

Vol. I

A 150 ANNI DALL'UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA ITALIANA

STUDI

a cura di

Leonardo Ferrara, Domenico Sorace

**L'ORGANIZZAZIONE  
DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI  
TRA STATO NAZIONALE  
E INTEGRAZIONE EUROPEA**

a cura di

Roberto Cavallo Perin, Aristide Police, Fabio Saitta

**CON PRESENTAZIONE DELL'OPERA**

Art. 3.



A 150 ANNI DALL'UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA ITALIANA

STUDI

*a cura di*

Leonardo Ferrara, Domenico Sorace

PRESENTAZIONE DELL'OPERA

\*\*\*

Vol. I

L'organizzazione  
delle pubbliche amministrazioni  
tra Stato nazionale  
e integrazione europea

*a cura di*

Roberto Cavallo Perin

Aristide Police

Fabio Saitta

Firenze University Press

2016

A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana.  
Studi / a cura di Leonardo Ferrara, Domenico Sorace ; Vol.  
I. L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato  
nazionale e integrazione europea / a cura di Roberto Cavallo  
Perin, Aristide Pollice, Fabio Saitta. – Firenze : Firenze University  
Press, 2016.

(Studi e saggi ; 168)

<http://digital.casalini.it/9788864534336>

ISBN 978-88-6453-432-9 (print)

ISBN 978-88-6453-433-6 (online PDF)

ISBN 978-88-6453-434-3 (online EPUB)

Progetto grafico di Alberto Pizarro Fernández, Pagina Maestra snc

Hanno contribuito alla realizzazione degli studi e alla loro pubblicazione la Banca d'Italia, il Comune di Firenze, l'Ente Cassa di Risparmio di Firenze e la Regione Toscana.

#### *Certificazione scientifica delle Opere*

Tutti i volumi pubblicati sono soggetti ad un processo di referaggio esterno di cui sono responsabili il Consiglio editoriale della FUP e i Consigli scientifici delle singole collane. Le opere pubblicate nel catalogo della FUP sono valutate e approvate dal Consiglio editoriale della casa editrice. Per una descrizione più analitica del processo di referaggio si rimanda ai documenti ufficiali pubblicati sul catalogo on-line della casa editrice ([www.fupress.com](http://www.fupress.com)).

#### *Consiglio editoriale Firenze University Press*

A. Dolfi (Presidente), M. Boddi, A. Bucelli, R. Casalbuoni, M. Garzaniti, M.C. Grisolia, P. Guarnieri, R. Lanfredini, A. Lenzi, P. Lo Nostro, G. Mari, A. Mariani, P.M. Mariano, S. Marinai, R. Minuti, P. Nanni, G. Nigro, A. Perulli, M.C. Torricelli.

La presente opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>).

This book is printed on acid-free paper

CC 2016 Firenze University Press  
Università degli Studi di Firenze  
Firenze University Press  
via Cittadella, 7, 50144 Firenze, Italy  
[www.fupress.com](http://www.fupress.com)  
Printed in Italy

## INDICE

### PRESENTAZIONE DELL'OPERA

Prefazione	XI
<i>Leonardo Ferrara, Domenico Sorace</i>	

Per una ricerca in occasione del 150° anniversario delle leggi di unificazione amministrativa	XIII
<i>Umberto Allegretti, Antonio Brancasi, Alfredo Corpaci, Leonardo Ferrara, Carlo Marzuoli, Domenico Sorace</i>	

Messaggio del Presidente della Repubblica	XXI
<i>Sergio Mattarella</i>	

Per un diritto amministrativo del tempo pos-moderno	XXIII
<i>Paolo Grossi</i>	

La legislazione del 1865 tra le radici statutarie e l'attualità	XXXI
<i>Alberto Romano</i>	

### L'ORGANIZZAZIONE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI TRA STATO NAZIONALE E INTEGRAZIONE EUROPEA

L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea	3
<i>Roberto Cavallo Perin</i>	

L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e lo Stato nazionale: i profili evolutivi	37
<i>Fabio Saitta</i>	

L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e attribuzioni regionali: la parabola dell'eguaglianza <i>Aristide Police</i>	67
---	----

STUDI

PARTE PRIMA

Legalità, imparzialità, buon andamento, equilibrio di bilancio: modelli di unificazione a mezzo dei principi

Il diritto debole. Dal rapporto all'organizzazione: andata e ritorno <i>Mariano Protto</i>	93
---	----

L'unificazione attraverso l'organizzazione <i>Giovanni Iudica</i>	107
--	-----

Il rapporto politica ed amministrazione <i>Rossana Caridà</i>	127
--	-----

Pubblico impiego: poteri organizzativi e gestionali <i>Ennio Antonio Apicella</i>	149
--	-----

L'effetto unificante delle relazioni sindacali sull'evoluzione organizzativa delle pubbliche amministrazioni <i>Gregorio De Vinci</i>	169
--	-----

Nozione di amministrazione pubblica e coordinamento statale nella prospettiva dell'interesse finanziario <i>Walter Giulietti, Michele Trimarchi</i>	189
--	-----

PARTE SECONDA

I modelli organizzativi 'pubblici': unificazione e dissoluzione

L'organizzazione centrale dello Stato ed il modello ministeriale <i>Anna Maria Chiariello</i>	223
--	-----

Organizzazione dell'ordine pubblico <i>Fabrizio Tigano</i>	265
---	-----

Il principio di efficienza ed i modelli organizzativi: le agenzie amministrative	283
<i>Laura Lamberti, Giuseppe Andrea Primerano</i>	
Il principio d'imparzialità e i modelli organizzativi. Le autorità amministrative indipendenti	301
<i>Giorgio Portaluri</i>	
Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi	321
<i>Chiara Cudia</i>	
Il prefetto e l'organizzazione amministrativa periferica dello Stato	343
<i>Giuliano Grüner</i>	
L'evoluzione dei caratteri degli enti pubblici	365
<i>Salvatore Cimini</i>	
La riforma delle Province e le forme di cooperazione tra i Comuni	389
<i>Letterio Donato</i>	
PARTE TERZA	
I modelli organizzativi 'privati': unificazione e moltiplicazione	
Il modello dell'azienda per le amministrazioni pubbliche	407
<i>Anna Romeo</i>	
L'organizzazione della salute: uno sguardo al (recente) passato per costruire il futuro	421
<i>Fabio Saitta</i>	
La parabola delle partecipazioni statali: paradigmi e tendenze	445
<i>Marco Macchia</i>	
Soggetti privati in veste pubblica: genesi, trasformazioni e prospettive dei rapporti concessori	465
<i>Alfredo Moliterni</i>	
Soggetti privati e attività amministrativa: principi, regole e regime degli atti	487
<i>Ippolito Piazza</i>	

PARTE QUARTA

I modelli organizzativi minimi d'integrazione

Tra leggi di unificazione del 1865 e legge europea sul procedimento amministrativo <i>Francesco de Leonardis</i>	511
I modelli organizzativi e la coamministrazione <i>Filippo D'Angelo</i>	535
'Al servizio dell'integrazione': il funzionario pubblico europeo <i>Barbara Gagliardi</i>	555
Modelli organizzativi d'integrazione europea: il diritto di asilo e la libera circolazione (dell'asilante) <i>Manuela Consito</i>	579
L'integrazione organizzativa europea nel settore degli appalti pubblici <i>Silvia Ponzio</i>	597

COMMENTI

Prospettive di riorganizzazione delle amministrazioni territoriali tra Stato nazionale e integrazione europea <i>Gian Candido De Martin</i>	625
Considerazioni sull'evoluzione della organizzazione amministrativa <i>Franco Gaetano Scoca</i>	639

GLI AUTORI	659
------------	-----

SOMMARIO GENERALE	665
-------------------	-----

# L'INTEGRAZIONE ORGANIZZATIVA EUROPEA NEL SETTORE DEGLI APPALTI PUBBLICI

*Silvia Ponzio*

SOMMARIO – 1. L'integrazione tra ordinamenti giuridici, economica e organizzativa nel settore appalti pubblici all'epoca dell'unificazione nazionale. 2. I principi europei e nazionali in materia di appalti pubblici per la creazione di un mercato interno. 3. Le barriere giuridiche e linguistiche come limite alla partecipazione transfrontaliera alle gare pubbliche. 4. I nuovi modelli di cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici europee.

## *1. L'integrazione tra ordinamenti giuridici, economica e organizzativa nel settore appalti pubblici all'epoca dell'unificazione nazionale*

La disciplina degli appalti pubblici offre un modello di integrazione fra ordinamenti nazionali ed europeo, con la definizione di principi e l'adozione di direttive rivolte agli Stati membri che sembrano trovare giustificazione nella sempre crescente rilevanza economica del settore<sup>1</sup> – che fonda l'obiettivo volto alla realizzazione di un mercato interno con una integrazione economica tra gli Stati membri – nonché nelle peculiarità che derivano dalla natura giuridica pubblica di uno dei contraenti (Cianflone, 1950: 1, 167, 244; Zanobini, 1942: 172; Miele; 1953, 45; Cammeo, 1914: II, 886 e III, 1266; Racca, 2000). Dalle leggi sull'unificazione amministrativa emerge chiara la nozione di 'appalto di opere pubbliche' mentre la natura giuridica pubblica dell'opera rileva sia sul piano soggettivo poiché la stessa è «eseguita dallo Stato o da altro ente pubblico» sia oggettivo in relazione all'impiego dell'opera o alla destinazione della stessa ad un pubblico servizio ovvero al perseguimento di un fine proprio dell'ente pubblico anche solo rivolto a consentire l'esercizio di una funzione amministrativa (Cianflone, 1950: 1; Zanobini, 1942: 172; Cavallo Perin, 2014), con conseguenti deroghe al diritto comune dei contratti per la scelta delle controparti contrattuali che dalle leggi di contabilità permangono negli ordinamenti nazionale ed europeo<sup>2</sup>.

Il processo di integrazione (economica) europea è di interesse per le analogie che presenta con quello che ha coinvolto gli ordinamenti giuridici degli Stati preunitari sin dalla prima metà dell'Ottocento con la proposta di istituzione di una «lega doganale»<sup>3</sup> per la creazione di «un blocco economico omogeneo di Stati italiani, dotato di un forte dinamismo economico e politico» (Martina, 1974: 154 sgg.) che avrebbe dovuto favorire l'istituzione di una confederazione

italiana (si v. *ex multis*: Lorenzetti, 66; Pirri, 1948: 183 e 214; Quazza, 1953: 357-370; Gentili, 1914: 563-639; Gentili, 1915; Pellicciari, 2000). Con l'unificazione nazionale l'integrazione tra Stati preunitari assume una connotazione in parte differente individuando il presupposto costitutivo in un'unificazione in prevalenza di tipo politico o diplomatico-militare ove l'innovazione e la modernizzazione istituzionale oltre alla costruzione di un nuovo contesto giuridico e amministrativo sembrano qualificarsi come elementi rivolti ad assicurare il miglioramento della vita economico-sociale del Paese e dunque assurgere a presupposto di un'integrazione (anche) economica, in cui peculiare rilievo hanno assunto gli appalti pubblici strumentali alla realizzazione del programma di opere (pubbliche) sul territorio nazionale (Pescosolido, 2011: 1; Sandulli, 1967: 64) e, nell'evoluzione successiva, le modalità organizzative per la gestione degli stessi.

La significativa rilevanza delle operazioni da compiere e del patrimonio amministrato ha richiesto disposizioni speciali per l'affidamento dei contratti dello Stato quale «ente morale *sui generis*» (Rostagno, 1887: 35; Bononi, 1898-1900: 422), integrate dalla disciplina delle formalità dei contratti e dei pubblici incanti delle leggi sulla contabilità pubblica<sup>4</sup> (Caranta, 2004: 28; Benedetti, 1999: 17 sgg.), e sotto differente profilo si è posta a fondamento di riorganizzazioni amministrative che hanno determinato l'istituzione di aziende autonome statali poste sotto la vigilanza del Ministero e dotate di autonomia finanziaria ovvero di altre forme di decentramento organico prive di autonomia di bilancio, per assicurare strutture adeguate all'adempimento delle funzioni attribuite<sup>5</sup> (compresa quella contrattuale), comunque funzionali a garantire il compimento del programma di opere pubbliche (es. Cassa del Mezzogiorno: su cui Tracanna, 1976: 420 sgg.).

Se l'integrazione tra ordinamenti giuridici degli Stati preunitari viene attuata con l'iniziale estensione dei codici sardi alle province annesse seguita da un più ampio coinvolgimento del Parlamento del neo-istituito Stato unitario, parimenti e ancor prima l'unificazione tra amministrazioni contribuisce alla definizione della struttura amministrativa del Regno d'Italia con l'estensione del modello organizzativo sardo-piemontese, fortemente accentrato, con l'attribuzione di ampie competenze ai Ministeri<sup>6</sup> e l'affermazione di un limitato autogoverno provinciale e comunale<sup>7</sup> (Giannini, 1967: 1 sgg.; Amorth, 1968: 11 sgg.). Nel settore dei lavori pubblici dalle leggi sull'unificazione amministrativa ciò si traduce in una iniziale concentrazione delle relative competenze in capo al Ministero dei lavori pubblici<sup>8</sup>, o perché «ricadenti dell'immediata azione operativa»<sup>9</sup> di tale amministrazione e volte alla progettazione, direzione e manutenzione delle opere o alla polizia dei beni o poiché sottoposte all'alta vigilanza o alla direzione della stessa e alla sua azione di polizia, nel caso di opere di competenza degli enti territoriali minori o di strade ferrate in concessione (Sandulli, 1967: 22). La scelta evidenzia, secondo taluni, l'obiettivo di realizzare una unificazione amministrativa ac-

canto a quella legislativa perseguita con la «legge per l'unificazione amministrativa del regno d'Italia»<sup>10</sup> (Roehrsen, 1967: 285), che attribuisce alla giurisdizione del giudice ordinario l'intera materia dei contratti della pubblica amministrazione<sup>11</sup> e disciplina le opere pubbliche<sup>12</sup> anche sotto il profilo relativo alla stipulazione ed esecuzione dei relativi contratti, dunque dalla «deliberazione di creare l'opera sino all'approvazione del collaudo» con lo scioglimento del rapporto contrattuale<sup>13</sup> (Roehrsen, 1967: 286; Cuneo, 1921: 1 sgg.; Racca, Yukins, 2014: 1-7).

Già prima delle leggi sull'unificazione amministrativa la significativa ingerenza del Governo in particolare nell'attività di Comuni e Province rivolta alla realizzazione di opere stradali (Sandulli, 1967: 15) trova fondamento nelle esigenze di coordinamento della spesa, al fine di impedire che «fra tanta necessità di opere pubbliche si sciupino le forze economiche delle popolazioni in lavori meno utili a fronte di altri indispensabili e urgenti» e assicurare che «tutte le parti del Regno raggiungano quel grado di benessere particolare e generale, a cui hanno diritto» concorrendo in eguale misura a sostenere i pesi dei pubblici servizi. L'affermazione sottende alla necessità di assicurare una programmazione (coordinata) dunque a tutela dell'efficienza e della qualità della spesa pubblica, ma pare costituire anche il presupposto di una effettiva unificazione territoriale cui è strumentale il regolare andamento delle opere pubbliche su tutto il territorio nazionale che favorisce la creazione di un mercato nazionale degli appalti pubblici di lavori perciò ponendosi a fondamento di una integrazione economica che oggi si ritrova nell'ordinamento dell'Unione europea in particolare nell'obiettivo volto alla creazione di un mercato interno<sup>14</sup>, cui contribuisce una integrazione tra amministrazioni pubbliche nazionali ed europee ancor prima che tra imprese, che apre a forme di cooperazione dal lato della domanda non ignote già all'epoca dell'unificazione nazionale. Si pensi alle competenze attribuite a consorzi idraulici e marittimi nella materia delle acque interne e delle opere marittime per la cura delle relative opere, nonché alle più generali disposizioni sui consorzi comunali e provinciali introdotte con la stessa legge sui lavori pubblici del 1865<sup>15</sup>, per l'esercizio congiunto di funzioni pubbliche. Nella legge sulle opere pubbliche l'istituzione e la disciplina di consorzi facoltativi o obbligatori tra province ovvero tra comuni è volta alla costruzione, sistemazione e conservazione delle strade provinciali o comunali e delle opere che le corredano (consorzi stradali)<sup>16</sup>, istituiti per l'adempimento delle funzioni dei soggetti consorziati in capo ai quali permane la proprietà delle opere (Miele, Stancanelli, 1961: IX, 411). D'interesse risulta anche la disciplina dei consorzi di irrigazione che consente a Comuni e Province «soli o associati ad altri comuni o ad altre province» di intraprendere opere di derivazione delle acque per l'irrigazione, parificati, per espressa volontà legislativa, ai consorzi disciplinati dalle leggi in materia di opere di irrigazione (Golda Perini, 1967: 269)<sup>17</sup>. L'istituzione del consorzio determi-

na l'insorgere di un'obbligazione all'adempimento dei compiti per cui lo stesso è stato istituito, tra cui la stipulazione dei contratti di appalto con applicazione di norme e principi che regolano la selezione del contraente (Lentini, 1950: 8; Romano, 1988: VIII, 3). L'evoluzione successiva conduce oltre ad una disciplina generale dell'istituto al ricorso a tale strumento per l'assolvimento di funzioni settoriali<sup>18</sup> e specifiche: i consorzi fra enti territoriali<sup>19</sup>, i consorzi per l'utilizzazione delle acque pubbliche (Pernigotti, 1958: 431)<sup>20</sup>, i consorzi di bonifica<sup>21</sup>, i consorzi fra istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza<sup>22</sup>, i consorzi di bacino imbrifero montano<sup>23</sup>. Il modello consortile come forma di aggregazione delle funzioni pubbliche sembra aver contribuito allo sviluppo economico e sociale del Paese (Golda Perini, 1967: 271) e se ne è evidenziata la peculiare rilevanza per i comuni di piccole dimensioni che in ragione di risorse finanziarie e professionali limitate singolarmente avrebbero potuto «malamente o nient'affatto adempiere» (Miele, Stancanelli, 1961: 410, in cui si richiama la costituzione di consorzi tra comuni compresi nel medesimo bacino imbrifero per l'esecuzione di opere di sistemazione montana ed in genere per favorire il progresso economico e sociale delle relative popolazioni). I consorzi amministrativi tra enti pubblici, in particolare tra enti pubblici territoriali (Romano, 1988: 1) e, più in generale le forme di coordinamento e cooperazione tra soggetti pubblici differenti talora su base volontaria, talaltra coattiva<sup>24</sup> preludono nell'ordinamento nazionale e in quello dell'Unione europea alla realizzazione di un'integrazione organizzativa che può costituire il presupposto del corretto ed efficiente esercizio di pubbliche funzioni, segnatamente della funzione appalti. L'impostazione trova oggi conferma nelle previsioni che dapprima hanno limitato la capacità contrattuale dei comuni non capoluogo di provincia<sup>25</sup> – limitazione poi estesa a tutte le stazioni appaltanti nella disciplina di attuazione delle nuove direttive europee sugli appalti pubblici<sup>26</sup> – in ragione della tipologia e importo del contratto affidato e che richiedono di verificare l'adeguatezza (qualificazione) degli acquirenti pubblici (v. R. Cavallo Perin, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in questo volume), aprendo a forme di cooperazione per l'aggregazione della domanda pubblica anche a livello europeo volte ad assicurare l'effettività dei principi della contrattazione pubblica.

## 2. I principi europei e nazionali in materia di appalti pubblici per la creazione di un mercato interno

L'analisi dei principi relativi alla contrattazione pubblica che si sono affermati nell'ordinamento dell'Unione europea è d'interesse per la rilevata convergenza con quelli noti sin dalla seconda metà dell'Ottocento nel nostro ordinamento (Racca, 2000: 191; Carosi, Di Carlo, 2007: 147; Buscema, 1979; Barettoni

Arleri, 1980; Ledda, 1982). Si evidenzia, allora come oggi, l'esigenza di contrastare e prevenire fenomeni corruttivi e 'l'immoralità' delle amministrazioni pubbliche e si individuano nella concorrenza leale tra operatori economici nell'ambito delle gare pubbliche e nella trasparenza delle relative procedure gli strumenti capaci di assicurare l'efficienza della spesa e contrastare la diffusione dell'illegalità (Racca, 2000: 191), rafforzando nei cittadini la fiducia nelle istituzioni pubbliche e nella correttezza (e moralità) di funzionari pubblici che le rappresentano e per le quali agiscono e garanti dell'imparzialità<sup>27</sup>. L'integrazione tra gli ordinamenti europeo e nazionali è stata favorita anzitutto dall'elaborazione di un diritto europeo che si fonda sui principi 'di una cultura del diritto amministrativo' comune agli Stati membri e che ritorna agli ordinamenti nazionali influenzandone le tradizioni giuridiche, l'evoluzione delle società e il sistema di azione dei pubblici poteri (Auby-Dutheil de la Rochere, 2014: 1283; Cavallo Perin, 2014: 41; Merusi, 2013; Racca, Ponzio, 2015).

Nella legislazione statale di contabilità per lungo tempo oggetto di tutela è stato «l'interesse pubblico soggettivo nell'amministrazione» (Cavallo Perin, Racca, 2013; Romano, 1998: 1 sgg.) e i principi di concorrenza e pubblicità negli appalti pubblici sono risultati strumentali a garantire la dignità (dei funzionari) dell'amministrazione pubblica non solo dall'abuso ma altresì dal sospetto «di cui l'idea si allontana quando gli appalti siano deliberati sotto gli occhi delle popolazioni e sotto lo stimolo della libertà degli incanti» (Vita Levi, 1876), evitando indebiti favoritismi e assicurando il miglior impiego delle pubbliche risorse. Inoltre le correlate esigenze di tutela dell'amministrazione pubblica come 'parte debole' nell'ambito del rapporto contrattuale con gli operatori economici hanno favorito un'interpretazione della disciplina di selezione del contraente come posta nell'esclusivo interesse delle amministrazioni pubbliche e come limite alla loro autonomia a tutela dei principi di 'moralità' e di ordine pubblico. Ne è derivata la qualificazione delle relative norme come norme d'azione con una iniziale esclusione, nella prospettiva della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, del sindacato quantomeno da parte della giurisdizione (Racca, 2000: 180 e 305; Salandra, 1904: 329). La capacità contrattuale del soggetto pubblico (Miele, 1953: 45; Cianflone, 1950: 167) è stata tradizionalmente assoggettata a «speciali norme e formalità stabilite da leggi e regolamenti» o capitolati d'onere – come atti volti a definire gli obblighi, i pesi e gli impegni che il contraente accetta con la stipulazione del contratto – che si concentrano sulla controparte contrattuale a garanzia dell'affidabilità morale e per salvaguardare le amministrazioni pubbliche dalle inadempienze delle imprese aggiudicatrici che pregiudicano la corretta esecuzione dell'opera o del servizio (Cuneo, 1921: 101; Cianflone, 1950: 244; Cammeo, 1914: II, 886 e III, 1266; Ponzio, 2006: 2; De Cupis, 1967: 270 sgg.; Cattaneo, 1967: 12; Racca, 2000: 180)<sup>28</sup>.

Tale tradizionale interpretazione ha aperto a significative possibilità di deroga della regola della gara pubblica ed oscurato talora la *ratio* della disciplina europea sugli appalti pubblici che a partire dagli anni cinquanta del secolo scorso ha individuato tra gli obiettivi prioritari sottesi alla definizione di principi e di una disciplina di coordinamento comuni agli Stati membri la creazione di un mercato interno nell'ambito del quale il principio di concorrenza<sup>29</sup> è stato individuato come strumento capace di assicurare una più ampia partecipazione, anche transfrontaliera agli appalti pubblici e di favorire la realizzazione del processo di «costruzione europea» (Chiti, 1993; Amato, 1998: 14 sgg.; Racca, 2003: 46; Racca, 2012: 2649; Massera, 2006: 1390). Nell'ordinamento dell'Unione europea la disciplina europea sugli appalti pubblici è interpretata come posta nell'interesse del mercato e della concorrenza (Romano, 1998: 1 sgg. e 1999: 3324) per favorire lo sviluppo delle imprese più efficienti. La tutela della concorrenza e del mercato e delle posizioni soggettive degli operatori economici non esclude e anzi si integra con i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità (art. 97, I Cost.) che costituiscono il fondamento del contrasto a comportamenti scorretti posti in essere dai contraenti privati in tal modo assicurando il corretto utilizzo delle risorse pubbliche, senza tuttavia trascurare l'interesse pubblico alla qualità delle prestazioni a beneficio dei cittadini (Cavallo Perin, Racca, 2013: 6).

L'integrazione nell'Unione europea è stata perseguita anzitutto attraverso i principi che, in quanto tali, sono immediatamente applicabili negli ordinamenti giuridici degli Stati membri e perciò a tutti i contratti pubblici a prescindere da tipologia e importo, poiché capaci, pur con differente intensità, di incidere sul mercato interno<sup>30</sup>. La cogenza e l'efficacia normativa dei principi europei in ambito economico anche per gli ordinamenti interni degli Stati membri giunge in talune prospettazioni, a qualificare gli stessi come valori comuni dell'ordinamento europeo, perciò capaci di limitare l'autonomia degli ordinamenti giuridici nazionali nel recepimento e nella corretta attuazione del diritto europeo, favorendo l'integrazione tra gli stessi, in un contesto in cui i principi stessi assurgono a parametro di validità delle discipline nazionali aventi ad oggetto le procedure di scelta del contraente (Cavallo Perin, 2000: 41 sgg.). Rilevano, in particolare, la libera circolazione delle merci<sup>31</sup>, la libertà di stabilimento<sup>32</sup> e la libera prestazione di servizi<sup>33</sup>, nonché i principi che da essi si desumono e che sono stati oggetto di elaborazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia quali la parità di trattamento (Cavallo Perin, Racca, 2013: 6)<sup>34</sup>, che richiama, in particolare, il divieto di discriminazione in base alla nazionalità<sup>35</sup> e che assurge a presupposto logico-giuridico di una partecipazione transfrontaliera agli appalti pubblici, il mutuo riconoscimento e la proporzionalità posti a presidio dell'oggettività nella selezione dei contraenti e nella valutazione delle offerte in conformi-

tà alle previsioni dei documenti di gara, sanzionando con l'illegittimità le clausole discriminatorie e limitative della partecipazione (Sandulli, 1998: 108 sgg.; Galetta, 1998, 2006: 1106 e 2013: 501 sgg.; Scoca, 2010: 289 sgg.; Cognetti, 2011: 110 sgg.; Ponzio, 2011: 2464 sgg.; Racca, Cavallo Perin, 2013: 30-35)<sup>36</sup>. Presupposto di una corretta attuazione di tali principi sono ancora la concorrenza tra operatori economici e la trasparenza delle procedure di selezione del contraente<sup>37</sup> che assicurano le migliori condizioni contrattuali evitando esclusioni non proporzionate dalle trattative precontrattuali (Racca, 2000; Ponzio, 2013, 1085; Racca, Cavallo Perin, 2013: 31-35), ove è proprio la disciplina della concorrenza nell'ordinamento dell'Unione Europea a mutare la natura giuridica «delle norme che disciplinano i contratti con la pubblica amministrazione da norme d'azione a norme di relazione» (Cavallo Perin, 2011: 11).

Per assicurare l'effettività dei principi richiamati e l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza (Arrowsmith, 2014: 150-215)<sup>38</sup>, l'Unione europea ha perseguito sin dalle prime direttive europee (Bovis, 2007: 17 sgg.)<sup>39</sup> anche l'obiettivo di un'integrazione economica degli Stati membri con la definizione per gli appalti sopra soglia di disposizioni di coordinamento delle procedure nazionali di selezione dei contraenti, dapprima nel settore degli appalti pubblici di lavori<sup>40</sup> e successivamente per quelli di forniture e servizi<sup>41</sup> e per i c.d. settori esclusi<sup>42</sup>, che progressivamente si sono rivolte a perseguire obiettivi di semplificazione e modernizzazione delle procedure di scelta del contraente per l'effettività dei richiamati principi<sup>43</sup>. Parallelamente le istituzioni europee hanno proceduto all'introduzione di strumenti di ricorso efficaci e tempestivi esperibili in caso di violazione della disciplina degli appalti pubblici per garantirne l'effettività, e tali da assicurare non solo la correzione delle procedure o l'annullamento degli atti lesivi, ma altresì la tutela risarcitoria, riconoscendo in capo alle imprese interessate posizioni soggettive direttamente tutelate e perciò sottratte alla disponibilità degli Stati membri e delle amministrazioni pubbliche<sup>44</sup>. Sicché proprio la previsione del rimedio risarcitorio ha inciso sia sulla giurisprudenza della Corte di Cassazione<sup>45</sup> sia sulla riforma della giustizia amministrativa giungendo all'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con il progressivo riconoscimento in capo ai partecipanti alle gare pubbliche dell'esistenza di diritti alla correttezza precontrattuale, superando il sistema tradizionale di tutela giurisdizionale che per lungo tempo aveva ritenuto pienamente soddisfattiva la tutela di annullamento offerta dal giudice amministrativo che poteva, a differenza del giudice ordinario, assicurare una sorta di risarcimento in forma specifica, cui faceva da corollario l'individuazione di posizioni giuridiche di interesse legittimo non solo in capo ai partecipanti, ma anche in capo all'aggiudicatario e altresì dopo la stipula del contratto per adempiere agli obblighi derivanti dalla disciplina europea in materia di ricorsi (Racca, 2012: 2650). Il sistema fonda-

to dalle c.d. 'Direttive ricorsi' pare tuttavia avere determinato in taluni ordinamenti, a differenza di altri, una proliferazione dei ricorsi, con un riconoscimento, talvolta anche troppo generoso del risarcimento del danno evidenziando la mancata integrazione europea (Racca, 2003: 38 sgg.; Sandulli, 2010: 67-102 e 2012: 31-56; Ponzio, 2013: 1085; Racca, 2015: 500-502).

### *3. Le barriere giuridiche e linguistiche come limite alla partecipazione transfrontaliera alle gare pubbliche*

Se in linea teorica l'integrazione dei principi nazionali ed europei e la disciplina comune europea, peraltro limitata alla fase di scelta del contraente, si sono posti a fondamento di un coordinamento tra le legislazioni degli Stati membri<sup>46</sup> e di un diritto europeo degli appalti pubblici, a quasi mezzo secolo dall'emanazione della prima direttiva in materia pare ancora possibile constatare le difficoltà nell'affermazione di un effettivo mercato interno degli appalti pubblici ove le barriere giuridiche e linguistiche costituiscono ancora un significativo ostacolo alla partecipazione transfrontaliera<sup>47</sup> (Racca, Cavallo Perin, 2011: 193-215).

L'apertura dei mercati ha progredito secondo percorsi differenti a livello nazionale e locale, pur rivelando ancora gravi limiti, come evidenziato ad esempio dal significativo ammontare dei contratti sottratti alla disciplina europea<sup>48</sup>. Il recepimento del diritto europeo degli appalti pubblici nei differenti Stati membri caratterizzati da differenti usi o prassi normative e giurisprudenziali ha ostacolato il superamento delle peculiarità dei singoli ordinamenti giuridici limitando la semplificazione e consentendo talora prassi elusive dei principi europei. Il recepimento delle nuove direttive ha costituito l'occasione per attuare una semplificazione anzitutto normativa con l'armonizzazione delle disposizioni relative agli oneri amministrativi dei ventotto Stati membri che sono anche in numero maggiore considerando i livelli regionali e locali, limitando il ricorso al *goldplating*<sup>49</sup> che introducendo oneri e adempimenti ulteriori rispetto a quelli previsti dalle norme europee può tradursi nel rischio di distorsione del sistema a danno delle imprese corrette e dei cittadini (Racca, 2015: 489-512; Salvi, Sarpi, 2014: 982 sgg.) e costituire una barriera alla partecipazione transfrontaliera.

La semplificazione normativa è stata attuata con il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016) affidando l'attuazione a decreti ministeriali e a linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e non ad un regolamento, per favorire l'evoluzione del sistema, in tal modo rafforzando i poteri di vigilanza e sanzionatori dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e favorendo la 'qualità della regolazione' ove la certezza delle regole può assicurare corretta amministrazione – con lo sviluppo delle migliori pratiche favorito dallo scambio di in-

formazioni tra amministrazioni aggiudicatrici – e prevenzione del contenzioso per un sistema di contratti pubblici integro ed efficiente<sup>50</sup>.

Le nuove direttive europee sui contratti pubblici individuano come prioritarie, soprattutto in tempi di crisi economica, le esigenze di efficienza, integrità e trasparenza nelle funzioni pubbliche (e delle relative organizzazioni) e di qualità della contrattazione pubblica, per favorire una crescita dell'economia europea (Giovannini, 2014: 4), intelligente, sostenibile e inclusiva<sup>50</sup> con un più efficiente impiego di risorse e finanziamenti pubblici<sup>51</sup>. Gli appalti pubblici sono definiti come 'strumenti basati sul mercato' capaci di assicurare il perseguimento degli obiettivi indicati, assicurando il corretto confronto concorrenziale ma soprattutto l'impiego di modelli organizzativi di acquisto pubblico dotati di professionalità adeguate e capaci di attuare strategie innovative che involgano il lato della domanda, superando la ancora diffusa frammentazione delle amministrazioni aggiudicatrici e dei contratti pubblici in Europa. L'attribuzione della capacità contrattuale negli ordinamenti degli Stati membri<sup>52</sup> ad oltre 250.000 amministrazioni aggiudicatrici (in Italia: 37.000)<sup>53</sup>, ha infatti sino ad oggi impedito una migliore articolazione della domanda pubblica che ove correttamente orientata al perseguimento di esigenze ambientali, sociali o legate alla tutela della salute (Edler, Georghiou, 2007, 949-963; Racca, 2010: 165-178), può stimolare l'innovazione e gli investimenti degli operatori economici dei mercati di riferimento, favorendo la concorrenza e nuove opportunità di lavoro.

Sin dalla definizione del libro verde e della consultazione per la definizione dei nuovi testi delle direttive sui contratti pubblici, sono stati avviati numerosi progetti per la sperimentazione di appalti innovativi per lo sviluppo di nuovi prodotti o il miglioramento di quelli esistenti assicurando efficienza, qualità e sostenibilità della contrattazione pubblica<sup>54</sup> prefigurando nuovi modelli organizzativi per l'acquisto pubblico e procedure di selezione del contraente innovative (Racca, 2014b: 10), mediante cooperazioni transnazionali tra amministrazioni aggiudicatrici (in particolare tra centrali di committenza) o con la definizione di documenti di gara comuni (Racca, 2010: 1727-1746; Arrowsmith, 2014: 527-528 e 535-540) capaci di superare, attraverso lo sviluppo di procedure aggregate, i modelli di acquisto tradizionale da parte delle singole amministrazioni aggiudicatrici anche in ragione dei rischi connessi allo sviluppo di progetti innovativi.

#### *4. I nuovi modelli di cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici europee*

A cento anni dall'unificazione amministrativa si constatava l'efficienza della rete stradale, autostradale e ferroviaria, delle opere portuali e di quelle idrauliche, dell'utilizzazione delle acque a scopi irrigui e di forza motrice come cor-

relata alla «funzionalità dell'organizzazione amministrativa e all'elevato livello tecnico degli organi attivi e consultivi» (Sandulli, 1967: 70), con ciò richiamando la capacità delle organizzazioni come essenziale all'adempimento (corretto ed efficiente) delle funzioni affidate. L'esigenza di strutture organizzative pubbliche capaci di assicurare professionalità, integrità ed efficienza e la corretta attuazione principi europei nell'esercizio di una rinnovata funzione appalti, si ritrova ai giorni nostri, in un contesto in cui la spesa relativa ai contratti pubblici in Europa raggiunge quasi il 14% del PIL<sup>55</sup>, nel 2012<sup>56</sup> e si richiede di superare i modelli di gara tradizionale svolti dalla singola amministrazione aggiudicatrice (Racca, 2015: 491), evitando l'eccessiva proliferazione di soggetti giuridici (consorzi, unioni di comuni, stazioni uniche appaltanti e centrali uniche di committenza) che non sempre assicura risorse adeguate all'esercizio della funzione appalti con il rischio di una sommatoria di gare o di una ulteriore moltiplicazione di enti non adeguati all'innovativo esercizio della funzione.

La nuova direttiva europea sugli appalti pubblici disciplina nuovi istituti giuridici per favorire la semplificazione e l'innovazione delle procedure di selezione del contraente e la realizzazione del mercato interno degli appalti pubblici. Si prefigurano modelli di aggregazione della domanda pubblica e di cooperazione transfrontaliera e transnazionale tra amministrazioni aggiudicatrici che attuano il principio di cooperazione amministrativa definito dal Trattato sul funzionamento dell'unione Europea per «sostenere gli sforzi degli Stati membri volti a migliorare la loro capacità amministrativa di attuare il diritto dell'Unione»<sup>57</sup> (Cavallo Perin, Racca, in corso di pubblicazione; Cavallo Perin, Racca, 2016: 1457 e sgg. e 1479 e sgg.), in un contesto in cui rileva un sistema integrato di amministrazioni (Chiti, 2012: 19 sgg.) prima ancora delle esigenze di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri (Cortese, 2012: 168). Le forme di cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici individuano il proprio fondamento giuridico nell'istituto degli accordi tra amministrazioni<sup>58</sup>, che, come è possibile desumere in via interpretativa dai principi europei e dalle norme dei Trattati possono svilupparsi anche tra amministrazioni di Stati membri differenti, individuando un livello di aggregazione adeguato oltre quello nazionale (Cavallo Perin, Racca, in corso di pubblicazione, parr. 1 e 4; Cavallo Perin, Racca, 2016: 1457 e sgg. e 1479 e sgg.).

Forme di cooperazione transfrontaliera tra amministrazioni pubbliche risultano di particolare interesse per gli appalti pubblici, ove come da taluni osservato, l'obiettivo volto alla piena realizzazione del mercato interno non può unicamente riguardare «il lato dell'offerta» assicurando la più ampia partecipazione delle imprese alle gare indette da una qualsiasi amministrazione ubicata in uno qualsiasi degli Stati membri, ma deve coinvolgere altresì il lato della domanda (Cavallo Perin, 2014). La Corte di Giustizia ha da tempo aperto<sup>59</sup> alla coo-

perazione orizzontale, non istituzionalizzata, tra amministrazioni differenti per garantire congiuntamente l'esecuzione di compiti di interesse pubblico che tutte le parti della cooperazione sono istituzionalmente chiamate a svolgere. Non pare potersi escludere che tale cooperazione, che si affianca a quella di tipo verticale (strutturale o istituzionalizzata) che determina l'istituzione di un soggetto giuridico (Cavallo Perin, 2011: 119-135; Cavallo Perin, Casalini, 2009: 227-241; Casalini, Cavallo Perin, 2006: 51-97; Casalini, 2003), possa intervenire tra amministrazioni di Stati membri differenti contribuendo al superamento delle barriere nazionali dal lato della domanda e prefigurando un modello di integrazione non solo più normativo, ma anche organizzativo.

L'aggregazione della domanda a livello europeo rileva per i significativi benefici per il mercato interno in termini di economie di scala (attesi anche gli obiettivi di *spending review* che si impongono alle amministrazioni pubbliche) nonché in relazione all'interesse pubblico allo sviluppo di più ampie professionalità nell'esercizio della funzione appalti (Cortese, 2011: 140 e 141; Cavallo Perin, 2014)<sup>60</sup>.

Rileva il principio di adeguatezza delle organizzazioni pubbliche (art. 118, c. I, cost.; Cavallo Perin, 2014; Cavallo Perin 2015) cui si richiede di assicurare il corretto svolgimento delle funzioni affidate che si traduce negli appalti pubblici nella necessità di assicurare una capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria degli enti pubblici, per l'attuazione di strategie di contrattazione pubblica corrette e innovative<sup>61</sup>. Ciò è speculare a quanto da tempo si richiede alle organizzazioni private con la dimostrazione del possesso di una capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria per stipulare contratti con la pubblica amministrazione e che ammette forme di cooperazione tra le stesse per partecipare alle gare pubbliche (Cavallo Perin, 2014).

Ancora di recente si sono evidenziate numerose le difficoltà di ordine giuridico, riferite in particolare a «conflitti tra diverse disposizioni nazionali»<sup>62</sup>, e pratico (barriere linguistiche) nell'effettuare acquisti presso le centrali di committenza (Racca, 2014c: 225 sgg.)<sup>63</sup>; di altri Stati membri o nell'aggiudicazione congiunta di appalti pubblici a livello europeo. Tale possibilità è ora esplicita nella nuova direttiva sugli appalti pubblici anzitutto nella previsione in base alla quale uno Stato membro non può vietare amministrazioni aggiudicatrici di fruire delle attività offerte da centrali di committenza ubicate in altro Stato membro con disposizione che attua il principio generale dell'ordinamento dell'Unione europea di tutela della concorrenza per la realizzazione del mercato interno che rileva in particolare per gli appalti sovranazionali (Racca, 2014 e 2015; Racca, Ponzio, 2016: 380 sgg.; Ponzio, 2014). Si afferma dunque come 'libera' l'adesione all'attività di centralizzazione delle committenze realizzata da centrali d'acquisto di altri Stati membri e in tal senso sono state recepite le disposizioni eu-

ropee nel Regno Unito ed in Francia – come in altri ordinamenti dell’Unione europea – a differenza dell’ordinamento italiano ove si è ammesso il ricorso a centrali di committenza ubicate in altri Stati membri solo ove le stesse svolgano attività di grossista perciò fortemente limitando i benefici che possono derivare al mercato interno dalla specializzazione per settori merceologici e dal coordinamento mediante la messa a disposizione di accordi quadro alle amministrazioni locali, nazionali ed europee che solo la reciprocità e la cooperazione transnazionale possono garantire (Racca, 2017: 179).

Si disciplina<sup>64</sup> inoltre la cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici di differenti Stati membri per l’aggiudicazione di appalti, la conclusione di accordi quadro, o la gestione di sistemi dinamici di acquisizione che apre ad interessanti configurazioni ove intervenga non tra singole amministrazioni aggiudicatrici, bensì tra centrali di committenza (Ponzio, 2014: 11; Racca, 2014: 225-254), quali strutture di aggregazione della domanda pubblica capaci di assicurare un più ampio utilizzo di strumenti contrattuali (accordi quadro) e dei più innovativi strumenti tecnologici per una più ampia trasparenza dell’intero ciclo del contratto pubblico (Racca, Yukins, 2014: 2-3). Presupposto di tale cooperazione è la definizione degli elementi essenziali del rapporto giuridico, in linea con le previsioni già previste negli ordinamenti giuridici nazionali, in un accordo tra le stesse<sup>65</sup> avente ad oggetto l’individuazione delle responsabilità delle parti e delle disposizioni nazionali applicabili<sup>66</sup>, che successivamente dovranno essere richiamate nei documenti di gara della procedura di aggiudicazione aggregata.

L’attuazione di simili forme di cooperazione determina la messa a disposizione di accordi quadro aggiudicati individualmente ovvero in sinergia tra centrali di committenza che consente alle amministrazioni aggiudicatrici di conseguire significativi risparmi, ma che soprattutto può costituire un’occasione di confronto tra centrali di committenza che può giungere allo sviluppo di un confronto competitivo anche dal lato della domanda (Cavallo Perin, 2014: 40 sgg.). L’assenza di un obbligo all’acquisto o di un’adesione preventiva favoriscono la partecipazione e l’ingresso sul mercato di nuove imprese innovative con l’articolazione degli accordi quadro di lotti differenti per volume, tipologia merceologica e ambito territoriale eventualmente limitando il numero di lotti da aggiudicare allo stesso operatore economico. La previsione della suddivisione dell’appalto in lotti si pone in continuità con il sistema tradizionale di contabilità ove la garanzia maggiore per l’erario veniva individuata nella promozione della concorrenza che trovava fondamento nella pubblicità e nella regola dei pubblici incanti ma anche nell’esigenza di assicurare la più ampia partecipazione e la possibilità «pei privati di assumere l’impresa anche quando non sieno forniti grandi capitali» con la suddivisione delle «grandi imprese» in lotti per favorire la concorrenza (Rostagno, 1886: 36)<sup>67</sup>.

Le soluzioni organizzative per aggiudicare appalti congiunti previste dalle nuove norme europee prefigurano anche la creazione da parte di amministrazioni aggiudicatrici di Stati membri differenti di soggetti cui affidare le competenze di svolgimento della gara pubblica. In particolare si richiamano i gruppi europei di cooperazione territoriale (GECT)<sup>68</sup> e «altri soggetti istituiti in base al diritto dell'Unione», con previsioni che possono condurre all'istituzione, da parte di *organismi di diritto pubblico*, di soggetti giuridici costituiti come associazioni europee<sup>69</sup> e capaci di agire come centrali di committenza europee. Per istituire tali soggetti giuridici occorre definire il diritto applicabile alla procedura d'appalto nella legge dello Stato in cui l'organo competente del soggetto congiunto ha la sua sede sociale ovvero in quella dello Stato in cui tale organo svolge la propria attività, che potrà essere applicato per un periodo indeterminato – se ciò è previsto nell'atto costitutivo dell'organo congiunto – ovvero per un periodo di tempo limitato, per talune tipologie di appalto o per singole aggiudicazioni. L'integrazione di tale disciplina con le norme europee in materia di (conflitto di leggi) di diritto internazionale privato<sup>70</sup>, consente alle amministrazioni aggiudicatrici che abbiano istituito tale soggetto congiunto di individuare un diritto diverso da quello nazionale anche per la fase di esecuzione del contratto che, come noto, tradizionalmente non è disciplinata dalle Direttive dell'Unione Europea, favorendo, a partire da una cooperazione amministrativa, l'integrazione degli ordinamenti giuridici (concorrenza tra ordinamenti giuridici: Cavallo Perin, 2014).

Si aprono dunque, nella prospettiva delineata, nuove possibilità di integrazione organizzativa che possono nell'ordinamento europeo svilupparsi nel settore degli appalti pubblici proprio a partire da questi nuovi modelli organizzativi. La collaborazione tra centrali di committenza in Europa potrà favorire, anche attraverso attività di *benchmarking*, la correttezza la qualità e l'integrità dell'attività contrattuale pubblica assicurando, anche grazie ai nuovi strumenti tecnologici, un più diffuso controllo sulla spesa pubblica.

## Note

- <sup>1</sup> Su tali aspetti di veda *infra*.
- <sup>2</sup> Su cui si v. *infra* par. 2.
- <sup>3</sup> Il riferimento è alla proposta della Santa Sede del 25.8.1847 (data di avvio dei negoziati), e della firma dei preliminari tra Stato Pontificio, Granducato di Toscana e Regno di Sardegna il 3.11.1847.
- <sup>4</sup> R.d. 17.02.1884, n. 2016 e R.D. 4.05.1885, n. 3074. Successivamente: r.d. 18.11.1923, n. 2440 e r.d. 23.05.1924, n. 827.
- <sup>5</sup> Le prime forme di decentramento amministrativo sono riconducibili all'organizzazione periferica dei servizi tecnici realizzata mediante gli uffici del genio civile con competenze tecnico-esecutive, di vigilanza e amministrativo contabili, ma privi di poteri deliberativi. Tra le aziende autonome statali poste sotto la vigilanza del Ministero e dotate di autonomia finanziaria si richiama: l'amministrazione ferrovie dello Stato: l. 22.4.1905, n. 137 e l. 7.7.1905, n. 429 e l'azienda autonoma statale della strada (AASS) ai sensi della l. 17.5.1928, n. 1094, poi ANAS (d.lgs. 27.6.1946 e s.m.), per la gestione del servizio pubblico della viabilità. Tra le forme di decentramento organico prive di autonomia di bilancio si richiamano il magistrato delle acque istituito con l. 5.5.1907, n. 257 e s.m.; il magistrato del Po istituito con l. 12.07.1956, con competenza per la sistemazione idraulica del Po.
- <sup>6</sup> Cfr. l. 23.3.1853, n. 1483, *Riordinamento dell'amministrazione centrale e della Contabilità generale dello Stato*.
- <sup>7</sup> R.d. 7.10.1848, n. 807, *Regio decreto che provvede per l'Amministrazione dei Comuni, delle Province e delle Divisioni amministrative*.
- <sup>8</sup> Competenze in materia di realizzazione, conservazione e gestione di opere pubbliche, di amministrazione di beni del demanio naturale, in particolare le acque interne ed opere (non pubbliche) sottoposte alla sua vigilanza. l. 20.3.1865, n. 2248, all. F, *Legge sulle opere pubbliche*.
- <sup>9</sup> Strade ordinarie e ferrate dello Stato, acque pubbliche, porti, spiagge e fari, edifici statali destinati a usi pubblici, e per la polizia demaniale relativa a tali beni.
- <sup>10</sup> L. 20.3.1865, n. 2248, che con i suoi sei allegati relativi alla legge comunale e provinciale (all. A), alla legge di pubblica sicurezza (all. B) e di sanità pubblica (all. C), alla legge sul Consiglio di Stato (all. D) e sul contenzioso amministrativo (all. E) e alla legge sulle opere pubbliche (all. F) «realizza una vera e propria codificazione del diritto pubblico»: v. Camera dei Deputati, *La nascita dello Stato unitario*, Roma 2011, p. 79.
- <sup>11</sup> L. 20.3.1865, n. 2248, Allegato E, *Legge sul contenzioso amministrativo*.
- <sup>12</sup> L. 20.3.1865, n. 2248, Allegato F, *Legge sulle opere pubbliche*.
- <sup>13</sup> Si vedano gli artt. 337 sgg. l. n. 2248/1865, All. F., cit. Si richiamano anche le disposizioni del r.d. 25.05.1895, relativo alla direzione dei lavori alla contabilizzazione e al collaudo degli stessi.
- <sup>14</sup> Relazione alla Camera dei Deputati dell'allora ministro dei lavori pubblici Manabrea nella presentazione del d.d.l. del 9.5.1864, di conversione del d.l. 21.10.1863, che introduceva talune importanti modifiche in materia di strade ordinarie e acque pubbliche che attenuava per esigenze di coordinamento l'originario decentramento.
- <sup>15</sup> L. n. 2248 /1865, all. F, in part. artt. 37 e 49 e 50, su cui si v. *infra*.
- <sup>16</sup> Artt. 37 e 39, l. 2248, allegato F, cit.
- <sup>17</sup> L. 29.5.1873, n. 1387, art. 10.
- <sup>18</sup> Pare di interesse il richiamo ai consorzi tra province per la gestione della concessione di costruzione delle strade ferrate: l. 29.6.1873, n. 1475, (riferita alle province venete e di Mantova); quelli per l'espletamento di servizi sanitari: r.d. 1.8.1907, n. 636; consorzi tra province; comuni; tra province e comuni per l'assunzione diretta dei pubblici servizi: T.U. 15.10.1925, n. 2572.

- <sup>19</sup> R.d. 3.3.1934 n. 383, Approvazione del testo unico della legge comunale e provinciale, artt. 156 sgg. Cass., sez. un., 12.12.1988, n. 6750, «L'ente pubblico economico è caratterizzato dall'esercizio di un'attività di produzione di beni o servizi, analoga a quella di un comune imprenditore, con criteri di economicità ravvisabili nell'almeno tendenziale equivalenza dei ricavi rispetto ai costi. L'indagine al fine di individuarne tali caratteristiche va condotta alla stregua della disciplina legale e statutaria dell'ente che ne determina gli scopi ed i modi dell'attività in maniera stabile e conoscibile dalla generalità dei soggetti con esso in rapporto, restando privi di rilievo elementi fattuali contingenti, relativi alla vita dell'ente, che non si traducano anche in un mutamento normativo e quindi duraturo e conoscibile. Ha perciò natura di ente pubblico non economico (con la conseguenza della giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie con i propri dipendenti) il consorzio acquedotti delle Valli del Sele, Calore e Montestella, atteso in particolare, alla stregua del relativo statuto, che esso – compreso fra i consorzi previsti dal r.d. 3 marzo 1934 n. 383 – provvede alla progettazione, alla costruzione ed alla manutenzione, oltre che alla gestione, di acquedotti, reti idriche e reti fognarie operando con il concorso di entrare (come i contributi degli enti consorziati) estranee ad una gestione puramente economica».
- <sup>20</sup> R.d. 11.12.1933, n. 1775, *Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici*, art. 12, c. II, in cui il ministro dei lavori pubblici, sentito il Consiglio Superiore, può imporre ai concessionari di una derivazione d'acqua di consorziarsi per l'esecuzione di opere pubbliche.
- <sup>21</sup> T.U. 13.2.1933, n. 215. Cass., sez. un., 17.5.1991, n. 5520. L'esecuzione di opere dirette all'approvvigionamento idrico di centri urbani è attività estranea alle finalità di bonifica e, comunque, agricole, da ritenere proprie dei consorzi di bonifica ai sensi del r.d. 13.2.1933, n. 215, i quali, pertanto, non hanno titolo per pretendere che alla relativa spesa contribuiscano gli utenti dell'impianto realizzato, proprietari o possessori di immobili siti nel comprensorio consortile, che non abbiano fatto richiesta di tale realizzazione ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 26 della legge 2.6.1961, n. 454.
- <sup>22</sup> R.d. 23.12.1923, n. 2841.
- <sup>23</sup> L. 27.12.1953, n. 954, art. 1.
- <sup>24</sup> Disposizioni volte a incoraggiare l'istituzione di consorzi per le opere pubbliche stradali, marittime e fluviali oltre che per le opere di bonifica si individuano già nella legislazione preunitaria. Il riferimento è in particolare a: l. Sarda 20.11.1859, n. 3754, Sull'ordinamento del servizio delle opere pubbliche.
- <sup>25</sup> Cfr. d.lgs. 12.4.2006, n. 163, art. 33, c. 3 bis, introdotto dall'art. 23, c. 4, legge n. 214 del 2011, poi modificato dall'art. 1, c. 4, legge n. 135 del 2012 e dall'art. 1, c. 343, legge n. 147 del 2013. Il comma è stato infine sostituito dall'art. 9, c. 4, legge n. 89 del 2014. Cfr. anche: l'art. 23 *ter*, comma 1, legge n. 114 del 2014, come modificato dall'art. 8, c. 3 *ter*, legge n. 11 del 2015, poi dall'art. 1, c. 169, della legge n. 107 del 2015. Tale ultima disposizione ha prorogato l'applicazione alle gare bandite dal 1° novembre 2015. I comuni con popolazione superiore a 10.000 abitanti possono procedere autonomamente per gli acquisti di beni, servizi e lavori di valore inferiore a 40.000 euro (possibilità estesa dalla legge di Stabilità del 2016 anche ai comuni con popolazione inferiore a 10.000 ab. Sul punto ANAC, Determinazione n. 3 del 25 febbraio 2015, *Rapporto tra stazione unica appaltante e soggetto aggregatore (centrale unica di committenza) – Prime indicazioni interpretative sugli obblighi di cui all'art. 33, comma 3-bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e ss.mm.ii.* ANAC, Determinazione n. 11 del 23 settembre 2015, *Ulteriori indirizzi interpretativi sugli adempimenti ex art. 33, comma 3-bis, decreto legislativo 12 aprile 2006 n.163 e ss.mm.ii.* Si veda ora: ANAC, Comunicato del Presidente del 8 gennaio 2016, ove si precisa che: con l'entrata in vigore della c.d. Legge di stabilità 2016, è estesa anche ai Comuni con popolazione inferiore ai 10.000 abitanti la possibilità di procedere ad acquisti autonomi per importi inferiori a 40.000 euro. Dal 1° gennaio 2016 l'Autorità provvederà a rilasciare il Codice Identificativo Gara – CIG – a tutti i Comuni che procedono all'acquisto di lavori, servizi e forniture sotto l'importo indicato. In ultimo: d.lgs.

18 aprile 2016, n. 50 che ha introdotto il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti che dovrà essere attuato sulla base di criteri e modalità definite con d.p.c.m. Le singole stazioni appaltanti possono procedere direttamente e autonomamente all'acquisizione di beni e servizi di importo inferiore a 40.000 euro e lavori di importo inferiore a 150.000 euro (art. 37, c. 1).

- <sup>26</sup> Direttiva 2014/24/UE del 26.2.2014, § 136. L. 28 gennaio 2016, n. 11, art. 1, lett. bb), in cui si dispone la «razionalizzazione delle procedure di spesa attraverso l'applicazione di criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle stazioni appaltanti, prevedendo la riorganizzazione delle funzioni delle stazioni appaltanti, con particolare riferimento alle fasi di programmazione e controllo, nonché prevedendo l'introduzione di un apposito sistema gestito dall'ANAC, di qualificazione delle medesime stazioni appaltanti, teso a valutarne l'effettiva capacità tecnica e organizzativa, sulla base di parametri obiettivi». D.lgs. n. 50 del 2016, cit., artt. 37 e 38.
- <sup>27</sup> Comunicazione della Commissione Europea, 11.3.1998, COM (98) 143, *Gli appalti pubblici dell'Unione Europea*, 1, ove si afferma che l'apertura del mercato può contribuire al superamento dell'inefficienza della spesa, alla prevenzione della corruzione «ingenerando nei contribuenti la certezza di un corretto investimento del loro denaro».
- <sup>28</sup> Si veda r.d. 23.05.1924, n. 827, art. 77. Cons. St., parere 13.06.191, in *Man. Amm.*: 356. La disciplina si ritrova oggi nel d.lgs. 12.04.2006, n. 163, *Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, art. 34 e ss. e d.p.r., 5.10.2010, n. 207, *Regolamento di esecuzione e attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE; nella Direttiva 2014/24/UE, 26.02.2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE; Direttiva 2014/25/UE, 26.02.2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE; Direttiva 2014/23/UE 26.02.2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione. Cfr. L. 11.02.1994, n. 109, art. 8 e d.lgs. 12.06.2006, n. 163, art. 40 e d.p.r. 5.10.2010, n. 207, artt. 60-96, relativi alla qualificazione per svolgere lavori pubblici. Si v. ora: d.lgs. n. 50 del 2016, artt. 80 e 85.*
- <sup>29</sup> T.F.U.E., artt. 119, 120 e 127.
- <sup>30</sup> C. giust., 15.5.2008, C-146/06, *Fendt Italiana Srl c. Agenzia Dogane – Ufficio Dogane di Trento*, in *Foro Amm. – C.d.S.*, 2008: 1351; C. giust., 7.12.2000, C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG*, in *Foro it.*, 2000, IV: 1; Comunicazione interpretativa Commissione Europea 2006/C/179/02.
- <sup>31</sup> T.F.U.E., artt. 28-37.
- <sup>32</sup> T.F.U.E., artt. 49-55.
- <sup>33</sup> T.F.U.E., artt. 56-62.
- <sup>34</sup> Si evidenzia che i principi fondamentali del trattato e, in particolare il principio della parità di trattamento è di particolare interesse in presenza di un interesse transfrontaliero cerni: CGCE, 23.12.2009, C-376/08, *Serrantoni Srl e Consorzio stabile edili Srl c. Comune di Milano*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2009, 2781; CGCE 15.5.2008, C-146/06, *Fendt Italiana Srl c. Agenzia Dogane – Ufficio Dogane di Trento*, cit.; CGCE 15.5.2008, C-147/06. *SECAIP S.p.A.*
- <sup>35</sup> T.F.U.E., art. 18.
- <sup>36</sup> Cons. St., V, 20.4.2015, n. 2001; Cons. St., sez. V, 9.3.2015, n. 1178; Cons. St., sez. V, 7.11.2014, n. 5493; Cons. St., sez. V, 17.6.2014, n. 3093; TAR Lazio, Roma, III, 05.2.2015, n. 2129.
- <sup>37</sup> C. giust., 7.12.2000, C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG*, in *Urb. e App.*, 2001, 487, con nota di F. Leggiadro, *Applicabilità delle Direttive comunitarie alla concessione di servizi pubblici*; C. Giust. 18.11.1999, C-257/1998, *Unión de Industriales Scandinavia*, in *Racc.* 1999, I, 8291.

Direttiva 2014/24/UE, cit., cons. n. 1.

Direttiva 71/305/CEE del 26.6.1971 *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*; Direttiva 77/62/CEE del 21.12.1976 *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di forniture*; Direttiva 92/50/CEE del 18.6.1992 *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di servizi pubblici*.

Si ricorda tra queste anche la Direttiva 71/304/CE che specifica il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità. Direttiva 71/305/CEE, cit., modificata dalla Direttiva 18.7.1989 n. 89/440/CEE.

Rispettivamente: Direttiva 92/50/CEE, cit., modificata dalla Direttiva 89/295/CEE.

Direttiva 90/521/CEE del 17.09.1990.

Direttiva 2014/24/UE del 26.2.2014 *sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE*; Direttiva 2014/25/UE del 26 febbraio 2014 *sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE*; Direttiva 2014/23/UE del 26.2.2014 *sull'aggiudicazione dei contratti di concessione*.

Direttiva 2007/66/CE del 11.12.2007 che modifica le direttive 89/665/CEE (che coordinava le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori) e 92/13/CEE (che coordinava le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni) del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici.

Cass. 500 del 1999. Successivamente per la qualificazione della responsabilità precontrattuale come responsabilità da inadempimento degli obblighi di correttezza si v. *ex multis*: Cons. Stato, sez. V, 23.1.2012, n. 265 in *Foro Amm. C.d.S.*, 2012, 1 119, ove si richiama la possibilità di qualificare l'illegittimità dell'atto come presunzione semplice della colpa dell'amministrazione; Cons. St., sez. V, 8.11.2012, n. 5686 in *Diritto e Giustizia*, 2012; Cons. St., sez. VI, 15.10.2012, n. 5279 *Foro Amm. C.d.S.*, 2012, 10: 2667; Cons. St., sez. V, 31.7.2012, n. 4337 in *Foro Amm. C.d.S.*, 2012, 7-8, 1980; Cons. St., sez. V, 22.2.2010, n. 1038 in *Red. Amm. C.d.S.*, 2012, 02. In tema: G.D. Comperti, *La responsabilità oggettiva per esercizio illegittimo della funzione amministrativa alla ricerca di un modello*, nota a Cons. St., sez. V, 8.11.2012, n. 5686, in *Giur. it.*, 2013: 5. Più di recente si v.: Cons. St., sez. V, 21.4.2016, n. 1599; Cons. St., sez. VI, 15.9.2015, n. 4283, in *Foro amm.*, 2015, 2277; Cons. St., sez. III, 29.7.2015, n. 3748, in *Foro amm.*, 2016, 562.

Direttiva 71/304/CEE del 26.7.1971; Direttiva 2004/18/CE del 31.3.2004, § 2; Direttiva 2014/24/UE del 26.2.2014, § 136.

Commissione UE, Commission staff working paper, *Evaluation Report: Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, cit., I, 134. Cfr.: Rambøll Management, Rambøll study for the EU Commission, *Cross-border procurement above EU thresholds*, 2011, 38. Il rapporto evidenzia che il «50% of public procurement shall be awarded to economic operators established in less than 100 km by the contracting authority». Cfr. anche: Commissione UE, 27.01.2011, *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, COM(2011) 15 final, 4, che ammonta all'11% considerando le aggiudicazioni in favore di controllate con sede nello Stato Membro dell'amministrazione appaltante: Commissione UE, Commission staff working paper, *Evaluation Report: Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, 27.6.2011, I, XIII. Cfr.: Commissione UE, *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, COM(2011) 15 definitivo, 27.1.2011, accessibile in <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:it:PDF>>, 4 (12/2016).

- <sup>48</sup> Commissione UE, Commission staff working paper, *Evaluation Report: Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, cit., 27: (pari all'80% degli appalti pubblici in Europa), o in quanto di importo inferiore alle soglie che rilevano per l'applicazione della disciplina europea o perché comunque esclusi dall'ambito di applicazione delle Direttive europee.
- <sup>49</sup> Commissione UE, *Smart Regulation in the European Union*, COM(2010) 543 final, 8.10.2010. Si veda: Direttiva del PCM del 16.01.2013, *Disciplina sul rispetto dei livelli minimi di regolazione previsti dalle direttive europee, nonché aggiornamento del modello di Relazione AIR, ai sensi dell'articolo 14, comma 6, della legge 28 novembre 2005, n. 246*.
- <sup>50</sup> Consiglio di Stato, comm. spec., parere 1 aprile 2016 n. 855.
- <sup>51</sup> Commissione UE, *Europe 2020 – A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*, 3.03.2010.
- <sup>52</sup> Direttiva 2014/24/EU, cit., considerando n. 2.
- <sup>53</sup> Commissione UE, Commission staff working paper, *Evaluation Report - Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, cit., Part 1: VI.
- <sup>54</sup> Commissione UE, *Evaluation Report: Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, 26.6.2011, SEC(2011) 853 final, I: VI; Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture, segnalazione 12.01.2012, n. 1, in tema di *Misure per la riduzione dei costi amministrativi negli appalti pubblici*, 1.
- <sup>55</sup> Direttiva 2014/24/EU, cit., cons. n. 95. «È d'importanza fondamentale sfruttare pienamente il potenziale degli appalti pubblici al fine di realizzare gli obiettivi della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. In tale contesto, è opportuno ricordare che gli appalti pubblici sono essenziali per promuovere l'innovazione, che è di primaria importanza per la futura crescita in Europa. Tenuto conto delle sensibili differenze tra i singoli settori e mercati, non sarebbe tuttavia opportuno fissare requisiti obbligatori generali per gli appalti in materia ambientale, sociale e di innovazione. Il legislatore dell'Unione ha già fissato requisiti obbligatori in materia di appalti volti ad ottenere obiettivi specifici nei settori dei veicoli per il trasporto su strada (direttiva 2009/33/CE del Parlamento europeo e del Consiglio) e delle apparecchiature da ufficio (regolamento CE n. 106/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio). Inoltre, la definizione di metodologie comuni per il calcolo dei costi del ciclo di vita ha fatto grandi progressi. Pertanto, appare opportuno proseguire su questa strada, lasciando che sia la normativa settoriale specifica a fissare obiettivi e prospettive vincolanti in funzione delle particolari politiche e condizioni vigenti nel settore pertinente, e promuovere lo sviluppo e l'utilizzazione di un approccio a livello europeo per il calcolo dei costi del ciclo di vita in modo da favorire ulteriormente il ricorso agli appalti pubblici a sostegno di una crescita sostenibile».
- <sup>56</sup> Commissione UE, *Public Procurement Indicators 2011*, 5.12.2012, ove si legge che «The EU Public Procurement market amount in 2011 reaches 2,405.89 billion of Euro equal to the 19% of the EU GDP».
- <sup>57</sup> Commissione UE. *Public Procurement Indicators 2012*, 12.11.2014, dove, la spesa per lavori, servizi e forniture nell'anno 2012 (esclusi i settori regolati dalla Direttiva 2004/17/CE) è stata pari al 13,74% del PIL pari a circa 1769,58 miliardi di euro. Nello stesso anno il valore dei contratti pubblicati sul TED è stato pari a 401,68 miliardi di Euro». Commissione europea – Internal Market, *Public procurement indicators 2009*, 11 novembre 2010, in <[http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/indicators2009\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2009_en.pdf)>; sulla base dei dati statistici forniti sia dall'Unione Europea che dall'OECD, l'ammontare totale degli appalti pubblici degli enti locali risulta superiore rispetto a quella delle amministrazioni statali. Tali dati sono stati anche recentemente ripresi dal report presentato da un gruppo di ricerca in materia di appalti pubblici: D. Audet, *Government Procurement: A Synthesis Report*, in <<http://www.oecd.org/dataoecd/1/21/43506020.pdf>>: 151 sgg., in cui si rileva che «procurement by sub-central governments is larger than procurement by central governments by an estimated margin of two to three times depending on the ratios measured. These facts

highlight the importance of sub-central government in procurement policy, and pinpoint the reasons behind the high fragmentation of implementing public procurement processes». Commissione UE – DG internal policies, *The Applicability of Internal Market rules for Inter-Communal Co-operations*, settembre 2006. Si veda anche: Public Procurement Indicators 2015 - DG GROW G4 - Innovative and e-Procurement: 2015 - totale EU 2015.3; percentuale PIL: 13, 7. In Italia l'importo dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha raggiunto nell'anno 2013 un importo di € 87.061.974.432 di cui 21.747.525.087 per lavori, 38.453.354.615 per servizi e 26.861.094.732 per forniture. Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture, Relazione annuale 2013, 22 luglio 2014, 334-3366. Ci si riferisce ai contratti di importo eguale o superiore a 40.000 Euro comunicati all'Osservatorio dei contratti pubblici.

<sup>58</sup> Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, art. 197.

<sup>59</sup> Nell'ordinamento giuridico italiano: l. n. 241 del 1990, art. 15.

<sup>60</sup> C. giust., 9.6.2009, C-480/06, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, Racc. 2009, pag. I-04747, p.to 33

<sup>61</sup> Il principio di cooperazione tra amministrazioni pubbliche è disciplinato dal T.F.U.E. (art. 197) ove si stabilisce che l'Unione può attuare interventi di sostegno e coordinamento anche in settori di competenza degli Stati membri per migliorare, nel perseguimento dell'interesse comune, la capacità amministrativa degli Stati membri di attuare il diritto dell'Unione (v. art. 6 T.F.U.E).

<sup>62</sup> L. 28 gennaio 2016, n. 11, art. 1, lett. bb), in cui si dispone la «razionalizzazione delle procedure di spesa attraverso l'applicazione di criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle stazioni appaltanti, prevedendo la riorganizzazione delle funzioni delle stazioni appaltanti, con particolare riferimento alle fasi di programmazione e controllo, nonché prevedendo l'introduzione di un apposito sistema, gestito dall'ANAC, di qualificazione delle medesime stazioni appaltanti, teso a valutarne l'effettiva capacità tecnica e organizzativa, sulla base di parametri obiettivi». Schema di decreto legislativo recante disposizioni per l'attuazione delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, 4 marzo 2016 (sottoposto a parere parlamentare), artt. 37-43.

<sup>63</sup> Direttiva 2014/24/UE, cit., cons. 73. «L'aggiudicazione congiunta degli appalti pubblici da parte di amministrazioni aggiudicatrici appartenenti a diversi Stati membri si scontra attualmente con difficoltà specifiche di ordine giuridico riguardanti conflitti tra le diverse disposizioni legislative nazionali. Nonostante il fatto che la direttiva 2004/18/CE consenta implicitamente appalti pubblici congiunti transfrontalieri, le amministrazioni aggiudicatrici si trovano tuttora di fronte a considerevoli difficoltà di ordine giuridico e pratico negli acquisti presso le centrali di committenza in altri Stati membri o nell'aggiudicazione congiunta di appalti pubblici. Al fine di permettere alle amministrazioni aggiudicatrici di sfruttare al massimo il potenziale del mercato interno in termini di economie di scala e di condivisione dei rischi e dei benefici, non da ultimo quando si tratta di progetti innovativi che comportano rischi di entità tale da non poter essere ragionevolmente sostenuti da un'unica amministrazione aggiudicatrice, è opportuno porre rimedio a dette difficoltà. Occorre pertanto stabilire nuove norme in materia di appalti congiunti transfrontalieri al fine di facilitare la cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici e accrescere i vantaggi del mercato interno creando opportunità commerciali transfrontaliere per i fornitori e i prestatori di servizi. Tali norme dovrebbero stabilire le condizioni per l'utilizzazione transfrontaliera delle centrali di committenza e determinare la legislazione applicabile in materia di appalti pubblici, compresa quella applicabile in materia di ricorsi, nei casi di procedure congiunte transfrontaliere, integrando le norme in materia di conflitto di leggi del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio (1). Inoltre, amministrazioni aggiudicatrici appartenenti a Stati membri diversi dovrebbero poter istituire soggetti giuridici congiunti ai sensi del diritto nazionale o dell'Unione. Occorre stabilire norme specifiche per questa forma di

appalti congiunti. Tuttavia, le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero avvalersi della possibilità di appalti congiunti transfrontalieri al fine di aggirare le norme obbligatorie di diritto pubblico ad esse applicabili, in conformità del diritto dell'Unione, nello Stato membro in cui sono ubicate. Tali norme potrebbero includere, ad esempio, disposizioni in materia di trasparenza e accesso ai documenti o requisiti specifici per la tracciabilità delle forniture sensibili».

- <sup>64</sup> Si prevedevano la possibilità di utilizzare modelli organizzativi come le centrali di committenza, nonché strumenti contrattuali come accordi quadro, aste elettroniche, sistemi dinamici di acquisizione e sistemi di *e-procurement*.
- <sup>65</sup> Direttiva n. 2014/24/UE, cons. n.ro 73. Cfr. Commissione UE, *Documento di lavoro dei servizi della Commissione UE concernente l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici ("cooperazione pubblico-pubblico")*, 4.10.2011, ove si distingue tra cooperazione per lo svolgimento di compiti di interesse pubblico in senso proprio e affidamento di attività che richiederebbero un confronto competitivo all'interno del mercato.
- <sup>66</sup> Direttiva 2014/24/UE, cit., art. 39, § 4
- <sup>67</sup> Direttiva 2014/24/UE, cit., art. 39, § 4.
- <sup>68</sup> l. 17.2.1884, artt. 3, e 38.
- <sup>69</sup> Direttiva 2014/24/UE, cit., art. 39, § 5.
- <sup>70</sup> Cfr. l'esperienza dell'*European Health Public Procurement Alliance – EHPPA*, associazione di diritto francese costituita nel 2013 al fine di facilitare la cooperazione e lo scambio di informazioni migliorando l'efficienza nella conclusione degli appalti pubblici e valorizzare le professionalità del settore sanitario. Vedi <<http://www.ehppa.com/what-ehppa>> (12/2016).
- <sup>71</sup> Direttiva 2014/24/UE, cons. n. 73, che richiama il Regolamento 593/2008/CE, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali cd. Roma I. Direttiva 2014/24/UE, cit., considerando 73: «Al fine di permettere alle amministrazioni aggiudicatrici di sfruttare al massimo il potenziale del mercato interno in termini di economie di scala e di condivisione dei rischi e dei benefici, non da ultimo quando si tratta di progetti innovativi che comportano rischi di entità tale da non poter essere ragionevolmente sostenuti da un'unica amministrazione aggiudicatrice, è opportuno porre rimedio a dette difficoltà. Occorre pertanto stabilire nuove norme in materia di appalti congiunti transfrontalieri al fine di facilitare la cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici e accrescere i vantaggi del mercato interno creando opportunità commerciali transfrontaliere per i fornitori e i prestatori di servizi. Tali norme dovrebbero stabilire le condizioni per l'utilizzazione transfrontaliera delle centrali di committenza e determinare la legislazione applicabile in materia di appalti pubblici, compresa quella applicabile in materia di ricorsi, nei casi di procedure congiunte transfrontaliere, integrando le norme in materia di conflitto di leggi del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio. Inoltre, amministrazioni aggiudicatrici appartenenti a Stati membri diversi dovrebbero poter istituire soggetti giuridici congiunti ai sensi del diritto nazionale o dell'Unione. Occorre stabilire norme specifiche per questa forma di appalti congiunti». Istituito con Regolamento CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 5.7.2006, *relativo a un gruppo europeo di cooperazione territoriale (GECT)*, n. 1082/2006, modificato da Regolamento UE n. 1302 del 2013 (in vigore dal 22.06.2014).

## Riferimenti bibliografici

- Amato G. 1998, *La nuova costituzione economica*, in G. della Cananea, G. Napolitano (a cura di), *Per una nuova costituzione economica*, il Mulino, Bologna: 14 sgg.
- Amorth A. (a cura di) 1948, *Le province*, in *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Neri Pozza, Vicenza.
- Arrowsmith S. 2014, *Law of Public and Utilities Procurement*, London.
- Auby J.-B., Dutheil de la Rochere J. 2014, *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles.
- Baldi M. 2007, *La concessione di opere pubbliche*, in R. De Nictolis (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Giuffrè, Milano: 147 sgg.
- Barettoni Arleri 1980, *Linee evolutive della contabilità di Stato e degli enti pubblici*, Giuffrè, Milano.
- Benedetti A. 1999, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Giappichelli, Torino.
- Bononi A. 1898-1900, voce *Contratto Amministrativo*, in *Dig. It.*, vol. VIII, pt. 3, Torino: 422 sgg.
- Bovis C. 2007, *The EU Public Procurement Law*, Cheltenham.
- Buscema S. 1979, *Trattato di contabilità pubblica*, Giuffrè, Milano.
- Cammeo F. 1914, *Corso di Diritto Amministrativo*, Padova.
- Caranta R. 2004, *I contratti pubblici* (II ed. 2012), Giappichelli, Torino.
- Carosi A., Di Carlo D. 2007, *Il quadro normativo sui contratti della pubblica amministrazione*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, I, Giappichelli, Torino: 147 sgg.
- Casalini D. 2003, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Jovene, Napoli.
- Casalini D., Cavallo Perin R. 2006, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. Amm.*: 51-97.
- Cattaneo S. 1967, *I Capitolati generali per l'appalto delle opere pubbliche*, in *Riv. giur. edil.*: 12 sgg.
- Cavallo Perin R. 2000, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Dir. Amm.*: 41 sgg.
- 2009, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in F. Merloni, R. Cavallo Perin (a cura di), *Al servizio della nazione, Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Giuffrè, Milano: 147-161.
- 2011, *Il modulo "derogatorio": in autoproduzione o in house providing*, in H. Bonura, M. Cassano (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Giappichelli, Torino: 119-135.
- 2014, *Relazione conclusiva al Convegno Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove direttive*, Consiglio di Stato, Roma, 14 maggio 2014, in <[http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/21\\_05\\_2015\\_18\\_30\\_Atti\\_del\\_Convegno\\_Consiglio\\_di\\_Stato\\_14\\_05\\_2014.pdf](http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/21_05_2015_18_30_Atti_del_Convegno_Consiglio_di_Stato_14_05_2014.pdf)> (12/2016).

- Cavallo Perin R., Casalini D. 2009, *Control over In-house Providing Organisations*, in *Public Procurement Law Review*: 227-241.
- Cavallo Perin R., Racca G.M. 2013a, *Commento all'articolo 1 del codice dei contratti pubblici*, in L. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milanofiori Assago: 3-19-
- 2013b, *Commento all'articolo 2 del codice dei contratti pubblici*, in L. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milanofiori Assago: 20-39.
- 2016, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblici*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. comunitario*, 6: 1457-1494.
- (in stampa), *Le modificazioni organizzative negli appalti e servizi pubblici delle pubbliche amministrazioni e l'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Scritti in Memoria del Professore Antonio Romano Tassone*.
- Chiti M.P. 2012, *Introduzione. Lo spazio amministrativo europeo*, in M.P. Chiti, A. Natalini, *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, il Mulino, Bologna: 19-41.
- Cianflone A. 1950, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1.
- Cianflone A., Giovannini G. 2012, *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, Milano.
- Cognetti S. 2011, *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, Torino.
- Cortese F. 2011, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, FrancoAngeli, Milano.
- 2012, *Gli strumenti per la cooperazione verticale*, in *Astrid online* e in M.P. Chiti, A. Natalini, *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, il Mulino, Bologna.
- Cuneo A. 1921, *Appalti di opere pubbliche* (II ed.), Milano.
- De Cupis A. 1967, *Legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale*, I, Torino.
- De Leonardis F. 2008, *Atti (e regole) dei soggetti concessionari*, in *Dir. Amm.*: 557 sgg.
- Edler J., Georghiou L. 2007, *Public procurement and innovation – Resurrecting the demand side*, in *Research policy*: 949-963.
- Ferrei E. 1901, *L'asta pubblica nei contratti dei comuni*, Torino.
- Galetta D.U. 1998, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- 2006, *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giorn. Dir. Amm.*: 1106 sgg.
- 2013, *Le principe de proportionnalité*, in J.-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère (a cura di), *Droit administratif Européen*, Bruylant, Bruxelles: 501 sgg.
- Galli M. 2003, *Attività contrattuale della Pubblica amministrazione e difetto di potere rappresentativo*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli.
- Gentili F. 1914, *I preliminari della lega doganale e il pro tesoriere Morichini*, in *Rassegna storica del Risorgimento*, luglio-agosto: 563-639.

- Quazza G. 1953, *Sull'origine della proposta di Pio IX per la lega doganale, (1846-1847)*, in *Rassegna storica del Risorgimento*, luglio-settembre 1953: 357-370.
- Racca G.M. 2000, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli.
- 2003, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, in R. Garofoli, G.M. Racca, M. De Palma, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- 2008, *Le modalità organizzative e le strutture contrattuali delle aziende sanitarie*, in A. Pioggia, M. Dugato, G.M. Racca, S. Civitarese Matteucci (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, Milano: 264-297.
- 2010, *Aggregate models of public procurements and secondary considerations*, in R. Caranta, M. Trybus (a cura di), *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, Copenhagen: 165-178.
- 2012, *Le responsabilità delle pubbliche amministrazioni nella fase che precede la stipulazione del contratto pubblico*, in *Scritti in Onore di Giuseppe Palma*, III, Torino: 2639-2715.
- 2014a, *Le prospettive dell'aggregazione nell'amministrazione dei contratti pubblici*, in *Aperta Contrada*, in <<http://www.apertacontrada.it/2014/01/15/le-prospettive-dellaggregazione-nellamministrazione-dei-contratti-pubblici/>>, 1-8 (12/2016).
- 2014b, relazione al convegno *Appalti Pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, Roma, Consiglio di Stato, 14 maggio, in *Ius Publicum Networ Review*, Sez. Reports e documentazione - Contratti della pubblica amministrazione (<[http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/18\\_11\\_2015\\_18\\_40\\_Atti\\_del\\_Convegno\\_Consiglio\\_di\\_Stato\\_14\\_05.pdf](http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/18_11_2015_18_40_Atti_del_Convegno_Consiglio_di_Stato_14_05.pdf)>) (12/2016).
- 2014c, *Joint Procurement Challenges in the Future Implementation of the New Directives*, in F. Lichère, R. Caranta, S. Treumer (a cura di), *Modernising Public Procurement: the New Directive*, Copenhagen: 225-254.
- 2015, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *Rapporto Italiadecide 2015*, Bologna: 489-512.
- 2017 (in stampa), *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in Marzuoli C., Torricelli S. (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica, Dalle esternalizzazioni alla contrattazione socialmente sostenibile*: 171-193.
- Racca G.M., Cavallo Perin R. 2014, *Corruption as a violation of fundamental rights: reputation risk as a deterrent against the lack of loyalty*, in G.M. Racca, C.R. Yukins (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruylant, Bruxelles, in <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2461594](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2461594)> (12/2016).
- Racca G.M., Yukins C.R. 2014, *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruxelles.

- Racca G.M., Ponzio S. 2016, *Nuovi modelli organizzativi per il joint procurement e l'innovazione dei contratti pubblici in Europa*, in R. F. Acevedo, P. Valcarcel Fernandez (a cura di), *Compra Pública Agregada*: 373-406.
- Roherssen G. 1967, *I modi di gestione dei lavori pubblici*, in A.M. Sandulli (a cura di), *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Le Opere pubbliche*, 1, *I lavori pubblici*, Neri Pozza, Vicenza: 285 e 286.
- Romano A. 1998, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*: 1 sgg.
- 1999, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi*, nota a Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, I: 3324 sgg.
- Romano S.A. 1988, voce *Consorzi Amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma: 1-14.
- Romano Tassone A. 2000, *Sistemi di realizzazione dei lavori pubblici*, in A. Angeletti (a cura di), *La riforma dei lavori pubblici*, Giappichelli, Torino: 412 sgg.
- Rostagno F. 1987, *Contabilità di Stato, Corso Teorico-Pratico sull'attuale sistema contabile del Regno d'Italia*.
- Salandra A. 1904, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino.
- Salvi S., Sarpi F. 2014, *Prima l'uovo o la gallina? La smart regulation nelle decisioni delle istituzioni europee*, *Giorn. Dir. Amm.*, 10: 982 sgg.
- Sandulli A.M. 1967, *I lavori Pubblici*, in A.M. Sandulli (a cura di), *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Le Opere pubbliche*, 1, *I lavori pubblici*, Neri Pozza, Vicenza: 22, 15.
- 1998, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Cedam, Padova.
- 2010, *Il risarcimento del danno*, in G. Greco (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Giuffrè, Milano: 67-102.
- 2012, *Il risarcimento del danno*, in G. Greco (a cura di) *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa. Atti del convegno 20 maggio 2011 – Università degli Studi di Milano*, Milano: 31-56.
- Scoca S.S. 2010, *I principi dell'evidenza pubblica*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Giappichelli, Torino: 289-344.
- Trepte P. 2004, *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford.
- 2005, *Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Procurement: Possibilities and Limitations*, in OECD Expert Group Meeting on Integrity in Public Procurement, Château de la Muette, Parigi, 20-21 giugno 2005, in <[https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/3500/1/transparency\\_and\\_accountability\\_tools.pdf](https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/3500/1/transparency_and_accountability_tools.pdf)> (12/2016).
- Vita Levi M. 1876, *Della locazione di opere e più specialmente degli appalti*, vol. II.
- Zanobini G. 1942, *Corso di Dir. Amm.*, IV, Giuffrè, Milano.