, egualmente rilevanti per l'ordinamento giuridico, si collocano in posizione di parziale antagonismo e la cui tutela impone necessariamente degli opportuni bilanciamenti.

Basti pensare, in via generale, al rapporto tra sicurezza e libertà, tra tutela della salute e salvaguardia degli equilibri di bilancio.

Trattasi di una categoria che trova ampi spazi applicativi anche in seno alla disciplina dei contratti pubblici, nella quale l'uso dello strumento della direttiva consente al Legislatore nazionale, nel plasmare le fasi della procedura di gara, di privilegiare la tutela di determinati beni-valori a scapito di altri, con una scelta che potrà successivamente essere ritenuta comunitariamente illegittima.

Tutto ciò a cagione dell'assenza, sotto il profilo assiologico, di una specifica graduazione tra gli stessi beni in conflitto da parte del diritto sovranazionale<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> Va altresì sottolineato che il fenomeno in oggetto tende ad amplificarsi a cagione della scelta, operata dal Legislatore sovranazionale con le Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, di ampliare il novero dei valori da tutelare in sede di disciplina delle procedure di *public procurement*, inserendovi beni di rilievo sociale, quali la salute, l'ambiente, il patrimonio culturale, lo sviluppo sostenibile. Tale scelta fu preceduta dalle indicazioni contenute nel Libro Verde del 2011 «*Sulla modernizzazione della politica della UE in materia*

Al tema possono ricondursi le note questioni legate al bilanciamento tra *favor participationis* e *par condicio competitorum* rispetto all'ammissibilità del soccorso istruttorio<sup>54</sup> o, ancora, la recentissima *querelle* interpretativa – cui è sotteso il delicato equilibrio tra *favor participationis* e tutela dell'economia nazionale riguardo ai tentativi di infiltrazione mafiosa - scrutinata da Corte di Giustizia U.E., Sezione Quinta, 26 settembre 2019, C-63/18, che verrà esaminata nell'ultima parte delle presente trattazione.

---

*di appalti pubblici*», nel quale si sottolineava la necessità che «*i committenti facciano un maggiore uso degli appalti pubblici a sostegno degli obiettivi sociali comuni: fra questi la tutela dell'ambiente, una maggiore efficienza energetica e sotto il profilo delle risorse, la lotta contro i cambiamenti climatici, la promozione dell'innovazione e dell'inclusione sociale e infine la garanzia delle migliori condizioni possibili per la fornitura di servizi di elevata qualità*». In tema vedasi in dottrina L. VENTURA, *Public procurement e sostenibilità. convergenze trasversali dei sistemi giuridici contemporanei*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc.1, 01.03.2020, pag. 243.

<sup>54</sup> Per una disamina dell'istituto e delle questioni afferenti alla sua evoluzione diacronica vedasi F.SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il «correttivo»*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.1, 01.03.2019, pp. 3 e ss., in cui l'Autore mette bene in evidenza la duplice efficacia esplicita dallo stesso. Se per un verso esso trova la sua massima portata applicativa nei procedimenti amministrativi di natura non comparativa, subisce tuttavia un'importante dequotazione, in ossequio al principio della *par condicio competitorum*, in seno alle procedure ad evidenza pubblica, imponendosi in tali contesti un «*delicato bilanciamento tra i contrapposti interessi, bilanciamento che la giurisprudenza ha sovente operato avvalendosi della distinzione tra regolarizzazione, generalmente ammessa, ed integrazione documentale, viceversa esclusa in quanto comportante un vulnus del principio di parità di trattamento tra i concorrenti*».

Sempre in tema vedasi E. FREDIANI, *Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 3, 01.09.2018, pp. 623 e ss.

Categoria del tutto peculiare è infine quella delle cosiddette antinomie «tecniche»<sup>55</sup>, consistenti nell'uso polivalente ed incoerente che dello stesso lemma si faccia in due rami distinti dell'ordinamento giuridico, piuttosto che nel rapporto tra normazione generale e settoriale o, ancora, con specifico rilievo per la presente analisi, tra ordinamento nazionale e sovranazionale.

Trattasi di tipizzazione che trova una specifica giustificazione logica nella disciplina dei contratti pubblici, nella quale, l'esistenza di diversi attori nella fase di elaborazione di principi e regole comuni in seno all'ordinamento sovranazionale (Parlamento, Consiglio dell'Unione Europea, Commissione, Corte di Giustizia) si associa alla doverosità della loro attuazione da parte di un soggetto terzo (il Legislatore nazionale e le stesse Amministrazioni), all'interno di un differente "ecosistema" giuridico.

Più in generale, può osservarsi come le dinamiche dell'odierno «*diritto amministrativo globale*» si esplicano nell'ambito di un rapporto triadico tra il regolatore sovranazionale, le amministrazioni domestiche ed i singoli Stati sovrani, che spesso comporta una vera e propria «*intrusione di regole globali nelle amministrazioni nazionali*»<sup>56</sup>, con le connesse difficoltà applicative.

Sotto il profilo delle qualità della normazione, lo stesso Consiglio di Stato ha ammesso come l'uso, nell'ambito della disciplina di attuazione delle tre direttive del 2014, del medesimo linguaggio adoperato dal Legislatore unionale, generi inevitabilmente delle incertezze ermeneutiche, le quali,

---

<sup>55</sup> K. ENGISCH, *Op. cit.*, pp. 258 e ss.

<sup>56</sup> V. S. CASSESE, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, n. 3, pp. 657 ss.

tuttavia, rappresentano un «*inevitabile tributo al recepimento puntuale delle direttive*»<sup>57</sup>.

Quest'ultime, inoltre, sottolinea il supremo consesso amministrativo, scontano esse stesse un certo tasso di ambiguità, dovuto ad una tecnica redazionale tendente alla creazione di istituti che «*coniugano e mediano tra le diverse tradizioni giuridiche dei Paesi membri*».

Come osservato da attenta dottrina, l'uso di una tale *modus operandi* fa sì che le direttive di settore diano origine ad «*istituti ibridi*», i quali, a loro volta, «*subiscono un'ulteriore ibridazione quando si innestano nei preesistenti tessuti nazionali*»<sup>58</sup>.

Quello in disamina appare pertanto un tema complesso, che involge considerazioni ben più ampie rispetto all'analisi relativa a profili di semplice *drafting* formale, benché quest'ultimo aspetto, nel corso degli anni, abbia ampiamente polarizzato l'attenzione delle istituzioni unionali<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Parere della Adunanza della Commissione Speciale del Consiglio di Stato n. 855/2016, avente ad oggetto Schema di decreto legislativo recante "*Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*", ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n. 11, paragrafo 11.e).11.

<sup>58</sup> R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti cit.*, p. LXXXII.

<sup>59</sup> Solo in via cursoria possono annoverarsi alcune delle numerose iniziative registratesi in seno all'ordinamento unionale al fine di addivenire a più elevati *standard* redazionali nella produzione del diritto comune. Segnatamente, può rammentarsi che già nel 1963 veniva elaborato dal Consiglio il primo "*formulario*" del atti comunitari, successivamente soggetto a plurimi aggiornamenti e revisioni; sono state elaborate, a seguito di un Accordo inter-istituzionale tra Parlamento, Consiglio e Commissione europea del 22 dicembre 1998, apposite direttive afferenti la qualità della normazione comunitaria; un ulteriore Accordo inter-istituzionale (denominato *Legiferare meglio - The Inter-institutional Agreement on Better Law-Making - IIA*) tra le medesime autorità è intervenuto nel 2003; nel 2007 la Commissione presentava l'*Action Programme for Reducing Administrative Burdens in the European Union -*

Le osservazioni rassegnate, a parere di chi scrive, evidenziano inequivocabilmente come la tecnica di recepimento tramite il cosiddetto «*copy out*», sebbene possa apparire, ad un'analisi superficiale, un rimedio infallibile contro il rischio di un'erronea trasposizione della disciplina comune<sup>60</sup>, dissimuli, per converso, delle imprevedibili criticità.

A ben vedere, tuttavia, queste ultime non rappresentano altro che il fisiologico precipitato della trasposizione nel diritto interno di istituti e principi, che, proprio perché originati dalla *sintesi* di tradizioni giuridiche diverse, maturate in un contesto assiologico (almeno parzialmente) difforme, non sempre riescono a trovare coerente collocazione in seno al nostro ordinamento giuridico.

### **3.2. Il divieto di *goldplating*.**

Una peculiare forma di antinomia in materia di contratti pubblici è quella derivante dal ricorso, nella disciplina di attuazione, alla pratica del *goldplating*.

---

*ABR Plus*, per la riduzione degli oneri amministrativi in Europa; la Comunicazione (COM 2012 746) con la quale la Commissione istituiva il “*Programma di controllo dell'adeguatezza e dell'efficacia della regolamentazione (Regulatory Fitness and Performance Programme - REFIT)*”, con lo scopo di monitorare l'effettiva capacità della normativa unionale di eliminare gli oneri amministrativi superflui; la Comunicazione 19 maggio 2015, COM (2015 215), “*Better regulation for better results — An EU agenda*”.

<sup>60</sup> Con una congerie di vantaggi, sintetizzati, in chiave sinottica, da F. SCIAUDONE, *Le nuove direttive ed il loro recepimento: dal gold plating al copy out*, reperibile sul portale [www.igitalia.it](http://www.igitalia.it).

Quest'ultima viene efficacemente descritta<sup>61</sup> come quella tecnica di recepimento delle direttive comunitarie che comporta una sovra-normazione rispetto a quanto richiesto («*which goes beyond what is required by that legislation*») e che, sebbene non illecita, rappresenta comunque una cattiva pratica, foriera di sprechi nell'utilizzo di risorse pubbliche («*If not illegal, 'gold plating' is usually presented as a bad practice because it imposes costs that could have been avoided*»).

Invero, anche questa definizione, nonostante l'autorevole provenienza, appare superata sia nel contesto normativo unionale che nazionale<sup>62</sup>, nel quale è stato coniato un vero e proprio divieto di *goldplating*<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Vedasi in tal senso il report *'Gold-plating' in the EAFRD: To what extent do national rules unnecessarily add to complexity and, as a result, increase the risk of errors?*, 2014, elaborato, su richiesta del Parlamento Europeo, dalla Direzione Generale per le politiche interne e reperibile sul portale dell'Ufficio Pubblicazioni dell'Unione europea all'indirizzo web <https://op.europa.eu>.

Si confronti pure la Raccomandazione della Commissione riguardante il recepimento in diritto nazionale delle direttive che incidono sul mercato interno SEC/2004/0918 def., nella quale si invitano gli Stati membri (raccomandazione n. 6) ad «*astenersi dall'aggiungere, negli atti nazionali d'attuazione, condizioni o prescrizioni non necessarie per recepire la direttiva di cui trattasi quando tali condizioni o prescrizioni sono atte ad ostacolare il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dalla direttiva*».

<sup>62</sup> Per una disamina del fenomeno vedasi in dottrina P. MANTINI, *Divieto di gold plating e semplificazione normativa nel recepimento delle direttive sugli appalti e concessioni*, relazione al Convegno organizzato dall'Università Bocconi, Le nuove Direttive appalti e il loro recepimento, 14 marzo 2015, disponibile all'indirizzo web [www.osservatorioappalti.unitn.it](http://www.osservatorioappalti.unitn.it).

<sup>63</sup> Lo stesso è stato introdotto nel nostro ordinamento in via generale dall'art. 15, comma 2, lettera b), della legge 12 novembre 2011, n. 183 («*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. Legge di stabilità 2012*»), tramite l'inserimento, nell'art. 14

Esso rappresenta oramai, a livello interno, vero e proprio parametro di legittimità sia della fonte di recepimento sia degli atti amministrativi che su di essa si fondano<sup>64</sup>.

Analogo precetto è stato poi codificato, con riferimento allo specifico settore dei contratti pubblici, nelle tre direttive del 2014<sup>65</sup> <sup>66</sup>, per poi essere trasfuso nella legge delega n. 11/2016<sup>67</sup>.

---

della legge 28 novembre 2005, n. 246 («Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005»), dei commi 24-bis, ter e quater, che statuiscono, rispettivamente:

*«24-bis. Gli atti di recepimento di direttive comunitarie non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, salvo quanto previsto al comma 24-quater.*

*24-ter. Costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie:*

- a) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive;*
- b) l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari;*
- c) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive.*

*24-quater. L'amministrazione da' conto delle circostanze eccezionali, valutate nell'analisi d'impatto della regolamentazione, in relazione alle quali si rende necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria. Per gli atti normativi non sottoposti ad AIR, le Amministrazioni utilizzano comunque i metodi di analisi definiti dalle direttive di cui al comma 6 del presente articolo».*

<sup>64</sup> N. DURANTE, *Aspetti irrisolti in tema di gold plating e di efficacia scriminante delle linee guida*, Relazione al Convegno su “I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi”, organizzato dall'Università degli Studi di Ferrara l'8 novembre 2019.

<sup>65</sup> In tema H. CAROLI CASAVOLA, *Le procedure di aggiudicazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2016, pp. 451 e ss. L'Autrice sottolinea che le «ragioni del focus

Quest'ultima poneva particolare attenzione al suddetto principio, tanto da inserirlo come primo criterio cui il Governo avrebbe dovuto attenersi nella redazione del nuovo Codice, secondo il disposto dell'art. 1 co. 1 lett. a).

Tale previsione normativa, richiamandosi alla precedente Legge n. 246/2005 («*Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005*»), statuiva infatti il «*divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall'articolo 14, commi 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246*».

---

*comunitario sul divieto cd. di gold plating e sulla negoziazione hanno natura pratica e rispondono all'esigenza di maggiore "libertà di manovra", espressa soprattutto dalle amministrazioni dei paesi di cultura anglosassone e scandinava»,* rimarcando altresì come, alle nuove dinamiche del diritto amministrativo globale, si accompagni una riduzione degli ambiti di disciplina nazionale, secondo una «*filosofia delle commesse pubbliche*» sostanzialmente distonica rispetto a quella tradizionale.

<sup>66</sup> Va tuttavia specificato che le Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE presentano una tripartizione con riferimento alla tipologia di norme oggetto di recepimento, distinguendosi tra: disposizioni a recepimento vincolato; disposizioni che lasciano degli spazi di libertà agli Stati membri, garantendogli sia la possibilità di un irrigidimento della disciplina di attuazione che di una maggiore liberalizzazione rispetto allo *ius commune*; da ultimo, disposizioni che impongono allo Stato membro di riservare idonei spazi di libertà alla stazione appaltante.

<sup>67</sup> Rubricata «*Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, 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*».

La perentorietà del precetto appena richiamato avrebbe dovuto dissuadere innanzitutto lo stesso Parlamento dal procedere ad una definizione dei criteri della legge-delega in misura eccedente il contenuto delle direttive.

Tuttavia, la volontà del delegante di limitare la discrezionalità riservata all'esecutivo nella definizione della disciplina d'attuazione, condusse, con un'evidente aporia concettuale, all'elaborazione di «*criteri direttivi che impongono di disciplinare spazi e fattispecie obiettivamente estranee alla lettera e alla ratio delle direttive UE*»<sup>68</sup>, finendo così col tradire gli assunti posti a base della novella.

Lo stesso Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema del decreto attuativo<sup>69</sup>, ammise espressamente che, ad onta dei canoni di flessibilità, semplificazione, recepimento dei livelli minimi di normazione posti dalla legge

---

<sup>68</sup> C. CONTESSA, *Dalla legge delega al nuovo "Codice": opportunità e profili di criticità*, su [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), in cui l'Autore evidenzia altresì una nutrita serie di statuizioni presenti nel Codice dei contratti pubblici nelle quali si sarebbe imposta una non necessaria sovranormazione, con elusione del generale divieto di *goldplating*. Tra di esse, in particolare: la previsione di un sistema di penalità/premialità nella denuncia di richieste estorsive e corruttive ai sensi dell'art. 83, co. 10 D. Lgs. 50/2016, con riferimento al criterio delega q5; l'istituzione, in tema di *in house providing*, di un elenco di enti aggiudicatori presso ANAC, attuata in forza del criterio di delega eee) ed ora trasfuso nell'art. 192 D. Lgs. 50/2016; l'introduzione della prima disciplina nazionale afferente al «*lobbismo accreditato*» e di *débat public* (criteri di delega ppp e qq); ora: articolo 22 del nuovo 'Codice'».

In tema vedasi pure A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.5, 2015, pag. 1127.

<sup>69</sup> Parere della Adunanza della Commissione Speciale del Consiglio di Stato n. 855/2016, avente ad oggetto Schema di decreto legislativo recante "*Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*", ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n.11.

delega, é essa stessa a prevedere molteplici deroghe al divieto di *goldplating* (Cfr. par. I. c) 7.).

La legittimità di tale *modus operandi* venne tuttavia giustificata alla stregua di un'ortodossa interpretazione del principio sotteso al divieto in disamina, nel senso della sua funzionalizzazione all'elisione di oneri non necessari ed alla tutela della concorrenza e della competitività, rimanendo tuttavia impregiudicata la possibilità di una sua dequotazione, laddove giustificata dalla tutela di valori primari.

Secondo il richiamato parere, alla tecnica normativa del *goldplating* dovrà comunque riconoscersi il crisma della legittimità – alla luce dell'art. 36 TFUE<sup>70</sup> e della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione – ove scientemente preordinata alla tutela di valori essenziali per l'ordinamento unionale o per quello del singolo Stato membro.

V'è tuttavia da osservare che, nonostante la predetta esegesi, il supremo consesso della giustizia amministrativa ebbe ad esprimere sostanziali riserve in merito alla presenza, nello schema di decreto legislativo, di una congerie di ipotesi nelle quali sussisteva il ragionevole sospetto di un illegittimo travalicamento dei limiti di normazione.

Tra di esse, in particolare, possono rammentarsi:

---

<sup>70</sup> Secondo cui: «Le disposizioni degli articoli 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri».

– l'estensione ai settori speciali di discipline afferenti alla programmazione dei contratti pubblici (art. 21), alle garanzie dell'offerta e dell'esecuzione (artt. 93 e 103), ai criteri di determinazione dell'anomalia dell'offerta (art. 97);

– la sottoposizione degli affidamenti di lavori al rispetto integrale delle regole codicistiche;

– l'applicazione alle società miste, senza eccezioni, dell'intera disciplina generalmente prescritta per gli affidamenti di lavori, servizi e forniture, secondo la previsione dell'art. 1 co. 1 lett. d).<sup>71</sup>

Dal canto suo, la dottrina sottolineò l'evidente sforzo profuso dal Legislatore nazionale in sede di recepimento dello *ius commune*, teso a mediare tra le correnti fautrici di un ricorso rafforzato allo strumento del *goldplating* e quelle, antagoniste alle prime, che ne auspicavano un significativo ridimensionamento.

Si ottenne così un testo normativo che sembrò raggiungere un delicato equilibrio tra le «*spinte ordoliberaliste*» e l'esigenza di garantire il buon funzionamento delle pubbliche amministrazioni italiane, ritenute ancora prive di quegli «*anticorpi*» necessari al riconoscimento di più ampi spazi di discrezionalità nella gestione delle procedure di gara<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Il quale prescriveva l'applicazione del Codice dei contratti pubblici anche ai «*d) lavori, servizi e forniture affidati dalle società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza) ivi comprese le società di cui agli articoli 113) 113-bis) 115 e 116 del decreto legislativo 18 agosto 2000) n. 267) testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali fatto salvo quanto previsto all'articolo 192*».

<sup>72</sup> R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, n. 5 del 2016, pp. 503 ss.

Ma le questioni sollevate dall'attuazione delle direttive del 2014 non finirono qui.

Nonostante i *caveat* del Consiglio di Stato, ulteriori criticità legate al divieto di sovra-normazione vennero infatti rilevate nella prima stesura del D.Lgs. 50/2016<sup>73</sup>.

Ciò diede la stura ad un'ulteriore rimediazione del testo normativo, avvenuta in sede di formulazione del parere sullo schema del decreto legislativo n. 56/2017<sup>74</sup>, il cosiddetto “*correttivo*” del Codice dei contratti pubblici.

Tra le ipotesi che suscitarono maggiori perplessità possono rammentarsi:

– l'interpolazione del comma 2 dell'art. 59 («*Procedure di gara*»), che avrebbe impedito alle stazioni appaltanti di ammettere, nelle procedure con negoziazione o nel dialogo competitivo, quegli offerenti che avessero partecipato ad una procedura ad evidenza pubblica rispetto alla quale tutte le offerte fossero risultate inammissibili/irregolari, laddove ritenuti sussistenti, in relazione a tali anomalie, gli estremi per l'invio degli atti alla Procura della Repubblica per i reati di corruzione o fenomeni collusivi;

– la previsione, nell'art. 176 co. 1 («*Cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro*»), di una forma di autotutela doverosa, la quale, rappresentando una soluzione distonica rispetto a quella fatta propria sia dalle vigenti direttive di settore che dal precedente art. 108 D.Lgs. 163/2006, fu sospettata di integrare «*una forma di goldplating non consentito*»;

---

<sup>73</sup> Su cui vedasi M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 4, pp. 436 e ss.

<sup>74</sup> Parere della Adunanza della Commissione speciale n. 732 del 30 marzo 2017, recante quale oggetto “*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*”.

– il mantenimento nell’art. 105 del limite all’ammissibilità del subappalto, con una scelta che ripercorreva il percorso logico-giuridico proposto già in sede di prima stesura del Codice dei contratti pubblici, ma che, per come analiticamente verrà esposto nella seconda parte della presente trattazione, venne successivamente giudicata contrastante con la disciplina eurounitaria dalla Corte di Giustizia<sup>75</sup>.

Il quadro normativo appena ricostruito evidenzia la sussistenza di un rilevante numero di ipotesi (reali o presunte) di violazione del divieto di *goldplating* in seno alla disciplina interna sui contratti pubblici ed impone alcune osservazioni critiche in merito alle ragioni di una così ampia diffusione del fenomeno in discorso.

Pare allo scrivente di poterne ricondurre i fattori generativi essenzialmente a tre, che si mostrano tra loro intimamente connessi:

I) la scarsa attenzione che nel nostro Paese è stata tradizionalmente tributata verso l’implementazione di tecniche di *drafting* formale;

II) l’incidenza nell’ordinamento giuridico italiano di peculiari fenomeni di matrice socio-ambientale, quali la presenza di insidiosi tentativi di infiltrazione dell’economia da parte di associazioni malavitose, che hanno finito inevitabilmente per lasciare una traccia anche nella disciplina delle procedure ad evidenza pubblica<sup>76</sup>;

III) l’esistenza di una diversa *concezione*, ideologica e culturale, della disciplina dei contratti pubblici, che distingue nettamente la legislazione interna da quella sovranazionale.

---

<sup>75</sup> CGUE, Sezione Quinta, 26 settembre 2019, C-63/18; Id., 27 novembre 2019, C-402/18.

<sup>76</sup> Per una disamina delle origini del fenomeno e del suo sviluppo nell’ordinamento italiano vedasi G. ZGAGLIARDICH, *Subappalto e leggi antimafia nei lavori pubblici*, Milano, 1996.

Focalizzando la nostra attenzione sull'ultimo dei tre fattori, non pare possa negarsi che, ad onta degli auspici del Legislatore nazionale di addivenire ad uno snellimento dell'apparato normativo di settore nel segno della *better regulation*<sup>77</sup>, le antinomie da violazione del divieto di *goldplating* rappresentano ancora oggi una costante nella disciplina di attuazione in tema di *public procurement*.

Le ragioni di questo fenomeno, si diceva, vanno ricercate nella presenza di un'evidente *asimmetria* nel modo di intendere la predetta disciplina in seno ai due ordinamenti.

Da un lato, ritroviamo la scelta delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE che, con una soluzione innovativa rispetto a quelle varate nel 2004, riconoscono ed esaltano il «*principio di libera amministrazione*»<sup>78</sup>.

Esso viene realizzato tramite l'attribuzione, in capo ai soggetti pubblici, di una duplice libertà.

In via preliminare, quella di organizzare, nel modo ritenuto più opportuno, l'esecuzione di lavori o le prestazioni di servizi di proprio interesse, decidendo se ricorrere all'autoproduzione, alla cooperazione con altri soggetti pubblici o all'*outsourcing*.

---

<sup>77</sup> Sul tema L. CARBONE – G. TIBERO, *La "better regulation" in ambito comunitario*, Quaderni costituzionali, Fasc. 3/2001, pp. 699 e ss.; G.VOSA, *"Legiferare con intelligenza" fra contenuto e forma: le procedure di codificazione e rifusione del diritto parlamentare europeo*, in Osservatoriosullefonti.it, fasc. 3/2011; A. CARDONE, *La qualità della normazione nel diritto comunitario*, in Osservatoriosullefonti.it, fasc. n. 2/2008; vedasi altresì il volume dell'OCSE denominato *Regulatory Policy in Perspective. A Reader's Companion to the OECD Regulatory Policy Outlook 2015*.

<sup>78</sup> Pare opportuno specificare che, prima ancora di integrare principio di rilievo in seno alla specifica materia dei contratti pubblici, quello in discorso rappresenta canone generale dell'ordinamento unionale, secondo la previsione dell'art. 14 del TFUE.

In secondo luogo, quella consistente nel riconoscere alle stazioni appaltanti significativi margini di discrezionalità nella gestione della procedura ad evidenza pubblica, seppur nel rispetto dei principi sanciti dalle direttive<sup>79</sup>.

In senso diametralmente opposto, si registra, a livello inferiore, un diverso “*spirito*” che anima la legislazione italiana di recepimento.

Essa appare infatti connotata da un incremento degli oneri burocratici, da un irrigidimento delle formalità di gara, dal ricorso ad automatismi procedurali in luogo di libere scelte della amministrazione e, più in generale, dalla limitazione degli spazi di discrezionalità lasciati alle stazioni appaltanti.

Per dirla con un’immagine tratta dalla dottrina, sembra di assistere ad una contrapposizione ideologica tra «*sistemi basati sulla fiducia*» e «*sistemi basati sulla sfiducia*»<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> Emblematica in tal senso la previsione dell’art. 2 paragrafo 1 della Direttiva 2014/23/UE, rubricato «*Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche*», secondo cui «*1. La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l’esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell’Unione. 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. 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*». In senso analogo si confronti il Considerando 5 della direttiva concessioni (n. 2014/23/UE), il Considerando 5 e l’art. 1 paragrafo 4 della Direttiva settori ordinari (n. 2014/24/UE) ed il Considerando 7 e l’art. 1 paragrafo 4 della direttiva settori speciali (n. 2014/25/UE).

<sup>80</sup> L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 2-3- 2015.

Nei primi – emblematicamente rappresentati dal diritto comunitario afferente il *public procurement* – si realizza un processo normativo in forza del quale, una volta determinate condizioni che spingono le amministrazioni interessate ad operare similmente a quanto farebbe un privato, le stesse devono essere lasciate libere di esplicitare la propria discrezionalità.

Nei secondi invece – di cui è esempio la disciplina italiana di recepimento delle tre Direttive del 2014 – «*prevale la sfiducia tanto verso le amministrazioni come verso gli operatori*»<sup>81</sup>.

Questo atteggiamento genera, inevitabilmente, una violazione del divieto di *goldpalting*, a cagione dell'utilizzo di una serie di strumenti normativi – quali la duplicazione degli oneri formali e procedurali a carico delle stazioni appaltanti oppure l'istituzione di limiti all'applicazione di istituti di origine unionale<sup>82</sup> – che rappresentano l'estremo tentativo, da parte del Legislatore, di “*imbrigliare*” la discrezionalità della pubblica amministrazione, vista come fattore in grado di generare sprechi di danaro pubblico, favoritismi e, nei casi più gravi, fenomeni corruttivi<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> L. TORCHIA, *Ibidem*.

<sup>82</sup> Riguardo a tale profilo, nella seconda parte della presente trattazione si analizzeranno sia la *querelle* dei limiti nazionali all'ammissibilità del subappalto sia quella della legittimità degli oneri dichiarativi in capo alla stazione appaltante in relazione al ricorso all'*in house providing*.

<sup>83</sup> Per una disamina generale del fenomeno si rimanda a F. MANGANARO, *La corruzione in Italia*, in *Foro Amministrativo* (II), fasc.6, 2014, pp. 1861 e ss.; G. MODAFFERRI, *Soluzioni comunitarie alle patologie dei contratti pubblici*, Torino, 2008, pp. 42 e ss., il quale evidenzia lo stretto legame tra tentativi di infiltrazione mafiosa dell'economia regolare e corruzione, osservando che il secondo fenomeno discende dal primo in virtù del «*cosiddetto “effetto volano”*», chiaramente espresso nel documento di *Politica Globale dell'UE contro la corruzione [Comunicazione della Commissione COM (2003), 317]*, che così si esprime: “*Fintantoché esiste la criminalità vi sarà sempre qualcuno che ha interesse a ricorrere alla corruzione per proteggersi dall'azione giudiziaria e dalle sanzioni e, soprattutto i gruppi*

#### ***4. Il ruolo “creativo” del diritto unionale della Corte di Giustizia: i rischi di una scissione della funzione nomofilattica tra le Alte Corti.***

L’analisi svolta nella prima parte della presente trattazione consente di delineare, in quel percorso ideale che va dalla creazione della norma di diritto positivo alla sua applicazione al caso di specie, il ruolo della Corte di Giustizia e delle Supreme Corti nazionali nel processo di prevenzione-elisione delle antinomie ordinamentali, in forza dell’esplicazione della essenziale funzione nomofilattica<sup>84</sup>.

---

*appartenenti alla criminalità organizzata preferiranno reinvestire una parte dei loro proventi illeciti nel pagamento di tangenti piuttosto che correre il rischio di subire misure repressive e di esporsi quindi alla privazione della libertà e alla perdita dei loro profitti derivanti dal crimine. Nondimeno, si può ipotizzare che sarebbe possibile ridurre considerevolmente il livello e la portata della corruzione nelle nostre società rafforzando le misure repressive e limitando le occasioni che la rendono possibile».*

<sup>84</sup> Quest’ultima andrà intesa, secondo il disposto dell’art. 65 ord. giud. (R.D. 30 gennaio 1941, n. 12), come quell’attività della Cassazione rivolta a garantire «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni».

In ambito amministrativo, in epoca anteriore all’introduzione dell’art. 99 c.p.a., fu l’art. 45 del R.D. n. 1054/1924 (nel testo novellato dalla l. n. 1018/1950) ad attribuire per la prima volta al Consiglio di Stato una specifica funzione nomofilattica. Quest’ultima poteva esplicarsi grazie alla riconosciuta possibilità, per la sezione semplice, di rimettere alla plenaria la risoluzione di una questione in diritto che avesse dato origine, o che potesse originare, contrasti giurisprudenziali, cui si aggiungeva l’ulteriore facoltà del Primo Presidente di rimettere, sempre alla plenaria, su istanza di parte o d’ufficio, le questioni di diritto ritenute di massima importanza. Vedasi in argomento G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, 2017, pp. 24 e ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Efficacia nel tempo delle*

Giova a tal fine evidenziare l'esistenza di un'intima saldatura tra l'attività ermeneutica tesa a ricavare dalle disposizioni astratte uno dei significati dalle stesse potenzialmente ritraibili e la possibilità di considerare realmente sussistente, nella concreta applicazione dei precetti così dedotti, un'antinomia<sup>85</sup>.

È di palmare evidenza, infatti, come quest'ultima manifesti il proprio rilievo ordinamentale nel momento in cui risulti integrata una lesione del principio di

---

*pronunce nomofilattiche dell'Adunanza plenaria*, in Dir. e proc. amm., 2012, pp. 1143 ss.; M. MENGOZZI, *Normatività delle decisioni giudiziarie: nomofilachia e Costituzione*, su <https://www.osservatorioaic.it/>.

<sup>85</sup> La tesi secondo cui le antinomie rappresenterebbero delle variabili *determinate* dalla interpretazione è sostenuta in dottrina, tra gli altri, da R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, p. 246, P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999, p. 297 e ss. Volendo maggiormente esplicitare la predetta ricostruzione teorica, può osservarsi come la stessa venga ricondotta ad un duplice orizzonte ermeneutico: il primo che inquadra la tesi delle antinomie come dipendenti dall'interpretazione nell'ambito della teoria delle norme giuridiche ed il secondo che le ascrive nell'ambito della teoria dell'interpretazione. Sottesa alla prima prospettazione è la distinzione tra antinomie esplicite, implicite e miste. In tutti e tre i casi sopradescritti l'interpretazione rappresenta attività prodromica ed essenziale alla stessa sussistenza dell'antinomia normativa. Per converso, l'inquadramento della tesi delle antinomie come variabili dipendenti dall'interpretazione, nell'ambito della teoria dell'interpretazione, postula che ogni ordinamento statuisca dei criteri di interpretazione vincolanti per l'esegeta (interpretazione letterale, autoritativa, psicologica), i quali, nel momento della loro applicazione alle differenti norme giuridiche, potrebbero condurre a risultati diametralmente diversi, potendosi registrare una compatibilità assoluta od un'incompatibilità, assoluta o relativa. Secondo l'impostazione fatta propria da A. CELOTTO, *Fonti del diritto e antinomie*, Torino, Giapichelli, 2014, pp. 14 e ss., dinanzi agli ultimi due potenziali esiti del processo ermeneutico, sarà l'interprete a decidere concretamente se «*creare*» o «*prevenire*» l'antinomia.

unitarietà del sistema, ossia nella fase di effettiva applicazione delle *regulae iuris* in conflitto.

Ne discende, quale immediato precipitato ed in funzione dell'essenziale valore rivestito dal canone della certezza del diritto, l'attribuzione, in seno al nostro ordinamento, di un rilievo preminente allo svolgimento della funzione nomofilattica da parte delle giurisdizioni superiori.

Ed invero, già nei decenni scorsi, l'obiettivo di garantire la massima coerenza possibile tra gli indirizzi giurisprudenziali elaborati dai giudici di merito ed i principi fatti propri dalle Supreme Corti, fu perseguito, sia in ambito civilistico che amministrativistico<sup>86</sup>, tramite una serie di interventi riforma, tutti connotati dal tentativo, più o meno larvato, di ridimensionare quella fondamentale libertà interpretativa e decisionale, presidiata, nell'attività dello *ius dicere*, dal disposto dell'art. 101, co. 2 Cost.

Tutto ciò avvenne grazie all'innesto di specifici *automatismi processuali*, che risultano consonanti, quanto alla *ratio* agli stessi sottesa, a quelli propri degli ordinamenti di *common law*, ma che vennero impiegati all'interno di un ecosistema giuridico, come quello italiano, che non accoglie compiutamente il principio dello *stare decisis*<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> Ma il *trend* legislativo ha riguardato altresì l'ambito penalistico, con l'introduzione, nel codice di rito, del comma 1 bis all'art. 618 c.p.p. ad opera della L 103/2017 ed il giudizio contabile, dapprima con l'art. 42, l. 18 giugno 2009, n. 69 ed oggi con l'art. 11, D. Lgs. 26 agosto 2016, n. 174.

<sup>87</sup> Sul rilievo del precedente giurisprudenziale sia in seno agli ordinamenti di *common law* che a quelli di *civil law* vedasi M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in Riv. trim. dir. proc. civ., fasc.3, 2007, pag. 709.

Segnatamente, può rammentarsi, in ambito civile, la riscrittura, ad opera dell'art. 8 D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40<sup>88</sup>, dell'art. 374 c.p.c. («*Pronuncia a sezioni unite*»)<sup>89 90</sup>.

La predetta disposizione, nell'attuale comma terzo, impone alla sezione semplice della Corte di Cassazione, che non ritenga di uniformarsi ad un precedente principio di diritto elaborato dalle Sezioni Unite, l'obbligo di rimessione della questione con ordinanza motivata<sup>91</sup>.

Il potenziamento della funzione nomofilattica delle Sezioni Unite ispirò altresì la successiva novella del 2009 (Legge 18 giugno 2009, n. 69)<sup>92</sup>, con la quale venne inserito nel codice di rito un inedito art. 360 *bis*<sup>93</sup>.

---

<sup>88</sup> «*Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica*».

<sup>89</sup>In tema A. CARRATTA, *La riforma del giudizio in cassazione*, in Riv. trim. dir. proc. civ., fasc.4, 2006, pag. 1105; M. TARUFFO, *Una riforma della Cassazione civile?*, in Riv. trim. dir. proc. civ., fasc.3, 2006, pag. 755; L. MANZI, *La riforma del giudizio di cassazione e il quesito di diritto*, in Foro amm. TAR, fasc.4, 2008, pag. 1200.

<sup>90</sup> In senso consonante va letta anche la riscrittura dell'art. 363 c.p.c. da parte della medesima legge di riforma, su cui vedasi B. CAPPONI, *La Corte di Cassazione e la «nomofilachia» (a proposito dell'art. 363 c.p.c.)*, in Il Processo, fasc.2, 1 AGOSTO 2020, pp. 405 e ss.

<sup>91</sup> Il testo previgente, per converso, statuiva che «[I]. La Corte pronuncia a sezioni unite nei casi previsti nel numero 1 dell'articolo 360 e nell'articolo 362. [II]. Inoltre il primo presidente può disporre che la corte pronunci a sezioni unite sui ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici, e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza. [III]. In tutti gli altri casi la Corte pronuncia a sezione semplice».

<sup>92</sup> «*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*».

<sup>93</sup> F CARPI, *L'accesso alla Corte di cassazione ed il nuovo sistema di filtri*, in Riv. trim. dir. proc. civ., fasc.3, 2010, pag. 769; A. GRAZIOSI, *Riflessioni in ordine sparso sulla riforma del*

Trattasi di disposizione il cui comma primo sanziona con l'inammissibilità il ricorso in Cassazione proposto avverso un provvedimento che abbia «*deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte*», senza addurre elementi innovativi che giustifichino un mutamento del precedente orientamento.

Parallelamente, con l'introduzione dell'art. 99 c.p.a. («*Deferimento all'adunanza plenaria*»), si registrò la traslazione, in ambito amministrativistico, del meccanismo processuale già coniato con l'art. 374 c.p.c., realizzandosi così una perfetta simmetria, sotto tale profilo, tra le due giurisdizioni<sup>94</sup>.

Il percorso appena tracciato evidenzia inequivocabilmente la volontà del Legislatore nazionale di garantire stabilità ad un ordinamento giuridico che si evolve, da sempre, all'interno di un contesto giurisprudenziale estremamente ondivago.

Da qui il tentativo di limitare il processo generativo delle potenziali antinomie tramite un irrigidimento delle regole procedurali che legano le Supreme Corti ai loro diretti interlocutori.

Ciò che pare doveroso sottolineare è che il processo di accentuazione della cosiddetta nomofilachia "*interna*", seppur condivisibile quanto alla sua *ratio* ispiratrice, si dimostrò sostanzialmente sganciato dalle implicazioni derivanti

---

*giudizio in cassazione*, in Riv. trim. dir. proc. civ., fasc.1, 2010, pag. 37; G. VIDIRI, *Art. 360-bis c.p.c. e nomofilachia: verso un diritto a formazione giurisprudenziale? (considerazioni «minime» di un giudice del lavoro)*, in Riv. it. dir. lav., fasc.4, 2009, pag. 505.

<sup>94</sup> In argomento E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in Dir. proc. amm., fasc.4, 2012, pag. 1237.

dalla sua necessaria interazione con l'ordinamento (e con la giurisprudenza) unionale.

Con maggior dettaglio esplicativo può osservarsi come la funzione nomofilattica subisca negli ordinamenti multilivello e, con ancor più precisione, nei *segmenti ordinamentali* in cui coesiste una potestà normativa statale-sovranaazionale, un duplice processo.

Da un lato vede ampliarsi la sua rilevanza, a cagione della moltiplicazione dei casi di possibile collisione tra *ius commune* e normativa di recepimento.

Dall'altro, parallelamente, si assiste ad un incremento della complessità dei meccanismi giurisdizionali coinvolti<sup>95</sup> ed ad una «*frammentazione*»<sup>96</sup> della funzione nomofilattica tra Curie nazionali ed unionali (Corte di Giustizia e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo).

Si finisce così per generare, paradossalmente, una lesione a quel valore fondamentale – l'unitarietà dell'ordinamento – che la predetta attività era diretta a tutelare<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> Per una disamina delle difficoltà inerenti al dialogo tra Curie nazionali e sovranazionali vedasi F. FONTANELLI e G. MARTINICO, *La ricerca della coerenza: le tecniche del «dialogo nascosto» fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multi-livello*, in Riv. trim. dir. pubbl., Fasc. 2/2008, 351 ss.

<sup>96</sup> G.P. CIRILLO, *La frammentazione della funzione nomofilattica tra le corti supreme nazionali e le corti comunitarie*, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc.1, 2014, pag. 23.

<sup>97</sup> Sul punto vedasi G. TROPEA, *Diritto alla sicurezza giuridica nel dialogo 'interno' ed 'esterno' tra Corti*, in Dir. Proc. Amm., fasc. 4/2018, pp. 1244 e ss., il quale, evidenzia le criticità connesse all'esercizio della funzione nomofilattica, dovute alla moltiplicazione e stratificazione delle «*voci*» della nomofilachia ed al loro interagire «*nell'ambito di un ordinamento — ormai anche giurisdizionale — multilivello*». Sottolinea altresì l'Autore come alcune delle difficoltà nell'interazione tra i due ordinamenti siano legate al progressivo

La dottrina, con specifico riferimento alla giustizia amministrativa, ha descritto questo percorso evolutivo predicando di un passaggio dall'originaria «stagione della creazione giurisprudenziale» a quella attuale, denominata, icasticamente, «la stagione dell'incertezza» o della «nomofilachia oltre i confini»<sup>98</sup>.

---

fenomeno di erosione dell'autonomia procedurale degli Stati membri ad opera della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Sul tema anche E. FOLLIERI, *Nomofilachia e certezza del diritto, con particolare riferimento al Consiglio di Stato*, in *Ars interpretandi*, Fascicolo 2, luglio-dicembre 2015; F. SAITTA, *Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio*, in *Dir. amm.*, 2005, 585 ss.

<sup>98</sup> Il riferimento è ad A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 2, 2015, pp. 345 e ss., il quale, oltre a quella «dell'incertezza», distingue, diacronicamente, altre tre «stagioni» della nomofilachia. La prima, quella della «creazione giurisprudenziale», fu caratterizzata dallo svolgimento, da parte del G.A., di un'attività che andò oltre la semplice interpretazione del diritto vigente, divenendo sostanzialmente *creativa* dello stesso, a cagione della carenza nella legislazione amministrativa «di forme di tutela sostanziale delle situazioni soggettive del cittadino». Seguì la «stagione del mutamento del sistema», il cui tratto saliente viene individuato nell'attuazione dell'art. 125 Cost., con la creazione, grazie alla legge 6 dicembre 1971, n. 1034, di un sistema di giustizia amministrativa articolato su di un doppio grado di giudizio. Ciò comportò il superamento del modello originario, che, basandosi essenzialmente su di un grado unico, vedeva la funzione nomofilattica quale attività svolta dalla Adunanza Plenaria rispetto alle decisioni delle sezioni semplici. La terza stagione fu quella «della legge» e del «ritorno ai principi». Viene così definita dall'Autore per due processi contrapposti che la connotarono: da un lato si assisté «alla tendenza a dare copertura legislativa ai principi giurisprudenziali» che in passato avevano segnato profondamente l'evoluzione del diritto amministrativo, con parziale ridimensionamento della funzione giurisdizionale; dall'altro si registrò, soprattutto a cagione dell'influsso del diritto unionale, una ipertrofia normativa che diede nuovo slancio alla all'attività giurisprudenziale tesa «a ricostruire figure ed istituti ed ad elaborare principi, il

In quest'ultima si assiste ad una generale rimediazione della funzione nomofilattica svolta dalle Supreme Corti nazionali, con una rilevante dequotazione dell'efficacia vincolante delle loro pronunce laddove si registri una violazione del diritto comune.

Il culmine di questo processo é rappresentato dall'affermazione per via giurisprudenziale<sup>99</sup>, in capo ai giudici inferiori, di un «diritto di ribellione»<sup>100</sup> avverso quei meccanismi processuali che limitano la possibilità di sollevare dubbi di anti-comunitarietà di un norma (o di un atto amministrativo)

---

*ricorso ai quali è reso necessario non dall'assenza di indicazioni normative, ma dall'eccesso e dalla contraddittorietà di queste».*

<sup>99</sup> Emblematica in tal senso la sentenza della Grande Sezione della CGUE del 5.10.2010, Causa C-173/09, Elchinov (paragrafi 25, 26) secondo la quale «l'esistenza di una norma di procedura nazionale quale quella applicabile nella causa principale non può rimettere in discussione la facoltà, spettante ai giudici nazionali non di ultima istanza, di investire la Corte di una domanda di pronuncia pregiudiziale qualora essi nutrano dubbi, come nel caso di specie, in merito all'interpretazione del diritto dell'Unione. Infatti, secondo una giurisprudenza consolidata, l'art. 267 TFUE conferisce ai giudici nazionali la più ampia facoltà di adire la Corte qualora ritengano che, nell'ambito di una controversia dinanzi ad essi pendente, siano sorte questioni che implicino un'interpretazione o un accertamento della validità delle disposizioni del diritto dell'Unione che siano essenziali ai fini della pronuncia nel merito della causa di cui sono investiti (v., in tal senso, sentenza 16 gennaio 1974, causa 166/73, RheinmühlenDüsseldorf, Racc. pag. 33, punto 3; 27 giugno 1991, causa C-348/89, Mecanarte, Racc. pag. I-3277, punto 44; 10 luglio 1997, causa C-261/95, Palmisani, Racc. pag. I-4025, punto 20; 16 dicembre 2008, causa C-210/06, Cartesio, Racc. pag. I-9641, punto 88, nonché 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, Melki e Abdeli, Racc. pag. I-5667, punto 41). Del resto, i giudici nazionali sono liberi di esercitare tale facoltà in qualsiasi momento essi ritengano opportuno (v., in tal senso, sentenza Melki e Abdeli, cit., punti 52 e 57)».

<sup>100</sup> A. PAJNO, *Ibidem*.

direttamente dinanzi alle Corti europee, in presenza di una consolidata e difforme esegesi fatta propria dal giudice nazionale della nomofilachia.

Viene così a crearsi un sistema caratterizzato dal «*pluralismo delle Corti di ultima istanza*<sup>101</sup>», il cui funzionamento può dirsi affidato, in via fisiologica, al principio di leale collaborazione<sup>102</sup>, in una sorta di «*co-giurisdizione*»<sup>103</sup> tra curie europee e nazionali, ed, in via patologica, al rimedio della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto unionale<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> A. BARONE, *Nomofilachia, corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, Diritto Processuale Amministrativo, fasc.3, 1 SETTEMBRE 2020, pp. 557 e ss.

<sup>102</sup> Lo stesso viene ricondotto in via generale all'art 4 n. 3 TUE, che statuisce: «*In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati.*

*Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione.*

*Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione».*

<sup>103</sup> E. PICOZZA, *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 2004, pp. 3 e ss.

<sup>104</sup> In tema vedasi V. CERULLI IRELLI, *Violazioni del diritto europeo e rimedi nazionali*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fasc.3, 2014, pp. 657 e ss., il quale rileva la sussistenza di una possibile forma di responsabilità dello Stato membro anche nei casi in cui la violazione del diritto unionale scaturisca dallo svolgimento dell'attività giurisdizionale dei suoi organi. L'Autore, tuttavia, pone in evidenza la caratura, essenzialmente oggettiva, della responsabilità delineata dalla CGUE (in quanto legata esclusivamente al concetto di violazione manifesta e grave del diritto comunitario da parte del giudicante) e l'opposta concezione, seguita dalla L 117/88 e dalla giurisprudenza italiana, in merito ai presupposti cui è subordinata la responsabilità civile dei magistrati nello svolgimento delle funzioni giurisdizionali (la quale esclude ogni responsabilità in assenza di «*negligenza inescusabile*» e comunque per lo svolgimento di attività d'interpretazione).

In particolare, è sotto il primo profilo che va osservata la peculiare conformazione che assume la funzione nomofilattica in seno all'attuale contesto di rapporti istituzionali tra ordinamento statale ed ordinamento unionale.

Rappresenta ormai *ius receptum* l'assunto secondo il quale quest'ultimo si fonda su principi generali che vengono elaborati, in un regime di sostanziale monopolio, dalla Corte di Giustizia<sup>105</sup>, alle cui sentenze viene tributata la stessa

---

Sempre in tema E. BIONDINI, *Il precedente giurisprudenziale e il ruolo della motivazione nel giudizio di responsabilità del giudice*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc.4, 1 DICEMBRE 2020, pag. 1407; M.P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., fasc.3-4, 2009, pp. 505 e ss. ; S. DE MARIA, *Recenti sviluppi della giurisprudenza comunitaria in materia di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., fasc.3-4, 2004, pp. 879 e ss.; A. PACE, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di giustizia dell'UE del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, n. 1/2012, sul portale rivistaaic.it; S. MAZZAMUTTO, *La suprema corte ed il vincolo del precedente*, in Europa e Diritto Privato, Anno 2020, Fascicolo 4 (editoriale).

<sup>105</sup> F. DELLA VALLE in AA.VV., *Manuale ragionato di diritto costituzionale europeo*, Roma, 2020, pp. 47 e ss., il quale distingue, in quest'opera ricognitivo-creativa svolta da parte della CGUE, principi originari del diritto unionale e principi desunti dagli ordinamenti interni e successivamente recepiti dal diritto comune. I primi – tra cui rientrano alcuni dei canoni essenziali rispetto alla materia del *public procurement*, quali il principio di uguaglianza, non discriminazione, parità di trattamento, libero svolgimento delle attività professionali – possono presentare un substrato normativo derivante dai Trattati, oppure risultarne privi e quindi essere «desunti in via pretoria dalla Corte di Giustizia a partire dal complessivo “sistema dei trattati”, dalla natura e dalle finalità generali dell'ordinamento UE». I secondi, invece, vengono definiti dall'Autore come il «frutto di un'attività di sintesi» da parte della CGUE, tesa alla ricerca, pur nella eterogeneità dei quadri normativi nazionali, di «un comune denominatore di principi generali da recepire a livello sovranazionale».

efficacia giuridica delle norme interpretate. Esse *costituiscono* l'ordinamento unionale e divengono a loro volta oggetto di interpretazione<sup>106</sup>.

Ne discende, in capo ai giudici nazionali della nomofilachia, un vincolo di rispetto dei suddetti canoni ermeneutici per certi versi ancora più stringente di quello che normalmente potrebbe ascriversi, in un sistema di *common law*, al principio dello *stare decisis*<sup>107</sup>.

Così delineato il quadro normativo e concettuale di riferimento, appare opportuno rassegnare alcune osservazioni conclusive e rispondere alla fondamentale domanda su quali siano, rispetto al tema delle antinomie ordinamentali, i rischi della scissione della funzione nomofilattica tra le Alte Corti.

Appare evidente, a parere di chi scrive, che il sistema di nomofilachia interna rafforzata, delineato faticosamente dal Legislatore nazionale (in particolare grazie alle novelle del 2006 e del biennio 2009-2010) dovette sembrare allo stesso un "*antidoto necessario*" rispetto alla proliferazione di principi e formanti giurisprudenziali antinomici da parte delle curie interne.

In un'ottica di ortodossia giuridica, le riforme furono spinte entro i limiti imposti dal rispetto del precetto costituzionale della sottoposizione del giudicante solo alla legge.

---

<sup>106</sup> Così F. PATRONI GRIFFI, *La funzione nomofilattica: profili interni e sovranazionali*, in Federalismi.it, 2017, 9.

<sup>107</sup> In tema V. CAPASSO, *Il ricorso per cassazione avverso... la giurisprudenza. Contro uno stare decisis «all'italiana»*, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc.2, 1 GIUGNO 2019, pp. 627 e ss.; A. MALTONI, *Il "vincolo" al precedente dell'Adunanza plenaria ex art. 99, comma 3 c.p.a. e il rispetto dei principi costituzionali*, in Foro Amministrativo (II), fasc.1, 2015, pp. 137 e ss.; B. FICCARELLI, *Il prospective overruling nella recente giurisprudenza delle sezioni unite: profili ricostruttivi*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc.3, 1 SETTEMBRE 2020, pp. 993 e ss.

Il meccanismo così congegnato, riconducibile, seppur con le ineliminabili differenze, alla logica dello *stare decisis*, diede origine tuttavia ad un evidente corto-circuito nel momento stesso in cui la Corte di Giustizia e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo iniziarono a reclamare, ciascuna nel proprio ambito di competenza, quella *primauté* del diritto comune su quello nazionale che, nel caso specifico, era da intendersi come primazia dei principi e delle esegesi dalla stesse proposte *anche* rispetto a quelle elaborate dalla giurisprudenza dei singoli Stati membri.

Ma questo fenomeno di duplicazione della funzione nomofilattica, o, con espressione che pare appropriata, di accoglimento di una *funzione nomofilattica multilivello*, generò degli effetti del tutto inattesi in campo amministrativo.

In tale settore ordinamentale, infatti, è innegabile la tendenza dei Tribunali amministrativi regionali e delle sezioni semplici del Consiglio di Stato ad uniformare le proprie decisioni, innanzitutto, agli orientamenti espressi dalla Adunanza Plenaria, sia per l'autorevolezza della esegesi proposta sia per il rispetto di quanto oggi normativamente imposto dall'art. 99 c.p.a.

Tuttavia, questo riguardo, doverosamente serbato ai canoni elaborati nell'ambito della nomofilachia "*interna*", va coniugato, nel settore della contrattualistica pubblica, con la necessità di una consonanza degli stessi con un secondo livello, quello della nomofilachia "*esterna*", ascrivibile alla Corte di Giustizia dell'Unione.

Come dimostrato da un'analisi della giurisprudenza nazionale degli ultimi anni, questo secondo *step*, che in linea teorica dovrebbe essere contestuale al primo, realizzando così una «*nomofilachia integrata*»<sup>108</sup>, appare invece spesso

---

<sup>108</sup> L'espressione è utilizzata da G. DE AMICIS, *La formulazione del principio di diritto e i rapporti tra Sezioni semplici e Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione*, relazione in occasione dell'Incontro di studi organizzato dalla S.S.M. – Struttura della formazione

temporalmente successivo ad esso e dagli esiti dissonanti, con la conseguente generazione di antinomie.

Queste ultime, che rappresentano evidentemente un'anomalia "*di sistema*", potranno riscontrarsi nell'ambito di una pluralità di fattispecie, tra cui possono rammentarsi, per il rilievo assunto:

a) l'ipotesi della mancata impugnazione dell'atto di gara da parte di un concorrente, in quanto lo stesso appare conforme al diritto nazionale così come interpretato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che da la stura al tema dei rimedi esperibili avverso l'atto amministrativo rivelatosi *successivamente anticomunitario*, ma non impugnato nel termine decadenziale<sup>109</sup>;

b) l'ipotesi, opposta alla precedente, dell'atto di gara impugnato in via giudiziaria in quanto ritenuto illegittimo dal ricorrente per violazione dello *ius commune*, ma che si pone in rapporto di consonanza con la giurisprudenza nazionale esistente, che apre il tema dei rimedi esperibili avverso il giudicato anticomunitario sfavorevole<sup>110</sup>;

---

decentrata presso la Corte di Cassazione – del 30 novembre 2018, reperibile sul portale istituzionale della Corte di Cassazione, [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>109</sup> In tema G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.01-02, 2014, pp. 217 e ss.; G. MONTEDORO, *Il regime processuale dell'atto nazionale anticomunitario. i poteri del giudice nel contenzioso implicante l'applicazione del diritto dell'UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc.6, 2011, pp. 1393 e ss.; G. MASSARI, *L'atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.3-4, 2014, pp. 643 e ss.; N. PIGNATELLI, *L'illegittimità «comunitaria» dell'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, fasc.4, 2008, pp. 3635 e ss.

<sup>110</sup> Vedasi in dottrina M. GIAVAZZI, *Eureka! La sentenza anticomunitaria è inutiliter data per carenza di giurisdizione del giudice nazionale sui segmenti comunitari di un procedimento*

c) l'ipotesi dell'elusione, almeno parziale, dei meccanismi processuali interni in tema di rimessione all'Adunanza Plenaria, per preservare, grazie allo strumento del rinvio pregiudiziale, il rispetto del diritto unionale, a scapito della nomofilachia "interna"<sup>111</sup>.

Tirando le fila del discorso, può concludersi affermando che le criticità sopra evidenziate rappresentano gli effetti, certamente non voluti e probabilmente inattesi, della frammentazione, tra le Alte Corti, della funzione nomofilattica.

Quest'ultima risulta ontologicamente connaturata ad un'ideale rapporto gerarchico tra i soggetti coinvolti, che non pare tollerare la presenza di una

---

*di amministrazione intrecciata*, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc.5, 1 OTTOBRE 2019, pp. 683 e ss. ; A. SANDULLI, *Giudicato amministrativo nazionale e sentenza sovranazionale*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fasc.4, 1 DICEMBRE 2018, pp. 1169 e ss.; C. MATTEUCCI, *Il giudizio di ottemperanza: ius superveniens e giudicato amministrativo a formazione progressiva*, in Foro Amministrativo (II), fasc.11, 1 NOVEMBRE 2018, pp. 2109 e ss.; A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della cedu nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in Diritto Processuale Amministrativo, fasc.2, 2016, pp. 456 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., fasc.2, 2008, pp. 433 e ss.

<sup>111</sup> Emblematici in tal senso i procedimenti giudiziari che condussero alle sentenze Corte di Giustizia, X Sezione, 4 luglio 2013, causa C-100/12, *Fastweb Spa*, e Corte di Giustizia, Grande Sezione, 5 aprile 2016, causa C-689/13, *Puligienica Facility Esco SpA (PFE)*. In entrambe le ipotesi, infatti, le autorità giudiziarie precedenti (precisamente il Tar Torino nel caso *Fastweb* e la CGARS in quello *Puligienica*), nonostante il vincolo derivante dall'art. 99 c.p.a. e la mancata condivisione dei principi della Plenaria, decisero di attivare immediatamente lo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, andando così ad affermare, implicitamente, la primazia della nomofilachia "esterna" rispetto a quella "interna" in relazione alla interpretazione del diritto unionale in materia di contratti pubblici.

pluralità di organi di vertice, salva la predisposizione di raffinate architetture giuridiche di raccordo.

## **PARTE II**

### **LE ANTINOMIE IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI ALLA LUCE DEL DIRITTO VIVENTE.**

#### **APPALTO PUBBLICO.**

##### ***1. Requisiti di partecipazione alla gara e cause di esclusione: l'art. 80 del Codice dei contratti pubblici e la sua trasformazione nel transito dal Codice degli appalti al D.Lgs. 50/2016.***

Le prime antinomie che emergono dalla comparazione tra la disciplina nazionale dei contratti pubblici e quella unionale afferiscono al contratto di appalto pubblico<sup>112</sup> ed, in particolare, alla disciplina dei requisiti soggettivi di partecipazione alla gara.

---

<sup>112</sup> In dottrina appare ricorrente l'idea che l'appalto di opere pubbliche concretizzi, essenzialmente, un'attività di diritto privato rispetto alla quale l'interesse pubblico rimane estraneo alla struttura dei negozi grazie ai quali si svolge, di talché la differenza tra attività pubblicistiche e privatistiche appare legata al criterio formale del regime giuridico cui l'ordinamento le sottopone. Inoltre, anche laddove la P.A. si determini all'impiego di strumenti di tipo privatistico, la relativa disciplina viene connotata, inevitabilmente, ad un certo margine di specialità rispetto a quella comune. Vedasi in tema A. CIANFLONE-G. GOVANNINI-V. LOPILATO, in *L'appalto di opere pubbliche*, Tomo I, XXXIII ed., Milano, 2018, pp. 264-265; V.CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2017, pp. 227 e ss.; MELE E., *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1998; A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999; M. STOLFI, in *Enciclopedia del Diritto, Appalto (contratto di) [II, 1958]*, Giuffrè su [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

Trattasi di tematica che appare particolarmente complessa, poiché collocata in un contesto normativo frutto di plurimi e disorganici interventi di riforma e, conseguentemente, oggetto di continui e faticosi processi di sedimentazione delle diverse discipline succedutesi nel tempo.

Le incertezze derivanti da un percorso evolutivo così composito si riverberano, inevitabilmente, sulla corretta esplicazione delle procedure ad evidenza pubblica, rispetto alle quali, non a caso, si registrano negli ultimi anni importanti interventi chiarificatori ad opera della CGUE.

Tra questi va certamente rammentato, sia per il rilievo assunto che per l'ampia *querelle* interpretativa allo stesso sottesa, quello concernente l'ipotesi di esclusione del concorrente al quale sia ascrivibile un “*grave illecito professionale*”, che verrà esaminato nel prosieguo della presente trattazione.

Prodromica e funzionale alla specifica disamina della predetta questione, appare la ricostruzione in chiave sinottica dell'evoluzione della disciplina di settore, attualmente dettata dall'art. 80 D.Lgs. 50/2016<sup>113</sup>.

Quest'ultimo ha recepito l'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE<sup>114</sup>, sostituendosi al previgente art. 38<sup>115</sup> D.Lgs. 163/2006, che, nei suoi due lustri di vigenza, aveva suscitato, in sede applicativa, non pochi dubbi ermeneutici<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> Per una disamina dell'articolo in oggetto vedasi V. SCIANCALEPORE, *Commento agli artt. 79-93 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, in F. GARELLA - M. MARIANI (a cura di), *Il Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2016, pp. 215 ss.; S. CACACE, *La disciplina dei contratti pubblici dopo il dlgs. n. 50 del 2016: motivi di esclusione e criteri di selezione*, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), del 08 novembre 2016; A.G. PIETROSANTI, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lettera c) del d. lgs. n. 50/2016*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.4, 01.08.2018, pp. 209 e ss.

<sup>114</sup> Può osservarsi come i requisiti soggettivi previsti dalla norma siano disciplinati, in maniera sostanzialmente analoga, anche dall'art. 80 della Direttiva 2014/25 e 38 della Direttiva 2014/23.

---

<sup>115</sup> Giova rammentare che prima di detta disposizione la materia veniva regolata, seppur in via rudimentale, dall'art. 68 del r.d. 827/1924, il quale, al comma 1, escludeva dalla possibilità di partecipazione alle procedure di gara le «*persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si siano rese colpevoli di negligenza o malafede*» ed, al successivo comma 2, conferiva alla amministrazione aggiudicatrice la «*piena ed insindacabile facoltà di escludere dall'asta qualsiasi concorrente senza che l'escluso possa reclamare indennità di sorta, né pretendere che gli siano rese note le ragioni dell'esclusione*». Successivamente fu l'art. 8, comma 7, della L. 109/1994, così come sostituito dall'art. 4 ter del D.L. 101/1995, ad attribuire al Comitato centrale dell'albo nazionale dei costruttori la facoltà di disporre una sospensione da tre a sei mesi dalla partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica nei casi previsti dall'art. 24 primo comma della Direttiva 93/37/CEE, statuendo altresì che, a far data dal 1 gennaio 2000, siffatto potere di esclusione sarebbe stato esercitato dalle stazioni appaltanti, alla stregua dei medesimi criteri. Segnatamente, con l'art. 75 dello schema di regolamento generale di attuazione della legge 109/1994, si declinarono le fattispecie determinanti l'esclusione del concorrente, ma la suddetta disposizione non venne ammessa al visto della Corte dei Conti poiché non includente, tra le ipotesi contemplate, quella della violazione degli obblighi tributari, prescritta invece dall'art. 24, lett. f) della Direttiva 93/37/CEE. Per ovviare a tale situazione venne adottato il D.P.R. 412/2000 con il quale si addivenne ad una riformulazione dell'art. 75 più aderente alle previsioni della disciplina comunitaria.

<sup>116</sup> Basti ricordare la prospettata illegittimità costituzionale dell'art. 38, comma 1, lett. a), D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e dell'art. 186-bis, comma 6, della legge fallimentare, per ritenuta violazione dell'art. 117, comma 2, lett. a), Cost., in quanto escludenti, dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici, l'impresa in concordato preventivo con continuità aziendale che rivesta la qualità di mandataria di un RTI. Sulla relativa *querelle* vedasi G. BRANCADORO, *Il difficile esercizio di equilibrio della Corte costituzionale in tema di concordato con continuità aziendale e appalti pubblici*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 3, 2020, pag. 1115B. In tema anche le determinazioni ANAC n. 2 del 2 settembre 2014 («*Applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. b), del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159*»), n. 3 del 9 dicembre 2014 («*Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali*»), n. 5 del 8 aprile 2015 («*Effetti della domanda di concordato preventivo ex art. 161, comma 6, del Regio*

Dal raffronto tra le due disposizioni di diritto interno emerge chiaramente la presenza di significative differenze testuali, che connotano l'art. 80 Codice dei contratti pubblici come norma più flessibile e maggiormente attenta all'esatta delineazione delle condotte dalle quali possa scaturire l'estromissione del concorrente.

Lo stesso Consiglio di Stato, nel parere n. 855/2016, enfatizza quello che viene definito come «*un significativo cambio di passo*» rispetto al passato, predicando di «*un'evoluzione da un sistema "statico" di requisiti formali verso un sistema "dinamico" di requisiti sostanziali, di tipo reputazionale*».

Segnatamente, tra le principali novità<sup>117</sup> introdotte dal nuovo Codice possono annoverarsi: la tipizzazione delle condanne penali dalle quali scaturisce l'esclusione automatica del concorrente, in luogo della precedente disciplina nella quale aveva rilevanza qualsiasi tipologia di condanna per gravi reati che fossero tali da incidere sulla sua credibilità professionale<sup>118</sup>; il rilievo

---

*decreto 16 marzo 1942, n. 267 e ss.mm.ii. (c.d. concordato "in bianco") sulla disciplina degli appalti pubblici.»).*

<sup>117</sup> Per un'analitica ricognizione delle stesse vedasi M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI, in *I nuovi appalti pubblici, commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Milano, 2017, pp. 308 e ss.

<sup>118</sup> Va tuttavia osservato che tale apparente discrasia venne fortemente attenuata dall'esegesi dell'art 80 co. 5 lett. c) del D.Lgs. 50/2016 posta in essere dalla giurisprudenza successiva, secondo cui «*La previsione dell'art. 80, comma 5 lett. c), d.lg. n. 50 del 2016 non ha carattere tassativo: non contempla cioè un numero chiuso di illeciti professionali, bensì un'elencazione di natura esemplificativa, comprendente ogni vicenda oggettivamente riconducibile alla fattispecie astratta del grave illecito professionale; in particolare, nell'ambito di applicazione della lett. c) rientrano sicuramente le condanne per reati diversi da quelli che comportano l'automatica esclusione ai sensi del comma 1 dell'art. 80*» (Consiglio di Stato sez. V, 29/10/2020, n.6615).

sanante riservato allo svolgimento di operazioni di *self cleaning*<sup>119</sup>; l'ampliamento del novero dei gravi illeciti professionali inibenti la partecipazione alla gara, che non vengono più circoscritti alla sola negligenza ed all'errore professionale; la scelta del Legislatore nazionale di estendere anche ai subappaltatori le clausole di esclusione previste in via diretta nei confronti del concorrente<sup>120</sup>.

Nonostante il differente grado di rigidità nella delineazione delle fattispecie escludenti, non è difficile cogliere la sussistenza di una *eadem ratio* sottesa alle due disposizioni succedutesi nel tempo.

In tal senso può osservarsi come, sebbene la materia della contrattualistica pubblica sia dominata da un'ideologia di fondo antitetica rispetto al paradigma privatistico della libera individuazione della propria controparte contrattuale, ciò non toglie che per la Pubblica amministrazione non sia certo indifferente, né tampoco marginale, che ogni potenziale soggetto aggiudicatario possieda

---

<sup>119</sup> Vedasi in tal senso il considerando 102 della Direttiva, secondo cui «è opportuno consentire che gli operatori economici possano adottare misure per garantire l'osservanza degli obblighi volte a porre rimedio alle conseguenze di reati o violazioni e a impedire efficacemente che tali comportamenti scorretti si verifichino di nuovo. Tali misure potrebbero consistere, in particolare, in misure riguardanti il personale e l'organizzazione quali la rottura di tutti i rapporti con le persone o con le organizzazioni coinvolte nel comportamento scorretto, in misure adeguate per la riorganizzazione del personale, nell'attuazione di sistemi di rendicontazione e controllo, nella creazione di una struttura di audit interno per verificare la conformità e nell'adozione di norme interne di responsabilità e di risarcimento. Qualora tali misure offrano garanzie sufficienti, l'operatore economico interessato non dovrebbe più essere escluso solo sulla base di tali motivi».

<sup>120</sup> Con una scelta che appare innovativa sia rispetto alla disciplina previgente che rispetto alle previsioni della Direttiva.

determinati requisiti, sia di carattere generale, ossia di idoneità morale e professionale, sia di natura tecnica e finanziaria<sup>121</sup>.

Questa fondamentale considerazione giustificò, tanto in ambito unionale che in sede di attuazione delle direttive di settore, la ricerca di un “*ragionevole filtro*” rispetto all’indiscriminato accesso alle procedure di gara di soggetti ritenuti non affidabili dall’amministrazione aggiudicatrice.

Pare tuttavia doveroso evidenziare che la scelta effettuata dal Legislatore italiano in sede di recepimento, sia con l’art. 38 D.lgs. 163/2006 che con il successivo art. 80 D.lgs. 50/2016, si caratterizzò, rispetto alla disciplina comunitaria, per la sussistenza di alcune evidenti discrasie.

In primo luogo, tutte le cause di esclusione vennero declinate in seno al nostro ordinamento giuridico come obbligatorie, ivi comprese quelle cristallizzate nell’attuale art. 80 co. 5 lett. a) ed e), che, per converso, risultavano discrezionali nelle corrispondenti statuizioni di diritto unionale.

---

<sup>121</sup> P. CERBO, *Le valutazioni riservate dell’amministrazione sull’affidabilità del concorrente negli appalti pubblici*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.3, 1 SETTEMBRE 2020, pp. 739 e ss.

Sul punto inoltre si segnala la posizione della giurisprudenza amministrativa secondo cui «*il principio espresso dall’art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice degli appalti), in base al quale la partecipazione alle gare pubbliche richiede il possesso, in capo ai partecipanti, di alcuni inderogabili requisiti di moralità, rappresenta un principio di carattere generale, che trova, quindi, applicazione anche nelle gare dirette all’affidamento di concessioni di servizi. Si tratta, infatti, di un fondamentale principio di ordine pubblico economico, che soddisfa l’imprescindibile esigenza che il soggetto che contrae con l’Amministrazione sia “affidabile” e, quindi, in possesso dei requisiti di ordine generale e di moralità che la norma tipizza*» (Cons. Stato, VI, 21 maggio 2013, n. 2725).

A ciò aggiungasi la presenza, nella normativa interna, di casi di esclusione ulteriori ed “inediti” rispetto a quelli contemplati dalla normativa sovranazionale<sup>122</sup>.

Questa scelta, in realtà non dissimile a quelle fatta propria da altri Stati membri, generò un notevole dibattito a livello sovranazionale, ruotante attorno alla questione della legittimità di un tale *modus operandi* da parte dei Governi nazionali rispetto al divieto di *goldplating*.

Sul punto va rammentato che la paventata violazione dello *ius commune* venne in realtà esclusa dalla stessa Grande Sezione della Corte di Giustizia<sup>123</sup>, la quale affermò il principio di diritto secondo cui, sebbene l'art. 24 della direttiva 93/37/CEE elenchi in modo tassativo le cause, fondate su considerazioni oggettive di natura professionale, che possono giustificare l'esclusione di un imprenditore dalla partecipazione ad un appalto pubblico di lavori, tale fonte normativa «*non osta a che uno Stato membro preveda altre misure di esclusione dirette a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza, purché siffatte misure non eccedano quanto necessario per raggiungere tale obiettivo*».

Così sommariamente tratteggiata l'evoluzione della disciplina nazionale in tema di cause di esclusione del concorrente nel transito dall'art. 38 del Codice

---

<sup>122</sup> Il riferimento è, in particolare, alle ipotesi di cui all'art. 80, comma 1, lett. b-bis) e lett. g); 80 comma 2; 80, comma 5, lett. da f) a m).

<sup>123</sup> Sentenza della Corte (Grande Sezione) 16 dicembre 2008 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Symvoulio tis Epikrateias — Grecia) — Michaniki AE/ Ethniko Symvoulio Radiotileorasis, Ypourgos Epikrateias (Causa C-213/07), reperibile sul portale [https://eurlex.europa.eu/legalcontent/it/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C\\_.2009.044.01.0011.1.ITA](https://eurlex.europa.eu/legalcontent/it/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2009.044.01.0011.1.ITA).

degli appalti all'art. 80 del D.Lgs. 50/2016, può a questo punto evidenziarsi come quest'ultima previsione normativa, già nell'impianto originario del Codice (e quindi al netto delle successive, numerose interpolazioni subite), fosse strutturata in maniera assai composita, prevedendosi:

- ai commi 1 e 4 il pedissequo recepimento di motivi di esclusione declinati come obbligatori dal Legislatore europeo (*id est*: la presenza di condanne definitive per determinati reati e la violazione di obblighi contributivi e fiscali);

- al comma 2 un'ipotesi di esclusione del tutto inedita rispetto alle previsioni unionali e teleologicamente rivolta a soddisfare esigenze di contrasto di fenomeni di criminalità organizzata, consistente nella sussistenza, in capo al concorrente, «*di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto*»;

- al comma 5 la commistione tra un gruppo di motivi di esclusione che, previsti come facoltativi dal diritto unionale, vennero recepiti dal Legislatore delegato, il quale tuttavia gli attribuì il carattere della obbligatorietà, ed un ulteriore nucleo di circostanze escludenti, le quali, presenti solo nel diritto interno, vennero mutate dalla disciplina previgente.

Nell'ultima delle partizioni sopra richiamate rientra, in particolare, la previsione di cui alla lettera c), statuente il potere, in capo alla stazione appaltante, di escludere l'operatore economico che si sia «*reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*» e ciò anche nell'ipotesi, tipizzata dal Legislatore, in cui si siano riscontrate significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in

giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero che hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni.

Furono proprio i dubbi concernenti l'individuazione della reale latitudine applicativa della disposizione sopra richiamata, unitamente al paventato contrasto con le previsioni di cui all'art. 57, par. 4, lett. c) e g) della Direttiva 2014/24/UE, ad alimentare un'ampia e duratura *querelle* ermeneutica in seno alla giurisprudenza nazionale, i cui principali approdi verranno di seguito esaminati.

## ***2. L'esclusione del concorrente per grave illecito professionale: gli orientamenti emersi nella giurisprudenza interna.***

La previsione del grave illecito professionale<sup>124</sup>, quale causa di esclusione facoltativa nell'art. 80 co. 5 lett c) del D.Lgs. 50/2016, venne fatta oggetto in seno alla giurisprudenza italiana di orientamenti del tutto antinomici, ruotanti attorno ad una questione nevralgica di fondo: la determinazione del giusto punto di equilibrio tra la riconosciuta discrezionalità della stazione appaltante nel governo del potere di esclusione del concorrente ritenuto non più affidabile e la tutela della pretesa di quest'ultimo di partecipare ad una procedura di gara

---

<sup>124</sup> L'espressione adottata dal Legislatore è stata sempre oggetto di un'interpretazione estensiva da parte della giurisprudenza amministrativa, la quale, anche in recenti arresti, conferma il principio secondo cui «*Nelle gare pubbliche, il concetto di grave illecito professionale, idoneo, ad escludere l'operatore economico dalla gara d'appalto, ricomprende qualsiasi condotta relativa all'esercizio dell'attività imprenditoriale contraria ad un dovere posto da una norma giuridica.*» (T.A.R. Bologna, (Emilia-Romagna) sez. I, 28/07/2020, n.501). Sul tema della incerta latitudine semantica da ascrivere all'espressione in discorso vedasi pure I. GROSSI, *Viaggio ai confini delle nozioni di operatore economico ed illecito professionale*, nota a T.A.R. Liguria, Sez. II, 22 ottobre 2019, n.805, in *Urbanistica e appalti* 3/2020, pp. 406 e ss.

senza subire le conseguenze lesive (ed irreversibili) di una precedente contestazione ancora *sub iudice*.

Segnatamente, tra i molteplici profili controversi della norma anzidetta<sup>125</sup>, l'attenzione dei giudici amministrativi si polarizzò prevalentemente sulla

---

<sup>125</sup> In tal senso può evidenziarsi come la giurisprudenza amministrativa appare da anni impegnata in un'attenta opera ricostruttiva dei principi applicabili alle fattispecie declinate nell'art. 80 D.Lgs. 50/2016. Questa preziosa attività ha condotto all'individuazione, in via ermeneutica, di tutta una serie di elementi che, sebbene indispensabili per l'esercizio del potere di esclusione da parte della stazione appaltante, non risultano direttamente desumibili dalla *littera legis*. Basti pensare: al profilo dello *standard* probatorio necessario all'esercizio del potere di esclusione del concorrente («*In sede di gara pubblica non è indispensabile che i gravi illeciti professionali che devono essere posti a supporto della sanzione espulsiva del concorrente dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lg. n. 50 del 2016 siano accertati con sentenza, anche se non definitiva, ma è sufficiente che gli stessi siano ricavabili da altri gravi indizi, atteso che l'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella disposizione normativa succitata è meramente esemplificativa e la stazione appaltante ha la possibilità di fornirne la dimostrazione con mezzi adeguati*», Consiglio di Stato sez. IV, 01/07/2020, n.4227); alla disciplina da applicarsi nei casi di interferenza tra accertamento penale e valutazione della sussistenza del grave illecito professionale («*Nell'ambito delle gare pubbliche, il decreto di rinvio a giudizio per condotte tenute in esecuzione di precedenti contratti di appalto, riguardante uno dei soggetti di cui all'art. 80, co. 3 del codice dei contratti pubblici o direttamente imputabile all'impresa, costituisce una vicenda professionale suscettibile di essere qualificata come "grave illecito professionale", essendo in grado di compromettere l'affidabilità e l'integrità dell'operatore economico concorrente*», T.A.R. Roma, (Lazio) sez. I, 11/02/2021, n.1725); o, ancora, alla ricostruzione dei contenuti inerenti l'onere dichiarativo gravante sul concorrente in merito a fatti pregressi in grado di influenzare l'esercizio della discrezionalità della stazione appaltante nell'esercizio dei suoi poteri («*L'art. 80, comma 5, lettera "c", d. lgs. n. 50/2016 (oggi lettera "c-bis", dopo le modifiche introdotte dal d.l. n. 135/2018, convertito con l. n. 12/2019), consente alle stazioni appaltanti di desumere il comportamento di gravi illeciti da ogni pregressa vicenda professionale dell'operatore economico; da ciò consegue l'onere per l'operatore di portare a conoscenza*

sostenibilità della tesi secondo la quale la stazione appaltante non avrebbe potuto valutare in termini di grave illecito professionale (e quindi escludere) quel concorrente che, risultato aggiudicatario di precedente contratto pubblico risolto anticipatamente per inadempimento, avesse impugnato in via giudiziale l'atto di scioglimento del precedente rapporto negoziale.

In sostanza, il dibattito giurisprudenziale pose in discussione la legittimità dell'*automatismo preclusivo* in forza del quale, una volta esperita l'azione giudiziale di impugnazione della risoluzione del precedente vincolo negoziale da parte di un concorrente, la stazione appaltante avrebbe perso ogni possibilità di contestare, per tale ragione, la sussistenza di un grave illecito professionale *ex art. 80 co. 5 lett. c)* nell'ambito di una successiva gara.

Due gli orientamenti registratisi in sede pretoria.

Una prima tesi, ispirata ad istanze maggiormente garantiste, ammetteva l'erosione del potere della P.A. alla stregua della ritenuta inidoneità di una risoluzione contrattuale *sub iudice* ad integrare la figura del grave illecito professionale, evitandosi per tale via l'irreparabile lesione della posizione di un concorrente solo asseritamente inadempiente<sup>126</sup>.

---

*dell'Amministrazione le informazioni relative alla propria attività, per consentire all'Amministrazione stessa una ponderata valutazione dell'integrità e dell'affidabilità di ogni partecipante alla gara. Spetta poi alla P.A., nell'esercizio della propria discrezionalità, apprezzare le vicende professionali dell'impresa partecipante, per individuare il punto di rottura dell'affidamento del futuro contraente», T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. IV, 09/12/2020, n.2456).*

<sup>126</sup> Si veda in tal senso T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 8 gennaio 2019, n. 3, secondo cui «L'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) deve essere disposta quando chiara è la rilevanza delle situazioni accertate. La disposizione richiamata persegue lo scopo di assicurare che l'appalto sia affidato a soggetti che offrano garanzia di integrità e affidabilità e, quindi, per addivenire all'esclusione, occorre che il comportamento illecito

Per converso, secondo altra impostazione teorico-ricostruttiva, sostenuta da importanti arresti del Consiglio di Stato, il predetto effetto preclusivo non avrebbe potuto ritenersi consonante alla *mens legis*, da intendersi come riferita sia al Legislatore nazionale che a quello unionale.

Tale circostanza dovrebbe pertanto necessariamente condurre ad un'esegesi che, seppur con i necessari contrappesi in termini di impegno istruttorio e motivazionale da parte della stazione appaltante, ammetta comunque la possibilità che quest'ultima si determini nel senso della immediata eliminazione del concorrente la cui pregressa impugnazione in sede civile risulti ancora pendente. Ciò in forza della natura meramente esemplificativa delle cause di esclusione tipizzate nella norma<sup>127</sup>.

---

*attribuito all'operatore economico sia concretamente valutabile come ostativo alla considerazione positiva circa l'affidabilità dell'operatore medesimo. Ne consegue che l'esclusione da una gara di appalto motivata con riferimento ad asserite carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che ne hanno causato la risoluzione anticipata contestata – sia pur a seguito di presentazione dell'offerta - in giudizio, come dimostrato dalla difesa ricorrente (cfr. pg 3 ricorso nella parte in cui si richiama il ricorso nrg x/2018 incardinato presso il Tribunale Civile di x) è illegittima. La suddetta situazione di risoluzione contrattuale anticipata, proprio in quanto contestata in giudizio, senza che sia intervenuta conferma all'esito del giudizio non può certamente ritenersi da sé idonea a giustificare l'esclusione ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. c). Ne consegue che la fattispecie contestata non rientra, con tutta evidenza, nell'ambito di applicazione dell'art. 80 comma 5 lett. c) che, come ogni causa di esclusione, non può essere oggetto di interpretazioni estensive». In senso conforme anche T.A.R. Venezia, Sez. I, 7 gennaio 2019, n. 23.*

<sup>127</sup>*Ex multis, Consiglio di Stato sez. V, 03/01/2019, n.72, che evidenziò come «L'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che la stazione appaltante possa disporre l'esclusione dalla gara di un concorrente ove la stessa “dimostrì con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”. In pratica, lungi dal prevedere delle specifiche (e tipizzate)*

La stazione appaltante, quindi, a prescindere dal tipo di impugnazione civile pendente, potrà escludere «*ma dovrà adeguatamente motivare in merito all'esercizio di siffatta discrezionalità*», dovendo anche, sotto il profilo dello standard probatorio richiesto, «*fornire la dimostrazione della sussistenza e della gravità dell'illecito professionale contestato con «mezzi adeguati»*<sup>128</sup>.

I dubbi legati alla delicatezza e rilevanza del tema in disamina, accresciuti dalla netta contrapposizione tra i due formanti giurisprudenziali sopra descritti, condussero alla rimessione della questione alla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale, tramite tre distinte ordinanze interlocutorie<sup>129</sup>.

---

*ipotesi di esclusione, al cui verificarsi il legislatore faccia conseguire l'obbligo per la stazione appaltante di disporre l'esclusione dalla gara (così come dedotto dall'appellante), la norma eccezionalmente consente – in deroga al generale principio della tipicità delle cause di esclusione – all'amministrazione di disporre comunque l'esclusione per fatti non tipizzati a priori, a condizione però che la stessa dimostri, alla luce di tali circostanze, che l'operatore economico si era reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità ed affidabilità (ex multis, Cons. Stato, V, 16 novembre 2018, n. 6461).*

*Dunque, fuori dall'ipotesi di cause esclusive tipiche, che vincolano in primis la stazione appaltante nelle proprie decisioni, la gravità di inadempienze non automaticamente escludenti è rimessa alla valutazione discrezionale di quest'ultima, al più sindacabile entro i limiti della abnormalità o della manifesta irragionevolezza...».*

<sup>128</sup> Consiglio di Stato sez. V, 02/03/2018, n.1299. Sul rilievo dell'obbligo motivazionale gravante sulla stazione appaltante nell'esercizio della facoltà di esclusione del concorrente si veda R. STEFFENONI, *Requisiti di ordine generale: sulla portata dell'obbligo di motivazione della S.A. nella valutazione dell'irrilevanza ad excludendum delle condanne penali*, nota a Consiglio di Stato, 04 novembre 2019, n.7506, sez. V, in [iamministrativista.it](http://iamministrativista.it), 25 NOVEMBRE 2019.

<sup>129</sup> Trattasi di T.a.r. Napoli, Sez. IV, ordinanza n. 5893 del 13.12.2017, CdS, Sez. V, 03.05.2018, ordinanza n. 2639, CdS, Sez. V, 23.08.2018, ordinanza n. 5033.

***3. I dubbi di compatibilità sollevati dalla giurisprudenza nazionale e la soluzione propugnata da Corte di Giustizia UE, sez. IV, 19 giugno 2019, 41/18 - Meca Srl.***

Fu in particolare l’iniziativa del T.a.r. Napoli, la prima in ordine temporale, a suscitare l’intervento dei Giudici del *Kirchberg*.

Le questioni ermeneutiche poste dal Giudice campano afferivano, precipuamente, alla compatibilità con il diritto unionale dell’esegesi dell’art. 80 co. 5 lett. c) fornita da quella parte della giurisprudenza italiana<sup>130</sup> che ammetteva, senza remora alcuna, l’esistenza di un «*ineludibile obbligo legale di ammissione della concorrente, qualora la anticipata risoluzione del contratto sia stata contestata in giudizio*», con conseguente sterilizzazione della discrezionalità della stazione appaltante nel procedere all’esclusione della stessa.

Soluzione questa – osservavano i fautori di tale ricostruzione teorica – da ritenersi coerente con la formulazione dell’art. 80 Codice dei contratti pubblici, il quale, a differenza del previgente art. 38, lett. f) D.lgs. 163/2006, rende del tutto irrilevante la sussistenza di un giudizio pendente avente ad oggetto la risoluzione di un pregresso contratto di appalto.

Il Giudice rimettente, per converso, pur rimarcando l’encomiabile fine sotteso alla predetta esegesi – consistente nel tentativo di ricondurre entro limiti accettabili la discrezionalità della stazione appaltante nell’eliminazione del concorrente che abbia generato con la sua condotta «*un deficit di fiducia*

---

<sup>130</sup> Il riferimento era a T.A.R. Puglia, sez. I, sent. 1480 del 30.12.2016, TAR Bari n.828/2017, TAR Catanzaro n. 2522/2016, TAR Lecce n. 1935/2016 e CdS n. 1955/2017, TAR Palermo n. 2511 del 17.11.2017.

*della amministrazione»* – evidenziava come questo risultato ermeneutico fosse incoerente con la *ratio* ispiratrice della Direttiva 2014/24/UE.

Ed invero, l'*effetto utile* scaturente dalla previsione, nell'art. 57, par. 4 della stessa, della causa di esclusione facoltativa del grave illecito professionale, verrebbe radicalmente azzerato dalla preclusione, in capo alla stazione appaltante, della possibilità di un'autonoma valutazione circa l'affidabilità del concorrente, con rimessione dell'intera vicenda all'esito del giudizio civile sulla risoluzione del precedente rapporto negoziale<sup>131</sup>.

Un tale assunto, inoltre, colliderebbe con il principio di proporzionalità e, più in generale, con il netto rifiuto espresso dalla giurisprudenza comunitaria nei confronti di ogni automatismo teso ad elidere il potere decisorio della stazione appaltante in *subiecta materia*<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> La ritenuta lesione del diritto unionale, osserva l'ordinanza di rimessione, non avrebbe invece potuto riscontrarsi nel pregresso contesto normativo, sia perché il testo del previgente art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 risultava dalla trasposizione, mediante la tecnica del *copy-out*, dell'art. dell'art. 45 comma 2 lettera d) della direttiva 2004/18/UE, sia perché la predetta disposizione rimetteva alla «*“motivata valutazione della stazione appaltante” l'accertamento del rilievo e della gravità di condotte denotanti grave negligenza o addirittura malafede nello svolgimento di altre prestazioni affidate dalla stessa amministrazione, o di errore grave nello svolgimento dell'attività professionale d'impresa*».

<sup>132</sup> Sul punto, Corte di Giustizia, Sez. III, sentenza 13 dicembre 2012, Causa C-465/11, secondo cui «*L'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18/CE 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, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale ai sensi della quale sussiste un errore grave in materia professionale, il quale conduce all'esclusione automatica dell'operatore economico in questione da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in corso, quando, per circostanze imputabili a tale medesimo operatore economico, l'amministrazione aggiudicatrice ha risolto o denunciato un precedente contratto di*

Le circostanze sopra esposte indussero pertanto il T.a.r. Campania a richiedere, in sede di rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, un intervento chiarificatore da parte della Corte di Giustizia<sup>133</sup>.

Quest'ultima, con una pronuncia della IV Sezione, ravvisò in effetti l'esistenza di un'antinomia tra lo *ius commune* e la normativa nazionale di recepimento; antinomia che, riprendendo le categorie descritte nella parte generale della presente trattazione, potrebbe definirsi *reale e teleologica*.

Il ragionamento logico-giuridico sotteso all'arresto in disamina muove dalla ricostruzione del quadro normativo di riferimento, così come interpretato alla luce della giurisprudenza formatasi sotto la precedente Direttiva 2004/18<sup>134</sup>.

---

*aggiudicazione di un appalto pubblico con il suddetto operatore, o si è ritirata dal medesimo, qualora tale risoluzione, denuncia o ritiro del contratto siano avvenuti nei tre anni precedenti l'avvio della procedura in corso ed il valore dell'appalto pubblico precedente non realizzato ammonti ad almeno il 5% del suo valore globale».*

<sup>133</sup> Segnatamente, il quesito formulato era il seguente: «*Se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), ed i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità e la effettività, di cui alla direttiva n. 2014/24/UE, nonché la disposizione di cui all'art. 57 comma 4 lettere c) e g) di detta Direttiva, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dall'art. 80 comma 5 lettera c) del D. Lg.vo n. 50/2016, secondo la quale la contestazione in giudizio di significative carenze evidenziate nell'esecuzione di un pregresso appalto, che hanno condotto alla risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto, preclude ogni valutazione alla stazione appaltante circa l'affidabilità del concorrente, sino alla definitiva statuizione del giudizio civile, e senza che la ditta abbia dimostrato la adozione delle misure di self cleaning volte a porre rimedio alle violazioni e ad evitare la loro reiterazione».*

<sup>134</sup> La sentenza, infatti, dichiara esplicitamente che l'art. 57, par.4 della Direttiva 2014/24 appare «*sufficientemente simile a quello dell'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18,*

Sul punto la Corte evidenzia l'evoluzione del diritto unionale nel passaggio dalla Direttive del 2004 a quelle del 2014, connotata da una significativa limitazione del potere discrezionale riservato agli Stati membri in merito alla definizione dei motivi di esclusione facoltativi.

Basti pensare che, nel pregresso sistema, questo profilo era quasi totalmente definito con un richiamo alla disciplina nazionale (esattamente in cinque dei sette casi di cui all'art. 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18), mentre, vigente la direttiva 2014/24, solo un caso tra i nove contemplati (il punto b dell'art. 57, par. 4) prevede un tale rinvio.

A ciò aggiungasi che, in forza di una lettura sistemica del considerando 101<sup>135</sup> e dell'art. 57, par. 4, lett. c) e g), appare inequivocabile la volontà del

---

*disposizione da esso abrogata, da consentire che l'interpretazione richiesta dal giudice del rinvio si ispiri alla giurisprudenza della Corte relativa a quest'ultima disposizione».*

<sup>135</sup> Il quale prevede che in sede di recepimento dovrebbe essere comunque riconosciuto alle amministrazioni aggiudicatrici il potere di eliminare quei concorrenti che si siano resi artefici di condotte tali da sostanziare un giudizio in termini di inaffidabilità. Tra queste viene espressamente ricompresa l'ipotesi dell'integrazione di gravi violazioni dei doveri professionali, ivi comprese quelle in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale. Specifica altresì il ridetto considerando che tali condotte appaiono in grado di intaccare il requisito dell'affidabilità dell'operatore economico *«indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto».*

Lo stesso, inoltre, raccomanda al legislatore nazionale di riservare all'amministrazione aggiudicatrice un potere discrezionale diretto all'esclusione del concorrente anche nei seguenti casi: laddove, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, essa possa *«dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi, inclusi quelli relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali»*; nei confronti di quegli offerenti che, in esecuzioni di precedenti appalti pubblici, abbiano *«messo in evidenza notevoli mancanze per quanto riguarda obblighi sostanziali, per esempio mancata fornitura o esecuzione, carenze*

Legislatore unionale di conferire alla stazione appaltante – e non a soggetti terzi quali i giudici nazionali – il potere di decidere l'esclusione del concorrente ritenuto inaffidabile. Ciò al fine di riservarle un'ampia possibilità di controllo dell'integrità e dell'affidabilità di ciascuno degli offerenti.

Controllo che, ai sensi dell'art. 57, par. 5 della Direttiva<sup>136</sup>, non può ritenersi vincolato ad una specifica tempistica della procedura di gara od a fattori esterni (quali la celebrazione del processo civile vertente sull'impugnazione della risoluzione del precedente contratto), né tampoco dalla previsione di specifiche ipotesi di esclusione da parte del Legislatore<sup>137</sup>.

---

*significative del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto o comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico».*

Infine si specifica che i predetti poteri, ancorché ampiamente discrezionali, andrebbero limitati dal rigoroso rispetto del principio di proporzionalità, dalla previsione di precisi limiti temporali alla loro esplicazione, nonché, da ultimo, dal principio secondo cui le mere irregolarità non dovrebbero condurre all'esclusione del concorrente se non in casi del tutto eccezionali.

<sup>136</sup> Quest'ultimo ammette espressamente il potere delle amministrazioni aggiudicatrici di escludere un concorrente «in qualunque momento della procedura» a cagione di «atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura».

<sup>137</sup> La non tassatività dei motivi di esclusione nelle ipotesi di grave illecito professionale era stata già sostenuta nell'ordinamento italiano sia da parte della giurisprudenza che della dottrina. In termini, Consiglio di Stato sez. V, 02/03/2018, n.1299, che, annullando Tar Sardegna, sez. I, n. 124 del 2017, statò che «L'art. 80, comma 5, lett. c), d.lg. 18 aprile 2016, n. 50 non comporta una preclusione automatica della valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante della gravità di inadempienze che, pur non immediatamente riconducibili a quelle tipizzate, quanto agli effetti prodotti, siano tuttavia qualificabili come «gravi illeciti professionali» e siano perciò ostative alla partecipazione alla gara perché rendono dubbie l'integrità o l'affidabilità del concorrente; piuttosto, in tale eventualità — vale a dire quando esclude dalla partecipazione alla gara un operatore economico perché considerato colpevole di un grave illecito professionale non compreso nell'elenco dell'art. 80, comma 5, lett. c) — la

Tale esegesi, inoltre, appare alla Corte di Giustizia l'unica che, oltre a risultare conforme agli orientamenti già espressi in riferimento alla Direttiva 2004/18/UE<sup>138</sup>, consente alla stazione appaltante di modulare la propria decisione nel rispetto del principio di proporzionalità<sup>139</sup> e, quindi, in relazione alla gravità delle violazioni riscontrate ed alla possibile attuazione di condotte di *self cleaning*<sup>140</sup>.

---

*stazione appaltante dovrà adeguatamente motivare in merito all'esercizio di siffatta discrezionalità (che concerne la gravità dell'illecito, non la conseguenza dell'esclusione, che è dovuta se l'illecito è considerato grave) e dovrà previamente fornire la dimostrazione della sussistenza e della gravità dell'illecito professionale contestato con « mezzi adeguati »; Cons. Stato, sez. V, ord. 9 aprile 2020, n. 2332.*

In senso consonante F. MASTRAGOSTINO, *Motivi di esclusione e soccorso istruttorio dopo il correttivo al codice dei contratti pubblici*, in Urb. app., 2017, pp. 748 e ss.

<sup>138</sup> Vedasi al riguardo la sentenza del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11.

<sup>139</sup> Il rilievo di suddetto principio nell'esercizio della discrezionalità della stazione appaltante è analizzato da L. La Rosa, *Discrezionalità della P.A. e principio di proporzionalità nell'applicazione delle cause di esclusione*, in Urbanistica e appalti 6/2019, pp. 774 e ss.

<sup>140</sup> Vedasi sul punto il par. 40 della sentenza secondo cui «*la succitata direttiva ha carattere innovativo, in particolare nella misura in cui istituisce, all'articolo 57, paragrafo 6, il meccanismo delle misure riparatorie (self-cleaning). Tale meccanismo, che si applica agli operatori economici non esclusi da una sentenza definitiva, tende a incoraggiare un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della medesima direttiva a fornire prove del fatto che le misure da esso adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo facoltativo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non deve essere escluso dalla procedura d'appalto. A tal fine, l'operatore economico deve dimostrare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente*

Dalle considerazioni sopra rassegnate consegue la declaratoria della riscontrata antinomia tra diritto unionale e disciplina interna, espressa con la statuizione del seguente principio di diritto: *«L'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce».*

La decisione in disamina, anche per le articolate argomentazioni che la sorreggono, appare, a parere dello scrivente, pienamente condivisibile e consente di qualificare la riscontrata violazione del diritto unionale in termini di *«antinomia teleologica»*.

Ciò in quanto le finalità perseguite dal Legislatore sovranazionale con le previsioni dell'art. 57, par. 4 e, quindi, il cosiddetto *effetto utile* scaturente dalla norma, verrebbero totalmente frustrate laddove si ammettesse la legittimità di quella radicale sterilizzazione della discrezionalità della stazione appaltante, riconnessa dalla giurisprudenza interna all'esperimento di un'azione impugnatoria avverso una precedente risoluzione per grave inadempimento contrattuale.

---

*con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti».*

A tali considerazioni va aggiunta quella, puntualmente rilevata dal Giudicante, inerente alle ragioni che sostanziano la riscontrata antinomia.

Queste ultime appaiono sintetizzabili nella scelta, da parte del Legislatore nazionale, di recepire i motivi facoltativi di esclusione previsti dalla Direttiva modificandone tuttavia il contenuto (ossia ricorrendo alla tecnica del “ritaglio” anziché all’alternativa del *copy out*), così addivenendo ad uno snaturamento degli stessi rispetto agli obiettivi prefissati nella disciplina sovranazionale.

Tale ultima circostanza indusse in effetti la Corte a declinare, quale ulteriore principio di diritto applicabile alla fattispecie – ma che pare rivestire un rilievo generale – quello secondo cui, in sede di recepimento dello *ius commune*, «*il potere discrezionale degli Stati membri non è assoluto e... una volta che uno Stato membro decide di recepire uno dei motivi facoltativi di esclusione previsti dalla direttiva 2014/24, deve rispettarne gli elementi essenziali, quali ivi previsti*»<sup>141</sup>.

---

<sup>141</sup> Sul punto è opportuno rammentare che le perplessità che condussero alla decisione della Corte di Giustizia avevano già indotto la Commissione Europea ad avviare, con nota C(2019) 452 del 24 gennaio 2019, una procedura di infrazione nei confronti dell’Italia. Il Legislatore nazionale, pertanto, al dichiarato fine di «*allineare il testo dell’articolo 80, comma 5, lettera c) del codice alla direttiva 2014/24/UE, articolo 57, par. 4*», decise di modificare la suddetta norma con il D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, (cosiddetto «*Decreto semplificazioni*») convertito con L. 11 febbraio 2019, n. 12. Si trattò di una riforma al Codice dei contratti pubblici di natura non organica che determinò un duplice ordine di modifiche alla disposizione in commento, con effetti in parte antinomici. In prima battuta, si registrò l’eliminazione dal testo normativo delle quattro fattispecie di esclusione del concorrente tipizzate dal Legislatore nel 2016, ritenute dalle istituzioni unionali non coerenti con il disposto dell’art. 57 par. 4 della Dir. 2014/24/UE, in quanto idonee ad elidere quell’insopprimibile margine di discrezionalità da riservare alla stazione appaltante nel giudicare l’affidabilità dei vari *competitors* coinvolti nelle procedure di gara. Tuttavia, l’intensità dell’effetto semplificatorio perseguito dall’Esecutivo, venne in parte mitigata a cagione dell’inserimento, sempre nel medesimo comma 5 dell’art. 80, delle lettere c)

---

*bis e c) ter*, le quali assursero, a loro volta, il ruolo di nuovi, specifici motivi di esclusione del concorrente. Tale ambivalenza negli effetti prodotti dalla novella determinò a sua volta nuovi problemi interpretativi, dovuti, essenzialmente, alla genericità dei concetti adoperati per la definizione della latitudine semantica (e quindi applicativa) delle clausole escludenti ed alla conseguente assenza, in capo alla amministrazione aggiudicatrice, di sicuri paletti entro i quali esercitare l'accresciuta discrezionalità. Per un commento sulla riforma vedasi in dottrina F. MANGANARO - M. GERMANÒ, *Nuove disposizioni normative sulle cause di esclusione da una procedura di appalto pubblico*, in *Urbanistica ed appalti*, n. 3/2019; A. AMORE, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80, D.Lgs. n. 50/2016 tra Linee Guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, in *Urbanistica ed appalti*, n. 6 del 2017.

## IL SUBAPPALTO.

### ***4. La sua conformazione in seno al D.Lgs. n. 50/2016 ed i complessi rapporti con il diritto europeo.***

Altro rilevante caso di antinomia tra il Codice dei Contratti pubblici e la normativa unionale è quello afferente la previsione dei limiti all'impiego del contratto di subappalto<sup>142</sup> sanciti dall'art. 105, co. 2 D.Lgs. 50/2016.

Trattasi di ipotesi che disvela in maniera plastica come, al di là degli sforzi di armonizzazione del quadro giuridico europeo portati avanti dalle direttive di settore, possa sussistere una netta contrapposizione tra i divergenti *modi di concepire* il medesimo istituto in seno all'ordinamento nazionale ed a quello euro-unitario, con possibili ricadute sul piano della genesi di antinomie normative.

Tale dicotomia appare radicata nel differente substrato culturale ed ideologico sotteso alle due contrapposte ricostruzioni.

Per il diritto unionale, il subappalto ha da sempre rappresentato istituto ispirato all'esigenza di garantire la libera concorrenza e la parità di trattamento tra imprese e, più in generale, a dare pieno compimento al principio del *favor participationis*.

---

<sup>142</sup> Per una ricostruzione dell'istituto vedasi *ex multis*, G. FINO, *Subappalto*, in A. CARULLO – G. IUDICA (a cura di), *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici*, Milano, 2018, pp. 917 e ss.; R. DENICTOLIS, *I nuovi appalti cit.*, pp. 1488 e ss.; A. DI RUZZA - C. LINDA, *Commento all'art. 118*, in S. BACCARINI - G. CHINÈ - R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2015, pp. 1366 e ss.; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale cit.*, pp. 1404 e ss.; A.G. DIANA, *Il subcontratto*, Torino, 2003; S.FANTINI, in M. A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI, *Trattato cit.*, pp. 3401 e ss.

Esso appare pertanto inquadrabile nel più ampio orizzonte concettuale del “*PMI - friendly procurement*”<sup>143</sup>, ossia in quella corrente di pensiero che sostiene la doverosità di un intervento da parte del Legislatore, teso ad una mitigazione dei fenomeni di concentrazione delle aggiudicazioni di commesse pubbliche in favore di grandi gruppi imprenditoriali, grazie ad una adeguata modulazione delle procedure di gara che favorisca la partecipazione delle piccole e medie imprese.

Concezione questa che, presente nelle Direttive del 2004, viene traslata in quelle del 2014, come facilmente evincibile dalla lettura del considerando n. 78 alla Direttiva 2014/24/UE.

In base a tale disposizione, la scelta della parcellizzazione dell’oggetto di gara – unitamente alla possibilità che la stazione appaltante sia gravata dell’obbligo di fornire adeguata motivazione in caso di adozione di decisione

---

<sup>143</sup> Segnatamente, tra le iniziative tese a tale scopo, può rammentarsi nel 2008 la Comunicazione (COM 2008 394) con cui la Commissione declinava alcuni principi essenziali da porre a fondamento di ogni futuro intervento normativo, tra i quali assumeva particolare rilievo il “*Think Small First*”, consistente nella necessità che ogni regolamentazione tenga conto delle esigenze delle PMI, delle conseguenze sulle stesse, della necessità di una tempestiva informazione e consultazione, della semplificazione del quadro normativo esistente e, comunque, della riduzione degli oneri formali in capo ad esse.

Sulla stessa linea si colloca altresì lo *Small Business Act* del 2011, che presenta tra i suoi scopi anche quelli di definire le grandi linee della politica a favore delle PMI, promuovere lo spirito imprenditoriale e ancorare il principio “*Think small first*” nell’azione legislativa e politica per rafforzare la competitività delle PMI.

Per una disamina del rilievo dei subcontratti in seno alla disciplina europea a nazionalità dei contratti pubblici per favorire l’accesso alle procedure di gara alle PMI vedasi in dottrina B. RAGANELLI, *Pmi, procurement e favor participationis*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.3-4, 1 AGOSTO 2017, pp. 839 e ss.

di segno opposto<sup>144</sup> – viene considerata come una delle chiavi di volta per garantire il più ampio accesso al sistema delle commesse pubbliche ad organismi imprenditoriali di modeste dimensioni<sup>145</sup>.

---

<sup>144</sup> In tema S. VILLAMENA, *Appalto pubblico e principio di suddivisione in lotti a tutela degli operatori economici di minori dimensioni*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 4, 01.12.2020, pp. 933 e ss.

<sup>145</sup> Il predetto considerando prescrive infatti che le amministrazioni aggiudicatrici adeguino la legislazione in materia di appalti alle indicazioni fornite dal Codice europeo di buone pratiche, elaborato dalla Commissione nel giugno 2008. Nello specifico, al fine di favorire la concorrenza e la massima apertura dei mercati, l'oggetto del contratto pubblico da aggiudicare dovrebbe essere scisso in una pluralità di lotti, in modo tale che gli stessi corrispondano meglio, sotto un profilo quantitativo, alle capacità produttive normalmente ascrivibili alle PMI operanti nel settore o, comunque, sotto l'aspetto qualitativo, rispecchino le diverse specializzazioni che possono intervenire nelle varie fasi del progetto.

La legislazione nazionale inoltre dovrebbe riservare una discrezionalità in capo all'amministrazione aggiudicatrice, con facoltà di scegliere, senza alcuna supervisione da parte di autorità amministrative o giudiziarie, se procedere o meno alla parcellizzazione della commessa pubblica. Laddove questa opti per la scelta della concentrazione dell'aggiudicazione in unica soluzione, dovrebbe imporsi uno specifico obbligo di giustificazione. Segnatamente, secondo il considerando in disamina, *«la relazione individuale o i documenti di gara dovrebbero contenere un'indicazione dei principali motivi della scelta dell'amministrazione aggiudicatrice. Tali motivi potrebbero, per esempio, consistere nel fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ritiene che tale suddivisione possa rischiare di limitare la concorrenza o di rendere l'esecuzione dell'appalto eccessivamente difficile dal punto di vista tecnico o troppo costosa, ovvero che l'esigenza di coordinare i diversi operatori economici per i lotti possa rischiare seriamente di pregiudicare la corretta esecuzione dell'appalto»*.

In senso diametralmente opposto rispetto alla prospettiva unionale, si pone invece la disciplina nazionale, che, anche in periodi storici antecedenti ai primi tentativi di armonizzazione, ha palesato un atteggiamento di netta *sfiducia* nei confronti dell'istituto.

Ed invero, nonostante la rilevante funzione pro-concorrenziale che, incontrovertibilmente, deve ascriversi allo stesso, l'attenzione del Legislatore nazionale si è da sempre polarizzata sul tema delle sue potenziali distorsioni.

Tra di esse, in particolare, l'utilizzo in funzione elusiva delle regole dell'evidenza pubblica poste a presidio della concorrenza<sup>146</sup> (e, di riflesso, della corretta gestione di fondi pubblici) e la sua possibile funzionalizzazione alla

---

Da ultimo, si auspica l'estensione del predetto obbligo di esame e di motivazione da parte delle legislazioni nazionali a tutti gli appalti di entità minore, «*obbligando le amministrazioni aggiudicatrici a fornire una motivazione della decisione di non suddividere in lotti o rendendo la suddivisione in lotti obbligatoria in determinate condizioni*».

<sup>146</sup> Tale profilo si inquadra nel più ampio tema del generale sfavore da sempre serbato in ambito amministrativistico all'istituto delle modifiche soggettive afferenti la figura dell'esecutore del contratto pubblico. Ciò in quanto le stesse venivano ritenute idonee a depotenziare quegli strumenti che, in seno alla procedura ad evidenza pubblica, consentono alla stazione appaltante un controllo sui requisiti di affidabilità tecnica, economica e morale delle imprese concorrenti. In tema F. CARDARELLI, S. CALDARELLI, C. TRECROCI, *Le modificazioni soggettive degli operatori economici in corso di gara: rti, subappalto, avvalimento e operazioni straordinarie*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.5, 1.10.2019, pp. 625 e ss.; A. CRISMANI, *Il principio della tendenziale immodificabilità soggettiva dei contratti pubblici nella fase di esecuzione*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.5, 1.10.2018, pp. 301 e ss.; A. ROMANO, *Appalti pubblici ed intuitus personae*, in *Riv. giur. edilizia*, fasc.6, 2008, pp. 271 e ss.; L.R. PERFETTI, *La cessione del contratto di appalto con la pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 491 e ss.

permeazione nell'economia nazionale di interessi riconducibili a compagini criminali.

Questa pregiudiziale, al contempo culturale ed ideologica, ha fortemente connotato tutta la disciplina interna in tema di subappalto, a partire dal risalente art. 339<sup>147</sup> della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, il quale rappresentò, storicamente, il primo intervento normativo teso a limitare il ricorso all'istituto nell'ambito del *public procurement*.

Inoltre, la preoccupazione che il subappalto potesse divenire un utile grimaldello per l'accesso alle commesse pubbliche di associazioni malavitose, diede la stura, nel corso degli anni, a plurimi (e disorganici) interventi di riforma<sup>148</sup>, tra i quali, per il rilievo assunto, possono rammentarsi:

- la L. 13 settembre 1982, n. 646 (Legge «Rognoni-La Torre»), statuente, all'art. 21, il divieto per l'aggiudicatario di cedere in subappalto, anche solo in via di fatto, totalmente o parzialmente, l'esecuzione della commessa ottenuta, pena il pagamento di una sanzione pecuniaria pari a un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto;

- l'art. 18 della L. 19 marzo 1990 n. 55<sup>149</sup> (successivamente riscritto dall'art. 34 L.109/1994 ed infine abrogato dall'art. 256 del D.Lgs. 163/2006), con il quale

---

<sup>147</sup> La norma statuiva il divieto di cedere o subappaltare, in tutto od in parte, l'opera assunta senza l'approvazione dell'autorità competente, sotto la comminatoria dell'immediata rescissione e di una multa.

<sup>148</sup> Per una disamina compiuta degli stessi si veda in dottrina G.A. GIUFFRÈ, *Il subappalto dei contratti pubblici tra autonomia imprenditoriale e limiti di interesse pubblico*, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc.1, 1 FEBBRAIO 2018, pp. 85 e ss.; A. CASTELLI E M. LOCHE, *L'istituto del subappalto nel sistema normativo italiano: tra dubbi interpretativi e problemi di conformità*, in Urbanistica e appalti 5/2020, pp. 648 e ss.

<sup>149</sup> «Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale».

si imponevano significativi limiti, sia di natura formale che di tipo qualitativo, alla possibilità di ricorso al subappalto<sup>150</sup>.

D'altro canto, anche una parte della giurisprudenza amministrativa aderì nei propri arresti, in maniera neppure tanto larvata, a quel giudizio di disvalore

---

<sup>150</sup> Nello specifico, esso prevedeva al comma 3 l'obbligo del soggetto appaltante di indicare nel progetto e nel bando di gara la categoria (o le categorie prevalenti) con il relativo importo, nonché le ulteriori categorie, relative a tutte le altre lavorazioni previste in progetto, anch'esse con il relativo importo. A ciò si aggiungeva la possibilità che, tramite regolamento emanato ex art. 17 co. 2 L 400/88, venisse definita, per la categoria o le categorie prevalenti, la quota massima subappaltabile *«in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime, ma in ogni caso non superiore al 30 per cento»*. La norma contemplava infine una nutrita serie di condizioni alle quali era subordinato il legittimo ricorso all'istituto (*«1) che i concorrenti all'atto dell'offerta o l'affidatario, nel caso di varianti in corso d'opera, all'atto dell'affidamento, abbiano indicato i lavori o le parti di opere che intendono subappaltare o concedere in cottimo; 2) che l'appaltatore provveda al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative lavorazioni; 3) che al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'appaltatore trasmetta altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di cui al n. 4) del presente comma; 4) che l'affidatario del subappalto o del cottimo sia iscritto, se italiano o straniero non appartenente ad uno Stato membro della Comunità europea, all'Albo nazionale dei costruttori per categorie e classifiche di importi corrispondenti ai lavori da realizzare in subappalto o in cottimo, ovvero sia in possesso dei corrispondenti requisiti previsti dalla vigente normativa in materia di qualificazione delle imprese, salvo i casi in cui, secondo la legislazione vigente, è sufficiente per eseguire i lavori pubblici l'iscrizione alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura; 5) che non sussista, nei confronti dell'affidatario del subappalto o del cottimo, alcuno dei divieti previsti dall'art. 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575 e successive modificazioni»*).

tradizionalmente serbato dal Legislatore riguardo all'impiego del subappalto nelle procedure ad evidenza pubblica<sup>151</sup>.

In questo quadro concettuale concernente il diritto interno, si inserirono le Direttive di settore del 2004 e del 2014, che indussero il Legislatore nazionale

---

<sup>151</sup> Emblematico in tal senso T.A.R. Piemonte, Sez. I, 11 maggio 2018, n. 578, che ha affermato la piena legittimità della clausola contenuta nel bando di gara tesa a conferire un punteggio aggiuntivo al concorrente che si sia avvalso, nella minor misura possibile, del subappalto, con ciò rigettando anche la censura, sollevata dal ricorrente, secondo cui la predetta previsione contenuta nella *lex specialis* «sarebbe discriminatoria e limitativa della concorrenza in quanto di fatto impedirebbe a numerosi operatori, che non sono in possesso dei requisiti oggetto di gara o che comunque ritengono di non poter eseguire direttamente tutto l'appalto, di partecipare alla gara». Nell'ordito motivo del predetto arresto emerge con tutta chiarezza la tradizionale prevalenza, nel contesto nazionale, di un giudizio di (quantomeno parziale) disvalore collegato all'impiego del subappalto («Il più ampio spazio che il legislatore europeo ha riservato alla disciplina del subappalto nelle più recenti "direttive appalto", rispetto alle direttive precedenti, conferma che si tratta di istituto per natura foriero di problematiche, verosimilmente per la ragione che nella prassi è stato non di rado utilizzato come strumento di sfruttamento delle piccole e medie imprese, con conseguente decadimento della qualità delle prestazioni. Non stupisce, quindi, che una stazione appaltante possa guardarvi con diffidenza. D'altro canto la valutazione della meritevolezza dell'interesse perseguito da una previsione di bando, come quella che qui viene in considerazione, e della proporzionalità di tale previsione rispetto allo scopo perseguito, non può prescindere dalla considerazione che, per come oggi è disciplinato in Italia il subappalto, la sua attrattività è legata, per i subappaltatori, alla mancanza di una responsabilità diretta nei confronti della stazione appaltante a fronte della possibilità di percepire direttamente i compensi, e dal lato dei contraenti principali al fatto di non volersi legare ad altri operatori, cui rendere conto, mediante una associazione o un raggruppamento temporaneo. Si vuol dire, cioè, che sono proprio gli aspetti meno "commendevoli" del subappalto a renderlo uno strumento "invitante", e come tale idoneo ad ampliare la platea dei partecipanti alle gare per l'affidamento degli appalti pubblici»; fonte: [https://anci.lombardia.it/documenti/tar\\_piemonte\\_sentenza\\_n\\_578\\_03102019135038.pdf](https://anci.lombardia.it/documenti/tar_piemonte_sentenza_n_578_03102019135038.pdf)).

a disciplinare l'istituto con l'adozione, dapprima, dell'art. 118<sup>152</sup> D.Lgs. 163/2006 e, successivamente, dell'art. 105 D.Lgs. 50/2016.

Limitando la nostra indagine alla disposizione da ultimo richiamata, può osservarsi come la stessa, sin dalla sua prima stesura, fu oggetto di un ampio dibattito sul tema della paventata incompatibilità con il diritto sovranazionale.

Le criticità emerse furono di spessore tale da giustificare l'apertura di una procedura di infrazione<sup>153</sup> nei confronti del nostro Paese, avviata con lettera di messa in mora della Commissione Europea del 24 gennaio 2019<sup>154</sup>, la quale contestò al Governo italiano la presenza di plurime antinomie tra la disciplina adottata dal Codice dei Contratti pubblici e lo *ius commune*.

Tra i profili censurati possono rammentarsi:

a) la violazione, da parte dell'art. 80 co. 5 lett. c) D.lgs. 50/2016, dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera g), della Direttiva 2014/24/UE e dell'articolo 38, paragrafo 7, lettera f), della Direttiva 2014/23/UE, già analizzata nella sezione delle presente trattazione dedicata all'esclusione del concorrente per grave illecito professionale;

b) il disposto dell'art. 105, comma 6 D.lgs. 50/2016 che – per gli appalti di valore superiore alle soglie UE e per quelli sotto-soglia riguardanti specifiche attività ritenute particolarmente esposte al rischio d'infiltrazione mafiosa –

---

<sup>152</sup> La disposizione di fatto riprendeva la soglia massima di subappaltabilità dei lavori inerente la categoria prevalente già stabilita dall'art. 18 della L. 19 marzo 1990 n. 55 e ne estendeva l'applicazione agli appalti di servizi e forniture con riferimento alla quota complessiva del contratto.

<sup>153</sup> Procedura «2018/2273 - Violazione di alcune disposizioni della direttiva (UE) 2014/24/UE e 2014/25/UE in materia di appalti pubblici e 2014/23/UE in materia di concessioni».

<sup>154</sup> Sulla quale vedasi G. VELTRI, *Codice dei contratti pubblici: la lettera di messa in mora della Commissione UE e la replica del legislatore*, in Urb. app., n. 4/2019, pp. 471 ss.

impone al concorrente l'individuazione di una terna di subappaltatori, così potenzialmente violando il principio unionale di proporzionalità di cui all'articolo 18, par. 1, della Direttiva 2014/24/UE;

c) la previsione dell'art. 105, comma 19 del D.lgs. 50/2016, afferente il divieto del cosiddetto subappalto "*a cascata*" («*L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto*»), ritenuta dalla Commissione contrastante con l'art. 63, par. 1 della Direttiva 2014/24/UE<sup>155</sup>;

d) infine, di specifico interesse ai fini della nostra analisi, l'imposizione al concorrente, ad opera dell'art. 105, commi 2 del D.lgs. 50/2016, di un limite quantitativo alla possibilità di ricorso al subappalto, fissato, nella prima stesura del Codice dei Contratti pubblici, nella misura del 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.

Sarà proprio la questione da ultimo richiamata a spingere il T.a.r. Lombardia, Sezione Milano, a richiedere un intervento nomofilattico della Corte di Giustizia, al fine di dirimere la *vexata quaestio* della possibile dissonanza con il diritto euro-unitario dei limiti posti dall'ordinamento italiano al ricorso all'istituto in discorso.

---

<sup>155</sup> «Per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4, un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi».

**5. L'interpretazione "salvifica" della disciplina interna accolta dal Consiglio di Stato ed i dubbi di incompatibilità con il diritto unionale sollevati da T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, ord. 19 gennaio 2018, n. 148.**

Va rilevato come, prima ancora del rinvio pregiudiziale alla CGUE, i dubbi sulla compatibilità tra lo *ius commune europeorum* e la disciplina interna sul subappalto furono fatti oggetto di attenta riflessione in ambito amministrativistico.

Sul punto può rammentarsi innanzitutto, per l'autorevole provenienza, l'orientamento espresso in sede consultiva dall'Adunanza della Commissione Speciale del Consiglio di Stato in occasione dell'adozione del Codice dei Contratti pubblici e, successivamente, del Decreto "correttivo" del 2017.

Con maggior dettaglio esplicativo, può osservarsi che il parere n. 855/2016 non censurava, con riferimento alla paventata violazione del divieto di *goldplating*, la possibilità del reinserimento del limite di ammissibilità al subappalto nella misura del 30%, già presente nel testo dell'abrogato art. 118 D.Lgs. 163/2006.

Al riguardo si evidenziava come la legge delega, sebbene avesse statuito il divieto generale di *goldplating* all'art. 1 lett. a) (ed in tema di subappalto alla lett. rrr), in realtà non prendesse alcuna specifica posizione sulla questione degli eventuali limiti quantitativi al subappalto.

Il dato testuale – proseguiva il parere – potrebbe quindi indurre il Governo a valutare, legittimamente, l'opportunità di «ripristinare tout court, e non solo per le opere superspecialistiche, il (pre)vigente limite del 30% in ordine al subappalto», avvertendosi tuttavia che, in tale ipotesi, l'A.I.R. dovrebbe indicare in maniera compiuta le preminenti ragioni di interesse pubblico sottese a tale scelta.

Più in generale, pare ragionevolmente sostenibile l'affermazione che in quella sede il Consiglio di Stato volle adottare, anche al fine di evitare eccessivi riverberi sulle procedure giudiziali in atto, un'esegesi "salvifica" della normativa interna, enfatizzando la discrezionalità da riconoscersi al Legislatore nazionale in merito alla possibilità di un recepimento «più oneroso del "minimo comunitario"», laddove questo fosse giustificato alla stregua delle previsioni dell'art. 14, comma 24 *quater*<sup>156</sup> L. 246/2005 e dell'art 36 del TFUE.

Ne derivò un'interpretazione fortemente restrittiva della *ratio essendi* del divieto di *goldplating*, nel senso di una sua esclusiva funzionalizzazione alla riduzione di oneri procedurali non necessari, da considerarsi tuttavia sempre recessiva dinanzi alla necessità di tutela di valori costituzionalmente rilevanti, quali la salvaguardia dell'ordine pubblico, della pubblica sicurezza, della salute e della vita umana<sup>157</sup>.

---

<sup>156</sup> Il quale statuisce che «L'amministrazione da' conto delle circostanze eccezionali, valutate nell'analisi d'impatto della regolamentazione, in relazione alle quali si rende necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria. Per gli atti normativi non sottoposti ad AIR, le Amministrazioni utilizzano comunque, i metodi di analisi definiti dalle direttive di cui al comma 6 del presente articolo».

<sup>157</sup> Cfr. par. II.a) del parere in cui si afferma che «...il "divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive" va rettammente interpretato in una prospettiva di riduzione della "oneri non necessari", e non anche in una prospettiva di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali, in relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive. Così, in termini generali, il maggior rigore nel recepimento delle direttive deve, da un lato, ritenersi consentito nella misura in cui non si traduce in un ostacolo ingiustificato alla concorrenza; dall'altro lato ritenersi giustificato (quando non imposto) dalla salvaguardia di interessi e valori costituzionali, ovvero enunciati nell'art. 36 del TFUE ».

Tesi questa ribadita nel parere n. 732 del 30 marzo 2017, in cui lo stesso Consesso, pur riconoscendo la sussistenza di un orientamento della Corte di Giustizia tendente ad affermare l'illegittimità di vincoli interni alla possibilità di ricorso al subappalto<sup>158</sup>, ne limitò il campo di applicazione al pregresso quadro normativo.

Ciò sull'assunto che la nuova Direttiva 2014/24, ampliando il novero dei beni giuridici da tutelare in sede di disciplina delle procedure ad evidenza pubblica (in maniera ritenuta consonante alle scelte già operate dal Legislatore italiano), avesse implicitamente legittimato gli Stati membri ad imporre maggiori limitazioni all'istituto in discorso rispetto al passato, laddove queste ultime risultassero giustificate dall'esigenza di prevenire le più gravi forme di aggressione ai predetti valori<sup>159</sup>.

Concludeva l'illustre Collegio, con locuzione emblematica di un evidente sforzo di equilibrismo giuridico, che, così ricostruito il quadro normativo di riferimento, l'art. 105 del Codice dei Contratti pubblici non si poneva in «*frontale contrasto*» con lo *ius commune*.

Nonostante la chiarezza delle posizioni espresse nei richiamati pareri, la questione della possibile anticomunitarietà dei limiti al subappalto venne nuovamente sollevata in sede giudiziale.

Nello specifico, nell'ambito di una procedura di gara impugnata dinanzi al T.a.r. Lombardia, Sezione Milano, la ricorrente, società Vitali Spa, estromessa a cagione del superamento del limite di impiego del subappalto nella misura

---

<sup>158</sup> Il riferimento è in particolare a C. giust. UE, III, 14.7.2016 C-406/14.

<sup>159</sup> Le limitazione saranno da ritenersi giustificate «*da un lato alla luce dei principi di sostenibilità sociale che sono alla base delle stesse direttive, e dall'altro lato alla luce di quei valori superiori, declinati dall'art. 36 TFUE, che possono fondare restrizioni della libera concorrenza e del mercato, tra cui, espressamente, l'ordine e la sicurezza pubblici*».

(prevista nel testo dell'art. 105 co. 2 allora vigente) del 30%, censurava il provvedimento esclusivo per ritenuta violazione della Direttiva 2014/24/UE, stante l'assenza, nel testo di quest'ultima, di qualsiasi sbarramento al ricorso all'istituto.

L'Adito Giudicante, respinti gli altri motivi di ricorso, manifestava delle perplessità circa l'effettiva compatibilità di detto limite rispetto agli artt. 49 e 56 del TFUE, all'art. 71 della Direttiva 2014/24 ed al principio di proporzionalità, che lo spingevano a sollevare, in sede di rinvio pregiudiziale, con ordinanza di rimessione del 19 gennaio 2018, n. 148<sup>160</sup>, il seguente quesito interpretativo: *«Se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 [TFUE], l'articolo 71 della direttiva [2014/24], il quale non contempla limitazioni quantitative al subappalto, e il principio [di diritto dell'Unione europea] di proporzionalità, ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'articolo 105, comma 2, terzo periodo, del [decreto legislativo n. 50/2016], secondo la quale il subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture»*<sup>161</sup>.

---

<sup>160</sup> Reperibile in Riv. giur. ed. n. 1/2018, p. 263.

<sup>161</sup> Va anche rammentato che lo stesso Consiglio di Stato, sez. VI, con iniziativa di poco successiva a quella del T.a.r. Milano (ordinanza del 11 giugno 2018, n. 3553, reperibile in Riv. giur. ed., n. 1/2018, p. 857) richiedeva alla CGUE di pronunciarsi in merito alla compatibilità con il diritto unionale del disposto dell'art 118, co. 2 e 4 D.Lgs. 163/2006 (norma quest'ultima che fissava nella misura del 20% il limite al ribasso dei prezzi delle prestazioni affidate in subappalto praticabile dall'aggiudicatario rispetto a quelli unitari di aggiudicazione). La Corte Giustizia, con sentenza del 27 novembre 2019, C-402/18, Tedeschi S.r.l. (ECLI:EU:C:2019:1023), affermava la fondatezza dei dubbi sollevati dal rimettente e la non conformità delle predette limitazione al diritto comune.

**6. La conferma dell'illegittimità dei limiti al subappalto da parte della giurisprudenza comunitaria alla luce del principio di proporzionalità (Corte di Giustizia U.E., Sezione Quinta, 26 settembre 2019, C-63/18, Pres. e Rel. E. Regan - Vitali S.p.a. c. A.I. S.p.a.).**

Investita della questione, la Corte di Giustizia, al fine di dirimere i dubbi sollevati dal Giudice lombardo, operò, in via preliminare, una ricognizione delle disposizioni della Direttiva 2014/24 ritenute direttamente applicabili alla fattispecie concreta.

Dalla stessa emergeva la sussistenza di un ordito normativo piuttosto composito e ciò a cagione della presenza di precetti tra di loro apparentemente antinomici, o meglio, tesi al bilanciamento di esigenze (e valori) di segno opposto.

Alcuni di essi, infatti, tra i quali possono annoverarsi i considerando n. 1<sup>162</sup> e 78<sup>163</sup> della Direttiva, nonché l'art. 63<sup>164</sup> della stessa, apparivano

---

<sup>162</sup> Il quale dispone che le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici devono rispettare i principi sanciti dal TFUE, tra cui, 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*».

<sup>163</sup> Che dimostra l'evidente *favor* serbato dal Legislatore sovranazionale in merito alla partecipazione delle PMI alle procedure ad evidenza pubblica e per il quale vedasi la nota 144. A ciò aggiungasi la sussistenza di importanti arresti della Corte di Giustizia nei quali viene ribadita l'essenziale funzione pro-concorrenziale del subappalto. In tal senso, *ex multis*, la sentenza del 05 aprile 2017, Borta, C 298/15, in cui la Corte di Giustizia - chiamata a pronunciarsi sulla conformità allo *ius commune* dei limiti al ricorso al subappalto presenti nell'ordinamento lituano - afferma chiaramente che «*è interesse dell'Unione che l'apertura di un bando di gara alla concorrenza sia la più ampia possibile, incluso per gli appalti che non*

teleologicamente orientati alla massima esplicazione del principio del *favor participationis*.

Altri, per converso, quali i considerando 41<sup>165</sup> e 105<sup>166</sup> e gli artt. 57<sup>167</sup> e 71<sup>168</sup>, sembravano preordinati ad espletare una funzione riequilibratrice degli

---

*sono disciplinati dalla direttiva 2004/17 (v., in tal senso, sentenze del 10 luglio 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, punto 29, nonché del 28 gennaio 2016, CASTA e a., C-50/14, EU:C:2016:56, punto 55). Il ricorso al subappalto, che può favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce al perseguimento di tale obiettivo».*

<sup>164</sup> La norma, rubricata «*Affidamento sulle capacità di altri soggetti*», garantisce in maniera piuttosto ampia ad ogni operatore economico la possibilità di ottemperare ai requisiti di natura economico-finanziaria, di cui all'art 58 par. 3, ovvero di natura tecnico-professionale, ex art. 58 par. 4, facendo affidamento sulle capacità di altri soggetti e ciò «*a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi*».

<sup>165</sup> Secondo cui «*Nessuna disposizione della presente direttiva dovrebbe vietare di imporre o di applicare misure necessarie alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, della salute, della vita umana e animale o alla preservazione dei vegetali o altre misure ambientali in particolare nell'ottica dello sviluppo sostenibile, a condizione che dette misure siano conformi al TFUE*».

<sup>166</sup> Emblematica delle finalità antielusive della disciplina generale degli appalti pubblici è proprio la norma in commento la quale richiama i subappaltatori al rispetto delle norme in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro di cui alla direttiva.

<sup>167</sup> L'art. 57 della Direttiva (titolato «*Motivi di esclusione*») statuisce la possibilità che le amministrazioni aggiudicatrici procedano all'esclusione di un concorrente qualora, dalle verifiche effettuate ai sensi degli artt. da 59 a 61, ovvero *aliunde*, vengano a conoscenza della intervenuta condanna dello stesso per uno dei reati indicati dalla disposizione.

<sup>168</sup> In detto precetto si prevedono varie norme antielusive delle regole della evidenza pubblica, quali, ad esempio, la possibilità che gli Stati membri impongano alle amministrazioni aggiudicatrici che nei documenti di gara sia richiesto all'offerente di indicare le parti

effetti prodotti dai primi e, quindi, nel complesso, ad arginare le possibili distorsioni derivanti da un uso indiscriminato dell'istituto.

L'analisi della Corte veniva poi completata rimarcando il tenore dei propri precedenti arresti, nei quali, sia pur con riferimento alle Direttive del 2004, si stigmatizzava recisamente l'introduzione, nella legislazione degli Stati membri, di qualsiasi *automatismo* che limitasse la possibilità, per gli operatori economici, di far ricorso al subappalto<sup>169</sup>.

Ricostruito l'orizzonte concettuale di riferimento, la i giudici del *Kirchberg* procedevano quindi alla puntuale disamina della tesi fatta propria dal remittente e di quella della Difesa erariale.

Il primo dubitava della legittimità del limite del 30%, sancito dall'art. 105 co. 2 del Codice dei contratti pubblici, in quanto lo stesso appariva idoneo a restringere, in maniera apodittica, le possibilità di partecipazione alle procedure di gara delle piccole e medie imprese, determinando così, al contempo,

---

dell'oggetto del contratto la cui esecuzione si intende affidare a terze parti e di relativi nominativi; la possibilità, ove la natura dell'appalto lo consenta, che gli Stati membri prevedano il diritto del subappaltatore di ottenere la diretta corresponsione degli emolumenti che il concorrente principale dovrebbe liquidare quale corrispettivo delle prestazioni rese in suo favore.

<sup>169</sup> Il riferimento è, in particolare, alla fondamentale sentenza del 14 luglio 2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu, causa C-406/14. La Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della previsione normativa (art. 36 par. 5 della Legge Polacca sui contratti pubblici - Prawo zamówień publicznych), che conferiva alle amministrazioni aggiudicatrici la possibilità di inserire una clausola del capitolato d'onere che imponesse agli operatori economici dei limiti generali alla possibilità di avvalersi del subappalto, ne affermava l'incompatibilità con la Direttiva 2004/18, in quanto la stessa appariva del tutto slegata dalla possibilità, da parte della stazione appaltante, di verificare, in concreto, le capacità di eventuali subappaltatori e, in ogni caso, dalla aprioristica qualificazione, in termini di essenzialità, delle prestazioni cui suddetta limitazione dovrebbe applicarsi.

un'ingiustificata lesione delle loro libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, nonché un'illegittima compressione della discrezionalità attribuita alle amministrazioni aggiudicatrici in merito alla valutazione dell'affidabilità dei subappaltatori indicati dai concorrenti.

Il Governo italiano, dal canto suo, rifacendosi alla ricostruzione teorica operata dal Consiglio di Stato nei richiamati pareri n. 855/2016 e 732/2017, ribadiva la piena consonanza della disciplina censurata al diritto comune.

La stessa rappresenterebbe la diretta conseguenza della sussistenza, in *subiecta materia*, di preminenti esigenze di tutela dell'ordine pubblico – legate alla necessità di scoraggiare i tentativi di acquisizione di commesse pubbliche da parte di associazioni malavitose – che giustificerebbero, anche alla luce dell'art. 36 del TFUE, un affievolimento delle contrapposte libertà di stabilimento e di prestazione di servizi delle PMI.

La soluzione alla *querelle* proposta dall'Adito Collegio dimostra un notevole tasso di originalità rispetto alle tesi contrapposte.

Essa supera gli assunti della Difesa erariale e lo fa spostando i termini della questione su di un piano totalmente diverso da quello fondato sul semplice raffronto tra la regola generale – dettata dagli artt. 49 e 56 del TFUE – e la sua eccezione, derivante dall'art. 36 del TFUE.

Il ragionamento logico-giuridico dei giudici del *Kirchberg* si sviluppa in modo ben più raffinato, passando per una valutazione della ragionevolezza delle limitazioni imposte dal Legislatore italiano sotto la lente del principio di proporzionalità<sup>170</sup>.

---

<sup>170</sup> Per una disamina della rilevanza dello stesso in seno al diritto amministrativo vedasi in dottrina D.U. GALLETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'unione europea)*, relazione al Convegno dal titolo "Itinerari della Giustizia amministrativa e del suo giudice. Per i 130 anni

Segnatamente, la Corte si interroga su almeno tre aspetti critici del precetto censurato.

*In primis*, se possa affermarsi la legittimità di limitazioni quantitative alla quota di lavori subappaltabili, stabilite in misura fissa ed immutabile, laddove la giustificazione addotta sia l'esigenza di scoraggiare gli appetiti delle consorzierie criminali verso l'aggiudicazione di commesse pubbliche<sup>171</sup>.

---

dall'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato", svoltosi a Roma in data 20 novembre 2019, presso la Sede del Consiglio di Stato (Palazzo Spada - Aula di Pompeo), pubblicati su Rivista italiana di diritto pubblico comunitario - n. 6 – 2019, pp. 907 e ss.; S. DE NITTO, *A proposito della proporzionalità come criterio giuridico*, in Rivista trimestrale di diritto pubblico - n. 4 – 2017, pp. 1035 e ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in Dir. Proc. Amm.- 2/2016, pp. 361 e ss.; G. LIGUGNANA, *Principio di proporzionalità e integrazione tra ordinamenti. il caso inglese e italiano*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., fasc.2, 2011, pp. 447 e ss.; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistemica*, Torino, 2011.

<sup>171</sup> Critici su questo assunto A. GIACALONE E A. PELOSO, *I limiti al subappalto. Ovvero ciò che ne rimane*, in Urbanistica e appalti 2/2020, pp. 208 e ss., i quali affermano che lo stesso rappresenterebbe un «comodo luogo comune ormai 'svigorito'». In generale, che il raggiungimento di detta finalità sia tale da giustificare delle legittime imposizioni ai concorrenti viene ammesso dalla stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia, come testimoniato dalla sentenza del 22 ottobre 2015, causa C-425/14, Impresa Edilux Srl, nella quale, con riferimento all'obbligo di sottoscrizione di un protocollo di legalità in capo agli offerenti sancito nel bando di gara, si afferma che «La Corte ha già dichiarato che va riconosciuto agli Stati membri un certo potere discrezionale nell'adozione delle misure destinate a garantire il rispetto del principio della parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza, i quali si impongono alle amministrazioni aggiudicatrici in tutte le procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico. Infatti, il singolo Stato membro è nella posizione migliore per individuare, alla luce di considerazioni di ordine storico, giuridico, economico o sociale che gli sono proprie, le situazioni favorevoli alla comparsa di comportamenti in grado di provocare violazioni del rispetto del principio e dell'obbligo summenzionati (v., in tal senso,

In via consequenziale, se sia opportuna la preclusione, in capo alla stazione appaltante, di ogni valutazione in concreto circa l'affidabilità dei soggetti terzi indicati dall'aggiudicatario quali esecutori di quota-parte dei lavori commissionati.

Da ultimo, con considerazione di più ampio respiro, se sia ontologicamente corretto affrontare le esigenze di tutela dell'economia nazionale contro i tentativi di infiltrazione mafiosa sul terreno della disciplina delle procedure ad evidenza pubblica, ovvero, se tali legittime istanze di difesa sociale debbano essere più propriamente devolute ad altri settori dell'ordinamento.

La soluzione delle tre questioni prospettate, tra di loro intimamente connesse, passa per quella linea di sintesi tracciata dall'applicazione del principio di proporzionalità.

In questa prospettiva, l'obbligo di esecuzione diretta da parte di un concorrente (pena l'esclusione automatica dalla gara) di una parte della commessa pubblica assolutamente prevalente sotto il profilo quantitativo, appare, agli occhi della Corte, del tutto spropositata, soprattutto laddove la

---

*sentenza Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punti 31 e 32 nonché giurisprudenza citata). Secondo il giudice del rinvio, un protocollo di legalità come quello di cui trattasi nel procedimento principale è finalizzato a prevenire e a contrastare il fenomeno delle infiltrazioni, soprattutto nel settore degli appalti pubblici, della criminalità organizzata, che è molto radicata in alcune regioni del sud Italia. Esso è funzionale altresì alla tutela dei principi di concorrenza e di trasparenza che presidiano la normativa italiana e dell'Unione in materia di appalti pubblici. Si deve necessariamente constatare che, ostacolando l'attività criminale e distorsioni della concorrenza nel settore degli appalti pubblici, una misura quale l'obbligo di dichiarare l'accettazione di un tale protocollo di legalità appare idonea a rafforzare la parità di trattamento e la trasparenza nell'aggiudicazione di appalti. Inoltre, poiché incombe su qualsiasi candidato od offerente indistintamente, detto obbligo non viola il principio di non discriminazione».*

stazione appaltante abbia la possibilità di verificare, nel caso concreto, l'identità dei subappaltatori e la loro non contiguità con alcun sodalizio criminale<sup>172</sup>.

Conclusione che viene ulteriormente rafforzata dalla presenza nell'ordinamento italiano di un ipertrofico apparato normativo, teso ad impedire la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica di quelle imprese che siano sospettate di essere oggetto di infiltrazioni (o anche solo di condizionamenti) da parte di associazioni criminali.

Le predette considerazioni sostanziano pertanto un giudizio censorio della Corte di Lussemburgo nei confronti dell'art. 105 co. 2 D.Lgs. 50/2016, da ritenersi norma non conforme al diritto unionale proprio per violazione del canone della proporzionalità.

La disamina delle ragioni addotte dalla Corte di Giustizia in merito al caso prospettato consente di trarre alcune conclusioni rispetto al tema oggetto della presente trattazione.

---

<sup>172</sup> Vedasi in tal senso i paragrafi 39 e 40 della decisione: «A tal riguardo, occorre ricordare che, durante tutta la procedura, le amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare i principi di aggiudicazione degli appalti di cui all'articolo 18 della direttiva 2014/24, tra i quali figurano, in particolare, i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità (sentenza del 20 settembre 2018, *Montte*, C-546/16, EU:C:2018:752, punto 38). 40 Orbene, in particolare, come ricordato al punto 30 della presente sentenza, la normativa nazionale di cui al procedimento principale vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell'appalto pubblico in parola, cosicché tale divieto si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori. Inoltre, un siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore (v., per analogia, sentenza del 5 aprile 2017, *Borta*, C-298/15, EU: C:2017:266, punti 54 e 55)».

Il contrasto riscontrato tra il testo dell'art. 105 co. 2 D.Lgs. 50/2016 e quello dell'art. 71 della Direttiva 2014/24 può essere innanzitutto ricondotto, sotto il profilo della tecnica di normazione adottata, nell'alveo delle antinomie da violazione del divieto di *goldplating*.

Esso appare infatti, indubbiamente, il frutto di una superfetazione normativa e, più in generale, di quella contrapposizione culturale tra «*sistemi basati sulla fiducia*» e «*sistemi basati sulla sfiducia*» cui si è fatto cenno nella parte generale della presente trattazione.

Tuttavia, l'antinomia in commento è altresì l'emblema delle difficoltà, presenti nel rapporto tra ordinamento unionale ed ordinamenti nazionali, afferenti al delicato bilanciamento tra principi e valori che, astrattamente compatibili e condivisi, appaiono comunque idonei a generare rilevanti tensioni in fase applicativa.

Ne deriva la possibilità di un'ulteriore inquadramento del ridetto contrasto nella differente categoria delle antinomie «*di principi*», ossia di quelle asimmetrie normative ascrivibili alla contemporanea sussistenza di beni giuridici che, egualmente rilevanti per l'ordinamento unionale-nazionale, si collocano in posizione di parziale antagonismo e la cui tutela impone necessariamente degli opportuni bilanciamenti.

Ciò che pare doveroso rilevare è che questo antagonismo è di fatto ammesso e tollerato all'interno delle stesse fonti unionali, le quali, non a caso, proclamano in maniera apparentemente illimitata le libertà riconosciute dagli artt. 49 e 56 del TFUE, salvo poi tipizzate importanti ipotesi derogatorie, legate alle esigenze richiamate dall'art. 36 TFUE.

Tuttavia, nell'assenza di rigide regole per la soluzione delle posizioni in conflitto, è il parametro della proporzionalità a divenire l'unico strumento,

logico ed assiologico, in grado di individuare il punto di equilibrio tra esigenze, quantomeno parzialmente, divergenti.

Ne deriva che la soluzione all'antinomia rilevata non viene determinata dalla netta prevalenza di un bene giuridico sull'altro, bensì trasponendo i termini della questione sul connesso tema dei mezzi più idonei a garantire un equilibrato bilanciamento tra i valori in gioco.

Questi ultimi, essenzialmente individuati dalla Corte di Giustizia nella pletora di provvedimenti amministrativi di natura interdittiva disciplinati dal D.Lgs. 159/2011, appaiono presidi in grado di arginare il pericolo che beni di primario rilievo – quali il rispetto della legalità, la tutela dell'ordine pubblico e la difesa dell'economia nazionale – possano essere strumentalizzati ed adottati come fattore giustificativo di aprioristiche limitazioni alla libera concorrenza.

Volendo impiegare un'efficace espressione della dottrina, ciò che appare necessario evitare è che l'auspicabile obiettivo della trasparenza nel settore dei contratti pubblici possa assurgere al ruolo di *«principio tiranno di un ordinamento nazionale»*<sup>173</sup>.

A parere di chi scrive è proprio questa rilettura della questione in chiave sistemica l'aspetto più interessante della sentenza in commento.

Essa infatti risolve la riscontrata antinomia rammentando la complementarità dei vari settori dell'ordinamento giuridico e la necessità che il giudizio di bilanciamento tra principi (almeno in parte) antinomici non sia ridotto ad una mera comparazione in astratto tra gli stessi, ma risulti calato in concreto all'interno di uno specifico ordito normativo, con la conseguente ponderazione dei diversi istituti in grado di equilibrare, grazie al filtro della

---

<sup>173</sup> L. PREVITI, *Sull'incompatibilità europea dei limiti percentuali nazionali al subappalto*, nota a Corte giustizia UE , 26 settembre 2019, n.63, sez. V, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.6, 2019, pp. 874 e ss.

proporzionalità, l'esigenza di tutela di posizioni solo apparentemente inconciliabili.

**7. La reazione del Legislatore nazionale e le prime applicazioni da parte della giurisprudenza amministrativa (Cons. St., V, 16 gennaio 2020, n. 389; Cons. St., sez. V, 17.12.2020 n. 8101).**

Gli effetti scaturenti dalla pronuncia della Corte di Giustizia non tardarono a manifestarsi nell'ordinamento interno.

Chiarito il principio di fondo, rappresentato dall'illegittimità di vincoli precostituiti alla possibilità di ricorso al subappalto, si registrò in via pressoché immediata un tentativo di riavvicinamento della disciplina interna al *decisum* unionale.

Ciò tuttavia avvenne da parte del Legislatore *tradendo* gli stessi principi ispiratori della pronuncia resa nel caso Vitali, ossia non tramite l'elisione dei limiti frapposti all'impiego del subappalto (eventualmente accompagnata dal potenziamento degli strumenti di prevenzione e contrasto dei tentativi di infiltrazione dell'economia nazionale da parte dei sodalizi criminali) bensì con la ricerca di uno sbarramento percentuale che potesse considerarsi "accettabile" alla luce dell'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia<sup>174</sup>.

---

<sup>174</sup> Si passò così dal limite del 30%, vigente al tempo del rinvio pregiudiziale operato dal T.a.r. Lombardia, a quello del 40%, imposto, sino al 31 dicembre 2020, dall'art. 1 co. 18 della L. 55/2019, di conversione del D.L. 32/2019, cosiddetto «Sblocca-cantieri». In tema vedasi in dottrina R. DE NICTOLIS, *Le novità sui contratti pubblici recate dal D.L. n. 32/2019 "sblocca cantieri"*, in *Urbanistica e appalti* 4/2019, pp. 443 e ss.; F. D'ALESSANDRI, *Il subappalto alla luce della Legge n. 55/2019 e il difficile rapporto con il diritto europeo*, in *Urbanistica e appalti* 1/2020, pp. 5 e ss.

Più coerente con i principi espressi nell'arresto in disamina si dimostrò invece la giurisprudenza amministrativa, la quale, chiamata a pronunciarsi in plurime occasioni sulla legittimità del limite del 30% alla possibilità di ricorso al subappalto da parte del concorrente, non esitò ad affermare l'obbligo del giudice procedente di disapplicare la previsione di cui al comma 2 dell'art.105 Codice dei contratti pubblici in conseguenza della acclarata anticomunitarietà della stessa<sup>175</sup>.

L'insegnamento pretorio venne infine recepito da parte del Legislatore nazionale.

Con l'art. 49 del D.L. 31 maggio 2021, n. 77 («*Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*»),

---

<sup>175</sup> In termini Consiglio di Stato sez. V, 17/12/2020, (ud. 24/09/2020, dep. 17/12/2020), n.8101, secondo cui detto tetto percentuale andrebbe disapplicato «*in quanto incompatibile con l'ordinamento euro-unitario, come affermato dalla Corte di Giustizia (Corte di Giustizia U.E., Sezione Quinta, 26 settembre 2019, C-63/18; Id., 27 novembre 2019, C-402/18; in termini Cons. St., V, 16 gennaio 2020, n. 389, che ha puntualmente rilevato come "i limiti ad esso relativi (30% per cento "dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture", secondo la formulazione del comma 2 della disposizione richiamata applicabile ratione temporis, [...] deve ritenersi superato per effetto delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea")*»; vedasi altresì Consiglio di Stato sez. V, 16/01/2020, n. 389.

Va tuttavia rammentata anche la tesi, parzialmente divergente rispetto a quella del Consiglio di Stato, sostenuta, tra gli altri, da T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 24 aprile 2020, n. 4183, reperibile su Urbanistica e appalti n. 6/2020, pp. 856 e ss., con nota di A. DI CAGNO, secondo la quale la Corte di Giustizia, nel considerare l'anticomunitarietà del limite del 30% al ricorso al subappalto una conseguenza della violazione del canone di proporzionalità, consentirebbe un giudizio di legittimità nei confronti del più ampio sbarramento previsto dall'art. 1, comma 18, della L. n. 55 del 2019.

noto anche come «*Decreto Semplificazioni 2021*») si assisté, con una meditata scansione temporale, dapprima, ossia fino alla data del 31 ottobre 2021, all'innalzamento della possibilità di ricorso all'istituto sino alla soglia del 50%, con contestuale abrogazione dell'articolo 1, comma 18, primo periodo, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, e, successivamente, a decorrere dal 1 novembre 2021, alla totale eliminazione di ogni limitazione generale al subappalto, grazie al riformulato comma 2 dell'art. 105 D.Lgs. 50/2016<sup>176</sup>.

---

<sup>176</sup> Più precisamente il comma 2 dell'art. 49 del D.L. 77/2021 statuí la sostituzione del terzo periodo del comma 2 dell'art. 105 nel modo seguente: «*Le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, previa adeguata motivazione nella determina a contrarre, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o le lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 89, comma 11, dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro e di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, a meno che i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell' articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229*».

## IN HOUSE PROVIDING.

### **8. Discrezionalità della P.A. e tutela della concorrenza: i dubbi sulla compatibilità con le previsioni del diritto unionale dell'art. 192, co. 2 Codice dei Contratti pubblici (Ord. Consiglio di Stato sez. V, 07/01/2019, n. 138).**

Altra questione che merita di essere censita all'interno della presene trattazione è quella afferente la possibilità di qualificare l'*in house providing*<sup>177</sup> in termini di modalità ordinaria di affidamento di commesse pubbliche, seppur massimamente derogatoria dei canoni della libera concorrenza e della parità di trattamento tra operatori economici, ovvero, per contro, come strumento subvalente ed, in qualche misura, eccezionale, rispetto all'utilizzo dei complessi meccanismi dell'evidenza pubblica.

---

<sup>177</sup> Per la ricostruzione dell'istituto vedasi in dottrina P. PETTITI, *Direzione e coordinamento, interesse e controllo analogo*, Rivista delle Società, fasc. 4, 01.08.2020, pp. 1082 e ss.; N. AICARDI, *Società miste e affidamento di contratti pubblici*, in Giurisprudenza Commerciale, fasc. 4, 01.08.2020, pp. 756 e ss.; V.S. AMBROSIO, *Costituzione e statuti delle società pubbliche: tra autonomia privata e tutela dell'interesse pubblico*, in Rivista del Notariato, fasc. 3, 01.06.2020, pp. 441 e ss.; P. NOVARO, *Regime speciale degli affidamenti in house*, in A. CARULLO – G. IUDICA (a cura di), *Commentario cit.*, pp. 1358 e ss.; R. DE NICTOLIS – L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008, pp. 38 e ss.; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004, pp. 268 e ss.; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, pp. 203 e ss.; C. VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, 2015, 5, pp. 1168 e ss.; M. CIAN, *I requisiti qualificatori della società in house*, in Giurisprudenza Commerciale, 01.04.2019, 2, pp. 196 e ss.

Trattasi di istituto che, come noto, venne dapprima elaborato in seno alla giurisprudenza unionale<sup>178</sup>, per poi ricevere un'analitica disciplina di diritto positivo nelle direttive di settore<sup>179</sup>.

Quest'ultima risulta attualmente recepita, per quanto afferisce al nostro ordinamento, negli artt. 5, 192, 193 del D.Lgs. 50/2016, nonché negli artt. 4<sup>180</sup>

---

<sup>178</sup> Il riferimento è innanzitutto alla storica sentenza Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal srl, reperibile su Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2000, pp. 1393 e ss., con nota di G. GRECO, la quale ha fissato, in assenza di parametri normativi, i presupposti per la configurabilità dell'istituto *de quo*, affermando il principio di diritto secondo cui la direttiva 93/36, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, non risulta applicabile ad operazioni che non integrano, rispetto al soggetto aggiudicatore, veri e propri affidamenti di contratti pubblici a terze parti. Ipotesi quest'ultima che si verifica ove un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti, con una società che, seppur distinto da essa sul piano giuridico e formale, non lo sia su quello decisionale, in quanto *«l'ente locale eserciti sulla persona da esso giuridicamente distinta un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano»*.

<sup>179</sup> Vedasi in particolare, per quanto concerne l'attuale contesto normativo unionale, l'art. 12 paragrafo 1 della Direttiva 2014/24 (rubricato *«Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico»*) il quale, come noto, afferma l'esclusione dall'ambito applicativo della Direttiva degli affidamenti diretti di commesse pubbliche in favore di persone giuridiche di diritto pubblico o privato in capo alle quali ricorrano, cumulativamente, il requisito del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi da parte della amministrazione aggiudicatrice, quello dell'esercizio prevalente dell'attività economica della controllata in favore dell'amministrazione controllante e, da ultimo, l'assenza, nella società controllata, di partecipazione di capitali privati diretti, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportino controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitino un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

e 16<sup>181</sup> del D.Lgs. 175/2016, recante il «*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*»<sup>182</sup>.

Tuttavia, nonostante l'indubbia valenza sistematica oltre che simbolica di tale riconoscimento, appare un dato incontrovertibile come ancora oggi risulti fondamentale, ai fini della ricostruzione in chiave teorica dell'istituto e, soprattutto, della sua concreta applicazione, l'opera interpretativa della giurisprudenza amministrativa.

Basti pensare in tal senso al significativo numero di questioni recentemente emerse in sede pretoria in merito ai profili più disparati, quali quello dei limiti

---

<sup>180</sup> La norma prevede le regole fondamentali necessarie a circoscrivere la discrezionalità delle PP.AA. per quanto concerne la costituzione di società in house. Queste ultime dovranno operare esclusivamente per lo svolgimento di una delle attività tassativamente indicate dal Legislatore, tra le quali la produzione di beni e servizi di interesse generale che risultino effettivamente necessari al perseguimento dei fini istituzionali della amministrazione controllante.

<sup>181</sup> L'articolo 16 T.U. prevede che l'affidamento diretto di contratti pubblici a società in house possa avvenire da parte dell'amministrazione che eserciti un controllo analogo a quello che detiene sui propri servizi ferma restando la disciplina degli artt. 5 e 192 Codice dei contratti pubblici.

<sup>182</sup> Vedasi in dottrina l'analisi svolta da C. IBBA, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 6, 01.12. 2018, pp. 958 e ss.; M. ANTONIOLI, *L'in house providing identifica un modello societario? Antinomie e dissonanze dell'istituto dopo il decreto n. 175/2016*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.3, 01.08.2018, pp. 555 e ss.; G. MARASA', *Considerazioni su riordino e riduzione delle partecipazioni pubbliche nel t.u. (d.lgs. 175/2016) integrato e corretto (d.lgs. 100/2017)*, in *Rivista delle Società*, fasc.4, 1 AGOSTO 2017, pp. 795 e ss.; A. MALTONI, *Le società 'in house' nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, in *Urbanistica ed appalti*, 1/2017, pp. 7 e ss.

alle possibili deroghe alla disciplina statutaria prevista dal Codice Civile<sup>183</sup>, all'individuazione dei parametri discretivi tra società a capitale misto e società *in house*<sup>184</sup>, ai chiarimenti in merito alla necessità di scelta dell'eventuale socio privato tramite procedura di gara<sup>185</sup>, alla specificazione delle modalità secondo

---

<sup>183</sup> «Lo statuto di una società *in house* in quanto società sottoposta a controllo analogo, non può ripetere regole e procedure previste per la società di capitali di diritto comune; la possibilità che l'art. 16 comma 2, lett. a) d.lg. n. 175 del 2016 assegna agli statuti delle società *in house* di derogare alle disposizioni dell'articolo 2380 bis cod. civ., relativo ai poteri degli amministratori nel sistema societario ordinario, e dell'art. 2409 nonies cod. civ., che disciplina i medesimi poteri in caso di sistema dualistico (ove è presente, cioè, un consiglio di gestione e un consiglio di sorveglianza), va intesa quale deroga all'ordinario sistema di gestione della società per azioni incentrata sul rapporto tra consiglio di amministrazione/assemblea sociale; lo statuto di una società *in house* pluripartecipata può, dunque, assegnare il potere gestorio ad organi assembleari diversi dal consiglio di amministrazione configurando, così, un peculiare sistema di amministrazione e controllo della società *in house*, nel quale gli amministratori sono privi di poteri decisionali propri, che derivano, invece, da altri organi della società, e che, comunque, non esercitano in piena autonomia rispetto ad essi», Consiglio di Stato sez. V, 26/10/2020, n. 6459.

<sup>184</sup> «La differenza fra la società a capitale misto e la società *in house* è stata delineata nel fatto che la seconda agisce come un vero e proprio organo dell'Amministrazione dal punto di vista sostanziale e, proprio per questo, è richiesto il requisito del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi dall'amministrazione aggiudicatrice e della destinazione prevalente dell'attività dell'ente *in house* in favore dell'Amministrazione con una procedura ad evidenza pubblica», Consiglio di Stato sez. II, 24/07/2020, n. 4728.

<sup>185</sup> «In tema di schema di decreto legislativo concernente “Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”, quanto alle società *in house* «di tipo misto», ossia con la partecipazione di capitali privati nei limiti indicati dal comma 1, dell'articolo 16, sarebbe opportuno specificare che, anche in questo caso, la scelta del socio privato debba avvenire mediante gara. Andrebbe, poi, precisato che, a differenza che nelle società miste «non *in house*» di cui all'art. 17, il socio privato può avere solo la qualità di socio finanziatore e non

cui procedere alla ricognizione di requisiti essenziali al fine della configurabilità dell'istituto, quali quello del controllo analogo<sup>186</sup>.

Al riguardo potrebbe dirsi che, ad onta del suo riconoscimento formale in seno all'ordinamento giuridico, il cammino per un compiuto inquadramento dell'*in house providing* all'interno delle dinamiche del *public procurement* appare ancora oggi lungo e ricco di incognite<sup>187</sup>.

Focalizzando la nostra attenzione al tema che ci riguarda più da vicino, può evidenziarsi come il carattere derogatorio rispetto al canone della obbligatorietà<sup>188</sup> del ricorso alle procedure ad evidenza pubblica abbia da sempre rappresentato l'elemento più critico della disciplina sugli affidamenti diretti a società *in house*, tanto da generare nella giurisprudenza amministrativa il dubbio in merito a quale debba essere, alla luce dei principi del diritto unionale, il corretto rapporto tra regola generale e sua eccezione.

---

*di socio operativo, in considerazione del diverso apporto partecipativo del socio nelle due fattispecie», Consiglio di Stato comm. spec., 14/03/2017, n.638.*

<sup>186</sup> «Il controllo analogo richiesto per configurare l'*in house providing* si sostanzia in un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società controllata, tale per cui quest'ultima, pur costituendo una persona giuridica distinta dall'ente pubblico partecipante, in realtà ne costituisce una mera articolazione organizzativa priva di effettiva autonomia. In tale prospettiva, è necessario verificare in concreto se, sulla base dei diritti amministrativi inerenti allo strumento partecipativo, sussista effettivamente un potere di controllo», Consiglio di Stato sez. V, 16/11/2018, n. 6456.

<sup>187</sup> Basti rammentare in tal senso la recentissima antinomia riscontrata

<sup>188</sup> Principio di obbligatorietà del ricorso alla procedura di gara che, come si vedrà oltre, nel diritto interno pare avere sempre avuto una preminenza rispetto alle possibili alternative, quali il ricorso all'autoproduzione o all'internalizzazione tramite la costituzione di società miste o *in house*.

Tali incertezze ermeneutiche suscitarono l'attenzione del Consiglio di Stato che, con tre distinte ordinanze interlocutorie<sup>189</sup>, invocò l'intervento in via pregiudiziale della Corte di Giustizia.

La questione prospettata traeva la sua origine dal ricorso promosso da parte della Rieco S.p.a. dinanzi al T.a.r. Abruzzo - Sede staccata di Pescara, teso all'annullamento della delibera con cui il Comune di Lanciano procedeva all'affidamento diretto del servizio di gestione del ciclo rifiuti in favore della Ecolan s.p.a., una società *in house* a capitale interamente pubblico, partecipata al 21,69% dal predetto Ente locale, unitamente ad altri cinquantadue comuni della Provincia di Chieti.

Lamentava la ricorrente la sussistenza di un legittimo interesse affinché detto servizio fosse affidato mediante un'ordinaria procedura di gara, nonché la sussistenza di plurime violazioni della disciplina unionale derivanti dalla forma dell'*in house* pluripartecipato o in regime di controllo analogo congiunto.

Rigettato il ricorso, la Rieco S.p.a. interponeva appello, con il quale impugnava la decisione del Giudice di prime cure per una nutrita serie di motivi, tra i quali, in particolare, l'elusione dell'obbligo, sancito dall'art. 192, co. 2 del Codice dei contratti pubblici, di una previa valutazione delle ragioni di pubblico interesse che avrebbero giustificato nella fattispecie concreta la deroga alle regole di mercato per l'affidamento del servizio, nonché la violazione delle norme di diritto interno concernenti la partecipazione al

---

<sup>189</sup> Trattasi di tre distinti provvedimenti, inerenti a cause connesse e successivamente riunite dalla CGUE in sede di rinvio pregiudiziale, rispetto alle quali, per ragioni di chiarezza espositiva, verrà presa in esame la sola ordinanza del CdS, Sez. V, n. 138 del 7 gennaio 2019 (reperibile su Rivista Giuridica dell'Edilizia 2019, 1, I, 19), trascurandosi, per identità di contenuto, le ulteriori ordinanze del 14 gennaio 2019 nn. 293 e 296, entrambe presenti sul portale [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

capitale sociale da parte di soggetti pubblici che non esercitino il controllo analogo sulla società.

Nel procedere allo scrutinio del primo motivo di gravame, il Consiglio di Stato osserva come il ricorso all'*in house providing* sia soggetto nel nostro ordinamento giuridico ad un aggravamento procedurale ed ad un obbligo di motivazione rafforzata che non trovano riscontro nelle fonti di diritto unionale, primario o derivato.

L'applicabilità dell'istituto per l'affidamento di servizi disponibili sul mercato viene infatti subordinata, a mente dell'art. 192 co. 2<sup>190</sup> D.Lgs. 50/2016, alla sussistenza di una duplice condizione.

Innanzitutto ricorre l'obbligo, da parte della amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore, di motivare in merito alle ragioni che sostanziano la scelta dell'*in house providing* in deroga alle ordinarie regole di aggiudicazione dei contratti pubblici.

Il Consiglio di Stato sottolinea come una tale previsione derivi da una concezione ancillare dell'istituto in discorso, il cui impiego sarebbe da ritenersi legittimo, alla luce del dato normativo, esclusivamente nelle fattispecie in cui, con ragionevole probabilità, il ricorso alle ordinarie procedure di gara disvelerebbe un "fallimento del mercato" rispetto all'auspicato raggiungimento

---

<sup>190</sup> La norma prevede che «*ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche*».

degli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

La seconda condizione attiene all'obbligo, sconosciuto dalle fonti comunitarie, di motivazione rinforzata, *id est* della necessità che la Pubblica amministrazione sia in grado di indicare, nella parte motiva del provvedimento di affidamento diretto, le ragioni del mancato ricorso al mercato e, soprattutto, dei benefici per la collettività derivanti dalla forma di gestione prescelta.

L'ordinanza di rimessione evidenzia pertanto come la frapposizione delle predette limitazioni alla possibilità di far ricorso all'*in house providing* manifesti, inequivocabilmente, da parte del Legislatore e della giurisprudenza nazionale, un atteggiamento di netta sfiducia verso l'istituto di matrice comunitaria, segnato, tra l'altro, da significativi e risalenti precedenti<sup>191</sup>.

Ciò che si domanda il supremo consesso della giustizia amministrativa è se una tale impostazione sia coerente con il principio di libertà di organizzazione dei propri servizi riconosciuto, in capo alle pubbliche amministrazioni aggiudicatrici, dalla Direttiva 2014/24/UE.

Ed in effetti, non pare possa mettersi in dubbio che, dalla disamina in chiave sistemica della disciplina interna, emerga una sorta di residualità della figura dell'*in house providing* rispetto all'utilizzo dell'*outsourcing*.

Esso rappresenterebbe un'eccezione rispetto alla regola generale del ricorso al mercato. In tale ottica, inoltre, la serie di aggravamenti procedurali

---

<sup>191</sup> L'ordinanza rievoca in tal senso l'art. 23-bis del D.L. 112/2008, nonché gli orientamenti restrittivi emersi dalla giurisprudenza della Consulta, tra cui le sentenze 17 novembre 2010, n. 325 e 20 marzo 2013, n. 46, nelle quali si enfatizza il carattere eccezionale delle previsioni che legittimano il ricorso allo schema dell'affidamento in house e la legittimità costituzionale di eventuali aggravamenti procedurali che il Legislatore nazionale abbia inteso porre in essere rispetto alle più ampie previsioni della normativa unionale.

normativamente imposti evidenzerebbe il timore del Legislatore nazionale che l'istituto possa essere strumentalmente piegato a finalità elusive dei principi di libera concorrenza e di parità di trattamento tra operatori economici.

Per converso, nello *ius commune europeorum*, la scelta tra autoproduzione ed affidamento a terzi tramite procedura di gara sembra essere quella tra due opzioni equiordinate, senza alcuna aprioristica imposizione alle amministrazioni aggiudicatrici di vincoli inerenti al ricorso prioritario all'una od all'altra forma di approvvigionamento<sup>192</sup>.

Ne deriva che, nell'impostazione unionale, esiste un rapporto logico e relazionale tra le due forme di affidamento sostanzialmente “*invertito*” rispetto al contesto nazionale, nel senso che l'amministrazione interessata dovrà preliminarmente valutare la propria capacità di autoproduzione del bene o servizio di interesse generale e, solo in caso di ritenuta impossibilità di utilizzare proficuamente le proprie risorse interne, deciderà, in maniera pienamente autonoma e senza vincolo alcuno, di indire una procedura di gara.

Il quadro normativo così delineato induce pertanto nel rimettente il legittimo dubbio circa la sussistenza, nella fattispecie in disamina, di un'antinomia tra la disciplina unionale dettata dalla Direttiva 2014/24 e l'art 192, co. 2 del Codice dei contratti pubblici, a cagione della tensione derivante dalla contestuale operatività di due principi (almeno in parte) antinomici.

Da un lato, quello della libertà di autodeterminazione delle pubbliche amministrazioni nella scelta delle modalità di produzione dei beni e servizi

---

<sup>192</sup> Vedasi, in senso consonante, anche le sentenze della Corte di Giustizia 3 ottobre 2019, in causa C-285/18 (Irgita), Grande Sezione del 9 giugno 2009, in causa C-480/06, Commissione CE c. Governo della Germania federale, Terza Sezione del 13 novembre 2008 in causa C-324/07, Coditel Brabant.

necessari al soddisfacimento dei propri fini istituzionali; dall'altro il principio della piena apertura concorrenziale dei mercati degli appalti pubblici.

Le argomentazioni appena analizzate indussero pertanto il Consiglio di Stato a sottoporre alla Corte di Giustizia il seguente quesito interpretativo: *«se il diritto dell'Unione europea (e segnatamente il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche e i principio di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche) osti a una normativa nazionale (come quella dell'articolo 192, comma 2, del 'Codice dei contratti pubblici, decreto legislativo n. 50 del 2016) il quale colloca gli affidamenti in house su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto: i) consentendo tali affidamenti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché ii) imponendo comunque all'amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione interorganica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento»*<sup>193</sup>.

---

<sup>193</sup> Va tuttavia specificato che nel giudizio *a quo* i giudici di Palazzo Spada sollevarono anche un ulteriore quesito inerente la compatibilità con il diritto euro-unitario dell'art. 4 D.Lgs. 175/2016 ed, in particolare, *«se il diritto dell'Unione europea (e in particolare l'articolo 12, paragrafo 3 della Direttiva 2014/24/UE in tema di affidamenti in house in regime di controllo analogo congiunto fra più amministrazioni) osti a una disciplina nazionale (come quella dell'articolo 4, comma 1, del Testo Unico delle società partecipate - decreto legislativo n. 175 del 2016 -) che impedisce a un'amministrazione pubblica di acquisire in un organismo pluripartecipato da altre amministrazioni una quota di partecipazione (comunque inidonea a garantire controllo o potere di veto) laddove tale amministrazione intende comunque acquisire in futuro una posizione di controllo congiunto e quindi la possibilità di procedere ad affidamenti diretti in favore dell'Organismo pluripartecipato»*.

**9. La Corte di Giustizia conferma la legittimità dei limiti nazionali agli affidamenti in house (ord. Corte di Giustizia UE, sez. IX, 6 febbraio 2020, cause riunite da C-89/19 a C-91/19).**

La risposta del giudice europeo non tardò ad arrivare ed il carattere, sostanzialmente evocativo di un formante giurisprudenziale già in via di consolidamento, fu tale da giustificare l'utilizzo dello strumento della semplice ordinanza, ai sensi dell'art. 99 del Regolamento di procedura della Corte di Giustizia<sup>194</sup>.

Ciò che connota il ragionamento logico-giuridico sotteso alla pronuncia dei Giudici del *Kirchberg* è un'esegesi del principio di libera organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici che non si colloca esclusivamente sul piano "tecnico-operativo" dell'alternativa tra ricorso alla delegazione interorganica e l'apertura al libero mercato, ma involge anche, più a monte, quella libertà, riconosciuta dalla Direttiva appalti al singolo Stato membro, di definire il perimetro entro il quale le proprie amministrazioni possano legittimamente avvalersi dell'affidamento *in house*.

La tesi sostenuta dalla Corte di Giustizia parte dall'assunto secondo cui il ricorso all'evidenza pubblica non risulta imposto dal diritto unionale alle amministrazioni aggiudicatrici, alle quali, per converso, va riconosciuta un'ampia libertà di autodeterminazione in ordine alle scelte strategiche finalizzate al conseguimento dei propri fini istituzionali.

---

<sup>194</sup> Tale disposizione prevede che la Corte possa decidere sulla sollevata questione pregiudiziale con un provvedimento che assume la forma dell'ordinanza quando la soluzione della questione proposta può essere desunta dalla precedente giurisprudenza o la stessa non dà adito ad alcun ragionevole dubbio.

In tale senso depone il tenore del considerando n. 5 della Direttiva 2014/24, a mente del quale, *«nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici»*.

Trattasi di principio ribadito con ancora maggior chiarezza dall'art. 2, paragrafo 1, della Direttiva 2014/23 - nell'interpretazione fornita dalla sentenza della CGUE del 3 ottobre 2019, Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829) - secondo cui sussiste, in capo alle autorità nazionali, regionali e locali, la libertà di organizzare le modalità di esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi nel modo ritenuto più opportuno, al fine di raggiungere 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.

Siffatta ricostruzione, inoltre, non può ritenersi scalfita neppure dall'art. 12, par. 1 della Direttiva 2014/24.

Secondo l'arresto in disamina, infatti, la norma da ultimo richiamata<sup>195</sup> ha quale unica funzione quella di individuare le condizioni al ricorrere delle quali uno Stato membro può escludere un affidamento di commesse pubbliche dal

---

<sup>195</sup> Al riguardo va specificato che nella sentenza Rieco il Collegio Giudicante estende un'esegesi dell'art. 12 paragrafo 3 della Direttiva appalti, precedentemente proposta nella sentenza Irgita, all'articolo 12, paragrafo 1 della medesima direttiva, alla stregua della sostanziale equipollenza delle due previsioni normative. Tale connotazione viene in effetti ricavata dalla circostanza che, dinanzi ad un analogo contenuto precettivo, l'unica distinzione tra le due previsioni è rappresentata dalla circostanza che quella del paragrafo 3 si riferisce dell'ipotesi di affidamento in house in cui il controllo analogo viene esercitato congiuntamente da più amministrazioni aggiudicatrici, contrariamente al precedente paragrafo 1 in cui si fa riferimento ad un'unica amministrazione controllante.

rispetto delle procedure codicistiche, senza tuttavia intaccare in alcun modo le facoltà di scelta riconosciute al soggetto aggiudicatore.

Illuminante in tal senso il punto 35 della sentenza Rieco, in cui la Corte osserva come, se appare corretto affermare che nessuna previsione della Direttiva 2014/24 obbliga al ricorso all'appalto pubblico, risulta altresì vero che la medesima fonte normativa *«non può obbligare gli Stati membri a ricorrere a un'operazione interna quando sono soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 12, paragrafo 1»*.

La riconosciuta libertà di scelta tra autoproduzione ed *outsourcing* in capo alle amministrazioni aggiudicatrici non è tuttavia illimitata.

La stessa dovrà infatti esplicitarsi *«nel rispetto delle regole fondamentali del Trattato FUE, segnatamente della libertà di circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza»*.

Il raggiungimento del giusto punto di equilibrio passa per l'imposizione al soggetto aggiudicatore di limiti, quali quelli descritti nell'art. 192, co. 2 Codice dei contratti pubblici, che risultino preordinati alla tutela di tali valori (Cfr. sentenza Rieco, punto 38). Gli stessi pertanto non potranno che risultare pienamente compatibili con il diritto comune.

Pare essere questo il punto nevralgico della decisione, nel quale la Corte opera, rispetto alla prospettazione del Consiglio Stato, una significativa trasposizione della *querelle* da un piano meramente operativo, ossia legato alla legittimità del comportamento dell'Amministrazione nel caso concreto, ad uno più generale, in cui il vero protagonista diviene lo Stato membro, nella sua

libertà, in sede di recepimento, di delimitare variamente la latitudine applicativa dell'istituto in discorso.

Quello che colpisce nella predetta analisi è la circostanza, non sfuggita ad attenta dottrina, che la pronuncia sul caso Rieco giunge ad affermare la legittimità dei vincoli nazionali all'istituto dell'*in house providing* senza invocare, come di consueto, i principi liberoconcorreziali, bensì, unicamente, basandosi su di una peculiare declinazione del concetto di libera organizzazione dei soggetti pubblici<sup>196</sup>.

Ciò esposto, la Corte conclude rispondendo al quesito sollevato nel modo seguente: *«l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche «contratto in house», all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna».*

La disamina appena svolta ha permesso al Giudice unionale di escludere la sussistenza della paventata collisione tra l'art. 192, co. 2 Codice dei contratti pubblici e l'art. 12, paragrafo 3, della Direttiva 2014/24 e ciò grazie alla riconosciuta prevalenza di un principio di libera organizzazione della amministrazione aggiudicatrice interpretato in senso evolutivo ed estensivo.

Per converso, ove l'ipotizzata lesione dello *ius commune* fosse stata ritenuta sussistente, essa avrebbe certamente assunto il carattere dell'antinomia da violazione del divieto di *goldplating*, o, comunque, della antinomia di principi.

---

<sup>196</sup> C. CONTESSA, *La Corte di Giustizia legittima i limiti nazionali agli affidamenti "in house"*, in *Urbanistica e appalti* 3/2020, pp. 353 e ss.

Scongiurate entrambe le ipotesi, sarà comunque possibile qualificare la vicenda rappresentata in termini di «*antinomia apparente*»<sup>197</sup>.

Tale figura, sebbene mantenga un rilievo più teorico che pratico, appare comunque in grado di cogliere le perplessità che le complesse dinamiche relazionali tra diritto unionale e normativa nazionale di recepimento sono ancora oggi in grado di generare in capo all'interprete al momento della concreta applicazione delle *regule iuris* desumibili dai due ordinamenti.

Perplessità che solo un continuo lavoro giurisprudenziale di reinterpretazione ed adattamento dei delicati meccanismi sottesi al dialogo tra *ius commune* e normativa di recepimento appare in grado di attenuare se non di dirimere totalmente.

#### ***10. Osservazioni conclusive e spunti per una graduale elisione del fenomeno delle antinomie nella materia della contrattualistica pubblica.***

Il percorso delineato nelle pagine della presente trattazione evidenzia innanzitutto le complesse relazioni che derivano dalla normazione di un rilevante settore ordinamentale, quale quello dei contratti pubblici, nell'ambito di un ordinamento multilivello.

Le antinomie generate dalle descritte interazioni, probabilmente non adeguatamente ponderate dagli stessi fattori del processo di creazione dello *ius commune europeorum*, appaiono ascrivibili ad una molteplicità di fattori.

Questi ultimi spaziano dalla sussistenza di paradigmi ideologico-culturali diffusi riferiti ai principi che dovrebbero governare le procedure ad evidenza pubblica, alla differente latitudine applicativa riconosciuta a determinati istituti,

---

<sup>197</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1993, pp. 203 e ss.

sino, più banalmente, alla difficoltà di declinare un quadro semantico uniforme in seno allo spazio giuridico europeo.

A ciò aggiungasi inoltre che, ad onta della asserita coerenza tra ordinamento sovranazionale ed ordinamenti interni - secondo le note prospettazioni dell'integrazione o del coordinamento tra i due sistemi - la rilevata assenza di un identico quadro assiologico sotteso ai medesimi è essa stessa in grado di generare delle significative aporie concettuali, le quali non sempre appaiono componibili grazie ai canoni di proporzionalità e ragionevolezza o al ricorso al principio della primazia del diritto comune.

Il quadro che ne deriva, inoltre, dovrebbe poter trovare armonico componimento grazie all'opera mediatrice ed interpretativa delle supreme corti, ma, anche sotto tale profilo, sono state ampiamente scandagliate le criticità derivanti dalla "*artificiale*" scissione della funzione nomofilattica.

Tutto sembra allora tendere verso un'ineluttabile conclusione: quella dell'impossibilità della totale coerenza e compiutezza della materia dei contratti pubblici, ovvero, sotto altro crinale, della necessità di una ridefinizione dell'antinomia non più in termini di patologia "di sistema", bensì come sua componente fisiologica, in quanto allo stesso immanente.

Tale fenomeno, che risente inevitabilmente dell'intensità delle relazioni tra i due ordinamenti, vedrà certamente una sua ulteriore evoluzione nei prossimi decenni, così come avvenuto, nel recente passato, con la previsione di direttive di settore sempre più pervasive degli spazi di autonomia riservati agli Stati membri.

Gli esiti di questo percorso e la capacità di addivenire a risultati soddisfacenti in relazione all'elisione delle antinomie normative più rilevanti, dipenderanno dalla sussistenza di una ferma volontà politica, tesa ad intensificare il dialogo tra i diversi ordinamenti, addivenendo, sia sul piano

normativo che giurisprudenziale, all'adozione di principi e di procedure riconosciuti sempre di più come veramente condivisi, anziché semplicemente imposti.

Ciò al netto dei pur possibili *revirement*, che, sostenuti da alcune correnti politiche di stampo sovranista, sembrano debolmente ventilare una possibile regressione del processo di creazione di una compiuta unione politica e giuridica in ambito europeo.

Tra le due opposte posizioni, va altresì annoverata anche quella che, per semplificare il processo di armonizzazione della materia dei contratti pubblici, sostiene la praticabilità della cosiddetta “opzione zero”, con abrogazione dell'intera normativa interna di recepimento ed adozione *tout court* della disciplina dettata dalle direttive di settore.

Prospettiva quest'ultima sino ad oggi rigettata dal Governo nazionale, presumibilmente per la delicatezza dei meccanismi sottesi alle dinamiche di *public procurement*, dovute alle significative specificità del contesto socio-economico italiano.

Da quanto esposto pare desumibile, a parere dello scrivente, che il percorso di elisione del fenomeno delle antinomie ordinamentali sia ancora oggi eccessivamente proteso verso la scomparsa del sintomo, piuttosto che alla cura dei fattori generatori della patologia.

Saranno allora il consolidamento del dialogo tra le Alte Corti, la scelta condivisa del ricorso a tecniche di normazione di settore più cogenti ed uniformanti, la diffusione di un linguaggio giuridico che sia in grado di dissolvere le fisiologiche difformità legate alle tradizioni dei diversi Paesi aderenti, la volontà di abbracciare paradigmi culturali ed ideologici comuni sulla materia della contrattualistica pubblica, a rappresentare le carte vincenti nel fenomeno di omogeneizzazione della disciplina interna rispetto a quella

sovranazionale, con un conseguenziale processo di marginalizzazione del fenomeno delle antinomie normative.

## BIBLIOGRAFIA

- ADAM R. – TIZZANO A., *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2016, pp. 51 e ss. ;
- ADAM R. – TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2020, pp. 63 e ss.;
- AICARDI N., *Società miste e affidamento di contratti pubblici*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 4, 01.08.2020, pp. 756 e ss.;
- ALGOSTINO A., *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, su [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), fasc. 3/2016;
- AMBROSIO V.S., *Costituzione e statuti delle società pubbliche: tra autonomia privata e tutela dell'interesse pubblico*, in *Rivista del Notariato*, fasc. 3, 01.06.2020, pp. 441 e ss.;
- AMORE A., *Le cause di esclusione di cui all'art. 80, D.Lgs. n. 50/2016 tra Linee Guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, in *Urbanistica ed appalti*, n. 6 del 2017;
- ANTONIOLI M., *L'in house providing identifica un modello societario? Antinomie e dissonanze dell'istituto dopo il decreto n. 175/2016*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.3, 01.08.2018, pp. 555 e ss.;
- BARONE A., *Nomofilachia, corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.3, 1 SETTEMBRE 2020, pp. 557 e ss.;
- BARTOLE S., *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).;
- BASSANINI F. – TIBERI G., *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, pp. 239 e ss.;
- BENEDETTI A., *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999;
- BIN R. – PITRUZZELLA G., *Le fonti del diritto*, Torino, 2009, pp. 13 e ss.;
- BIN R., *Alla ricerca della materia perduta*, su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).;
- BIONDINI E., *Il precedente giurisprudenziale e il ruolo della motivazione nel giudizio di responsabilità del giudice*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc.4, 1 DICEMBRE 2020, pag. 1407;
- BLASINI A., *Principio di legalità e capacità di diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.2, 01.06.2018, pp. 399 e ss.;
- BOBBIO N., *Antinomia (Voce)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1968;
- BOBBIO N., in *Teoria generale cit.*, p. 216;
- BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, pp. 214 e ss.;
- BOBBIO V., *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, pp. 275 e ss.,
- BRANCADORO G., *Il difficile esercizio di equilibrio della Corte costituzionale in tema di concordato con continuità aziendale e appalti pubblici*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 3, 2020, pag. 1115B;
- CACACE S., *La disciplina dei contratti pubblici dopo il dlgs. n. 50 del 2016: motivi di esclusione e criteri di selezione*, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), del 08 novembre 2016;
- CANZIO G., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, 2017, pp. 24 e ss.;
- CAPASSO V., *Il ricorso per cassazione avverso... la giurisprudenza. Contro uno stare decisis «all'italiana»*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc.2, 1 GIUGNO 2019, pp. 627 e ss.;
- CAPPAI F., *Le fonti normative dei contratti della pubblica amministrazione: uno sguardo d'insieme*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.4, 01.04.2017, pp. 1138 e ss.;

CAPPONI B., *La Corte di Cassazione e la «nomofilachia» (a proposito dell'art. 363 c.p.c.)*, in *Il Processo*, fasc.2, 1 AGOSTO 2020, pp. 405 e ss.;

CARANTA R., *I contratti pubblici*, Torino, 2004, pp. 268 e ss.;

CARBONE A., *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della cedu nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.2, 2016, pp. 456 e ss.;

CARBONE L. – TIBERO G., *La “better regulation” in ambito comunitario*, Quaderni costituzionali, Fasc. 3/2001, pp. 699 e ss.;

CARDARELLI F., CALDARELLI S., TRECROCI C., *Le modificazioni soggettive degli operatori economici in corso di gara: rti, subappalto, avvalimento e operazioni straordinarie*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.5, 1.10.2019, pp. 625 e ss.;

CARDONE A., *La qualità della normazione nel diritto comunitario*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. n. 2/2008; vedasi altresì il volume dell'OCSE denominato *Regulatory Policy in Perspective. A Reader's Companion to the OECD Regulatory Policy Outlook 2015*;

CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, XII ed., pp. 1515 e ss.;

CAROLI CASAVOLA H., *Le procedure di aggiudicazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2016, pp. 451 e ss.

CARPI F., *L'accesso alla Corte di cassazione ed il nuovo sistema di filtri*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc.3, 2010, pag. 769;

CARRATTA A., *La riforma del giudizio in cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc.4, 2006, pag. 1105;

CASALINI D., *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, pp. 203 e ss.;

CASSESE V. S., *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, n. 3, pp. 657 ss.;

CASTELLI A. E LOCHE M., *L'istituto del subappalto nel sistema normativo italiano: tra dubbi interpretativi e problemi di conformità*, in *Urbanistica e appalti* 5/2020, pp. 648 e ss.;

CELOTTO A., *Fonti del diritto e antinomie*, Torino, Giapichelli, 2014, pp. 2 e ss.;

CELOTTO A., *Fonti del diritto e antinomie*, Torino, Giapichelli, 2014, pp. 14 e ss.;

CELOTTO A., *Op. cit.*, pp. 149;

CERBO P., *Le valutazioni riservate dell'amministrazione sull'affidabilità del concorrente negli appalti pubblici*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 3, 01.09.2020, pag. 739;

CERBO P., *Le valutazioni riservate dell'amministrazione sull'affidabilità del concorrente negli appalti pubblici*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.3, 1 SETTEMBRE 2020, pp. 739 e ss.;

CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2017, pp. 227 e ss.;

CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, V ed., Torino, 2016, pp. 509 e ss.;

CERULLI IRELLI V., *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc.2, 2008, pp. 433 e ss.;

CERULLI IRELLI V., *Violazioni del diritto europeo e rimedi nazionali*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc.3, 2014, pp. 657 e ss.;

CHIASSONI P., *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999, p. 297 e ss.;

CHIASSONI P., *Materiali per una teoria delle antinomie*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Fascicolo 1, giugno 2006;

CHITI M. P. – GRECO G., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Roma, Tomo I, 2007, pp. 147 ss.;

CHITI M. P.- GRECO G., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Roma, 2007, Tomo I, pp. 156 ss.;

CHITI M. P., *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 436 e ss.;

CHITI M. P., *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 4, pp. 436 e ss.;

CHITI M.P., *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc.3-4, 2009, pp. 505 e ss.;

CIAN M., *I requisiti qualificatori della società in house*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 01.04.2019, 2, pp. 196 e ss.;

CIANFLONE A. – GOVANNINI G. – LOPILATO V., in *L'appalto di opere pubbliche*, Tomo I, XXXIII ed., Milano, 2018, pp. 264-265;

CICCONETTI S. M., *Le fonti del diritto italiano*, Torino, 2001, pp. 470 e ss.;

CINTOLI F., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Diritto Processuale amministrativo*, fasc. 2/2017, pp. 381 e ss.;

CIRILLO G.P., *La frammentazione della funzione nomofilattica tra le corti supreme nazionali e le corti comunitarie*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.1, 2014, pag. 23;

CLARICH M., *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.1, 01.06.2016, pp. 71 e ss.;

COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistemica*, Torino, 2011;

COLLOCA S., *Antinomie proeretiche vs. antinomie dikastiche*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, LXXXVI n. 3, 2009, pp. 441–447;

CONTESSA C., *Dalla legge delega al nuovo "Codice": opportunità e profili di criticità*, su [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

CONTESSA C., *La Corte di Giustizia legittima i limiti nazionali agli affidamenti "in house"*, in *Urbanistica e appalti* 3/2020, pp. 353 e ss.;

CORRADINO M. – STICCHI DAMIANI S., in *I nuovi appalti pubblici, commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Milano, 2017, pp. 308 e ss.;

CRISAFULLI V., in *Enciclopedia del Diritto, Fonti del diritto (dir. cost.) [XVII, 1968]*, Giuffrè su [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it);

CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1993, pp. 203 e ss.;

CRISMANI A., *Il principio della tendenziale immodificabilità soggettiva dei contratti pubblici nella fase di esecuzione*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.5, 1.10.2018, pp. 301 e ss.;

DE AMICIS G., *La formulazione del principio di diritto e i rapporti tra Sezioni semplici e Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione*, relazione in occasione dell'Incontro di studi organizzato dalla S.S.M. – Struttura della formazione decentrata presso la Corte di Cassazione – del 30 novembre 2018, reperibile sul portale istituzionale della Corte di Cassazione, [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it);

DE MARIA S., *Recenti sviluppi della giurisprudenza comunitaria in materia di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc.3-4, 2004, pp. 879 e ss.;

DE NICTOLIS R. – CAMERIERO L., *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008, pp. 38 e ss.;

DE NICTOLIS R., *I nuovi appalti cit.*, p. LXXXII;

DE NICTOLIS R., *I nuovi appalti cit.*, pp. 1488 e ss.;

DE NICTOLIS R., *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Bologna, 2017, pp. 25 e ss.;

DE NICTOLIS R., *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it);

DE NICTOLIS R., *Il contenzioso Stato – Regioni sul codice appalti davanti alla Corte Costituzionale*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it);

DE NICTOLIS R., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, n. 5 del 2016, pp. 503 ss.;

DE NICTOLIS R., *Le novità sui contratti pubblici recate dal D.L. n. 32/2019 “sblocca cantieri”*, in *Urbanistica e appalti* 4/2019, pp. 443 e ss.; F. D’ALESSANDRI, *Il subappalto alla luce della Legge n. 55/2019 e il difficile rapporto con il diritto europeo*, in *Urbanistica e appalti* 1/2020, pp. 5 e ss.;

DE NITTO S., *A proposito della proporzionalità come criterio giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* - n. 4 – 2017, pp. 1035 e ss.;

DE PASQUALE P., *La tutela della concorrenza tra Unione europea, Stato e Regioni nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. Un. Eur.*, fasc.1, 2005, pp. 99 e ss.;

DELLA VALLE F. in AA.VV., *Manuale ragionato di diritto costituzionale europeo*, Roma, 2020, pp. 47 e ss.;

DEODATO C., *L’attuazione normativa del codice dei contratti pubblici: configurazione giuridica, struttura e questioni applicative*, in *Foro Amministrativo (II)*, fasc.9, 01.12.2018, pp. 1559 e ss.;

DEODATO C., *Le linee guida dell’ANAC: una nuova fonte del diritto?*, su [www.giusamm.it](http://www.giusamm.it);

DI RUZZA A. – LINDA C., *Commento all’art. 118*, in S. BACCARINI - G. CHINÈ - R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell’appalto pubblico*, Milano, 2015, pp. 1366 e ss.;

DURANTE N., *Aspetti irrisolti in tema di gold plating e di efficacia scriminante delle linee guida*, Relazione al Convegno su “*I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*”, organizzato dall’Università degli Studi di Ferrara l’8 novembre 2019;

ENGISCH K., *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, pp. 255 e ss.;

ENGISCH K., *Op. cit.*, pp. 258 e ss.;

FICCARELLI B., *Il prospective overruling nella recente giurisprudenza delle sezioni unite: profili ricostruttivi*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc.3, 1 SETTEMBRE 2020, pp. 993 e ss.;

FINO G., *Subappalto*, in A. CARULLO – G. IUDICA (a cura di), *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici*, Milano, 2018, pp. 917 e ss.;

FOLLIERI E., *L’introduzione del principio dello stare decisis nell’ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.4, 2012, pag. 1237;

FOLLIERI E., *Nomofilachia e certezza del diritto, con particolare riferimento al Consiglio di Stato*, in *Ars interpretandi*, Fascicolo 2, luglio-dicembre 2015;

FONTANELLI F. e MARTINICO G., *La ricerca della coerenza: le tecniche del «dialogo nascosto» fra i giudici nell’ordinamento costituzionale multi-livello*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, Fasc. 2/2008, 351 ss.;

FREDIANI E., *Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 3, 01.09.2018, pp. 623 e ss.;

GALLETTA D.U., *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell’unione europea)*, relazione al Convegno dal titolo “*Itinerari della Giustizia amministrativa e del suo giudice*”;

GARDINI G., *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la “forza sovrana” dell’atto amministrativo inoppugnabile*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.01-02, 2014, pp. 217 e ss.;

GAROFOLI R. – FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, XI ed., 2017, p. 1302;

GAROFOLI R. – FERRARI G., *Manuale cit.*, pp. 1404 e ss.; A.G. DIANA, *Il subcontratto*, Torino, 2003;

S.FANTINI, in M. A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI, *Trattato cit.*, pp. 3401 e ss.;

GAROFOLI R. – SANDULLI M.A., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005;

GAVAZZI G., *Delle antinomie*, Torino, 1959, pp. 111 e ss.;

GIACALONE A. E PELOSO A., *I limiti al subappalto. Ovvero ciò che ne rimane*, in *Urbanistica e appalti* 2/2020, pp. 208 e ss.;

GIANNINI M. S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Varese, 1981, pp. 463 e ss.;

GIAVAZZI M., *Eureka! La sentenza anticomunitaria è inutiliter data per carenza di giurisdizione del giudice nazionale sui segmenti comunitari di un procedimento di amministrazione intrecciata*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.5, 1 OTTOBRE 2019, pp. 683 e ss. ;

GIOVANNETTI T., *L'ultimo passo del "cammino comunitario" conduce la Corte a Lussemburgo*, su [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it);

GIUFFRE' G.A., *Il subappalto dei contratti pubblici tra autonomia imprenditoriale e limiti di interesse pubblico*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.1, 1 FEBBRAIO 2018, pp. 85 e ss.;

GRAZIOSI A., *Riflessioni in ordine sparso sulla riforma del giudizio in cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc.1, 2010, pag. 37;

GUASTINI R., *Interpretare ed argomentare*, Milano, 2011, p. 106;

GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, p. 246;

IBBA C., *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 6, 01.12. 2018, pp. 958 e ss.;

LA ROSA L., *Discrezionalità della P.A. e principio di proporzionalità nell'applicazione delle cause di esclusione*, in *Urbanistica e appalti* 6/2019, pp. 774 e ss.;

LIGUGNANA G., *Principio di proporzionalità e integrazione tra ordinamenti. il caso inglese e italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc.2, 2011, pp. 447 e ss.;

LOMBARDI C., *Il diritto europeo e la trasversalità dell'intervento a tutela della concorrenza legittimano la disciplina statale dell'evidenza pubblica*, in *Giur. cost.*, fasc.6, 2007, pp. 4569 e ss.;

MALTONI A., *Il "vincolo" al precedente dell'Adunanza plenaria ex art. 99, comma 3 c.p.a. e il rispetto dei principi costituzionali*, in *Foro Amministrativo (II)*, fasc.1, 2015, pp. 137 e ss.;

MALTONI A., *Le società 'in house' nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, in *Urbanistica ed appalti*, 1/2017, pp. 7 e ss.;

MANGANARO F. – GERMANÒ M., *Nuove disposizioni normative sulle cause di esclusione da una procedura di appalto pubblico*, in *Urbanistica ed appalti*, n. 3/2019;

MANGANARO F., *La corruzione in Italia*, in *Foro Amministrativo (II)*, fasc.6, 2014, pp. 1861 e ss.;

MANTINI P., *Divieto di gold plating e semplificazione normativa nel recepimento delle direttive sugli appalti e concessioni*, relazione al Convegno organizzato dall'Università Bocconi, Le nuove Direttive appalti e il loro recepimento, 14 marzo 2015, disponibile all'indirizzo web [www.osservatorioappalti.unitn.it](http://www.osservatorioappalti.unitn.it).;

MANZI L., *La riforma del giudizio di cassazione e il quesito di diritto*, in *Foro amm. TAR*, fasc.4, 2008, pag. 1200;

MARASA' G., *Considerazioni su riordino e riduzione delle partecipazioni pubbliche nel t.u. (d.lgs. 175/2016) integrato e corretto (d.lgs. 100/2017)*, in *Rivista delle Società*, fasc.4, 1 AGOSTO 2017, pp. 795 e ss.;

MARCHIANO' G., *La regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'amministrazione*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.1, 2016;

MARIANO C., MELITO M. P., PUCCI S., TRAPANI M. , SALERA M. , *Il procedimento legislativo ordinario in prospettiva comparata, Seminario di studi e ricerche parlamentari «Silvano Tosi»*, parte V, l'Unione Europea, reperibile su <https://www.osservatoriosullefonti.it>;

MARONE F., *Le linee guida dell'autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 3, 01.09.2017, pp. 743 e ss.;

MASSARI G., *L'atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.3-4, 2014, pp. 643 e ss.;

MASTRAGOSTINO F., *Motivi di esclusione e soccorso istruttorio dopo il correttivo al codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2017, pp. 748 e ss.;

MASTROIANNI R., *La procedura legislativa, il parlamento europeo e i parlamenti nazionali: osservazioni critiche*, sul portale [www.astridonline.it/static/upload/protected/Astr/Astrid\\_NuoveistUE\\_Mastroianni\\_2ed.pdf](http://www.astridonline.it/static/upload/protected/Astr/Astrid_NuoveistUE_Mastroianni_2ed.pdf);

MATTEUCCI C., *Il giudizio di ottemperanza: ius superveniens e giudicato amministrativo a formazione progressiva*, in *Foro Amministrativo (II)*, fasc.11, 1 NOVEMBRE 2018, pp. 2109 e ss.;

MAZZAMUTTO M., *L'atipicità delle fonti di diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 4/2015, pp. 683 e ss.;

MAZZAMUTTO S., *La suprema corte ed il vincolo del precedente*, in *Europa e Diritto Privato*, Anno 2020, Fascicolo 4 (editoriale);

MELE E., *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1998;

MENGOZZI M., *Normatività delle decisioni giudiziarie: nomofilachia e Costituzione*, su <https://www.osservatorioaic.it/>;

MODAFFERRI G., *Soluzioni comunitarie alle patologie dei contratti pubblici*, Torino, 2008, pp. 42 e ss.;

MODUGNO F., *Antinomie e Lacune (Voce)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1988;

MODUGNO F., *Enciclopedia del Diritto, Ordinamento giuridico (dottrine generali) [XXX, 1980]*, Milano, Giuffrè su [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it);

MONTEDORO G., *Il regime processuale dell'atto nazionale anticomunitario. i poteri del giudice nel contenzioso implicante l'applicazione del diritto dell'UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc.6, 2011, pp. 1393 e ss.;

MORBIDELLI G., *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Diritto amministrativo*, 2016, pp. 273 e ss.;

NOVARO P., *Regime speciale degli affidamenti in house*, in A. CARULLO – G. IUDICA (a cura di), *Commentario cit.*, pp. 1358 e ss.;

PACE A., *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di giustizia dell'UE del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, n. 1/2012, sul portale [rivistaaic.it](http://rivistaaic.it);

PAJNO A., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.5, 2015, pag. 1127;

PAJNO A., *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 2, 2015;

PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, pp. 34 e ss., pp. 348 e ss.;

PATRONI GRIFFI F., *La funzione nomofilattica: profili interni e sovranazionali*, in *Federalismi.it*, 2017, 9;

PERFETTI L.R., *La cessione del contratto di appalto con la pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 491 e ss.;

PESOLE L., *La Corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n.103 del 2008*, su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it);

PETTITI P., *Direzione e coordinamento, interesse e controllo analogo*, *Rivista delle Società*, fasc. 4, 01.08.2020, pp. 1082 e ss.;

PICOZZA E., *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 2004, pp. 3 e ss.;

PIETROSANTI A.G., *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lettera c) del d. lgs. n. 50/2016*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.4, 01.08.2018, pp. 209 e ss.;

PIGNATELLI N., *L'illegittimità «comunitaria» dell'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, fasc.4, 2008, pp. 3635 e ss.;

PIZZETTI F., *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma? - Osservazione a Corte cost. sent. n. 14 del 2004*, su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it);

POLICE A., *Tutela della concorrenza e dei pubblici poteri: profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007, pp. 253 e ss.;

PREVITI L., *Sull'incompatibilità europea dei limiti percentuali nazionali al subappalto*, nota a Corte giustizia UE , 26 settembre 2019, n.63, sez. V, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.6, 2019, pp. 874 e ss.;

RAGANELLI B., *Pmi, procurement e favor participationis*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.3-4, 1 AGOSTO 2017, pp. 839 e ss.;

RAMAJOLI M., *Soft law e diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 1/2017;

ROMANO A., *Appalti pubblici ed intuitus personae*, in *Riv. giur. edilizia*, fasc.6, 2008, pp. 271 e ss.;

SAITTA F., *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il «correttivo»*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.1, 01.03.2019, pp. 3 e ss.;

SAITTA F., *Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio*, in *Dir. amm.*, 2005, 585 ss.;

SANDULLI A., *Giudicato amministrativo nazionale e sentenza sovranazionale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc.4, 1 DICEMBRE 2018, pp. 1169 e ss.;

SANDULLI M. A. - DE NICTOLIS R. - GAROFOLI R., *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. I, Milano, 2008, pp. 8 e ss.;

SCIANCELEPORE V., *Commento agli artt. 79-93 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, in F. GARELLA - M. MARIANI (a cura di), *Il Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2016, pp. 215 ss.;

SCIAUDONE F., *Le nuove direttive ed il loro recepimento: dal gold plating al copy out*, reperibile sul portale [www.igitalia.it](http://www.igitalia.it);

SEPE O., *Enciclopedia del Diritto, Contratti della pubblica amministrazione [IX, 1961]*, Giuffrè, su [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it);

STEFFENONI R., *Requisiti di ordine generale: sulla portata dell'obbligo di motivazione della S.A. nella valutazione dell'irrelevanza ad excludendum delle condanne penali*, nota a Consiglio di Stato, 04 novembre 2019, n.7506, sez. V, in [lamministrativista.it](http://lamministrativista.it), 25 NOVEMBRE 2019;

STICCHI DAMIANI E., *Efficacia nel tempo delle pronunce nomofilattiche dell'Adunanza plenaria*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012, pp. 1143 ss.;

STOLFI M., in *Enciclopedia del Diritto, Appalto (contratto di) [II, 1958]*, Giuffrè su [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it);

TARUFFO M., *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc.3, 2007, pag. 709;

TARUFFO M., *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc.3, 2006, pag. 755;

TORCHIA L., *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 2-3- 2015;

TRIMARCHI BANFI F., *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.- 2/2016*, pp. 361 e ss.;

TROPEA G., *Diritto alla sicurezza giuridica nel dialogo 'interno' ed 'esterno' tra Corti*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 4/2018, pp. 1244 e ss.;

VELTRI G., *Codice dei contratti pubblici: la lettera di messa in mora della Commissione UE e la replica del legislatore*, in Urb. app., n. 4/2019, pp. 471 ss.;

VENTURA L., *Public procurement e sostenibilità. convergenze trasversali dei sistemi giuridici contemporanei*, in Diritto del Commercio Internazionale, fasc.1, 01.03.2020, pag. 243;

VIDIRI G., *Art. 360-bis c.p.c. e nomofilachia: verso un diritto a formazione giurisprudenziale? (considerazioni «minime» di un giudice del lavoro)*, in Riv. it. dir. lav., fasc.4, 2009, pag. 505;

VILLAMENA S., *Appalto pubblico e principio di suddivisione in lotti a tutela degli operatori economici di minori dimensioni*, in Diritto Amministrativo, fasc. 4, 01.12.2020, pp. 933 e ss.;

VILLANI U., *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Bari, 2016, pp. 131 e ss.;

VOLPE C., *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, 2015, 5, pp. 1168 e ss.;

VOSA G., *“Legiferare con intelligenza” fra contenuto e forma: le procedure di codificazione e rifusione del diritto parlamentare europeo*, in Osservatoriosullefonti.it, fasc. 3/2011;

VOSA G., *“Nuovi elementi essenziali”, ovvero del posto della normativa delegata nella sistematica delle fonti del diritto europeo*, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc.3-4, 2014, pp. 681 e ss.;

ZGAGLIARDICH G., *Subappalto e leggi antimafia nei lavori pubblici*, Milano, 1996.