

2022
n. 1
Vol. X

P.A.
Persona e Amministrazione

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

ISSN 2610-9050



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

Direttore scientifico

Luca R. Perfetti

Comitato di direzione

Antonio Barone, Università di Catania; Massimiliano Bellavista, Università di Siena; Rosa Calderazzi, Università di Bari "Aldo Moro"; Maria Cristina Cavallaro, Università di Palermo; Alberto Clini, Università di Urbino Carlo Bo; Antonio Colavecchio, Università di Foggia; Salvatore Dettori, Università di Teramo; Christine Ferrari-Breuer, Université Lyon III Jean Moulin; Francesco Follieri, Università LUM Giuseppe Degennaro; Pierpaolo Forte, Università del Sannio; Biagio Giliberti, Universitas Mercatorum di Roma; Andrea Maltoni, Università di Ferrara; Luis Medina Alcoz, Universidad Complutense de Madrid; Massimo Monteduro, Università del Salento; Nino Paolantonio, Università di Roma "Tor Vergata"; Nicola Pignatelli, Università di Bari "Aldo Moro"; Simone Torricelli, Università di Firenze; Michele Trimarchi, Università di Foggia; Giuseppe Tropea, Università Mediterranea di Reggio Calabria; Ewald Wiederin, Universität Wien.

Redattori centrali

Marina Roma, Università di Genova
Donato Vese, Università di Pisa

Comitato di redazione

Filippo Alario; Adrian Bedford, Noelia Betetos Agrelo; Angelo Bonaiti; Raffaella Dagostino; Giovanni D'Elia; Maximilian Denicolò; Viviana Di Capua; Andrea Gemmi; Benedetta Giordano; Roberto Franco Greco; Alberto Marcovecchio; Clara Napolitano; Salvatore Palumbo; Antonio Saporito; Gloria Sdanganelli; Jacopo Vavalli.

Comitato internazionale scientifico e di referaggio

Marcos Almeida Cerredá, Universidad de Santiago de Compostela; Sandro Amorosino, Università Telematica Internazionale "UniNettuno"; Antonio Bartolini, Università di Perugia; Luigi Benvenuti, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Luca Bertonazzi, Università di Milano; Tomás Cano Campos, Universidad Complutense de Madrid; Andrea Carbone, Università "La Sapienza" di Roma; Andrea Crismani, Università di Trieste; Giovanni Maria Caruso, Università della Calabria; Salvatore Cimini, Università di Teramo; Stefano Cognetti, Università di Macerata; Paoloefisio Corrias, Università di Cagliari; Guido Corso, Università di Roma Tre; Fulvio Cortese, Università di Trento; Elisa D'Alterio, Università di Catania; Erin Daly, Widener University Delaware; Maurizia De Bellis, Università di Roma "Tor Vergata"; Walber de Moura Agra, Universidade Federal de Pernambuco; Francesca Di Lascio,

Università di Roma Tre; Leonardo Ferrara, Università di Firenze; Luigi Ferrara, Università di Napoli “Federico II”; Fabrizio Fracchia, Università Commerciale “Luigi Bocconi”; Francesco Goisis, Università di Milano; Giuliano Grüner, Università telematica Pegaso; Annalisa Gualdani, Università di Siena; Hélène Hoepffner, Université Toulouse 1 Capitole; Erik Kersevan, Univerza v Ljubljani; Pierdomenico Logroscino, Università di Bari “Aldo Moro”; Simone Lucattini, Università di Siena; Barbara Mamelì, Università del Piemonte Orientale; Giuseppe Manfredi, Università Cattolica del Sacro Cuore; Giulia Mannucci, Università di Firenze; Wanda Mastor, Université Toulouse 1 Capitole; Marco Mazzamuto, Università di Palermo; Jorge Oviedo Albán, Universidad de La Sabana; Nino Paolantonio, Università di Roma “Tor Vergata”; Michela Passalacqua, Università di Pisa; Ricardo Perlingeiro Mendes Da Silva, Universidade Federal Fluminense; Sergio Perongini, Università di Salerno, Università di Bari “Aldo Moro”; Aristide Police, Università di Roma “Tor Vergata”; Michel Prieur, Université de Limoges, International Center for Comparative Environmental Law; Anikó Raisz, Miskolci Egyetem; Margherita Ramajoli, Università di Milano; Renato Rolli, Università della Calabria; Gianluca Romagnoli, Università di Padova; Francesco Rota, Università del Sannio; Stefano S. Scoca, Università per stranieri “Dante Alighieri” di Reggio Calabria; Saverio Sticchi Damiani, Università del Salento; János Ede Szilágyi, Miskolci Egyetem; Gerolamo Taccogna, Università di Genova; Fabrizio Tigano, Università di Catania; Francesco Fabrizio Tuccari, Università del Salento; Andrea Tucci, Università di Foggia; Alberto Urbani, Università “Ca’ Foscari” di Venezia; Hitoshi Ushijima, Chuo University, Tokyo; Dirk Uwer, Hochschule Bonn-Rhein-Sieg; Freien Universität Berlin; Technischen Universität Berlin; Diego Vaiano, Università della Tuscia; Alejandro Vergara Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile; Stefano Villamena, Università di Macerata; Nathalie Wolff, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines; Alberto Zito, Università di Teramo.

Direttore responsabile

Francesca Mineo

Managing Editor

Giovanni D’Elia

Contatti

Redazione P.A. Persona e Amministrazione

Prof. Alberto Clini

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo - Dipartimento di Giurisprudenza

via Matteotti, 1 - 61029 Urbino (PU)

Telefono: +39 0722 303250 - Fax: +39 0722 303230

email: redazione.pa@uniurb.it

Edizione on line a cura di

Urbino University Press

Settore Biblioteche di Ateneo

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo
e-mail: uup@uniurb.it

P.A. Persona e Amministrazione è una pubblicazione on line dell'Università degli studi di Urbino Carlo Bo. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Settore Biblioteche di Ateneo.

ISSN 2610-9050. Registrata al Tribunale di Urbino.



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale.

SOMMARIO

SEZIONE I

Biagio Giliberti, Appunti per una riflessione in tema di stabilità giudicato nel processo amministrativo	p. 1
Guido Greco, Giudicato nazionale e necessità “comunitarie”: i casi più critici.....	p. 21
Marcello Clarich, Limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo e riesercizio del potere.....	p. 33
Fabio Francario, Il contrasto tra giudicati.....	p. 41
Antonio Cassatella, Altre note sulle ripercussioni del giudicato amministrativo nel processo penale.....	p. 59
Michele Trimarchi, Brevi osservazioni sulle astreintes nel processo amministrativo.....	p. 77
Francesco Follieri, Disapplicazione dell'atto amministrativo e giudicato.....	p. 95
Stefano Vaccari, Attività amministrativa vincolata e giudicato.....	p. 127
Francesco Rota, Giudizio di ottemperanza: giudicato amministrativo a formazione progressiva?.....	p. 145
Luca Longhi, Sovranità giurisdizionale e giudicato.....	p. 169
Luca R. Perfetti, Processo e potere nel prisma del giudicato amministrativo: l'asimmetria ribaltata. Rileggendo la voce «Giudicato Amministrativo» di Feliciano Benvenuti.....	p. 181

SEZIONE II

Nino Longobardi, Equivoci in tema di autorità amministrative indipendenti. I nodi vengono al pettine.....	p. 209
Barbara Mamei, La responsabilità per mancata attuazione del fine pubblico, uno strumento a tutela delle libertà e diritti fondamentali.....	p. 229
Edoardo Caruso, i contratti pubblici tra obiettivi di sostenibilità e finalità concorrenziali: alla ricerca di nuovi equilibri.....	p. 285
Sabrina Tranquilli, I conflitti e le liti tra Pubbliche Amministrazioni.....	p. 351
Ippolito Piazza, L'imparzialità amministrativa come diritto. Osservazioni sul “rapporto complesso” tra cittadini e pubblica amministrazione.....	p. 405
Antonello Lo Calzo, Il nuovo “perimetro” dell'autodichia degli organi costituzionali. Recenti tendenze della giustizia domestica dopo la svolta delle sentenze della Corte costituzionale n. 120/2014 e n. 262/2017.....	p. 457
Maria Esmeralda Bucalo, Riflessioni su soft law e Autorità Indipendenti anche nella prospettiva di alcune recenti pronunce giurisprudenziali.....	p. 519
Gabriele Serra, Il bilanciamento tra il diritto d'accesso ai documenti nelle procedure di gara e i segreti tecnici e commerciali: natura dell'attività amministrativa e tecniche di tutela.....	p. 558
Edoardo Giardino, Lo sviluppo delle infrastrutture prioritarie: I ritardi, i limiti e le prospettive di riforma.....	p. 592
Marta Pecchioli, quando il rimedio è peggiore del male: il decreto-legge n. 76/2020 e l'inefficace lotta alla “paura della firma”.....	p. 645
Valentina Cingano, Ampiezza e limiti del sindacato del giudice penale sull'atto	p. 725

amministrativo ampliativo e su quello restrittivo: vizi macroscopici ed elemento soggettivo; vizi non invalidanti ed elemento oggettivo del reato.....	
Donato Vese, Health crisis, legal framework and economic issues: Rethinking the administrative power of the WHO.....	p. 759
Renato Rolli e Mariafrancesca D'Ambrosio, Consenso e accountability: i poli del commercio dei dati personali online.....	p. 783
Alice De Nuccio, Administración Pública y apoyo a la natalidad en el Ordenamiento Jurídico español.....	p. 801
Olena Yara et al, Legal principles of activities of public administration entities, which carry out measures in the field of prevention and control of domestic violence.....	p. 827
Rostyslav A. Kaliuzhnyj, Advantages and disadvantages of local government reform in Ukraine and foreign countries: a comparative legal analysis.....	p. 851
Iurii G. Barabash et al, Comparative analysis of social protection models of the European Union and Ukraine.....	p. 873
Oleg M. Yaroshenko et al, Alternative resolution of public law disputes in administrative proceedings of European Union member states.....	p. 901

SEZIONE III

Giuseppe Tropea, Spunti di riflessione dalla lettura del libro di Riccardo Ursi sulla sicurezza pubblica.....	p. 928
Carmela Robustella, Cristina Evanghelia Papadimitriu, spunti ricostruttivi in tema di smart contracts, tra innovazione tecnologica e regola giuridica.....	p. 963
Enrico Mauro, Il merito, il bisogno e il bisogno di non confondere merito e bisogno...	p. 997

EDOARDO CARUSO

Ricercatore in Diritto amministrativo presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara

edoardo.caruso@unife.it

**I CONTRATTI PUBBLICI TRA OBIETTIVI DI
SOSTENIBILITÀ E FINALITÀ CONCORRENZIALI: ALLA
RICERCA DI NUOVI EQUILIBRI**

**PUBLIC PROCUREMENT BETWEEN SUSTAINABILITY GOALS AND
COMPETITIVE PURPOSES: IN SEARCH OF A NEW EQUILIBRIUM**

SINTESI

Il saggio prende le mosse dall'analisi delle più recenti novità, legislative e giurisprudenziali, anche legate al *Green Deal* e al *Next Generation EU*, in tema di “contratti pubblici sostenibili” che denotano un loro rafforzamento secondo linee evolutive di tendenziale reciprocità tra il livello europeo e quello nazionale. E invero, se l'ordinamento europeo, dopo alcuni tentennamenti, sembra aver imboccato con decisione la strada del cd. *mandatory approach* (ravvisandosi peraltro segnali di una maggiore attenzione per le istanze sociali), quello nazionale sta progressivamente metabolizzando l'approccio sovranazionale, come dimostra, ad esempio, il maggior spazio discrezionale rimesso alle stazioni appaltanti.

La seconda parte del saggio è dedicata a un tema strettamente connesso alla funzione sociale o strategica dei contratti pubblici, quale l'individuazione dell'esatta portata delle finalità concorrenziali della disciplina dei *public procurement*. In particolare, dopo aver confutato le tesi che riconoscono al principio di concorrenza un ruolo centrale nella disciplina di settore, si è proposta una lettura più restrittiva delle sue finalità concorrenziali. Si sono, in tal senso, valorizzate le differenze tra diritto UE del mercato interno e diritto *antitrust* e, soprattutto, si è evidenziato il ruolo che in realtà compete alla pubblica amministrazione nelle vicende analizzate: non un regolatore della concorrenza tra im-

prese ma un soggetto che si rivolge al mercato per ottenere beni, lavori e servizi idonei a soddisfare bisogni in precedenza individuati. In questo percorso si è ritenuto opportuno soffermarsi sul cd. *favor participationis*, rispetto al quale si è suggerito un inquadramento più appropriato e l'opportunità di evitarne assolutizzazioni; e sul principio di proporzionalità del quale si è proposta un'applicazione più temperata rispetto al cd. *less restrictive alternative test*.

Anche nell'ottica di ricongiungere le due prospettive di indagine, si è dato infine rilievo a quell'elemento che dovrebbe fungere da "collante" tra il paradigma della sostenibilità e della concorrenza nei contratti dell'amministrazione: l'*interesse specifico del contratto* quale corollario del vincolo di scopo, cui potrebbe affiancarsi, in prospettiva, il concetto di valore pubblico.

ABSTRACT

The first part of the essay analyses the most recent legislative and jurisprudential innovations, also linked to Green Deal and Next Generation EU, on sustainable public procurement, which denotes their strengthening along evolutionary lines of tendential reciprocity between the European and national levels. And indeed, while the European legal system, after some hesitation, seems to have decisively taken the path of the so-called *mandatory approach* (with greater attention to social considerations), the Italian legal system is gradually metabolizing the supranational approach, as demonstrated, for example, by the greater discretionary power given to contracting authorities.

The second part concerns a topic closely related to the social or strategic function of public procurements, such as identifying the exact role and contents of the competitive purpose of public procurement regulations. In particular, after confuting theses that recognize a central role for the competition principle in the sector, I propose a more restrictive interpretation of its competitive purposes. In this perspective, I emphasize the differences between EU internal market law and antitrust law and, above all, I have highlighted the role that actually falls to the public administration in the events analyzed: not a regulator of

competition between businesses, but a subject that turns to the market for works, supplies or services which satisfy previously identified needs. In this direction, I focus both on the so-called *favor participationis* – for which I suggest a more appropriate qualification and to avoid its absolutization – and on the principle of proportionality, of which I have proposed a toned down and less rigorous application than the so-called *less restrictive alternative test*.

Finally, to reunite the two perspectives of investigation I emphasize an element that should act as a point of contact between the paradigm of sustainability and the paradigm of competition in public procurement: the specific interest of the contract as a corollary of the principle of legality, which could be joined, in perspective, by the concept of public value.

PAROLE CHIAVE: contratti pubblici sostenibili – finalità orizzontali – diritto della concorrenza – principio di proporzionalità – valore pubblico

KEYWORDS: sustainable public procurement – horizontal policies – competition law – proportionality principle – public values

INDICE: 1. Questioni attuali e tendenze nei più recenti interventi europei in tema di contratti pubblici sostenibili. Il passaggio dall'approccio abilitante a quello obbligatorio... – 1.1. (*Segue*). ... anche alla luce delle differenze tra appalti verdi e appalti sociali. – 1.2. Dal Codice del 2016 all'attuazione del PNRR: recenti tendenze evolutive nel «*governare per contratto*» a livello nazionale. – 2. *Horizontal policies* e finalità concorrenziali dell'intervento Ue in materia di *public procurement*. – 3. La lettura ampia del ruolo e del rilievo delle finalità concorrenziali della disciplina europea. La stazione appaltante quale regolatore della concorrenza tra imprese? – 4. La lettura restrittiva: la concorrenza quale «*ricaduta pratica*» della *par condicio* tra gli offerenti e dell'eliminazione delle barriere all'accesso al mercato. – 4.1. (*Segue*). L'assenza di previsioni normative ostative alla lettura proposta. – 5. Il *favor participationis*: un obiettivo (non un principio) da non assolutizzare. – 6. Sindacato di proporzionalità e spazio della p.a. nel definire gli obiettivi da perseguire con il contratto: considerazioni critiche sul *less restrictive alternative test*. – 7. I contratti pubblici tra vincolo di scopo, paradigma delle sostenibilità e amministrazione orientata al valore pubblico.

1. Questioni attuali e tendenze nei più recenti interventi europei in tema di contratti pubblici sostenibili. Il passaggio dall'approccio abilitante a quello obbligatorio...

Già l'adozione delle direttive del 2014, e l'analisi complessiva dei diversi passaggi di questo processo di riforma, consentivano di affermare che il tema non più è *se* ma *come e in che misura* utilizzare «strategicamente» i contratti pubblici per il perseguimento di obiettivi di sostenibilità di natura sociale o ambien-

tale¹, due tra gli interessi cd. orizzontali che le amministrazioni aggiudicatrici possono (e in alcuni casi devono) perseguire attraverso le loro operazioni contrattuali, giustapponendoli all'interesse specifico del contratto². Questa consapevolezza ha trovato ulteriori conferme in successivi interventi sia delle Istituzioni Ue sia del legislatore nazionale, tanto che, in attesa di acquisire piena consapevolezza delle effettive ricadute del ritorno della guerra in Europa, è già possibile affermare che la crisi pandemica non ha avuto l'effetto, in teoria possibile, di favorire risposte concentrate esclusivamente sulla dimensione economica della sostenibilità (i suoi costi). Con riguardo al livello Ue, nella direzione anticipata possono senz'altro richiamarsi i diversi documenti delle Istituzioni in materia di *public procurement* ove se n'è enfatizzata l'importanza e la necessità di implementare l'utilizzo strategico³. Ma nella medesima direzione vanno anche interventi più generali riguardanti determinate *policy* di rilievo (es. economia circolare⁴, Green Deal europeo⁵, accessibilità di prodotti e servizi⁶, Next Generation EU, salari minimi adeguati⁷).

1 Cfr. «Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti» del 27 gennaio 2011 COM(2011) 15 def. e Considerando n. 2, direttiva 2014/24/UE. In dottrina, da ultimo, A. MASSERA, F. MERLONI, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 2, p. 587 ss. in part. 589; v. pure R. CARANTA, *Towards socially responsible public procurement*, in *ERA Forum*, 2022.

2 Ovvero, l'obiettivo primario che induce l'amministrazione a rivolgersi al mercato per ottenere lavori, beni e servizi; nello stesso senso, cfr. Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2021, n. 7053.

3 Cfr. Comunicazione della Commissione, Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa del 3 ottobre 2017, COM(2017) 572 def.; Parlamento Ue, *The EU's Public Procurement Framework, How is the EU's Public Procurement Framework contributing to the achievement of the objectives of the Paris Agreement and the Circular Economy Strategy?*, aprile 2020; Conclusioni del Consiglio, Investimenti pubblici mediante appalti pubblici: ripresa sostenibile e rilancio di un'economia dell'UE resiliente del 30 novembre 2020 (2020/C 412 I/01).

4 Cfr. Comunicazione della Commissione, Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva dell'11 marzo 2020, COM(2020) 98 final; v. pure il documento della stessa Commissione, Appalti pubblici per una economia circolare. Buone prassi e orientamenti, 2018.

5 Cfr. Comunicazione della Commissione, Piano di investimenti per un'Europa sostenibile. Piano di investimenti del Green Deal europeo, 14.1.2020 COM(2020) 21 final, par. 4.2. Su questo piano di azione, avviato con la comunicazione della Commissione, Il Green Deal europeo, 11 dicembre 2019, COM(2019) 640, final si v. il fascicolo 1/2021 della *Riv. quad. dir. amb.*

6 Si v. la direttiva 2019/882/UE sui requisiti di accessibilità dei prodotti e dei servizi (in part. art. 24).

7 Cfr. la proposta di direttiva relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea, Bruxelles, 28.10.2020, COM(2020) 682 final (in part. art. 9).

Questi ultimi documenti, per un verso, hanno individuato delle priorità di *policy* e dei bilanciamenti tra interessi (e obiettivi) che delineano un contesto politico e giuridico favorevole a una considerazione sempre maggiore della dimensione sociale e ambientale della sostenibilità. Infatti, come sottolineato dalla dottrina più attenta, molti di loro si ispirano – sia sul piano culturale sia giuridico – all’«Agenda 2030» contenente i 17 Goals per lo sviluppo sostenibile⁸ che ha rappresentato un momento di svolta fondamentale, segnando il passaggio dalla «*versione intergenerazionale ma segmentata (...) della sostenibilità a quella che si propone di definire come “olistica a quattro componenti”*: sviluppo economico, inclusione sociale, sostenibilità ambientale e istituzioni»⁹; è di tutta evidenza come questi documenti rappresentino la più forte legittimazione al rafforzamento della funzione strategica dei contratti pubblici. Per altro verso, a essi va riconosciuto il merito di aver enfatizzato l’importanza dei *public procurement* per il perseguimento dei corrispondenti obiettivi politici. In tale ottica, in diversi casi viene rafforzato l’«*approccio obbligatorio*» attraverso previsioni settoriali volte a imporre alle amministrazioni l’acquisto di prodotti verdi o di dar rilievo ad aspetti sociali nei loro acquisti. Il punto è di centrale rilevanza e merita qualche riflessione ulteriore.

Già nel processo di elaborazione delle direttive 2014 si era riflettuto sull’opportunità di continuare a disciplinare solamente il «*how to buy*» o, al contrario, di introdurre previsioni volte a imporre alle amministrazioni di acquistare beni, lavori o servizi sostenibili dal punto di vista ambientale e/o sociale

8 Si tenga presente che vi sono diverse sovrapposizioni tra i 17 Goals dell’Agenda 2030 (tra cui rientrano il contrasto alla fame e alla povertà, la parità di genere, la tutela della salute e del benessere, la garanzia di un lavoro dignitoso, la riduzione delle diseguaglianze, il consumo e la produzione responsabili, etc.) e gli interessi sociali presi in considerazione dagli interventi delle Istituzioni Ue in materia di *public procurement* [per una completa panoramica, cfr. da ultimo Comunicazione Commissione, Acquisti sociali – Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici, seconda edizione, C(2021)3573 del 26 maggio 2021]. Sull’importanza dei contratti pubblici per il raggiungimento dei Goals dell’Agenda 2030, v. A. LA CHIMIA, *Appalti e sviluppo sostenibile nell’Agenda 2030*, in L. FIORENTINO, A. LA CHIMIA (a cura di), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, Bologna, Il Mulino, 2021, p. 73 ss.

9 Così F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, *Dir. amm.*, 2021, 4, p. 779 ss., in part. 789.

(«*what to buy*»)¹⁰. Questa seconda soluzione è stata scartata nel testo finale: quasi tutte le disposizioni delle direttive del 2014 riconducibili all'utilizzo strategico dei contratti pubblici si caratterizzano per un approccio meramente abilitante, che rimette alla scelta delle singole stazioni appaltanti (e talvolta dei legislatori nazionali) l'inserimento di considerazioni orizzontali nei contratti pubblici.

L'opzione per tale approccio cd. abilitante, tuttavia, non è stata influenzata dalla volontà del legislatore europeo di limitare la discrezionalità dell'amministrazione nel suo agire mediante contratti, come potrebbe invece ricavarsi dalla lettura di alcune decisioni dei giudici nazionali¹¹; d'altronde, una normativa che disciplini in termini obbligatori il «*what to buy*» non per forza porta a un azzeramento della discrezionalità delle stazioni appaltanti, dal momento che vi sono diverse soluzioni che permettono di rendere vincolanti gli acquisti sostenibili preservando, al contempo, un non irrilevante margine di spazio alla p.a., tale da consentirle di tenere in considerazione le specificità del singolo affidamento e/o del caso concreto¹². A ben vedere, la reale motivazione che ha spinto il legislatore europeo a preferire l'approccio abilitante viene esplicitata nel Considerando n. 95 della direttiva 2014/24/UE: sono le «*sensibili*

10 Sul punto, G. FIDONE, F. MATALUNI, *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti pubblici*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2016, 3, p. 4 ss.

11 TRGA, sez. Trento, 2 marzo 2022, n. 45 ove è stata ritenuta in contrasto con i principi in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici una legge provinciale che, nel rendere obbligatoria per le stazioni appaltante la facoltà loro riconosciuta dagli artt. 20 della direttiva 2014/24/UE e 112 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in tema di procedure riservate, ha imposto alle strutture provinciali di riservare almeno il 10% del volume di spesa triennale, riferibile a predeterminate tipologie di beni e servizi, alle cooperative sociali e/o di operatori economici il cui scopo principale è l'integrazione sociale e professionale delle persone svantaggiate.

12 Ad esempio, la fissazione di un *target minimo* di acquisti sostenibili che ogni amministrazione deve raggiungere, come pure di «*mandatory sustainability requirements*» di carattere generale, non richiedono all'amministrazione soltanto una (meccanica) applicazione del dato normativo, come può invece accadere allorché il legislatore si spinge a definire «*specific mandatory requirements*»; tuttavia, anche in quest'ultima ipotesi, un sufficiente margine di scelta per le p.a. nelle singole operazioni di acquisto potrebbe essere preservato ricorrendo al cd. «*comply or explain approach*» su cui si tornerà successivamente; *amplius* su tali possibili soluzioni e sul loro utilizzo a livello di Stati Membri M. ANDHOV, R. CARANTA (a cura di), *Sustainability through public procurement: the way forward – Reform Proposals*, SMART Project Report 2020, p. 41ss.; da ultimo, sul tema, W.A. JANSSEN, R. CARANTA (a cura di), *Mandatory Sustainability and Social Requirements in EU Public Procurement Law. Reflections on a Paradigm Shift*, Bloomsbury, Hart Publishing, 2022, in corso di pubbl.

differenze tra i singoli settori e mercati» ad aver sconsigliato di «fissare requisiti obbligatori generali per gli appalti in materia ambientale, sociale e di innovazione», così che è stato ritenuto preferibile rimettere alla disciplina settoriale il compito di «fissare obiettivi e prospettive vincolanti in funzione delle particolari politiche e condizioni vigenti nel settore pertinente».

Questa strada tracciata dalle direttive del 2014 è stata in effetti seguita dai più recenti interventi: ancorché molte delle misure che concretano il suddetto indirizzo siano delle mere proposte o comunque ancora in fase elaborazione, da esse si può evincere come le Istituzioni Ue abbiano intrapreso la direzione indicata, in modo particolarmente netto e deciso. Ciò al punto che la dottrina ha già fatto riferimento a un «*paradigm shift*»¹³, tentando peraltro di sistematizzare un quadro che, sin d'ora, si prospetta alquanto frammentato per quanto concerne sia la tipologia e il contenuto dei vincoli imposti alle stazioni appaltanti (requisiti obbligatori di carattere generale o speciale, target minimi, etc.), sia le soluzioni normative attraverso cui imporre tali vincoli; con riguardo a quest'ultimo profilo, alla soluzione tradizionale (specifiche previsioni inserite in regolamenti o direttive settoriali) si affiancano soluzioni meno battute a livello sovranazionale – che ricordano il sistema a più livelli delineato dal legislatore italiano in tema di criteri ambientali minimi – consistenti nella fissazione in via legislativa di parametri e criteri che dovranno essere seguiti dalla Commissione UE nella successiva fase attuativa – da porre in essere mediante adozione di atti delegati¹⁴.

13 Così W.A. JANSSEN nel paper *Public Procurement for Good: from Optional to Mandatory Sustainable Public Procurement Law* presentato alla conferenza *Global Revolution XI*, organizzata dal *Public Procurement Research Group* (PPRG) dell'Università di Nottingham il 13 e 14 giugno 2022. L'approccio obbligatorio è caldeggiato da parte della dottrina che ritiene non soddisfacente quello meramente abilitante; da ultimo cfr. M. COZZIO, *Public Procurement as a Tool to Promote Sustainable Business Strategies: The Way Forward for the European Union*, in *International Community Law Review*, 24, 1-2, (2022), p.166 ss., in part. 180.

14 Cfr. W.A. JANSSEN nel paper richiamato *sub* nt. precedente ove si considerano la direttiva 2019/1161/UE che riforma la disciplina sui veicoli puliti; la proposta di regolamento sulle batterie del 10 dicembre 2020, COM(2020) 798 final (in part. art. 70), nonché le proposte di regolamento – annunciate dal Green Deal Europeo e adottate il 30 marzo 2022 nell'ambito di Pacchetto di proposte per l'economia circolare – rispettivamente sull'elaborazione delle specifiche di progettazione ecocompatibile dei prodotti sostenibili, COM(2022) 142 final (in part. art. 58)

1.1. (Segue). ... anche alla luce delle differenze tra appalti verdi e appalti sociali

Rispetto all'alternativa tra approccio abilitante e approccio obbligatorio, certamente rilevanti sono le differenze tra appalti verdi e appalti sociali in virtù del fatto che questi ultimi sono, almeno a livello di regolamentazione UE, meno stabili e radicati. D'altronde, l'opportunità di perseguire fini strettamente sociali tramite i contratti pubblici è oggetto di maggiori perplessità, anche tra coloro che, in linea generale, sono favorevoli a utilizzare strategicamente il potere di acquisto dell'amministrazione¹⁵; molto discussa è, infatti, la reale possibilità di rendere compatibile il perseguimento di finalità propriamente sociali con i tradizionali obiettivi della disciplina sull'attività contrattuale dell'amministrazione, in particolare il *value for money* e l'effettività del regime concorrenziale.

In tale contesto chi, pur nella consapevolezza di tali difficoltà, ritiene che la distinzione tra appalti verdi e appalti sociali sia "artificiale"¹⁶ e poco coerente rispetto a una concezione olistica, trasversale e integrata di sostenibilità¹⁷, non può che apprezzare il coraggio mostrato dal legislatore europeo del 2014 nell'aver posto sullo stesso piano – almeno in linea generale – il pilastro ambientale e quello sociale dello sviluppo sostenibile; invero, dalle previsioni delle ultime direttive che ammettono l'utilizzo strategico dei contratti pubblici emerge un approccio più aperto e flessibile delle Istituzioni Ue nell'affrontare il timore (comunque ancora tangibile) che la dimensione prevalentemente domestica/locale di molte questioni sociali possa essere utilizzata pretestuosamente a livello nazionale per camuffare scelte che, nella sostanza, sono riconducibili a motivazioni protezionistiche.

e sui prodotti da costruzione COM(2022) 144 final (in part. art. 84). Nella medesima direzione molto interessante è anche l'ultima versione della proposta di direttiva sull'efficienza energetica, Bruxelles, 14.7.2021 COM(2021) 558 final, 2021/0203 (COD), in part. il Considerando 7 e il nuovo art. 7.

15 Cfr. la posizione di M. TRYBUS nel confronto con G. PIGA e T. TATRAI in G. PIGA, T. TATRAI (a cura di), *Public Procurement Policy*, Londra-New York, Routledge, 2016, p. 9 ss.

16 M. ANDHOV, R. CARANTA (a cura di), *Sustainability through public procurement*, cit., p. 49-40; in una direzione simile C. MCCRUDDEN, *Using public procurement to achieve social outcomes*, in *Natural Resources Forum*, 2004, 4, p. 257 ss.

17 F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema*, cit., pp. 791-792.

La bontà di tali considerazioni non può dirsi smentita dal fatto che un'analisi più dettagliata, focalizzata sui singoli istituti della procedura (*i.e.* sull'albero e non sulla foresta), mostra come più numerosi e rilevanti siano gli ostacoli normativi e operativi all'inserimento di considerazioni di natura sociale rispetto a quelle ambientali¹⁸; e invero, tuttora permangono diverse incertezze in merito alla possibilità di prendere in considerazione alcuni aspetti sociali nell'elaborazione delle specifiche tecniche e, soprattutto, nella precisazione dei requisiti speciali di partecipazione. In particolare, con riguardo alle prime non è bene chiaro se l'art. 42 della direttiva 2014/24/UE¹⁹ abbia superato la restrittiva posizione fatta propria dalla CGUE nella sentenza *Max Havelaar*²⁰, consentendo l'introduzione specifiche tecniche riguardanti aspetti sociali e di tutela del lavoro nella catena di fornitura e nel metodo o processo di produzione. Problematiche non dissimili emergono con riguardo ai *requisiti speciali di partecipazione*, dal momento che alcune posizioni della CGUE e della Commissione sembrano limitare la possibilità delle stazioni appaltanti di subordinare la partecipazione alla gara al rispetto, da parte degli operatori economici, di determinati standard sociali: da queste restrittive posizioni dovrebbe discendere che, al di là di contratti la cui esecuzione richiede uno specifico “*know how* sociale”, una siffatta limitazione della partecipazione alla gara sarebbe ammissibile alla sola condizione che tali standard sociali trovino concretizzazione in obblighi già formalizzati che gli operatori economici sono comunque tenuti a rispettare²¹.

In ogni caso, al netto delle maggiori incertezze operative che ancora caratterizzano la dimensione sociale, è innegabile il passo avanti che è stato com-

18 Sul tema, cfr. B.L. BOSCHETTI, *Social goals via public contracts in the EU: a new deal?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 4, p. 1146 ss.

19 In particolare, nella misura in cui ha espressamente previsto la possibilità di considerare l'intero ciclo di vita delle prestazioni, inclusi quei fattori che «*non sono parte del loro contenuto sostanziale*».

20 Corte giust. 10 maggio 2012, C-368/10, *Commissione c. Paesi Bassi*.

21 In altre parole, «*it does not seem possible to exclude for failure to comply with social or environmental standards that are not embodied in formal external obligations imposed on the economic operator*»; così S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK*, vol. II, 3^a ed., Londra, 2018, p. 778.

piuto dalla riforma del 2014 nel senso di stemperare la distinzione tra appalti verdi e sociali che, come anticipato, è «*partly artificial*» e non va oltremodo enfatizzata.

Ulteriori e più recenti avvenimenti sembrano muovere nella medesima direzione²².

Subito dopo l'adozione delle direttive del 2014 era stato autorevolmente osservato che una causa della (maggior) instabilità a livello UE degli appalti sociali può essere rintracciata nel diritto primario, e in particolare nella più debole legittimazione garantita dall'art. 9 TFUE («*l'Unione (...) tiene conto*») rispetto all'art. 11 TFUE (le esigenze ambientali «*devono essere integrate*» nelle altre politiche e azioni dell'UE)²³. Questa osservazione potrebbe meritare una parziale riconsiderazione a seguito delle recenti decisioni dell'8 dicembre 2020, C-620/18 e C-626/18 con cui la Grande Sezione della Corte di giustizia ha respinto i ricorsi di annullamento di Ungheria e Polonia avverso la direttiva 2018/957/UE, di riforma della direttiva 96/71/Ce sul distacco transnazionale dei lavoratori. Senza entrare nel merito della questione, va sottolineata la valorizzazione – tanto marcata quanto non comune²⁴ – della “clausola sociale trasversale” di cui art. 9 TFU. Nello specifico, la CGUE ha osservato come il fatto che un intervento UE sia rivolto a tutelare le libertà di circolazione, e in quanto tale si fondi su una base giuridica interamente confinata nel diritto Ue del mercato interno, non fa venire meno per il legislatore europeo il «*compito a esso incombente di vigilare sulla tutela degli interessi generali riconosciuti dal Trattato FUE e di prendere in considerazione gli obiettivi trasversali dell'Unione sanciti dall'articolo 9 di tale trattato*». Si tratta,

22 Nello stesso senso R. CARANTA, *Towards socially responsible public procurement*, cit.

23 Così R. CARANTA, *The Changes to the Public Contract directives and the story they tell about how EU law works*, in *Com. Mark. Law Rev.*, 2015, 2, p. 391 ss., in part. 399. Sulla più debole considerazione dei diritti sociali a livello europeo, anche dopo l'emanazione del Pilastro europeo dei diritti sociali del 2017, v. C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 153 ss.

24 D. IZZI, *Diritti sociali e integrazione negativa nel mercato unico europeo: da Laval a oggi*, in *Labour*, 5, 2021, p. 499 ss., in part. 506 (ora in M. AIMO, A. FENOGLIO, D. IZZI (a cura di), *Studi in memoria di Massimo Roccella*, Napoli, ESI, 2021).

infatti, di obiettivi che «l'Unione deve prendere in considerazione nella definizione e nell'attuazione dell'insieme delle sue politiche e delle sue azioni».

Allo stato attuale, queste decisioni rappresentano un mero “segnale” di una tendenza evolutiva o poco più. Tuttavia, se confermata, la valorizzazione dell'art. 9 TFUE potrebbe contribuire a “ridurre le distanze”, in termini di “forza legittimante”, tra tale “clausola sociale trasversale” e il principio di integrazione di cui all'art. 11 TFUE, in tal modo rafforzando la legittimazione delle Istituzioni UE a futuri interventi volti a rafforzare gli appalti sociali, anche attraverso l'introduzione «*mandatory social requirements*».

Lo scenario da ultimo prospettato (un eventuale rafforzamento, a livello UE, dell'approccio obbligatorio anche con riguardo ai profili di sostenibilità sociale dei contratti pubblici) merita qualche riflessione ulteriore.

Il carattere globale e trasversale delle questioni ambientali rende sicuramente più agevole l'introduzione di regolazioni omogenee e tendenzialmente uniformi per i diversi Stati membri; detto altrimenti, la dimensione domestica e locale propria di molti aspetti sociali li rende, rispetto a quelli ambientali, più difficilmente conciliabili con le logiche sottese alla tutela delle libertà di circolazione e con l'obiettivo di rafforzare il mercato unico.

Questa innegabile differenza tra la dimensione ambientale e sociale dei contratti (globale e trasversale la prima, tendenzialmente domestica e locale la seconda), si riflette inevitabilmente sul riparto di attribuzioni tra livello UE e livello nazionale e sull'operatività del principio di sussidiarietà. È infatti maggiore la libertà da riconoscere agli Stati membri nell'*implementazione degli appalti sociali*, soprattutto nell'ottica di consentire loro di compiere scelte adattive e diversificate che tengano conto delle differenze di tradizioni giuridiche, assetti costituzionali, di convinzioni etiche e culturali presenti nei diversi contesti nazionali. In altri termini, un intervento europeo volto a introdurre «*mandatory requirements*» di natura ambientale potrebbe risultare, rispetto a singole misure nazionali, preferibile in termini sia di effettività della relativa *policy*, sia di garanzia

del mercato unico (maggiore diffusione di appalti verdi; riduzione delle asimmetrie con il mercato, che potrebbe così meglio assecondare le richieste “verdi” delle amministrazioni; maggior standardizzazione, semplificazione ed efficienza nella costruzione e gestione delle procedure, etc.)²⁵. Di contro, con riguardo a diversi aspetti sociali la tendenza all’armonizzazione e all’uniformità insita negli interventi sovranazionali non sempre si rivela opportuna, potendo talvolta non consentire di prendere in considerazione le specificità e le differenze tra i singoli territori; d’altronde, lo stesso obiettivo europeo della «coesione sociale» (art. 3 TUE e art. Carta di Nizza), ancorché connesso alla coesione politico-territoriale, non implica omologazione tra i vari territori, bensì valorizzazione delle diversità, delle identità e dei patrimoni territoriali²⁶.

Il tema del rapporto tra uniformità-differenziazione costituisce, quindi, un profilo centrale rispetto all’utilizzo strategico dei contratti pubblici e ai relativi interventi di implementazione. Secondo la lettura prospettata, solo questo tema – e non la paura di scelte protezionistiche o la minore pregnanza di istanze sociali – potrebbe, anche in futuro, giustificare un maggior protagonismo degli Stati membri in materia di appalti sociali; al contrario, per gli appalti verdi si ritiene auspicabile una più intensa armonizzazione.

Questa intuizione, se corretta, pare rilevante anche rispetto a quello specifico profilo degli appalti sociali che le direttive del 2014 hanno finalmente preso in considerazione, ma in termini non particolarmente decisi: si fa riferimento alla dimensione extra-Ue della sostenibilità sociale. In questo caso, infatti, si stempera il rilievo del carattere domestico degli aspetti sociali e delle differenze tra i territori, di guisa che può dirsi di natura preminentemente politica la ragione per cui la normativa del 2014, per limiti operativi e per assenza di stru-

25 In tal senso si v. le considerazioni di M. ANDHOV, R. CARANTA, *op. ult. cit.*, 42 ss. e, da ultimo, di K-M HALONEN., *Is public procurement fit for reaching sustainability goals? A law and economics approach to green public procurement*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 28, 4, 2021, p. 535 ss., in part. 548 e 552.

26 Così P.L. PORTALURI, G. DE GIORGI CEZZI, *La coesione politico-territoriale: rapporti con l'Europa e coordinamento Stato – autonomia*, in G. DE GIORGI CEZZI, P.L. PORTALURI (a cura di), *La coesione politico-territoriale*, Firenze, 2016, p. 10; sul tema v. pure F.F. TUCCARI, *Politiche europee di coesione territoriale e processi di unificazione amministrativa nazionale*, *ivi.*, p. 59 ss.

menti adeguati, risulta nel complesso inadeguata rispetto all'obiettivo di rendere i contratti pubblici un efficace strumento per la tutela dei diritti umani lungo la catena globale di fornitura²⁷.

1.2. Dal Codice del 2016 all'attuazione del PNRR: recenti tendenze evolutive del «governare per contratto» a livello nazionale

In attesa di una definitiva transizione verso il *mandatory approach* a livello Ue, i legislatori nazionali – in coordinamento e senza contraddizioni con la regolamentazione sovranazionale – ben possono emanare previsioni normative che obbligano le amministrazioni a perseguire interessi orizzontali con i loro acquisiti.

Si tratta della direzione che il legislatore italiano ha intrapreso con decisione già a partire dall'adozione del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) come si evince, ad esempio, dall'art. 50 sulle clausole sociali di riassorbimento e dalla «torsione obbligatoria» che l'art. 34 del Codice ha prodotto sul cd. «sistema CAM». E che, da ultimo, ha trovato una legittimazione ancora più marcata con la novella costituzionale che, nel modificare gli artt. 9 e 41, ha rafforzato peso e ruolo degli interessi ambientali²⁸.

Anche la dimensione sociale della sostenibilità è stata presa in considerazione dai più recenti interventi nazionali, in particolare quelli connessi al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) o comunque a esso contestuali. Da queste misure possono ravvisarsi alcune tendenze che sembrano testimoniare interessanti *evoluzioni* nell'approccio strategico alla contrattualistica pubblica.

Sotto il profilo finalistico, si assiste a un ampliamento dello spettro degli interessi sociali presi direttamente in considerazione a livello normativo. L'art.

²⁷In generale sul tema cfr. O. MARTIN-ORTEGA, C.M. O'BRIEN (a cura di), *Public Procurement and Human Rights: Opportunities, Risks and Dilemmas for the State as Buyer*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2019.

²⁸Come noto, la legge 11 febbraio 2022, n. 1, ha qualificato la tutela dell'ambiente quale principio fondamentale (art. 9), ha introdotto una espressa clausola di condizionalità ambientale, oltre che sociale, per l'esercizio della libera iniziativa economica (art. 41, co. 2) e ha considerato anche i fini ambientali nell'attività di indirizzo dell'attività economica pubblica e privata (art. 41, co. 3).

47 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77 sulla Governance del PNRR²⁹, come pure l'art. 5, co. 3 della l. 5 novembre 2021, n. 162 sulla parità di genere tra uomo e donna in ambito lavorativo³⁰, richiedono alle stazioni appaltanti di perseguire obiettivi (finalità di pari opportunità, generazionali e di genere, conciliazione di vita e lavoro) ulteriori a quelli tradizionalmente oggetto di attenzione nel nostro ordinamento. Questo ampliamento è certamente il frutto di precise priorità di *policy* proprie del programma *NextGenerationEU* (NGEU), ma potrebbe anche costituire il riflesso di evoluzioni più sistematiche: una sempre più completa e definitiva presa di coscienza da parte del legislatore nazionale del cd. «*governare per contratto*»³¹ e dell'importanza di utilizzare i contratti dell'amministrazione quale strumento – *ulteriore* a quelli tradizionali – attraverso cui lo Stato interviene nel mercato e nell'economia per perseguire interessi pubblici/generali e per produrre valore pubblico.

Queste misure normative, e in particolare l'art. 47 del d.l. n. 77/2021 concernente i contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC, presentano ulteriori aspetti innovativi, tra cui la maggiore attenzione riservata alla fase esecutiva, fino a questo momento oggetto di una disciplina meno completa, e soprattutto formulata tenendo in considerazione esclusivamente l'obiettivo specifico/principale dell'operazione negoziale (l'acquisto di lavori, beni, servizi)³². Invero, sono state introdotte disposizioni che obbligano l'amministrazione a prevedere, negli atti di gara, clausole penali e altri strumenti volti a sanzionare l'inadempimento del contraente (art. 47, comma 6). Per co-

29 Convertito in legge 29 luglio 2021, n. 108. Su tale previsione, cfr. da ultimo F. PANTANO, *Clausole sociali, concorrenza, investimento pubblico e tutela del lavoro: dal Codice dei contratti pubblici al PNRR*, in *Federalismi.it*, 25, 2022, p. 169 ss., in part. p. 180 ss.

30 Nell'ottica di rafforzare l'adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere, il d.l. 30 aprile 2022, n. 36, convertito con modificazioni dalla l. 29 giugno 2022, n. 79, ha modificato l'art. 95, co. 13 del Codice dei contratti pubblici in tema di criteri di aggiudicazione.

31 Si riprende l'espressione (e l'impostazione) di S. VALAGUZZA, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

32 Invero, è incerta l'applicabilità di molte delle previsioni cd. speciali per la fase esecutiva previste dal Codice del 2016 in caso di violazione di obblighi sociali e ambientali (ad es., la risoluzione ex art. 108, co. 3); *amplius* sul punto E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza*, Napoli, Jovene, 2021, p. 467 ss.

gliere appieno l'importanza di tali previsioni va considerato che il ricorso da parte dell'amministrazione a strumenti di interruzione anticipata del vincolo negoziale, in caso di inadempimento di obblighi sociali e ambientali previsti dal contratto, è soluzione non sempre percorribile e, anzi, non sempre opportuna; e che, più in generale, è ormai opinione generalizzata che per assicurare l'effettività delle politiche orizzontali perseguite tramite i *public procurement* sono necessari nuovi interventi sulla fase di gestione del contratto, tali da rafforzare la capacità della parte pubblica di monitorare l'operato del contraente e di intervenire in caso di deviazione dell'esecuzione da quanto inizialmente pattuito.

Sempre nell'art. 47 del d.l. n. 77/2021 si rintraccia l'aspetto innovativo più rilevante, riguardante il rapporto tra legge e amministrazione: a quest'ultima viene infatti richiesto un particolare sforzo adattivo nell'utilizzare strategicamente il suo potere di acquisto; in particolare, viene riconosciuto alla stazione appaltante uno spazio per "adattare" la funzione sociale dei contratti pubblici rispetto alle specificità del singolo affidamento e del settore di riferimento, anche nell'ottica del necessario bilanciamento con l'interesse specifico del contratto.

Quanto appena osservato vale con riguardo al *quomodo*, dal momento che le previsioni normative in questione richiedono «*specifiche declinazioni attuative*» nell'ambito dei bandi di gara (commi 4 e 5)³³; ma anche con riguardo all'*an*, avendo optato il legislatore per la soluzione del cd. «*comply or explain*». Il comma 7 prevede, infatti, che le stazioni appaltanti possono "escludere" (o "ridurre", prevedendo una quota inferiore) l'inserimento negli atti di gara dei requisiti necessari o premiali di sostenibilità individuati dal comma 4³⁴; ciò sulla base di una adeguata e specifica motivazione che dia conto delle ragioni dell'esclusio-

³³ Art. 47, co. 4, del d.l. n. 77/2021 «*Il contenuto delle clausole è determinato tenendo, tra l'altro, conto dei principi di libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione, nonché dell'oggetto del contratto, della tipologia e della natura del singolo progetto in relazione ai profili occupazionali richiesti, dei principi dell'Unione europea, degli indicatori degli obiettivi attesi in termini di occupazione femminile e giovanile e di tasso di occupazione delle persone disabili (...)*». Il passaggio in corsivo nel testo è ripreso dalle «Linee guida volte a favorire la pari opportunità di genere e generazionali, nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità nei contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC», adottate con d.m. 7 dicembre 2021 (GU n. 309 del 30 dicembre 2021).

ne (o della riduzione) in relazione «all'oggetto del contratto, alla tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati ne rendano l'inserimento impossibile o contrastante con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche».

Relativamente al profilo indicato (valorizzazione dello “spazio” dell'amministrazione e della sua discrezionalità³⁵), le disposizioni richiamate denotano un cambiamento rispetto alle previsioni del Codice del 2016 che hanno “aperto la strada” nel nostro ordinamento al *mandatory approach* nell'agire contrattuale sostenibile: in queste ultime³⁶, infatti, il margine di scelta sull'*an* e sul *quomodo* rimesso alle singole amministrazioni è molto ridotto se non proprio azzerato, venendo quasi interamente consumato dalle scelte fatte a monte (e in via generale e astratta) dal legislatore, oppure a livello ministeriale dai cd. “decreti CAM”. Ad avviso di chi scrive, quest'ultima impostazione porta con sé il rischio di favorire, o comunque avallare, atteggiamenti burocratici o adempitivi – *i.e.* di mera traduzione o recepimento formale del dato normativo – da parte delle stazioni appaltanti che così potrebbero non recepire in pieno e metabolizzare l'approccio strategico nell'agire contrattuale. Inoltre, si rinuncia a quella capacità di adattamento delle decisioni alle caratteristiche del caso concreto che è propria dell'agire amministrativo discrezionale e che si ritiene indispensabile nell'ottica del miglior contemperamento delle tre dimensioni della sostenibilità, non sempre raggiungibile con la medesima efficacia mediante decisioni di carattere generale e astratto.

34 Si ritiene che l'espressione «requisiti di partecipazione» utilizzata dal comma 7 dell'art. 47 sia da intendere in senso lato e atecnico, come confermato dall'interpretazione estensiva di questa disposizione ricavabile dalle Linee guida citate *sub* nt. precedente.

35 Per discrezionalità qui si intende, nella logica funzionale propria del diritto Ue, la presenza di margini di scelta liberi, contrapposti alla produzione di effetti direttamente conseguenziali alla regolamentazione; G.F. LICATA, *I contratti pubblici come strumento di promozione dell'innovazione*, in A. MALTONI, (a cura di), *I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 223.

36 Si fa riferimento, in particolare, alle disposizioni poste a garanzia dell'equo trattamento dei lavoratori impiegati in fase esecutiva (l'art. 30, co. 4., nonché gli artt. 23, co. 16, 95, co. 10 e 97. co. 5 del Codice), come pure ai già richiamati artt. 50 sulle clausole sociali di riassorbimento e 34 sull'obbligo di inserimento dei criteri ambientali minimi previsti quali specifiche tecniche e quali clausole contrattuali (*rectius*, condizioni di esecuzione).

Al contempo, però, non va trascurato che il rimettere alla stazione appaltante un margine valutativo, soprattutto con riguardo all'*an* dell'inserimento di considerazioni orizzontali, potrebbe condurre a un depotenziamento della funzione sociale dei contratti pubblici e a un annacquamento della scelta del legislatore di rendere obbligatorio il perseguimento di obiettivi orizzontali. Ciò potrebbe accadere soprattutto in contesti, quale quello italiano, ove è ancora molto diffuso il fenomeno dell'"amministrativa difensiva", esploso nello scorso decennio anche a causa di scelte legislative volte a una curvatura, a tratti eccessiva, verso la dimensione della prevenzione della corruzione³⁷ e della prevalenza dei *constraints* sui *goals*³⁸. A ben vedere, la suddetta preoccupazione traspare anche nelle apposite Linee guida adottate con d.m. della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le pari opportunità, 7 dicembre 2021, contenenti modalità e criteri applicativi dell'art. 47 del d.l. n. 77/2021 ove, opportunamente, si precisa che la facoltà di ricorrere alla deroga non è incondizionata ma subordinata a un «*onere motivazionale particolarmente stringente*» attraverso cui l'amministrazione deve giustificare il mancato inserimento di requisiti, criteri e condizioni di natura sociale, dimostrando in modo specifico e concreto il potenziale contrasto tra la piena applicazione del comma 7 e gli interessi in precedenza richiamati.

È ancora prematuro dire se questi potenziali rischi siano tali da compromettere la bontà dell'impostazione scelta dal legislatore che, nel complesso, appare condivisibile. Molto dipenderà dall'atteggiamento delle amministrazioni, le quali dovrebbero evitare motivazioni "seriali" e "standardizzate", slegate quindi

37 Per una diversa impostazione, da ultimo, E. CARLONI, *Bagliori al tramonto. I piani di prevenzione della corruzione tra contrasto della criminalità e assorbimento nel piano integrato*, in *Ist. fed.*, 2022, 1, p. 117 ss.

38 In realtà, una certa ritrosia delle amministrazioni nell'assumersi il rischio di inserire considerazioni orizzontali nei loro contratti sembra abbastanza generalizzata tra i vari Paesi membri, come si può ricavare da diversi passaggi del Parere del Comitato europeo delle regioni - Relazione sull'attuazione delle direttive sugli appalti pubblici (2020/C 39/09), 5 febbraio 2020. Ciò senza togliere che, in alcuni casi, tale ritrosia è frutto di oggettive difficoltà e di incertezze normative, come può evincersi dalla relazione delle Commissioni sulla Attuazione delle politiche nazionali in materia di appalti e relative migliori prassi nel mercato interno, del 20 maggio 2021 COM(2021) 245 final (v. in part. par. 2.2, 2.51 e 2.5.2).

dalle peculiarità del caso concreto; ma anche dalla posizione che assumeranno i giudici, dai quali ci si aspetta una corretta “comprensione” della scelta del legislatore che, nel lasciare uno spazio valutativo alle singole stazioni appaltanti, non ha certo inteso annacquare o mitigare l’opzione di fondo per l’approccio obbligatorio.

Per concludere questa breve panoramica sulle più recenti misure rilevanti rispetto alla funzione sociale dei contratti pubblici, è opportuno un riferimento alla legge 21 giugno 2022, n. 78 che delega il Governo a riformare la materia dei contratti pubblici, ove possono rintracciarsi molte delle tendenze in precedenza evidenziate. Si ha, invero, una piena conferma della funzione affidata ai contratti pubblici quale “strumento di governo” e della posizione tendenzialmente paritaria delle dimensioni ambientale e sociale della sostenibilità, ribadita peraltro attraverso l’espreso richiamo agli obiettivi dell’Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile ove agli obiettivi sociali e ambientali si dà la medesima enfasi³⁹. Inoltre, si può rintracciare sia l’ulteriore implementazione delle previsioni volte a rendere obbligatorio per le stazioni appaltanti l’inserimento di considerazioni sociali e ambientali, riconoscendosi al contempo all’amministrazione la possibilità di tenere conto «della tipologia di intervento»; sia l’ampliamento dello spettro di interessi orizzontali preso direttamente in considerazione dal legislatore, tra cui viene ricompresa tutela ambientale e dei lavoratori nelle catene di forniture in caso di prodotti provenienti da paesi *extra* UE (anche, ma non solo, in una logica di *fair competition* con le imprese europee).

2. *Horizontal policies* e finalità concorrenziali dell’intervento Ue in materia di *public procurement*

La concorrenza ha sempre avuto un ruolo importante per i contratti dell’amministrazione, sin da quando erano disciplinati dalle leggi di contabilità pubblica e il confronto competitivo tra imprese era considerato uno strumento

39 Per una panoramica dei 17 Goals dell’Agenda 2030, cfr. § 1, *sub* nt. 8.

per perseguire il «*supremo interesse dello Stato*»⁴⁰ che, al tempo, veniva in gran parte fatto coincidere con gli obiettivi di controllo/contenimento della spesa e di difesa dai possibili abusi dei funzionari e degli attori economici; d'altronde, è dato tradizionalmente acquisito che la natura di contraente anomalo dello Stato pone questioni di asimmetria informativa e di *agency problems* rispetto ai quali la teoria (e lo strumento) della gara costituisce la principale risposta⁴¹.

La centralità della concorrenza nel settore in questione è frutto della sua «funzione bifronte»⁴², ovvero del suo essere funzionale a diversi profili di interesse pubblico sottesi all'operazione contrattuale dell'amministrazione⁴³, tra cui l'interesse specifico del contratto e il *value for money* (i.e. l'interesse dell'amministrazione a ottenere alle migliori condizioni beni, lavori e servizi idonei a soddisfare i bisogni alla base dell'operazione negoziale, scegliendo a tale fine un contraente capace e affidabile), l'integrità delle procedure, come pure gli stessi obiettivi di sostenibilità, che possono essere meglio soddisfatti a seguito di una procedura di gara caratterizzata da una partecipazione ampia e, soprattutto, da una competizione effettiva.

Purtuttavia, questa strumentalità degli obiettivi concorrenziali rispetto ad altri obiettivi non è una costante, dal momento che varie e significative sono le ipotesi di potenziale conflitto. Per rimanere nell'ambito delle finalità orizzontali, si pensi all'evidente attrito che l'indicazione nella *lex specialis* di una specifica tecnica verde, non particolarmente diffusa nel mercato (oppure formulata con un particolare livello di dettaglio), può ingenerare rispetto all'obiettivo di massima apertura della gara; o, ancora, si pensi al potenziale contrasto tra l'obbligo

40 Così G. DE GIULI, voce *Contabilità generale dello Stato*, in *Dig. it.*, VIII, II, 1895-98, p. 746 ss., in part. 749 ma v. pure A. BONOMI, *Contratto amministrativo*, in *Dig. it.*, VIII, III, Torino, 1926, p. 422 ss.

41 Da ultimo M. CAFAGNO, *L'evoluzione dei fini e del disegno delle pubbliche gara*, Milano, Giuffrè, 2021, p. 11 ss.; s v. anche A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa University Press, 2011, pp. 43 ss. e 177 ss.

42 Così A. BARONE, R. DAGOSTINO, *Modalità di affidamento dei contratti pubblici (artt. 28-34 e artt. 44-58)*, in E. FOLLIERI (a cura di), *Corso sul codice dei contratti pubblici*, Napoli, ESI, 2017, p. 273.

43 Cfr. L.R. PERFETTI, *Per una teoria dell'interesse pubblico nelle gare per l'assegnazione dei contratti pubblici*, in A. MALTONI (a cura di), *I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 147 ss.

contrattuale di assumere disoccupati stabili residenti nel territorio ove si svolge la gara e la *par condicio*, nonché tra l'obbligo di applicare un determinato standard di tutela ai lavoratori (parametrato sul più alto costo della vita dello Stato dove la procedura viene bandita) e il *favor* per gli scambi transfrontalieri. Sempre in chiave esemplificativa dei possibili attriti operativi tra *horizontal policies* e obiettivi concorrenziali, possono richiamarsi gli effetti negativi sul mercato "macro"⁴⁴, e sul suo funzionamento concorrenziale ed efficiente, derivanti da scelte di sostenibilità differenziate tra le singole stazioni appaltanti (quale conseguenza dell'approccio abilitante in precedenza richiamato); come pure da un requisito relativo all'assunzione di disoccupati stabili che finisce per risultare determinante sull'esito di una procedura selettiva (dovendosi così escludere che la gara porti alla scelta dell'impresa migliore secondo le logiche proprie del mercato e dell'efficienza economica⁴⁵) ovvero da una previsione normativa che, per determinati affidamenti (ad es. per i servizi ad alta intensità di manodopera) impedisce di bandire gare al prezzo minimo.

Gli esempi riportati sono eterogenei ma non per questo casuali e/o improvvisati: li si è infatti citati per chiarire come il perseguimento di obiettivi di sostenibilità possa potenzialmente entrare in conflitto con profili concorrenziali tra loro diversi (*favor participationis*, *par condicio*, apertura agli scambi transfrontalieri, tutela del funzionamento concorrenziale del mercato macro, etc.) che sono oggetto di una differente considerazione e protezione giuridica da parte

44 Per mercato "macro" si fa riferimento – nell'ottica di distinguerlo dalla singola gara che può essere intesa come un mercato "micro" – a quello "privato" settoriale a cui si rivolge l'amministrazione quando opera come acquirente e sul cui funzionamento le sue scelte possono influire. La distinzione è ripresa, anche se in parte riadattata, da M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2016, p. 71 ss., in part. 76-77, il quale distingue tra la visione "macro" della concorrenza che prende in considerazione la normativa degli appalti pubblici e la politica degli acquisti della p.a. nel più generale contesto dell'azione pubblica sul funzionamento dei mercati; e la visione "micro" della stessa che considera la normativa sugli appalti volta a disciplinare un singolo atto di scambio tra due attori in un mercato, imponendo alla stazione appaltante di avviare una procedura a evidenza pubblica quando decide di stipulare un contratto.

45 Sull'impatto della singola procedura di aggiudicazione sulla struttura dell'offerta e sulle dinamiche competitive dei mercati privati, oltre M. CLARICH, *op. loc. ult. cit.* e L. PROSPERETTI, M. MERINI, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: una prospettiva economica*, M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 40.

della normativa sui contratti pubblici. Inoltre, i suddetti esempi appaiono idonei a supportare la convinzione secondo cui un puntuale inquadramento delle finalità concorrenziali e di mercato perseguite dal diritto Ue nel settore in questione risulti un profilo dirimente nell'ottica di un'ulteriore diffusione e rafforzamento dei *sustainable public procurement*. Invero, se per un verso è pacifico che le norme europee in tema di contratti pubblici sono ispirate a una matrice concorrenziale, per altro verso si rintracciano diverse calibrature e accentuazioni circa *ruolo* e *contenuto* degli obiettivi concorrenziali, nonché del loro *peso* ponderale e del loro generale *rilievo*.

Nel tentativo di inquadrare, per le ragioni indicate, questi profili, si ritiene opportuno prendere le mosse dall'ordinamento sovranazionale⁴⁶ e, in particolare, da alcuni “punti fermi” che hanno caratterizzato l'intervento comunitario sulla materia, contraddistinguendolo rispetto al cd. modello contabilistico sul quale il primo ha impattato⁴⁷. Uno di questi è la diversa, se non opposta, logica funzionale delle due discipline: sin dalle direttive di prima generazione degli anni '70, il bene giuridico direttamente tutelato dal legislatore comunitario non è l'interesse “interno” dell'amministrazione, ma quello “esterno” degli operatori economici. E invero la base giuridica delle direttive sui *public procurement* è da sempre rintracciabile negli artt. 53, par. 1 e 62, rispettivamente in tema di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, e nell'art. 114 del TFUE sul riavvicinamento delle normative nazionali che hanno a oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno. In questa differente prospettiva, le finalità concorrenziali non costituiscono più solo un “interesse pubblico interno e strumentale”, divenendo anche un “interesse esterno” del mercato e dei suoi

46 Come in più occasione ha ricordato la Corte costituzionale, dal punto di vista del diritto interno, «la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario»; da ultimo sent. n. 4 del 2022 ma v. pure nn. 83 del 2018, 291 e 200 del 2012, 45 del 2010 e 12 del 2004.

47 Con l'espressione modello (o periodo) “contabilistico” si fa riferimento all'impostazione che caratterizzava la disciplina italiana in tema di attività contrattuale della p.a. prima dell'impatto del diritto comunitario: era infatti la *normativa generale di contabilità pubblica*, relativa alle entrate e alle spese dello Stato, che disciplina la materia.

operatori; il che, come è evidente, rende più problematica la “gestione” dei potenziali attriti tra i diversi interessi e obiettivi che vengono in rilievo.

Un ulteriore aspetto che può considerarsi difficilmente controvertibile è il riallineamento dei fini realizzato dalle direttive del 2014 le quali, pur senza rinnegare la matrice originaria della disciplina, hanno portato a una «desacralizzazione»⁴⁸ e a un ridimensionamento degli obiettivi concorrenziali⁴⁹. Questa vera e propria svolta, da inquadrare nella più generale evoluzione che ha caratterizzato il diritto dei trattati e il “*constitutional balance*” proprio del modello economico-sociale dell'UE⁵⁰, va in buona parte ricondotta alla volontà del legislatore europeo di rafforzare l'utilizzo dei contratti pubblici al servizio di «*obiettivi sociali comuni*», trovando in tal modo consacrazione il passaggio dalle *secondary* alle *horizontal policy*.

Su questi aspetti si tornerà successivamente per ulteriori precisazioni. Per il momento è sufficiente osservare che tale svolta, peraltro consolidata dai più recenti interventi (*supra* § 1 e 1.2), non rende superflua la prospettiva di indagine indicata. Invero, se dalle direttive del 2014 emergono indicazioni tendenzialmente univoche con riguardo al *peso* ponderale e al *rilevo* delle finalità concorrenziali rispetto alle operazioni di bilanciamento con gli altri obiettivi considerati dalla disciplina sui contratti pubblici, lo stesso non può dirsi con riguardo al *contenuto* e al *ruolo* della concorrenza. Questo secondo profilo è senz'altro suscettibile di ulteriori chiarimenti e approfondimenti, a maggior ragione dal momento che, con l'ultima riforma, è stata introdotta una previsione⁵¹ cui viene attribuita, non solo in dottrina, una significativa portata innovativa, tale da fugare

48 A. GIANNELLI, *Contratti pubblici: stabilità del rapporto e interessi pubblici*, in *Dir. econ.*, 2016, 1, p. 127 ss, in part. 143.

49 In tal senso, *ex multis*, A. MASSERA, F. MERLONI, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 589; F. CARDARELLI, *Le direttive europee sui contratti pubblici*, in *Libro dell'anno 2015*, Roma, Treccani, 2015; E. FOLLIERI, *I principi generali delle Direttive comunitarie 2014/24/UE e 2014/25/UE*, in *Giustamm.it*, 4, 2014, 1 ss.

50 A. MASSERA, F. MERLONI, *op. loc. ult. cit.*

51 Si fa riferimento all'art. 18 della direttiva 2014/24/UE secondo cui «*la concezione della procedura*» non deve avere l'intento di «*limitare artificialmente la concorrenza*».

ogni dubbio, secondo questa tesi, circa il ruolo centrale da riconoscere al principio di concorrenza nella disciplina dei contratti pubblici⁵².

3. La lettura *ampia* del ruolo e del rilievo delle finalità concorrenziali della disciplina europea. La stazione appaltante quale regolatore della concorrenza tra imprese?

Proprio dalle posizioni che attribuiscono centralità al principio di concorrenza nella disciplina europea (e quindi nazionale) della materia è opportuno prendere le mosse, ritenendosi al tal fine possibile limitarsi a ripercorrere brevemente i tratti salienti della tesi di Sanchez Graells che – per spessore e profondità di analisi – ben si presta ad essere utilizzata in chiave paradigmatica delle posizioni più pro-concorrenziali⁵³.

A monte di queste posizioni vi è un presupposto economico: la convinzione che la concorrenza rappresenti il miglior strumento per l'efficiente allocazione delle risorse, la promozione della crescita economica e il perseguimento del benessere generale. Ciò implica la preferenza per un ordinamento giuridico nel quale i poteri pubblici si astengono il più possibile dall'intervenire sugli interessi concreti in gioco, limitando la produzione normativa e regolatoria a quanto necessario per il buon funzionamento dei mercati⁵⁴.

Questa assimilazione tra efficienza/razionalità economica e l'ordine economico di mercato basato sulla concorrenza non poteva che riflettersi in un settore nel quale la parte pubblica opera quale acquirente e ove hanno tradizionalmente avuto particolare rilievo gli obiettivi dell'efficienza economica e del *best value for money*: la concorrenza ha finito così per essere considerata (non uno tra gli strumenti ma) il *principale strumento* per il perseguimento degli interessi

52 *Infra*, § 4.1.

53 Cfr. A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the Eu Competition Rules*, Oxford-Portland, Bloomsbury, 2015 e ID., *More Competition-Oriented Public Procurement to Foster Social Welfare*, in KV Thai (a cura di), *Towards New Horizons in Public Procurement*, Florida, Pr Academics Press, 2010, p. 81 ss. Da ultimo, ID., *Competition and procurement regulation: a goal, a principle, a requirement, or all of the above?*, in corso di pubblicazione nel volume *Steen Treumer's Mindeskript* a cura di C.R. HAMER, E. BERTELSEN, M. ANDHOV e R. CARANTA (è stata consultata la versione reperibile in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4012022).

54 Così F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, p. 15 ss., in part. 23.

pubblici sottesi all'attività contrattuale dell'amministrazione⁵⁵. In questa prospettiva, viene ritenuto necessario e opportuno non solo garantire la massima concorrenzialità nella singola operazione di acquisto (*concorrenza in senso micro*), ma anche assicurare che la p.a. si rivolga a mercati concorrenziali, correttamente funzionanti (*concorrenza in senso macro*)⁵⁶. La regolazione del settore dei contratti pubblici, quindi, pur non potendo essere elevata a soluzione principale per la tutela e la promozione della *concorrenza in senso macro*, viene considerata e orientata anche in questa direzione. Da ciò si fanno discendere diverse conseguenze, alcune teoriche altre più operative.

Quanto al primo profilo, si attribuiscono alla regolazione europea sui contratti pubblici gli stessi obiettivi di tutela/promozione della concorrenza e di garanzia del corretto funzionamento del mercato propri del *diritto antitrust* (art. 101 ss. TFUE); la disciplina in tema di *public procurement* dovrebbe quindi essere rivolta a replicare le medesime dinamiche competitive proprie dei mercati privati o, comunque, dovrebbe incentrarsi sulle stesse logiche e finalità del diritto della concorrenza, innanzitutto quelle dell'efficienza economica e allocativa. Questa lettura, in passato elaborata a partire dall'assunto della concorrenza quale principio generale del diritto UE, avrebbe da ultimo trovato conferma nelle direttive del 2014 alle quali potrebbe attribuirsi l'espressa consacrazione della concorrenza quale principio generale (anche) del settore dei contratti pubblici.

Dal punto di vista più operativo, Sanchez Graells sostiene che la disciplina di settore debba essere interpretata e applicata *«in a pro-competitive way»*, in modo da non ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza; inoltre, le stazioni appaltanti dovrebbero evitare qualunque pratica che, in qualsiasi modo, possa impedire, limitare o distorcere la concorrenza, dovendosi ravvisare in capo a

55 F. TRIMARCHI BANFI, *op. ult. cit.*, p. 17 ss. la quale, in termini generali, osserva che *«in virtù di questa qualità l'ordine della concorrenza non si presenta come un mezzo tra altri, pure ipotizzabili, per promuovere il benessere economico e si identifica, piuttosto, con quest'ultimo. L'attitudine del mezzo a raggiungere il fine ne fa tutt'uno con il fine»*.

56 Si riprende la distinzione di M. CLARICH illustrata *sub* nt. 44.

loro «*a duty to ensure that public contracts reflect normal market conditions to the maximum possible extent*». Come anticipato, infatti, secondo questa prospettiva le finalità concorrenziali della disciplina dei contratti pubblici riguarderebbero sia la concorrenza “micro” (nella singola gara), sia la concorrenza “macro”: l’acquirente pubblico dovrebbe quindi astenersi da qualunque decisione o scelta che possa alterare, distorcere o restringere la concorrenza nel mercato (privato) cui si rivolge quando procede all’acquisto di beni, lavori e servizi. D’altronde, costituirebbe una «*overly-simplified description*», e sarebbe quindi da rivedere, la considerazione del mercato dei contratti pubblici quale “mercato pubblico”, creato artificialmente e distinto da quelli privati, nonché incentrato sul perseguimento dell’interesse pubblico piuttosto che su «*economic considerations*»; ciò dal momento che gli operatori economici che partecipano a una gara sono, soprattutto nei contratti riguardanti i beni e i servizi (a eccezione di settori particolari come la difesa), gli stessi che operano nei “mercati privati”, dovendosi pertanto prestare maggior attenzione alle distorsioni che l’agire negoziale delle pubbliche amministrazioni può causare sul funzionamento di tali mercati.

Coerentemente con questa impostazione, l’Autore rilegge in chiave pro-competitiva molti istituti della procedura a evidenza pubblica, giungendo quasi sempre a interpretazioni restrittive dello spazio regolativo e decisionale dei legislatori nazionali e, soprattutto, delle stazioni appaltanti e della loro «*executive discretion*»⁵⁷.

Si possono svolgere alcune considerazioni a partire dalla descritta imposizione, innanzitutto con riguardo alla suddetta limitazione dello spazio regolatorio e decisionale degli attori pubblici che, è bene precisare, l’Autore citato non giustifica alla luce di una minor attenzione per gli interessi pubblici sottesi all’operazione contrattuale dell’amministrazione (e, quindi, in un’ottica di mero *favor* per l’interesse esterno degli operatori economici). Egli, infatti, ritiene che limitare lo spazio di scelta degli attori pubblici nell’ottica di evitare pregiudizi al

57 *Amplius* E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici*, cit., p. 53 ss., 71 ss.

funzionamento efficiente e concorrenziale dei mercati costituisca il modo miglior per consentire agli stessi di raggiungere gli interessi pubblici che intendono perseguire (legislatori) e/o di cui sono titolari (amministrazioni): *value for money*, integrità e imparzialità delle procedure, etc. Seguendo questa prospettiva, si potrebbe anche sostenere che il potenziale conflitto, in precedenza evidenziato, tra “interesse interno” (della p.a.) e “interesse esterno” (del mercato e dei suoi operatori) si riduca in realtà a poca roba; per chiarire il concetto con un esempio, le regole concorrenziali che, nell’ottica di favorire la massima partecipazione alla gara, impediscono alla stazione appaltante di optare per una procedura accelerata e/o semplificata⁵⁸ solo apparentemente costituirebbero un ostacolo al soddisfacimento dell’interesse proprio della stessa amministrazione: in futuro, infatti, questa verrà “ricompensata” dal momento che, potendosi rivolgersi a mercati più efficienti, sarà meglio in grado di perseguire il *value for money* nei suoi acquisti.

Come lo stesso Autore ha puntualmente riconosciuto⁵⁹, questa impostazione è strettamente dipendente dall’accettazione dell’idea che ne sta alla base: la concorrenza quale miglior strumento per il perseguimento dell’interesse generale e la preferenza per un ordinamento ove l’intervento dei poteri pubblici sia il più possibile circoscritto alla garanzia del buon funzionamento dei mercati. Se questo presupposto soggettivo viene a mancare, la percezione che se ne trae è che si rischia di porre in secondo piano il ruolo che realisticamente compete all’amministrazione nelle vicende analizzate, ovvero di “parte pubblica” che si rivolge al mercato per ottenere beni, lavori e servizi idonei a soddisfare bisogni in precedenza individuati. Dalla suddetta impostazione, infatti, emerge l’immagine della stazione appaltante quale *regulatory subject* della concorrenza tra

58 Per questo esempio si è presa ispirazione da L.R. PERFETTI, *Per una teoria dell’interesse pubblico nelle gare per l’assegnazione dei contratti pubblici*, cit., p. 157.

59 Cfr. A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the Eu Competition Rules*, cit., p. 24 ove si osserva che «*some of the analysis conducted in this study is heavily dependent on legal-political or ideological foundations (relating to the role of government in a mixed economy, to the trade-offs between diverse and often conflicting interests behind the implementation of public procurement regulations and competition law itself, etc.). Rejection of those assumptions might imply rejection of the research as a whole*».

imprese, cui spetta assicurare il corretto funzionamento del mercato⁶⁰. Immagine che diviene ancora più nitida in altre ricostruzioni, meno poderose di quella di Sanchez Graells, e soprattutto in alcune decisioni rintracciabili nel *case law* nazionale ove l'attenzione per la massima partecipazione alla gara e per l'aspettativa alla partecipazione e/o aggiudicazione degli operatori economici vengono a tal punto enfatizzati da far sorgere dei dubbi sull'effettiva funzione della concorrenza (concepita solo apparentemente come un mezzo, ma nella sostanza trasformata in un fine)⁶¹. Tutto ciò con la conseguenza, sempre ad avviso di chi scrive, che a risultare distorta è, più in generale, la funzione stessa dell'agire contrattuale dell'amministrazione quale strumento per soddisfare interessi pubblici e generali, e solo dopo e di riflesso quale occasione di competizione e di guadagno per le imprese.

Un ulteriore sviluppo del ragionamento sembra confermare queste conclusioni.

Preliminarmente va evidenziato come, nell'impostazione fin qui descritta, possa ravvisarsi una stretta correlazione tra il ruolo centrale attribuito al principio di concorrenza nella disciplina UE di settore e il vincolo per le amministrazioni di perseguire il *best value for money* quando operano quali acquirenti: è (anche) il miglior perseguimento di questo obiettivo, infatti, che giustificerebbe la limitazione dello spazio regolatorio/decisorio di legislatori e amministrazioni nazionali richiesta dal principio di concorrenza e dal rafforzamento delle logiche competitive. Da questa osservazione discendono due conseguenze.

In primo luogo, il *value for money* nell'attività negoziale delle p.a. dovrebbe essere annoverato tra gli obiettivi perseguiti dall'intervento Ue sul settore e, quindi, tra quelli propri delle direttive sui *public procurement*; diversamente, risulterebbe problematico giustificare una limitazione dell'autonomia regolativa

60 In tal senso, in termini critici, F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Catanzaro, 2020, in particolare il cap. IV.

61 Da ultimo, in questa direzione può nuovamente richiamarsi TRGA, sez. Trento, 2 marzo 2022, n. 45 (*supra*, § 1, *sub* nt. 11).

degli Stati membri, da parte dell'ordinamento sovranazionale, nell'ottica del miglior perseguimento del *value for money*.

In secondo luogo, l'impostazione descritta presuppone che il *value for money* venga necessariamente conformato sul paradigma dell'efficienza (meramente) economica e incentrato esclusivamente su considerazioni di tale natura⁶²; essa, al contrario, risulta difficilmente conciliabile con una concezione più complessa e sfaccettata del *value for money*, comprendente anche aspetti di natura *lato sensu* sociale e quindi maggiormente assimilabile a un più ampio concetto di interesse pubblico, di valore pubblico o di sostenibilità (comprensivo anche della dimensione sociale e ambientale). In altri termini, questa visione dell'attività contrattuale dell'amministrazione e della sua regolazione (incentrata su un *value for money* appiattito sull'efficienza economica e sull'inquadramento del principio di concorrenza quale baricentro del sistema) risulta difficilmente conciliabile con una scelta, generalizzata e di sistema, di seguire un approccio strategico volto al perseguimento di *horizontal policies* e alla massimizzazione del valore pubblico.

Non è certo casuale, quindi, che coloro che più si avvicinano alla prima concezione dei *public procurement* guardino con particolare scetticismo alla seconda opzione, enfatizzando i rischi dell'utilizzo strategico dei contratti pubblici in termini di riduzione dell'efficienza economica e dell'efficacia delle procedure di aggiudicazione, di aumento dei costi, di minor qualità degli acquisiti, di restrizione della concorrenza, etc. In questa prospettiva, viene suggerito di evitare il "sovraccarico" funzionale che inevitabilmente conseguirebbe a tale utilizzo strategico, ritenendosi preferibile il ricorso ad altri strumenti giuridici per il perseguimento di obiettivi di natura sociale e ambientale. Questa soluzione, viene sostenuto, potrebbe risultare preferibile persino sotto il profilo dell'efficacia delle *policy* di sostenibilità, che beneficerebbero del *surplus* di risorse finanziarie

62 In una direzione simile cfr. P. KUNZLIK, *Neoliberalism and the European Public Procurement Regime*, in *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Oxford-Portland, Cambridge University Press, 2013, p. 310 ss.

derivanti dalla massimizzazione della logica concorrenziale e dell'efficienza economica nel settore dei contratti pubblici⁶³.

A ben vedere, diversi sono i punti di contatto tra questo approccio e quello seguito a livello comunitario a partire dalla seconda metà degli '80, in particolare dal cd. "rapporto Cecchini" su *Il costo della non Europa nel settore degli appalti pubblici* del 1987 ove la Commissione CE aveva enfatizzato i vantaggi derivanti dalla liberalizzazione del settore dei contratti pubblici⁶⁴. Questo documento, infatti, non solo aveva dato un forte impulso alla conformazione alle logiche concorrenziali e di mercato dei *public procurement*, divenuta il principale obiettivo dei successivi interventi sulla materia; ma aveva anche posto le basi per l'affermarsi del c.d. *purity principle*⁶⁵ o *economic approach*, fatto proprio in modo deciso dalla Commissione a partire dalla Comunicazione sugli aspetti regionali e sociali degli appalti pubblici del 1989. Secondo tale principio/approccio, i contratti pubblici sarebbero uno strumento economico e come tali andrebbero utilizzati; la valutazione comparativa delle offerte, pertanto, dovrebbe basarsi su parametri strettamente economici, mentre le considerazioni non economiche (ambientali, sociali etc.) potrebbero acquisire rilievo nella scelta del contraente alla sola condizione che risultino al contempo idonee a procurare anche vantaggi di natura economica («*economic benefits*») all'amministrazione aggiudicatrice⁶⁶.

63 In tal senso, da ultimo, K-M. HALONEN, *Is public procurement fit for reaching sustainability goals? A law and economics approach to green public procurement*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2021, 28, 4, p. 535 ss., in part. 555.

64 Questo Rapporto è stato preceduto dalla pubblicazione di due documenti (il *Libro Bianco sul completamento del mercato interno* del 1985 e l'*Atto unico europeo* del 1986) che hanno contribuito alla forte accelerazione del processo di integrazione economica e, quindi, a rilanciare la politica di apertura degli appalti pubblici alla concorrenza.

65 Cfr. H. CAROLI CASAVOLA, *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 44 ss.

66 Questa concezione della contrattualistica pubblica sembra riflettere processi evolutivi più ampi e generali che hanno caratterizzato il processo di integrazione europea, come il prevalere dell'economia e del metodo economico sul diritto e sulla politica (anche quale conseguenza della scelta per la via funzionalista); sul tema cfr. A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, Franco Angeli, 2018, *passim*, in part. pp. 45 ss. e 59 ss.; v. anche, in una prospettiva non distante, R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, Maggioli, 2016. Su come questi processi abbiano inciso sul principio di eguaglianza sostanziale cfr. L.R. PERFETTI, *L'eguaglianza come*

Appare evidente l'obiettivo di fondo di depurare il *value for money* da ogni elemento riconducibile al "*public animus*", per attribuirgli un ruolo strumentale all'efficienza allocativa ed economica, analogo a quello che nei mercati privati è svolto dalla ricerca del massimo profitto⁶⁷.

Tutto ciò, si ritiene, aiuta a far luce su quali siano state, allora, le effettive ragioni dell'ostracismo della Commissione nei confronti del perseguimento di politiche secondarie attraverso i contratti pubblici, cui ha fatto seguito la loro marginalizzazione a livello di Stati membri, almeno fino all'inizio degli anni '00⁶⁸. Se è innegabile che questo ostracismo trovasse fondamento in *ragioni giuridiche* (dal momento che a quel tempo l'utilizzo strategico dei contratti pubblici spesso si concretava, a livello nazionale, in pratiche riconducibili al *buy national*, difficili da rendere compatibili con un quadro regolatorio conformato alla creazione del mercato unico), esso tuttavia si fondava soprattutto su *ragioni economiche*, in particolare sul timore che l'inserimento di considerazioni sociali e ambientali nelle procedure di aggiudicazione potesse compromettere i vantaggi economici derivanti dall'apertura del mercato e dalla concorrenza. D'altronde in questa direzione depone il fatto che la prima vera apertura all'utilizzo strategico dei contratti pubblici, con conseguente messa in discussione del *purity principle*, sia avvenuta a quadro normativo invariato, a seguito di alcune importanti decisioni della CGUE⁶⁹.

Sebbene in via ancora preliminare, si può in conclusione sostenere che una lettura marcatamente pro-concorrenziale del settore dei contratti pubblici consegua a una determinata visione di matrice politico/economica, mentre è

«compito della repubblica», la fondazione dell'eguaglianza nei diritti e le contrastanti evoluzioni dell'ordinamento repubblicano, in *questa Rivista*, IX (2/2021), p. 13 ss. che si segnala anche per la condivisibile dose di realismo della parte propositiva.

67 Così P. KUNZLIK, *op. ult. cit.*, 311 ss.; in una direzione simile v. M. CAFAGNO, *Lo stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 276. Sulle origini culturali e valoriali del principio del massimo profitto come bussola dell'agire societario, A. BOITANI, *L'illusione liberista, Critica dell'ideologia di mercato*. A. BOITANI, *L'illusione liberista*, Bari, Laterza, 2021, pp. 3-42.

68 *Amplus* sul punto, C. MCCRUDDEN, *Buying Social Justice Equality, Government Procurement, & Legal Change*, Oxford University Press, 2007, pp. 332 ss e 361 ss.

69 Corte giust. 26 settembre 2000, C-225/98, *Nord-Pas-de-Calais*; 17 settembre 2002, C-513/99, *Concordia Bus*; 4 dicembre 2003, C-448/01, *EVN AG*.

difficilmente considerabile come giuridicamente imposta. Il che, congiuntamente alla direzione segnata dai più recenti interventi in materia di *public procurement* (*supra*), costituisce un elemento da cui muovere per una lettura alternativa delle finalità concorrenziali della disciplina UE del settore, diversa cioè da quella che riconosce un ruolo centrale al principio di concorrenza e all'efficienza (meramente) economica.

4. La lettura *restrittiva*: la concorrenza quale «ricaduta pratica» della *par condicio* tra gli offerenti e dell'eliminazione delle barriere all'accesso al mercato

Nell'analisi appena conclusa delle posizioni più pro-concorrenziali si è sottolineato come esse presuppongano una stretta correlazione tra la centralità del principio di concorrenza e il vincolo per le amministrazioni di perseguire il *best value for money*. In effetti, questa stretta correzionale sembra trovare diversi riscontri negli interventi delle Istituzioni UE che, in numerose occasioni, hanno incluso il *value for money* e i suoi corollari tra gli obiettivi propri della disciplina europea del settore. Limitando l'attenzione agli interventi più recenti, si pensi all'enfasi che l'ultima riforma ha riservato all'efficienza della spesa pubblica e alla qualità degli acquisti dell'amministrazione⁷⁰; la stessa CGUE ha più volte richiamato lo stretto legame tra massima apertura alla concorrenza e *value for money* (inteso quale interesse dell'amministrazione ad avere «un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività») per giustificare decisioni sfavorevoli nei confronti degli Stati membri, in quanto limitative della loro autonomia regolativa⁷¹.

70 Cfr. Considerando n. 2 della direttiva 2014/24/UE. In dottrina, cfr. M.P. CHITI, *Principi*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, *Fonti e principi. Ambito. Programmazione e progettazione*, Milano, Giuffrè 2019, p. 285 ss. e M.E. COMBA, *Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of laws*, in F. LICHÈRE, R. CARANTA, S. TREUMER (a cura di), *Modernising Public Procurement: The new Directive*, Copenhagen, DJØF Publishing, 2014, p. 29 ss.

71 Corte giust. 23 dicembre 2009, C-305/08, *Conisma*, p. 37, poi ripresa in altre decisioni (18 dicembre 2014, C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi*, 34; 10 ottobre 2013, C-94/12, *Svm Costruzioni*, p. 32).

Nonostante tali riscontri, risulta assolutamente convincente quella dottrina che, in senso contrario, ha ben messo in evidenza come il *value for money* non vada annoverato tra i beni giuridici direttamente tutelati dalle direttive sui *public procurement*⁷²; ciò in virtù della loro base giuridica ancorata nel diritto Ue del mercato interno (*supra*) e dell'impossibilità di intendere questo quale «*a value-free synonym for general economic governance*»⁷³. Al più, può ritenersi condivisibile la tesi⁷⁴ che, sempre con riguardo alle finalità dell'intervento UE sul settore, tende a distinguere tra un *approccio giuridico* (volto ad assicurare effettività alle libertà di circolazione previste dai trattati) e un *approccio economico* (con finalità più ampie, tra cui il *value for money*); ciò alla sola condizione, però, che si precisi come esclusivamente la prima finalità (garanzie delle libertà di circolazione) possa giustificare limitazioni all'autonomia regolativa e istituzionale degli Stati membri.

Le posizioni delle Istituzioni UE sopra richiamate rischiano quindi di risultare fuorvianti e di ingenerare confusione tra gli operatori del settore⁷⁵. In ogni caso, esse non dovrebbero esser intese quale tentativo di internalizzazione europea dell'obiettivo del *value for money*, in termini tali, peraltro, da legittimare le Istituzioni UE a imporre questo obiettivo agli Stati membri secondo un approccio *top-down*, eventualmente dopo averlo conformato e/o rielaborato secondo la logica della efficienza meramente economica. Diversamente, l'enfasi delle ultime direttive per l'efficienza della spesa pubblica e la qualità delle commesse andrebbe intesa quale (maggiore) riconoscimento e rispetto delle politi-

72 Oltre a M.E. COMBA, *op. ult. cit.*, p. 4 e 47, si v. R. CARANTA, *The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works*, cit., p. 403 ss.; S. ARROWSMITH, *Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform*, in *The Cost of Different Goals of Public Procurement*, Swedish Competition Authority, 2012, p. 44 ss., in part. 85 e A. HEIMLER, *Appalti pubblici, prassi applicative e controlli: quale spazio per gli aspetti sostanziali*, in *Merc. conc. reg.*, 2015, 1, p. 181 ss., in part. 184.

73 Così l'Avvocato generale Fennelly nelle conclusioni del 15 giugno 2000, relative alla causa C-376/98, *Germani c. Parlamento e Consiglio*, p. 83 richiamato da S. ARROWSMITH, *op. loc. ult. cit.*

74 C. BOVIS, *EU public procurement law*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2012, p. 4 ss.

75 Così S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK, *Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles*, in IID. (a cura di), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, 2009, p. 30. Nella direzione contestata v., da ultimo, Cons. St., sez. V, 20 settembre 2021, n. 6402 secondo cui obiettivo di fondo della normativa euro-unitaria pro-concorrenziale sarebbe quello di garantire la migliore offerta al consumatore, più innovativa e maggiormente attrattiva.

che pubbliche nazionali di settore mirate al perseguimento di finalità che rimangono proprie di tali ordinamenti. In tal modo trovando conferma sia il riallineamento delle finalità del settore (*supra*), sia la prospettazione delle direttive europee quali testi normativi «*consapevolmente parziali*» e «*non autosufficienti*»⁷⁶, le cui finalità vanno amalgamate e bilanciate con gli interessi propri del livello di governo nazionale.

Quanto appena osservato consente un'indicazione ulteriore, di rilievo generale, nell'economia del ragionamento intrapreso: il fatto che la base giuridica delle direttive sui *public procurement* vada rintracciata in disposizioni del TFUE, quali quelle sul diritto del mercato interno, diverse dagli artt. 101 ss. (*i.e.* le uniche previsioni generali del diritto europeo in tema di concorrenza), rappresenta il punto da cui muovere per prospettare una diversa lettura di *contenuto* e *tipologia* delle finalità concorrenziali della regolazione UE sui contratti pubblici, nonché per attribuire alla concorrenza un *ruolo* differente da quello di principio generale della materia.

Quella del rapporto tra diritto UE del mercato interno e diritto UE della concorrenza è questione certamente complessa e tuttora dibattuta; gli studi sul tema consentono comunque di affermare che questi due sistemi regolativi si differenziano tra loro solo non solo sul piano operativo (ad es. per modalità di funzionamento, ambito di applicazione e sistema di *enforcement*)⁷⁷ ma anche sul piano finalistico⁷⁸; e ciò ancorché parte della dottrina ravvisi un processo di progressivo riavvicinamento. D'altronde, senza che si intenda mettere in discussione il comune obiettivo di fondo (il mercato interno), appare abbastanza

76 F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più*, cit., cap. IV

77 Si v. da ultimo le conclusioni dell'Avv. Generale Medina del 3 febbraio 2022 relative alla causa C-436/20 *ASADE*, p. 52 ove si osserva come le nozioni di «*servizi di interesse generale*» e di «*attività economica*» sviluppate nel settore degli appalti pubblici e nel contesto della libertà fondamentali tendono variare rispetto a quelle sviluppate in altri settori, quale il diritto della concorrenza e degli aiuti di stato. Sul punto sia consentito rinviare a E. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2017, p. 1113 ss., in part. 1137 ss.

78 D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel Diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2010, 18 ss.

evidente come tali sistemi regolativi vi contribuiscono con modalità e forme differenti.

Il *diritto antitrust* si è progressivamente emancipato dalla funzione di integrazione dei mercati, risultando oggi prevalente il suo ruolo di tutela e promozione del funzionamento corretto e concorrenziale del mercato, con un peso significativo riconosciuto al perseguimento dell'efficienza economica e allocativa; e ciò al netto dell'ampissimo dibattito sulle finalità ultime di questo sistema regolativo che, comunque, non impedisce di rintracciare il bene giuridico tutelato nella concorrenza come istituzione e non, invece, nelle posizioni individuali dei singoli *competitor*. Peraltro, autorevole dottrina ha osservato come, considerando le più recenti politiche *antitrust* di livello europeo e nazionale, può ritenersi prevalente una *concezione funzionale* di concorrenza intesa quale processo di interazione dinamica e innovativa tra imprese ("poche o molte non importa"), che assumono decisioni e agiscono in maniera tale da posizionarsi nel modo migliore nel mercato. Di contro, rimarrebbe sullo sfondo l'altro protagonista della «grande dicotomia» che ha tradizionalmente caratterizzato la teoria della concorrenza, ovvero la *concezione statica e strutturalistica* della stessa, da intendersi quale garanzia del pluralismo del mercato⁷⁹ (il che vale, a maggior ragione, se il pluralismo è inteso quale riflesso della tutela di libertà economiche individuali⁸⁰).

79 M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. Diritto – Annali III*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 195 ss., 217 ss. e 240 ss.; ID., *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 36 ss. e 546 ss. Nella stessa direzione, da ultimo, F. DECAROLIS, A. HEIMLER, *I contratti pubblici: derogare alle regole o insegnarne il rispetto?*, in *Merc. conc. reg.*, 2021, 2, p. 367 ss., in part. 370 ove si osserva che la nozione di concorrenza sviluppata nell'Unione europea nel settore dei contratti pubblici, «intesa soprattutto come partecipazione al mercato, indipendente da qualsiasi giustificazione in termini di efficienza» non è la nozione di concorrenza dell'*antitrust* e neanche quella degli economisti: «in questi ambiti si discute e si promuove la concorrenza esclusivamente in termini di rivalità tra concorrenti, non come diritto alla partecipazione al mercato»; ciò nell'ottica di «fornire alle imprese gli incentivi necessari a realizzare beni e servizi che soddisfino sempre meglio le esigenze dei consumatori», mentre «promuovere la partecipazione delle imprese al mercato non necessariamente conduce alla massimizzazione della soddisfazione».

80 M. LIBERTINI, *Sulla nozione di libertà economica*, in *Contr. impr.*, 2019, 4, p. 1255 ss., in part. 1265 ss.

È *ictu oculi* manifesta la differenza con il *diritto Ue del mercato interno* e, in particolare, con le quattro libertà di movimento che, pur non prive di una finalità sistemica (la costruzione del mercato unico), possono considerarsi quali norme attributive di posizioni giuridiche soggettive agli operatori economici, tutelate dal diritto UE a prescindere dall'entità dell'impatto della misura nazionale sull'obiettivo sistemico⁸¹. Questo obiettivo, inoltre, non pare del tutto assimilabile a quello proprio del diritto *antitrust*: nel caso delle quattro libertà di circolazione, per quanto sia ravvisabile un impatto sulle condizioni di competizione tra le imprese⁸², risulta senz'altro prevalente la *funzione di "costruzione"* del mercato unico, allo scopo di integrare i singoli mercati nazionali; una *dimensione strutturale* (chi e come vi partecipa) del mercato, quindi, piuttosto che una dinamica/evolutiva (come esso deve funzionare). Peraltro, spesso rimane sullo sfondo il perseguimento dell'efficienza allocativa ed economica, in più occasioni postergato all'obiettivo di favorire gli scambi transfrontalieri⁸³.

Questi tratti caratterizzanti il diritto UE del mercato interno trovano riscontro anche nel sub-settore regolativo dei contratti pubblici, potendosi ravvisare una tendenziale coerenza e convergenza delle rispettive dinamiche evolutive (es. passaggio dall'integrazione negativa a quella positiva; passaggio dall'iniziale contrasto alle sole misure discriminatorie al successivo affermarsi del principio di parità di trattamento, nonché dell'obiettivo di abolizione delle barriere all'accesso al mercato, non solo quelle discriminatorie). D'altronde, sempre a conferma della comune conformazione di questi settori regolativi (quello generale del mercato interno e quello settoriale dei *public procurement*), va evidenziato

81 Cfr. G.T. DAVIES, *Between market access and discrimination: free movement as a right to fair conditions of competition*, in P. KOUTRAKOS, J. SNELL (a cura di), *Research Handbook on the Law of the EU's Internal Market*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2017, p. 26 ss.

82 Ad esempio, il principio del mutuo riconoscimento – nella misura in cui impone allo Stato ospitante di consentire l'ingresso dei prodotti rispettosi delle regole fissate nello Stato di provenienza – contribuisce a conformare le regole che gli operatori economici devono rispettare quando esercitano un'attività economica e, quindi, finisce per incidere sulle condizioni di competizione tra operatori nazionali e operatori stranieri.

83 Nel senso che la logica europea volta ad allargare la partecipazione alla gara non sempre favorisce il conseguimento di «*valore in cambio di denaro*», cfr. F. DECAROLIS, A. HEIMLER, *op. ult. cit.*, 370-371 e 381.

come i giudici europei, a parte limitate eccezioni⁸⁴, hanno sempre affrontato le questioni riguardanti i contratti pubblici secondo categorie, canoni di ragionamento e percorsi argomentativi propri del diritto Ue del mercato interno. È infatti costante la massima, coerente con la base giuridica delle direttive, secondo cui l'intervento Ue sul settore «è diretto ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci»; il bene giuridico tutelato, pertanto, è la posizione giuridica individuale, ovvero l'interesse «degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro»⁸⁵.

Non mancano, a dire il vero, decisioni che attribuiscono alle direttive anche un obiettivo sistemico, ovvero l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza e, quindi, il pluralismo nel mercato (micro)⁸⁶; tuttavia, ammesso che questo vada effettivamente considerato quale *obiettivo diretto* delle direttive (*infra*), in ogni caso si tratterebbe di una concezione statico/strutturale di concorrenza non del tutto sovrapponibile a quella dinamica e funzionale oggi propria del diritto *antitrust*.

Alla convergenza con il diritto Ue del mercato interno, fanno da contraltare evidenti divergenze tra il settore dei contratti pubblici (e la sua disciplina) e altri settori incentrati, invece, sul principio di concorrenza, a partire dal fatto che l'ordinamento sovranazionale non prevede la costituzione di un'apposita Autorità di regolazione, imposta invece in diversi settori oggetto di liberalizza-

84 L'eccezione più rilevante rimane la nota decisione Cort. giust. 7 ottobre 2004, causa C-247/04, *Sintesi* con la quale è stata ritenuta contraria al diritto Ue una previsione della legge Merloni che prevedeva, in via generale e astratta, il prezzo più basso quale unico criterio di aggiudicazione. Secondo la Corte, nel privare le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari del singolo appalto, tale misura impediva loro di scegliere «il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta». Così motivata, tale decisione sembrerebbe attribuire alle direttive una funzione di allocazione ottimale delle risorse, che va ben oltre la mera garanzia delle libertà individuali di circolazione.

85 Corte giust., 12 dicembre 2002, C-470/99, *Universal-Bau*, p. 41 ma nello stesso senso, *ex multis*, 18 giugno 2002, C-92/00, *Hospital Ingenieure*, p. 43; 3 ottobre 2000, C-380/98, *University of Cambridge*, p. 16; 18 ottobre 2001, C-19/00, *SIAC Construction*, p. 32; 2 giugno 2016, C-410/14, *Dr. Falk Pharma GmbH*, p. 35.

86 *Infra* § 5, *sub* nt. 127.

zione e successiva regolazione⁸⁷. Peculiari sono, d'altronde, le dinamiche concorrenziali che si sviluppano nel settore oggetto di analisi, ove la competizione tra imprese non è libera di esplicarsi secondo il suo incedere naturale, ma può innanzitutto svolgersi nei limiti in cui gli operatori economici si conformino alle prescrizioni contenute nella legge generale e in quella speciale, che creano un "mercato artificiale" nel quale competere⁸⁸. Proprio per sottolineare come alcune caratteristiche disciplinari dei *public procurement* risultino per certi versi antitetiche rispetto alle logiche di altri mercati incentrati sul principio di concorrenza, è stato autorevolmente sottolineato che la scelta del contraente a trattativa privata, «*momento fisiologico*» del gioco competitivo, nel settore dei contratti pubblici sia considerata una restrizione della concorrenza ed è, infatti, consentita in termini residuali⁸⁹.

Quanto fin qui osservato consente di prospettare, sinteticamente, un inquadramento del contenuto e della tipologia delle finalità concorrenziali della regolazione Ue sui contratti pubblici alternativo a quello descritto nel precedente paragrafo, come pure di mettere in discussione il ruolo centrale attribuito al principio di concorrenza e l'accostamento tra le finalità competitive proprie della disciplina sui contratti pubblici e quelle invece caratterizzanti gli artt. 101 ss. del TFUE. D'altronde, pur non potendosi negare che una disciplina volta ad assicurare l'effettività delle libertà di circolazione degli operatori economici rispetto all'attività contrattuale dell'amministrazione risulti coerente rispetto a un

87 Per un'analisi delle differenze tra la regolazione del mercato dei contratti pubblici e la regolazione che caratterizza altri mercati, cfr. L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, 2, p. 73 ss., in part. 77 e ID., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5, p. 605 ss.

88 S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione pubblici*, *Riv. reg. merc.*, 2016, 1, p. 23 ss. Sulle differenze tra i "mercati pubblici" (incentrati sul pubblico interesse) e i "mercati privati" (incentrati sulla massimizzazione del profitto), cfr. C. BOVIS, *The Liberalisation of Public Procurement and its Effects on the Common Market*, Aldershot-Brookfield, Routledge, 1998, p. 5 ss.; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., p. 36 ss.

89 M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, cit., 546-547, secondo cui spesso si confonde il principio di massima partecipazione alle gare con la tutela della concorrenza; in termini simili v. M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, cit., p. 88. In una direzione simile, v. da ultimo F. DECAROLIS, A. HEIMLER, *op. loc. ult. cit.* (si v. in part. i passaggi richiamati *sub* nt. 79).

sistema economico basato sulla concorrenza, ciò non è sufficiente per assimilare le procedure concorsuali per la scelta dell'aggiudicatario all'economia di concorrenza⁹⁰.

La concorrenza «libera» ed «effettiva» cui fanno riferimento le direttive non dovrebbe risultare necessariamente riconducibile e assimilabile a quella tutelata e promossa dal diritto della concorrenza e caratterizzante altri mercati, ma va inquadrata nell'ambito della tutela delle libertà di circolazione dei soggetti interessati a divenire contraenti dell'amministrazione. In questa direzione, appare del tutto convincente l'accostamento dei meccanismi di selezione dell'aggiudicatario nel settore dei *public procurement* alle dinamiche competitive che discendono dal rispetto dei principi di eguaglianza, parità di trattamento, imparzialità, pubblicità e trasparenza allorquando l'amministrazione pubblica distribuisce risorse scarse (es. concessione di uso esclusivo di beni demaniali ai sensi dell'art. 12 della direttiva 2006/123/Ce, assunzione di dipendenti pubblici, etc.)⁹¹. Legislatori e amministrazioni nazionali devono infatti operare in conformità a regole e principi contenuti nelle direttive sui contratti pubblici che sono riconducibili alle (ed espressione delle) previsioni del trattato sulle libertà di circolazione e, quindi, direttamente rivolte all'abolizione delle barriere – non solo quelle discriminatorie – all'accesso al mercato (es. disciplina sull'avvalimento, sul subappalto, sui raggruppamenti etc.) e a garantire condizioni di eguaglianza tra gli offerenti, rispetto alle quali risultano funzionali, tra gli altri, gli obblighi di trasparenza e obiettività⁹².

90 Così F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'unione e nella costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 5, p. 723 ss., in part. 730 ss.

91 M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in AA. VV., *Atti del 61° convegno di studi di scienza dell'Amministrazione – Varenna 2015*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 277 ss.

92 Conclusioni dell'Avvocato generale Jacob del 10 maggio 2001, C-19/00, SIAC, p. 33, richiamate anche da S. ARROWSMITH, *Understanding the purpose of the EU's procurement directives*, cit., p. 72 ss.

Si condivide quindi l'inquadramento della *concorrenza effettiva* quale mera «ricaduta pratica»⁹³ ovvero quale «esito»⁹⁴ del rispetto, da parte dei poteri pubblici, di una disciplina di settore che non solo non è espressione del principio di concorrenza in senso proprio, ma nemmeno riconosce e attribuisce a tale principio una funzione di “guida” delle scelte degli attori nazionali.

Questa conclusione necessita ulteriori precisazioni, innanzitutto per chiarire perché essa si ritiene perfettamente compatibile con l'art. 18, par. 1 della direttiva appalti sul divieto di limitare artificialmente la concorrenza e con l'art. 30, co. 1 del Codice dei contratti pubblici che annovera la libera concorrenza tra i principi generali della materia.

Prima di procedere in tale direzione, tuttavia, pare opportuno osservare come il mancato riconoscimento di un ruolo centrale nella disciplina del settore al principio di concorrenza consenta di mettere in correlazione le considerazioni sin qui svolte con quella tesi che attribuisce alla concorrenza un ruolo *meramente strumentale* rispetto al raggiungimento degli obiettivi direttamente perseguiti dalle direttive. Nello specifico, secondo Arrowsmith la previsione di procedure di selezione incentrate sulla competizione tra gli offerenti risponderebbe a «*transparency reasons*», consentendo cioè di limitare la discrezionalità delle stazioni appaltanti e di impedire loro di compiere scelte arbitrarie (cd. «*constraints on discretion*»), anche in virtù della funzione di monitoraggio svolta dagli operatori economici che tali procedure finiscono per stimolare. Tutto ciò risulterebbe strumentale a garantire effettività alle libertà di circolazione e, nello specifico, all'abolizione delle barriere all'accesso al mercato e ad assicurare di condizioni di eguaglianza tra gli offerenti⁹⁵. Questa tesi, è bene precisare, non mette in discussione il rapporto di stretta consequenzialità che si può spesso ravvisare

93 Così M. CLARICH, *op. loc. ult. cit.* il quale osserva come «*il rispetto della par condicio e gli obblighi di pubblicità rappresentano tre aspetti fondamentali (...) che si possono dedurre direttamente dai principi del trattato diversi dal principio della concorrenza*».

94 Così M.P. CHITI, *La disciplina degli appalti pubblici e delle concessioni*, in G. PIZZANELLI (a cura di), *Passato e presente del diritto amministrativo. Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, Napoli, 2017, p. 214, secondo il quale la concorrenza, malgrado sia stata spesso considerata l'interesse pubblico primario che giustifica l'intervento Ue sul settore, «*in realtà rappresenta uno sviluppo collaterale – o meglio l'esito – della realizzazione effettiva delle quattro libertà*» di circolazione.

tra concorrenza e *value for money* ma, in linea con l'impostazione sopra richiamata, esclude che quest'ultimo possa essere annoverato tra gli obiettivi che giustificano l'intervento UE sul settore dei contratti pubblici.

4.1. (Segue). L'assenza di previsioni normative ostative alla lettura proposta

La lettura restrittiva delle finalità (concorrenziali) delle direttive e del ruolo della concorrenza sopra suggerita richiede di soffermarsi su alcune previsioni, europee e nazionali, che a una prima lettura potrebbero apparire con essa contrastanti.

In primo luogo, l'ultimo periodo dell'art. 18, par. 1, della direttiva 2014/24/UE ai sensi del quale la «concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva *né di limitare artificialmente la concorrenza*»⁹⁶.

Come già anticipato, secondo parte della dottrina questa disposizione – nonostante alcune incertezze derivanti dalla sua formulazione finale⁹⁷ – avrebbe riconosciuto la centralità della concorrenza nella disciplina di settore, consacrando il suo ruolo di principio generale della materia⁹⁸. Molto simile appare la posizione espressa sul punto dall'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona secondo cui la disposizione in oggetto costituirebbe una specificazione, per il settore dei contratti pubblici, del più generale obbligo di cui all'art. 106 del TFUE di rispettare le regole relative alla libera concorrenza⁹⁹. Sono tuttavia state prospettate letture differenti dell'art. 18, par. 1 della direttiva 2014/24/UE

95 S. ARROWSMITH, *The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2012, 14, p. 13 ss., in part. 17 e 26 ss.

96 Corsivo per enfasi.

97 Cfr. la proposta del 20 dicembre 2011, Bruxelles, COM(2011) 896 def., il cui art. 15 si limitava a prevedere che: «*La concezione della procedura di appalto non è finalizzata (...) a limitare artificialmente la concorrenza*».

98 Cfr. A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the Eu Competition Rules*, cit., p. 214 ss.; ID., *A deformed principle of competition?*, in G.S. ØLYKKE, A. SANCHEZ GRAELLS (a cura di), *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2016, p. 80 ss.

99 Conclusioni del 29 gennaio 2020 relative alla causa C-796/18, ISE, p. 91 ss.

volte a escludere che il divieto di «*limitare artificialmente della concorrenza*» presenti una valenza prescrittiva ulteriore a quella già ricavabile dai principi generali richiamati dal primo periodo della medesima disposizione, in particolare la parità di trattamento¹⁰⁰.

A favore di questa seconda soluzione interpretativa, cui si ritiene di aderire, depone innanzitutto il dato normativo. Nella formulazione finale dell'art. 18, infatti, viene precisato che la concorrenza è da ritenersi limitata artificialmente «laddove la concezione della procedura d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare *indebitamente* taluni operatori economici»¹⁰¹ (l'espressione «*indebitamente*» dovrebbe far riferimento all'assenza di specifiche e ragionevoli esigenze di interesse generale e/o strumentali ai compiti dell'amministrazione, che la stessa intende soddisfare con il contratto, nel rispetto ovviamente del canone della proporzionalità). Oltretutto, fino a ora la CGUE non ha mai attribuito al divieto in questione un contenuto precettivo aggiuntivo rispetto a quello già ricavabile dai principi generali¹⁰²; anzi, non può dirsi andato a buon fine il farraginoso tentativo di procedere in tal senso compiuto dall'Avvocato generale Tanchev nelle conclusioni relative alla causa C-589/19. Infatti, dopo aver osservato che l'inclusione del divieto di limitazione artificiale della concorrenziale nell'art. 18, par. 1 richiede di attribuirgli una «*portata più ampia*» rispetto ai principi generali, l'Avvocato generale non ha illustrato con chiarezza in cosa consisterebbe questo valore precettivo ulteriore, finendo per ricondurre a tale divieto comportamenti comunque contrari alla proporzionali-

100 Così M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, cit., 86 e S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement. Regulation in the EU and UK*, vol. I, 3° ed., Londra, 2014, p. 253.

101 Corsivo per enfasi.

102 V., in tal senso, la giurisprudenza in tema di specifiche tecniche che ha sempre fatto coincidere, nella sostanza, il divieto di redigerle in modo da restringere artificialmente la concorrenza con il rispetto del principio di parità di trattamento; tale interpretazione non è mutata nemmeno dopo l'entrata in vigore dell'art. 18, par. 1, della direttiva 2014/24/UE, v. Corte giust. 22 ottobre 2015, C-552/13, *Grupo Hospitalario Quirón* (e le relative conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar, 40 ss.); 25 ottobre 2018, C-413/17, *Roche Lietuva* e 6 ottobre 2021, C-589/19, *CONA-CEE*. Cfr. altresì Corte giust. 28 maggio 2020, C-796/18, *ISE* ove la CGUE ha assunto una posizione differente (nelle modalità argomentative più che nelle conclusioni) rispetto a quella richiamata nel testo dell'Avvocato generale.

tà (p. 80) e alla parità di trattamento (p. 81)¹⁰³. D'altronde, i limiti che questi principi impongono alla discrezionalità della stazione appaltante, se correttamente intesi e rispettati, risultano sufficienti al raggiungimento dell'obiettivo per cui è stato positivizzato il divieto in questione, ovvero contrastare le pratiche di «*tailor-made procurement design*»¹⁰⁴.

Per riassumere, il divieto di limitare artificialmente la concorrenza può essere considerato una “previsione manifesto” dall'importante rilievo simbolico per il contrasto alla inaccettabile pratica dei “bandi-fotocopia”, ma priva di valenza regolativa e precettiva autonoma rispetto a quella già ricavabile dai principi generali della materia.

In secondo luogo, sempre a livello di direttive UE si rintracciano alcune previsioni volte a tutelare non tanto la concorrenza micro (*i.e.* la competizione nella singola gara), bensì la concorrenza macro e il corretto funzionamento del mercato¹⁰⁵; il che, potrebbe sostenersi, finisce per avvalorare quelle prospettazioni (la sovrapposizione tra finalità del diritto dei contratti pubblici e diritto della concorrenza) e quelle immagini (la stazione appaltante quale soggetto regolatore della competizione tra imprese) che si sta cercando di mettere in discussione. In realtà, stante il carattere specifico di queste disposizioni, peraltro numericamente più limitate di quanto potrebbe dedursi dall'analisi del *case law*

103 Conclusioni del 29 aprile 2021 relative alla causa C-589/19, *CONACEE*.

104 Così C. RISMIG HAMER, M. ANDHOV, *Art. 18 – Public procurement principles*, in R. CARANTA – A. SANCHEZ GRAELLS (eds), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar 2021, p. 196 ss.

105 In questa direzione, oltre all'art. 57, co. 4, lett. d) che prevede l'esclusione in caso di accordi intesi a falsare la concorrenza (i quali, comunque, incidono sull'affidabilità del contraente), si può richiamare l'art. 50, par. 4 della direttiva appalti in tema di «avvisi relativi agli appalti aggiudicati» che dispone la non pubblicazione di talune informazioni quando la loro divulgazione possa, tra gli altri, recare pregiudizio alla concorrenza leale tra operatori economici. Inoltre, anche l'art. 46, par. 2 della medesima direttiva, nella misura in cui legittima la stazione appaltante a inserire negli atti di gara il cd. «vincolo di aggiudicazione» (*rectius*, un limite al numero di lotti che possono essere aggiudicati a un singolo offerente), può rivelarsi funzionale a tutelare la concorrenza macro (*i.e.* «evitare posizioni monopolistiche o concentrazioni di potere economico imputabili ad un unico centro di interesse nella fase esecutiva», così Cons. St., sez. III, 18 gennaio 2021, n. 505 e 9 giugno 2020, n. 3683); e ciò ancorché si ritiene che il legislatore Ue abbia introdotto questa previsione principalmente in un'ottica di *favor* per l'accesso al mercato delle PMI.

nazionale¹⁰⁶, pare davvero arduo farvi discendere il ruolo della concorrenza quale principio generale del settore¹⁰⁷. Di guisa che, nel riflettere l'intenzione del legislatore UE di prevenire o limitare possibili impatti anticoncorrenziali delle procedure di aggiudicazione, esse andrebbero preferibilmente considerate come uno dei plurimi collegamenti normativi tra il sistema dei contratti pubblici e il diritto della concorrenza¹⁰⁸.

Va in terzo luogo chiarito, con riguardo al contesto nazionale, che nemmeno il richiamo al principio di libera concorrenza contenuto nell'art. 30, co. 1, del Codice dei contratti dovrebbe necessariamente contraddire la lettura delle finalità concorrenziali della disciplina dei contratti pubblici proposta nel precedente paragrafo. A tal proposito, vero è che rientra nel margine di apprezzamento proprio dei legislatori nazionali la possibilità di attribuire alla disciplina di settore un assetto concorrenziale qualitativamente e/o quantitativamente diverso e più marcato rispetto al minimo imposto dall'ordinamento sovranazionale¹⁰⁹; e che, prendendo le mosse da tale osservazione, si potrebbe affermare che il legislatore statale, con l'art. 30, co. 1 del Codice, avrebbe scelto di attribuire alle finalità concorrenziali della disciplina dei contratti pubblici un "ruo-

106 Si pensi alla disciplina sulla valutazione di anomalia, la cui funzione è la tutela della qualità delle offerte e, in particolare, evitare il rischio di affidare il contratto a un prezzo così basso da incentivare l'aggiudicatario a non completare l'opera o a darvi esecuzione in modo negligente; tuttavia, sia in dottrina sia in giurisprudenza non manca chi vi attribuisce una funzione ulteriore: attraverso la valutazione di anomalia l'amministrazione dovrebbe assicurare il corretto funzionamento del mercato e tutelare la concorrenza, risultando quindi tenuta, ad esempio, a respingere le offerte cd. predatorie.

107 In tal senso S. ARROWSMITH, *The law of public*, vol. I, cit., p. 170 e ID., *The Purpose of the EU*, cit., p. 32

108 In particolare, va ricordato che la disciplina *antitrust* trova applicazione all'attività degli operatori economici che operano nel mercato dei contratti pubblici. L'azione della p.a., nella veste di acquirente e le regole che la disciplinano, costituiscono, infatti, un terreno molto fertile per la diffusione di pratiche anticoncorrenziali degli operatori economici (boicottaggi delle gare, offerte di comodo, etc.). Si tratta di pratiche che compromettono non solo il corretto funzionamento del mercato, ma anche il perseguimento degli interessi pubblici sottesi alla singola procedura di aggiudicazione; pertanto, nell'esercitare i suoi poteri di *enforcement* nei confronti delle imprese che partecipano alla gara, l'AGCM svolge un ruolo di tutela del funzionamento concorrenziale del mercato che risulta senz'altro funzionale agli obiettivi al cui perseguimento è direttamente rivolto il diritto dei contratti pubblici, ovvero il *best value for money* e la garanzia di effettività delle libertà economiche di movimento.

109 In tal senso si è espressa, in più occasioni, la Corte Costituzionale; da ultimo, cfr. sent. n. 100/2020 sull'art. 192, co. 2 del Codice in tema di (limiti agli) affidamenti *in house*.

lo” (principio generale) e un “contenuto” (la concorrenza in senso proprio di cui agli artt. 101 ss. del TFUE) diverso e più intenso di quello ricavabile dalle direttive europee.

Si ritiene, tuttavia, di poter escludere questa conclusione. Innanzitutto perché non si rintracciano nella regolamentazione nazionale della materia (ulteriori) previsioni da cui poter ricavare questa intenzione del legislatore italiano di discostarsi, nei termini appena chiariti, dalle finalità concorrenziali della disciplina UE di settore¹¹⁰; anzi, la dottrina ha ben messo in evidenza gli effetti anti-competitivi che, seguendo una concezione dinamica e funzionale di concorrenza, possono addebitarsi ad alcune regole autonomamente introdotte dal legislatore nazionale¹¹¹. Inoltre, dall'elenco di principi contenuto all'art. 30 del Codice salta all'occhio la mancanza di ogni riferimento al principio di parità di trattamento¹¹², risultando così possibile affermare che, tramite il richiamo alla libera concorrenza, il Codice in realtà intenda far riferimento al principio di parità di trattamento¹¹³. A ben vedere, tale scelta avrebbe una sua logica, esprimendo la volontà del legislatore nazionale di enfatizzarne la *valenza sostanziale* della parità di trattamento, ben riassunta dalla CGUE con il richiamo all'esigenza di assicurare che «*situazioni analoghe non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, salvo che ciò non risulti obiettivamente giustificato*»¹¹⁴.

A conferma di questa prospettazione (libera concorrenza di cui all'art. 30 del Codice da intendere quale parità di trattamento) si tenga presente che, in

110 Come già precisato (*supra* § 2, *sub* nt. 46), si ritiene che la concorrenza tutelata e promossa dal Codice dei contratti pubblici costituisca il riflesso di quella operante a livello di direttive europee.

111 CFR. DECAROLIS, A. HEIMLER, *I contratti pubblici*, cit., 571 ss. in relazione al principio di rotazione previsto per gli affidamenti sottosoglia. Principio di rotazione che, si ritiene, risponde a esigenze di prevenzione e contrasto della corruzione e della malamministrazione, più che a una logica pro-concorrenziale (almeno quella propria dell'ordinamento Ue)..

112 Assenza di richiami alla parità di trattamento che non sembra potersi considerare assorbita dal riferimento alla non discriminazione, stante le differenze tra questi due principi; cfr. S. VALAGUZZA, *Sustainable Development in Public Contracts. An Example of Strategic Regulation*, Napoli, 2016, p. 69 ss.

113 Nella direzione suggerita, si tenga peraltro presente il carattere innovativo dell'art. 30 del Codice rispetto all'art. 2 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che, nell'elencare dei principi della materia, faceva riferimento sia alla libera concorrenza sia alla parità di trattamento.

114 Corte giust. 3 marzo 2005, cause riunite C-21/03 e C-34/03, *Fabricom*, p. 26 e 27.

più occasioni, la stessa Corte di giustizia ha precisato come il principio di parità di trattamento colga l'essenza della disciplina Ue in materia di appalti pubblici nella misura in cui, imponendo un analogo trattamento delle situazioni che si trovano in un'analogo posizione di mercato (cd. *comparable competitive position in the commercial market*), finisce tendenzialmente per riassumere il disegno regolatorio dell'ordinamento sovranazionale: consentire all'operatore economico di poter competere con pari possibilità di successo a fronte della domanda di prestazioni originata dalle pubbliche amministrazioni operanti nello spazio europeo¹¹⁵.

In quarto e ultimo luogo, pare opportuno precisare che indicazioni nel senso che la disciplina sui contratti pubblici sia incentrata sul principio di concorrenza non possono in alcun modo ricavarsi dalla lettura dilatata ed estensiva fatta propria dalla Corte Costituzionale della competenza statale in tema di concorrenza ex art. 117, co. 2, lett. e) che, come ben noto, è risultata tale da rendere fin troppo marginali gli spazi di intervento sul settore dei legislatori regionali¹¹⁶. Invero, come correttamente osservato in dottrina, questa posizione è funzionale a esigenze di uniformità, volendo evitare «*il rischio di una balkanizzazione regione per regione dei regimi delle procedure per l'aggiudicazione dei contratti pubblici*»¹¹⁷; d'altronde, la Corte Costituzionale è molto attenta nel distinguere la funzione concorrenziale delle norme sui contratti pubblici da quelle «*norme antitrust*» e dalle «*norme di liberalizzazione*», volte a favorire la concorrenza nel mercato¹¹⁸. A ben vedere, tuttavia, questa lettura dilatata della competenza statale ex art. 117, co. 2, lett. e), che in teoria dovrebbe servire solo per ripartire la potestà legislativa tra Stato e Regioni, potrebbe non risultare neutra rispetto alla concezione delle finalità concorrenziali della disciplina di settore: si ritiene, in-

115 *Ex multis*, Corte giust. 22 giugno 1993, C-243/89; 16 dicembre 2008, C-213/07, *Michaniki*, p. 45; 4 ottobre 2012, C-502/11, *Vinaiò dei Molini*, p. 38.

116 Per autorevoli critiche a questa giurisprudenza, cfr. M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in *Merc. conc. reg.*, 3, 2014, p. 529; F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza"*, cit., p. 45.

117 M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, cit., p. 280.

118 Cfr. Corte Cost., sent. nn. 56 del 2020, 137 del 2018 e 83 del 2018.

fatti, che essa possa aver influito su alcune posizioni della Corte costituzionale contraddistinte da una interpretazione estensiva (e non del tutto convincente) di tali finalità¹¹⁹.

In questa direzione può ad esempio richiamarsi la pronuncia n. 4/2022 con la quale è stata ritenuta incostituzionale una disciplina regionale che, transitoriamente (*i.e.* in risposta alla crisi sanitaria), consentiva alle amministrazioni aggiudicatrici regionali di introdurre criteri premiali per gli operatori economici che si impegnavano a utilizzare manodopera regionale. Al netto dei profili di possibile discriminatorietà, non risulta ben chiaro in che termini la disposizione contestata contrastasse con «*l'esigenza di assicurare procedure di evidenza pubblica uniformi su tutto il territorio nazionale*»¹²⁰. O meglio, non è ben chiaro da dove la Corte costituzionale abbia ricavato la posizione giusta la quale, rispetto alla scelta dei criteri di aggiudicazione di un singolo affidamento, rilevino particolari *esigenze di uniformità*; si consideri, invero, che l'art. 95 del Codice si limita a prevedere un elenco meramente esemplificativo di criteri sociali e ambientali cui è possibile far riferimento negli atti di gara, rimettendo di fatto la scelta alle singole stazioni appaltanti. Anzi, si potrebbe financo sostenere che la posizione della Corte finisca per pregiudicare le stesse esigenze che intendeva tutelare: stante la genericità sul punto della disciplina statale, una normativa regionale volta a orientare le scelte di sostenibilità dei propri apparati potrebbe financo rafforzare le esigenze di uniformità del mercato (oltre a dover essere giudicata con favore in una logica “adattiva” e di “prossimità” rispetto alle specifiche esigenze sociali di un territorio di riferimento).

Per riassumere, nessuna delle previsioni considerate appare realmente ostativa alla lettura suggerita, volta a escludere che la concorrenza costituisca un principio generale della materia che, in quanto tale, permeerebbe la discipli-

119 Si può richiamare sul punto la condivisibile intuizione di F. FRACCHIA, *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in *Foro it.*, 2011, 4, 112. secondo cui la soluzione ricercata dalla Corte costituzionale per affrontare un problema di competenze legislative tra Stato e Regioni abbia in qualche modo prodotto conseguenze non propriamente volute, finendo «*per appiattare lungo una sola dimensione un quadro normativo molto più complesso e articolato, impedendo di coglierne la complessità*».

120 Corte Cost., sent. n. 4 del 2022, p. 4.1.

na dei contratti pubblici e fungerebbe da criterio guida per le scelte dei suoi attori; nonché volta a negare una completa assimilabilità tra le dinamiche competitive promosse dal diritto dei contratti pubblici a quelle proprie del diritto della concorrenza e, più in generale, a negare che la disciplina sugli acquisti delle p.a. miri a replicare quella concorrenza che caratterizza altri mercati.

Sia consentita una riflessione conclusiva, riferita a una tematica solo apparentemente distante da quelle sin qui trattate.

Nel dibattito in tema di rapporti convenzionali tra p.a. e terzo settore sviluppatosi a partire dall'adozione del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (cd. Codice del terzo settore) sono emerse posizioni tese a distinguere tra due differenti tipologie di procedure ad evidenza pubblica: una incentrata sul principio di libera concorrenza e caratterizzante le procedure disciplinate dal Codice dei contratti pubblici; l'altra incentrata sul mero principio di parità di trattamento, o al più «*sul principio interno di concorsualità*», e rintracciabile nelle procedure comparative esperite ex art. 55 ss. del Codice del terzo settore (nonché in quelle che troverebbero fondamento nell'art. 12 della l. n. 241/1990)¹²¹.

Alla luce della prospettiva fin qui seguita, questa distinzione appare meritevole di riconsiderazione. Non si intendono certo negare le differenze (funzionali ancora prima che strutturali) tra una procedura per la scelta dell'appaltatore di un'opera pubblica di rilevanti dimensioni ovvero per l'individuazione del concessionario del servizio di trasporto pubblico locale, rispetto alla procedura con cui la p.a. seleziona l'associazione di volontariato con cui stipulare una convenzione di ridotte dimensioni avente a oggetto un'attività di natura sociale ex art. 56 C.T.S. Si ritiene, tuttavia, che ricondurre queste differenze alla distinzione tra un'evidenza pubblica incentrata sulla concorrenza e un'evidenza pubblica

121 In tal senso si v. il noto parere del Cons. St., ad. comm. spec., 20 agosto 2018, n. 2052 e, più di recente, le «*Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore negli artt. 55-57 del d.lgs. n. 117/2017 (Codice del Terzo Settore)*», adottate con d.m. n. 72/2021 del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. Questa distinzione è ripresa e richiamata anche dalla dottrina; *ex multis*, cfr. A. FICI, L. GALLO, F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, *passim*.

incentrata sulla parità di trattamento costituisca una semplificazione forzata, discutibile peraltro tanto sul piano teorico quanto su quello concreto¹²². L'economia del presente lavoro impedisce di approfondire ulteriormente la questione; si è comunque scelto di farne cenno a conferma dei numerosi e rilevanti risvolti del tema indagato, senz'altro meritevole di ulteriori approfondimenti.

5. Il *favor participationis*: un obiettivo (non un principio) da non assolutizzare

L'impostazione fin qui seguita fa leva sulla distinzione tra la *concezione funzionale* di concorrenza, oggi prevalente nel diritto *antitrust*, e quella *strutturale* – il pluralismo nella singola gara o cd. *favor participationis* – che ha tradizionalmente rivestito un ruolo di rilievo rispetto all'attività contrattuale dell'amministrazione.

Il pluralismo di offerte nella singola gara costituisce un valore per l'ordinamento UE, nell'ottica del rafforzamento del mercato unico (oltre che per l'ordinamento nazionale, nell'ottica del *value for money*). Anche per questo è opinione diffusa, tanto in giurisprudenza quanto in dottrina, che il *favor participationis* è obiettivo direttamente perseguito dall'intervento comunitario sul settore; questo convincimento è certamente avvalorato dalla costante presenza di disposizioni di diritto derivato volte a favorire la partecipazione alle gare pubbliche, via via attuate nelle varie stagioni di direttive¹²³. Sembra, tuttavia, esservi

122 Sul piano teorico per le ragioni evidenziate nei precedenti §. Quanto al piano concreto, la distinzione richiamata non pare considerare adeguatamente l'eterogeneità delle procedure a evidenza pubblica previste dalle direttive Ue sui *public procurement*, ad es. quelle per l'affidamento di servizi sociali e altri specifici servizi. Invero, gli artt. 74 ss. della direttiva 2014/24/Ue si limitano a prevedere forme di pubblicità di rilievo europeo, rimettendo agli Stati membri l'introduzione di norme volte a garantire il pieno rispetto dei principi di trasparenza e parità di trattamento che devono comunque risultare tali da perseguire gli obiettivi di semplificazione e riduzione dell'onere amministrativo e, soprattutto, di consentire alle amministrazioni di prendere in considerazione le specificità dei servizi in questione (cfr. Considerando 114 e art. 76). Ad avviso di chi scrive, considerare queste procedure incentrate sul principio di concorrenza e, soprattutto, considerarle ontologicamente differenti da quelle disciplinate dal Codice del Terzo settore appare alquanto problematico e, comunque, richiederebbe un maggiore sforzo argomentativo. Quanto si sostiene sembra trovar indiretta conferma nella recente decisione della Corte di giust. 14 luglio 2022, C-436/20, *ASADE*.

123 Es. le previsioni sul subappalto, sull'aggregazione dell'offerta, sul cd. possesso *per relationem* dei requisiti di partecipazione, etc.

spazio per una prospettazione in parte differente, strettamente connessa e conseguente alla convinzione che il bene giuridico direttamente tutelato dalle direttive sui *public procurement* sia la posizione giuridica individuale dei singoli offerenti. Alla luce di ciò, e delle posizioni dottrinali in precedenza richiamate, si potrebbe considerare il *pluralismo nella gara*, al pari della *concorrenza effettiva*, quale mera ricaduta pratica del rispetto di principi e di quelle regole della disciplina di settore volti a garantire parità di trattamento tra gli offerenti e favorire l'accesso al mercato dei singoli operatori economici.

Al di là dell'interrogativo circa la qualificazione della concorrenza strutturale quale *obiettivo diretto* o *indiretto* dell'intervento Ue sul settore, permane l'esigenza, a opinione di chi scrive, (a) di un suo corretto inquadramento, nonché (b) di attribuirvi un peso/rilievo non eccessivo.

a. In questa prospettiva, con riguardo alla *portata* e al *ruolo* del *favor participationis* non convincono del tutto quelle posizioni – presenti soprattutto a livello nazionale – che lo considerano un principio, specie allorché tale qualificazione diventa il presupposto per ritenere una misura nazionale contraria al diritto UE perché *ex se* contrastante con il *favor participationis*, prescindendo quindi da una valutazione sugli obiettivi perseguiti e sulla sua proporzionalità¹²⁴. Appare invece preferibile la sua qualificazione quale (mero) obiettivo che, in quanto tale, è privo di forza precettiva autonoma nei confronti delle stazioni appaltanti e dei legislatori nazionali; può dirsi, semmai, che il *favor participationis* “si nutra” della forza precettiva dei principi generali della materia e delle previsioni volte a eliminare le barriere all'accesso al mercato. Ciò non significa escludere del tutto la possibilità di considerare il *favor participationis* quale principio della materia, ma semplicemente sottolineare l'opportunità di evitare di attribuirgli una forza precettiva che esso non sembra possedere. Ad esempio, lo si può considerare un «*guiding principle*» più che un «*regulatory and ordinary principle*»¹²⁵; ancora, può

124 Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. III, 3 ottobre 2016, n. 10012

125 Secondo la prospettazione suggerita da S. VALAGUZZA, *Sustainable Development in Public Contracts*, cit. p. 92-93.

essere inteso quale corollario del principio di buon andamento dell'agire amministrativo, ma con la consapevolezza che, in questo caso, si tratterebbe di un principio "interno" che garantisce l'interesse pubblico e, solo indirettamente, il mercato e la posizione giuridica degli operatori economici.

b. Con riguardo al *peso/rilievo* del *favor participationis*, è convinzione di chi scrive che, talvolta, esso sia stato così estremizzato al punto da rendere la massima partecipazione alla gara una sorta di "dogma". Ciò ha contribuito all'assolutizzazione dell'importanza degli obiettivi di mercato a discapito di altri interessi primari che con i primi possono contrastare; in tal modo, è prevalsa l'immagine della gara pubblica quale occasione di competizione e profitto per le imprese che, inevitabilmente, ha finito per offuscare la reale funzione dell'agire contrattuale dell'amministrazione quale strumento per soddisfare interessi pubblici e generali. Senza considerare poi che l'assolutizzazione dell'obiettivo della massima partecipazione alla gara rischia di inibire l'esprimersi della "creatività strategica" delle stazioni appaltanti, potendo quindi rappresentare un serio ostacolo nella transizione «*da un approccio puramente amministrativo a uno strategico orientato alle esigenze*» auspicata dalla Commissione UE¹²⁶.

Alla luce di ciò si considerano opportune operazioni di bilanciamento tra l'obiettivo di apertura del mercato alla concorrenza e altri interessi (*value for money*, finalità orizzontali, integrità delle procedure, etc.) più equilibrate rispetto a quelle che sono state talvolta poste in essere dai giudici europei e nazionali. In questa direzione si ritiene suscettibile di riconsiderazione l'operazione interpretativa della CGUE di intendere il *favor participationis* quale *massima* apertura del mercato (o quale partecipazione *più ampia possibile*)¹²⁷: essa non solo è frutto di decisioni poco sistematiche e non sempre condivisibili, ma soprattutto potrebbe non avere un "valore neutro" di mera interpretazione e applicazione del

126 Si riprende l'espressione della Commissione UE nella Comunicazione Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa del 3.10.2017, COM(2017) 572 def., p. 3.

127 *Ex multis*, Corte giust. 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*; 19 maggio 2009, C-538/07, *Assitur Srl*; 23 dicembre 2009, C-305/08, *CONISMA*; 18 dicembre 2014, C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi*; 2 giugno 2016, C-27/15, *Pippo Pizzò*; 27 novembre 2019, C-402/18, *Tedeschi Srl*; 26 settembre 2019, C-63/18, *Vitali SpA*.

dato normativo (ove si rintracciano riferimenti meno iperbolici alla «*concorrenza effettiva*» e alla mera «*apertura alla concorrenza*»).

È bene precisare che, nel suggerire operazioni di bilanciamento differenti e più equilibrate, non si intende assumere un approccio prescrittivo e/o di politica del diritto, dal momento che indicazioni in tal senso si ricavano direttamente dalle direttive del 2014 e dalla disciplina nazionale di recepimento: molte delle disposizioni volte a rafforzare la funzione sociale dei contratti pubblici e la multipolarità della disciplina di settore presuppongono, infatti, un parziale arretramento e una desacralizzazione dell'obiettivo della (massima) apertura del mercato alla concorrenza¹²⁸. D'altronde, il riposizionamento teleologico e il riallineamento dei fini pacificamente attribuiti all'ultima stagione di direttive (*supra* § 2) riguarda proprio il *favor participationis*, mentre sostanzialmente invariata è rimasta la centralità della *par condicio*.

6. Sindacato di proporzionalità e spazio della p.a. nel definire gli obiettivi da perseguire con il contratto: considerazioni critiche sul *less restrictive alternative test*

È inoltre opportuno focalizzare l'attenzione sul principio di proporzionalità alla luce della sua funzione “cerniera”, ovvero di bilanciamento tra la libertà dell'amministrazione nel definire le caratteristiche dei beni, lavori e servizi che intende acquisire (e le regole di gara a ciò funzionali), e gli obiettivi di garanzia delle libertà fondamentali e di apertura alla concorrenza perseguiti dalle direttive europee; del resto, l'ampliamento delle finalità perseguite dalla disciplina sui *public procurement* operato dalle ultime direttive, così come il rafforzamento di obiettivi che in precedenza mantenevano un ruolo secondario, hanno senza dubbio accresciuto la centralità di questa funzione della proporzionalità, rendendola al contempo più delicata e complessa.

128 Sono diverse le disposizioni della direttiva 2014/24/UE che sembrano supportare questa affermazione; oltre a quelle che hanno rafforzato le ipotesi di esclusione e/o non aggiudicazione in caso di violazione degli obblighi sociali e ambientali di cui all'art. 18, par. 2 (artt. 56, par. 2; 57, par. 4, lett. a; 69, par. 3; 71), si v. gli artt. 43, 44 e 62 che restringono, rispetto alla disciplina del 2004, la possibilità degli operatori economici di partecipare alla competizione pur non disponendo dei certificati richiesti dalla stazione appaltante.

La letteratura che si è occupata di questo principio nella prospettiva più generale del diritto UE del mercato interno (*i.e.* del rapporto tra libertà di circolazione ed esigenze imperative di interesse generale), ha rilevato che, ove la relativa e concreta dimensione del principio di proporzionalità dovesse coincidere con il parametro di giudizio più rigoroso rappresentato dal test tridimensionale di stretta necessità (*substantive proportionality* o *less restrictive alternative test*), esso rischia di generare una «*hierarchical relationship*» volta ad assicurare la massima espansione del valore primario (la libertà economica) rispetto a quello residuale (l'interesse generale)¹²⁹.

Lo stesso ragionamento vale per il settore dei contratti pubblici, ove il *less restrictive alternative test* potrebbe rappresentare un significativo limite per la libertà dell'amministrazione nel definire il livello qualitativo dei beni, lavori e servizi che intende acquistare, come pure nell'individuare lo standard ambientale e gli obiettivi sociali da raggiungere con il contratto.

Fino ad ora, i giudici europei hanno tendenzialmente riconosciuto e garantito un'ampia discrezionalità alle amministrazioni nazionali rispetto a tali scelte. Tuttavia, non vanno sottovalutate le preoccupazioni espresse da parte della dottrina dopo l'espreso riferimento alla proporzionalità introdotto con l'ultima riforma (cfr. art. 18 direttiva 2014/24/UE). È stato infatti osservato che a questa novella potrebbe far seguito un sindacato giurisdizionale più stringente sulle scelte delle amministrazioni, tale da implicare nuovi e ulteriori limiti alla loro discrezionalità nel conformare l'operazione contrattuale agli obiettivi, anche di natura sociale e ambientale, che con essa si intendono perseguire¹³⁰. Il che potrebbe produrre riflessi e *spill over effects* anche a livello nazionale¹³¹, se è

129 Il corsivo è di J. MULDER, *Social Legitimacy in the Internal Market. A Dialogue of Mutual Responsiveness*, Oxford, Bloomsbury Publishing, 2018, p. 78 ss.

130 P. KUNZLIK, *The 2014 Public Procurement Package. One-step forward and two back for Green and Social Procurement?*, in Y. MARIQUE - K. WAUTERS (a cura di), *EU Directive 2014/24 on Public Procurement. A New Turn for Competition in Public Markets?*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 192 ss.

131 Ove, allo stato attuale, la giurisprudenza amministrativa prevalente mostra un atteggiamento di deferenza rispetto a questo ambito di scelte delle stazioni appaltanti. In generale sul tema D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità comunitaria e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove aut.*, 2005, 4-5, p. 541 ss.

vero che nei settori oggetto di armonizzazione «è naturale che il principio di proporzionalità (e, soprattutto, la sua concezione trifasica) debba essere applicato così come delineato dalla giurisprudenza europea»¹³².

Di seguito si espongono alcune argomentazioni volte a supportare un'applicazione temperata e meno rigorosa del sindacato di proporzionalità, “calibrata” e “adattata” rispetto alla natura e alle peculiarità di alcune cd. *individual buying decisions*, in particolare quelle da cui dipende l'idoneità del contratto a soddisfare bisogni predeterminati (es. specifiche tecniche, requisiti di partecipazione, criteri di aggiudicazione, condizioni di esecuzione).

a. Al cd. *less restrictive alternative test* fa ricorso la CGUE – nell'ambito di un *case law* per nulla univoco e di difficile sistematizzazione¹³³ – per valutare la giustificabilità sulla base dei motivi imperativi di interesse generale e/o della *rule of reason* di una misura nazionale restrittiva delle quattro libertà di circolazione previste dal Trattato. Rileggendo alcune decisioni della CGUE in materia di contratti pubblici¹³⁴ nella prospettiva delineata dalla teoria delle cd. «*excluded buying decisions*» di Arrowsmith e Kunzlik¹³⁵, si può sostenere che una specifica tecnica non discriminatoria, ancorché particolarmente dettagliata, non vada qualificata quale misura restrittiva delle libertà di circolazione. Alla luce di ciò, si può prospettare una diversa intensità del giudizio di proporzionalità quando si tratta di valutare la giustificabilità di una misura restrittiva del Trattato, nell'ambito della deroga basata sui motivi imperativi di interesse generale, rispetto ai casi in cui la valutazione di proporzionalità è diretta a verificare se la

132 Così V. FANTI, *Dimensione della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 82. Sulla funzione di «unificazione del diritto» e di omogeneizzazione svolta dalla giurisprudenza Ue, cfr. A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008.

133 Cfr. E. CARUSO, *op. ult. cit.*, pp. 85-100.

134 Corte giust. 22 ottobre 2015, C-552/13, *Grupo Hospitalario Quirón*.

135 S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK, *EC regulation of public procurement*, in IID. (a cura di), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, 2009, p. 59 ss.

stazione appaltante abbia agito in maniera *proporzionata* come richiesto dall'art. 18 della direttiva appalti.

b. A differenza di altri settori del diritto Ue del mercato interno, in quello dei *public procurement* l'“assetto degli interessi” dovrebbe caratterizzarsi per la prevalenza dell'interesse pubblico che l'amministrazione persegue con il contratto, rispetto alle libertà degli operatori economici e alla loro aspettativa alla partecipazione alla gara e all'aggiudicazione del contratto; e ciò anche dopo la piena assimilazione delle logiche europea e ancorché l'intervento sovranazionale sul settore sia da sempre rivolto alla costruzione del mercato unico e alla garanzia delle libertà di circolazione.

Se così è, si potrebbe anche sostenere che laddove l'art. 18, par. 1, della direttiva appalti impone alle amministrazioni di agire in maniera “proporzionata”, non dovrebbe consentirsi al giudice di valutare la stretta necessità della misura nazionale. Ciò dal momento che il *substantive proportionality test* potrebbe finire per generare quella «*hierarchical relationship*» volta ad assicurare la massima espansione del valore primario (l'aspettativa degli operatori alla partecipazione/aggiudicazione e l'apertura del mercato alla concorrenza) rispetto a quello residuale (l'interesse di cui è portatrice l'amministrazione). Ma ciò, come anticipato, non sembra rispecchiare l'assetto e l'inclinazione degli interessi propri del settore, ove il valore primario dovrebbe rimanere l'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione (comprensivo delle declinazioni sociali e ambientali), da perseguire ovviamente secondo canoni di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza e nel rispetto delle regole poste dalle direttive e dal Codice.

In questa prospettiva, al «*riposizionamento teleologico*» che ha contraddistinto la disciplina del 2014 si può quindi attribuire un duplice riconoscimento: da un lato, il rafforzamento dell'utilizzo dei contratti pubblici a sostegno di «*obiettivi sociali comuni*», nell'ottica di massimizzare la creazione di valore pubblico e l'impatto sociale (positivo) dell'attività contrattuale dell'amministrazione;

dall'altro una più nitida riemersione del reale assetto degli interessi del settore come in precedenza delineato, quale conseguenza del parziale arretramento degli obiettivi concorrenziali.

c. Nella prospettiva dell'ordinamento sovranazionale, risulta meno problematico prefigurare una possibile incidenza dell'assetto degli interessi sul giudizio di proporzionalità dal momento che, come ha puntualmente evidenziato la dottrina, a livello UE il principio di proporzionalità costituisce uno strumento di bilanciamento di interessi funzionale a una tutela di tipo oggettivo più che soggettivamente orientata¹³⁶.

Sebbene nell'ordinamento nazionale si riconosca al sindacato sulla proporzionalità del giudice una valenza soggettiva di tutela di posizioni individuali, ciò non dovrebbe comunque impedire di giungere a conclusioni simili (circa l'incidenza dell'assetto degli interessi su tale sindacato). A tal proposito viene in rilievo il carattere relazionale e flessibile della proporzionalità che, lungi dal costituire un principio dove *where one size fits all*, può subire adattamenti in relazione alle specifiche circostanze del caso concreto (es. natura del provvedimento oggetto di valutazione, della posizione della p.a. e del privato, del grado di tutela che l'ordinamento riserva alle situazioni giuridiche in gioco e della qualità degli interessi di cui l'amministrazione è portatrice).

In questa prospettiva, troverebbe parziale giustificazione l'estrema varietà dell'utilizzo che i giudici amministrativi fanno di tale test, incluso il maggior rigore del controllo di proporzionalità allorché assuma rilievo l'attività amministrativa che incide sfavorevolmente sulla sfera giuridica dei cittadini. E soprattutto, per quanto qui di rilievo, troverebbe supporto l'idea di un controllo giurisdizionale che non dovrebbe assumere la sua fisionomia più "sostanzialistica" e rigorosa quando è volto a sindacare quelle scelte della stazione appaltante stret-

136 D.U. GALETTA, *op. ult. cit.*, p. 550 ss. e, da ultimo, ID., *The principle of proportionality as a legal tool for balancing economic and non-economic interests? A comparative and Eu law perspective*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2021, p. 411 ss.

tamente correlate ai bisogni e agli interessi sottesi al contratto e al loro perseguimento.

Invero rispetto a queste decisioni appare fisiologico che il “pendolarismo” della proporzionalità¹³⁷ tra la definizione della misura della cura dell'interesse pubblico e la verifica dei limiti di tangibilità di interessi dei privati, propenda sul primo profilo. D'altronde, rispetto alle scelte volte a conformare l'operazione contrattuale alla luce delle proprie esigenze, del perseguimento dell'interesse pubblico e della produzione di valore pubblico, l'aspettativa degli operatori economici alla partecipazione (e all'aggiudicazione) costituisce un *posterius*¹³⁸ che non può e non deve essere presa in considerazione in modo diretto e specifico dall'amministrazione; quest'ultima, infatti, deve “limitarsi” ad assumere l'*interesse pubblico* a un'ampia partecipazione che, nella prospettiva suggerita, costituisce *interesse strumentale* («un mezzo rispetto al fine»¹³⁹) rispetto agli obiettivi cui il contratto è rivolto e che tramite esso l'amministrazione intende perseguire (interesse contrattuale specifico, obiettivi orizzontali etc.).

d. Il *less restrictive alternative test* e le conseguenze operative da esso derivanti finirebbero per restringere, non poco, la sfera di libertà dell'amministrazione nella definizione dell'oggetto del contratto: nella sostanza, la stazione appaltante avrebbe a disposizione un'unica misura tecnica “legittima” per raggiungere gli interessi, inclusi quelli orizzontali, che intende perseguire con il contratto. Questo rischierebbe di sminuire significativamente l'assunto secondo cui la stazione appaltante gode di ampia libertà nel definire requisiti e caratteri-

137 Cfr. A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 4, 2005, p. 707 ss., in part. 738; E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, Cedam, 2012, pp. 230-231.

138 S. TORRICELLI, *Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 23-24.

139 F. FRANCIOSI, *Requisiti speciali di capacità dei concorrenti*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, *Soggetti. Qualificazione. Regole comuni alle procedure di gara*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 954.

stiche del bene, del lavoro o del servizio da acquistare al fine di soddisfare i bisogni e le esigenze che intende perseguire¹⁴⁰.

Il che, a ben vedere, avrebbe come ulteriore conseguenza di privare, nei fatti, la p.a. della possibilità di stabilire il “peso” (*i.e.* rilevanza e gradazione) degli interessi, finendo per consentire l'avocazione di tale funzione da parte dei giudici¹⁴¹, i quali «*would then be placed perilously close to deciding what authorities' needs or priorities should be*»¹⁴². Sarebbe infatti consentita loro una significativa ingerenza sulle scelte riguardanti la definizione dello standard qualitativo e/o ambientale delle prestazioni da acquistare, così come sulla scelta di inserire un requisito di sostenibilità tra le specifiche tecniche invece che tra i criteri di aggiudicazione¹⁴³. D'altronde, ad avviso di chi scrive la verifica di necessità, per quanto formalmente riguardante i mezzi e quindi dotata di maggiore obiettività rispetto a quella di adeguatezza o stretta proporzionalità, non può dirsi del tutto “neutra” rispetto alla definizione degli obiettivi, finendo molto spesso per interferire sulle valutazioni “politiche” alla base della misura oggetto di sindacato¹⁴⁴.

Alla luce di queste e altre possibili argomentazioni¹⁴⁵, si ritiene che le scelte delle stazioni strettamente da cui dipende la definizione degli interessi da perseguire con il contratto vadano sottoposte a forme di sindacato meno stringenti del *substantive proportionality* o *less restrictive alternative test*.

Nel tentativo di rintracciare una soluzione di compromesso con quelle posizioni dottrinali critiche rispetto a un sindacato di proporzionalità limitato a una verifica di non palese irragionevolezza, arbitrarietà e sproporzionalità etc.,

140 Cfr. Corte giust. 25 ottobre 2018, C-413/17, *Roche Lietuva*, pp. 29-30.

141 Cfr. S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo*, Rimini, Maggioli, 2013, pp. 63-64.

142 D. WILSHER, *Reconciling national autonomy and trade integration in the context of eco-label*, in S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK (a cura di), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, 2009, p. 417.

143 Un sindacato così stringente è stato di recente posto in essere da TRGA, sez. Trento, 2 marzo 2022, n. 45 (*supra*, § 1, *sub* nt. 10).

144 *Contra* F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, p. 361 ss., in part. 365, 379 e 390.

145 *Amplius* E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici*, cit., pp. 271-289.

che spesso si rintraccia nelle decisioni dei giudici amministrativi, si potrebbe valorizzare la dimensione procedurale del principio di proporzionalità, in termini per certi versi simili a quanto fa la CGUE quando applica il cd. *good governance* o *procedural proportionality test*¹⁴⁶. In questa direzione, la valutazione del giudice dovrebbe focalizzarsi – più che sulla necessità in assoluto della scelta della stazione appaltante – su quanto fatto per addivenire alla soluzione “più mite”; ciò anche attraverso un’analisi dell’istruttoria svolta dall’amministrazione, senza però che le si arrivi a richiedere istruttorie eccessivamente gravose rispetto alle esigenze del caso concreto, tenendo quindi presente la «proporzionalità della proporzionalità»¹⁴⁷.

7. I contratti pubblici tra vincolo di scopo, paradigma delle sostenibilità e amministrazione orientata al valore pubblico

Senza mettere in discussione l’importanza della concorrenza e delle sue logiche rispetto all’attività contrattuale della p.a., nel presente lavoro si è cercato di ricalibrare l’impatto dell’intervento UE rispetto alle posizioni più pro-concorrenziali; si ha infatti la convinzione che, anche prima del riallineamento funzionale realizzato dalla riforma del 2014, vi fosse spazio per letture della disciplina di settore in parte differenti da quelle che hanno individuato nel mercato e nella competizione tra gli operatori economici l’asse portante del sistema, alludendo a una rinnovata concezione dell’interesse pubblico, funzionalizzato all’ottimale andamento del mercato.

In questa direzione si è dapprima dato rilievo alla distinzione tra concorrenza quale *interesse esterno* (del mercato e dei suoi operatori) e concorrenza qua-

146 In diverse pronunce che concernono interessi preminenti anche nella considerazione dei trattati, la CGUE ha applicato in modo peculiare il principio di proporzionalità, in termini tali da rendere il relativo sindacato ben meno stringente. In queste pronunce l’applicazione peculiare del principio di proporzionalità consiste nel non spingere il controllo di proporzionalità sino al punto di verificare la necessità della misura, ma di arrestarlo al test di idoneità che viene, per certi versi, “arricchito” fino a divenire un filtro di verifica del canone standard di buona amministrazione in senso lato (trasparenza, non discriminazione, oggettività, coerenza e sistematicità della misura); cfr. J. MULDER, *Social Legitimacy in the Internal Market*, cit., p. 91 ss.

147 S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, Giuffrè, 2008, in part. pp. 120 ss e 137.

le *interesse interno* (un interesse pubblico strumentale) di cui si serve la p.a. per raggiungere gli interessi che intende perseguire con il contratto (interesse specifico e *value for money*, obiettivi orizzontali, etc.). Si è poi proceduto a una lettura restrittiva delle finalità concorrenziali delle direttive UE, individuate nella parità di condizioni tra gli offerenti e nell'eliminazione delle barriere che ostacolano l'accesso al mercato.

Come noto, queste finalità sono perseguite attraverso principi e regole che sono posti a tutela dell'interesse esterno degli operatori economici e, quindi, sono tendenzialmente "indisponibili" per i legislatori (e le amministrazioni) nazionali; di guisa che il loro rispetto va assicurato anche quando, in concreto, finiscono per ostacolare il miglior soddisfacimento degli interessi che la p.a. intende perseguire con il contratto¹⁴⁸. Tuttavia, una volta che ne viene garantito il rispetto così da assicurare il "minimo concorrenziale" imposto dall'ordinamento Ue a garanzia dell'effettività delle libertà di circolazione, sembra venire in rilievo la concorrenza¹⁴⁹ quale "strumento", ovvero quale "mezzo rispetto al fine" di cui si serve la parte pubblica per il miglior perseguimento degli interessi interni all'operazione contrattuale. Nella stessa prospettiva, non sembra azzardato sostenere che, in quanto strumento, la concorrenza possa essere considerata, entro certi limiti, "nella disponibilità" della stazione appaltante che se ne serve a seconda delle peculiarità e delle caratteristiche del singolo affidamen-

148 Ciò senza trascurare, però, che il diritto Ue, soprattutto a livello di disposizioni di diritto primario (es. libertà di circolazione) e di principi (es. parità di trattamento), presenta un certo grado di "flessibilità" nel senso che, a determinate condizioni, ammette deroghe, giustificazioni o semplici adattamenti quando ciò risulti necessario per il soddisfacimento di obiettive e ragionevoli esigenze imperative di interesse generale. L'economia di questo lavoro non consente di approfondire ulteriormente il punto; per alcuni esempi concreti cfr. le conclusioni dell'Avv. Generale Medina del 3 febbraio 2022 relative alla causa C-436/20 *ASADE*, in part. punti 97 ss. e, in dottrina, M. ANDHOV, B. BERGSSON, *Equal Pay and Eu Public Procurement Law. Case Study of Mandatory Icelandic IST85 Standard*, in *Nord journal of European Law*, 2021, 1, p. 1 ss.

149 Si fa riferimento alla concorrenza in senso ampio, comprensiva cioè sia della concezione strutturale prevalentemente considerata dal ordinamento UE, sia di quella dinamica che potrebbe essere rafforzata a livello nazionale, come peraltro auspicato, da ultimo, da F. DECAROLIS, A. HEIMLER, *I contratti pubblici*, cit., 367 ss.

to¹⁵⁰; come pure è possibile ipotizzare un suo arretramento in caso di irriducibile conflitto con gli altri interessi in precedenza richiamati¹⁵¹.

D'altronde, il “contratto pubblico” è esso stesso uno strumento attraverso cui l'amministrazione persegue quei fini pubblici che le sono normativamente assegnati «*fin dalla sua stessa venuta a esistenza o durante la sua vita*»¹⁵²: anche l'attività contrattuale della p.a. è infatti sottoposta al principio di legalità, innanzitutto nella sua dimensione di legalità-indirizzo che si specifica, e si esplica, in termini di vincolo di scopo¹⁵³. Da ciò consegue che, pur in assenza di indicazioni normative in tal senso di carattere generale, l'obiettivo primario dell'operazione contrattuale della p.a. va individuato nell'acquisto di beni, lavori e servizi idonei a soddisfare l'interesse specifico dell'amministrazioni (cd. interesse specifico del contratto o «*interesse realizzativo*»¹⁵⁴). Ad avviso di chi scrive, gli stessi obiettivi

150 Per alcuni possibili risvolti concreti di questo ragionamento, cfr. E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici*, cit., p. 460-464.

151 Quanto fin qui sostenuto non esclude che interessi esterni degli operatori economici e del mercato possano diventare obiettivi interni che la p.a. persegue con il contratto, come la tutela delle PMI e/o della concorrenza in senso macro; ad avviso di chi scrive, però, solo in presenza di apposita previsione normativa essi possono prevalere sull'interesse specifico del contratto o sul obiettivo del *value for money* (cfr. S. VILLAMENA S, *Appalto pubblico e principio di suddivisione in lotti a tutela degli operatori economici di minori dimensioni*, in *Dir. amm.*, 2020, 4, p. 933 ss., in part. 949 ss.), come pure sulle libertà di circolazione degli altri operatori economici (cfr. S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, cit., vol. I, p. 1299 sulla necessità di un'apposita previsione normativa, ora introdotta, che legittimi la stazione appaltante a limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un singolo offerente). In generale, sulla dinamica degli interessi nel settore, cfr. A. MALTONI (a cura di), *I contratti pubblici. La difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

152 Così M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 31 ss.

153 Sul generale tema relativo al regime pubblicistico e regime privatistico dell'agire dell'amministrazione mediante contratti e sulla rilevanza del principio di legalità indirizzo la bibliografia è sterminata. Tra i lavori più recenti, si v. M. MAZZAMUTO, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Dir. ec.*, 2022, 2, 11 ss.; F. PUBUSA, *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2022; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Notazioni su potere amministrativo e 'attitudine' negoziale*, in *Amministrativamente*, 2021, 4, p. 70 ss.; A. CASSATELLA, *Pubblica amministrazione e diritto privato nel pensiero di Antonio Amorth*, in *Dir. amm.*, 2, 2021, p. 335 ss.; G.D. COMPORRI, *La strana metafora della «terra di nessuno»: le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 2, p. 529 ss.

154 Così L.R. PERFETTI, *Per una teoria dell'interesse pubblico nelle gare per l'assegnazione dei contratti pubblici*, cit., p. 147 ss. Da ultimo, cfr. ID. *Derogare non è semplificare. Riflessioni sulle norme introdotte dai decreti semplificazioni ed in ragione del PNRR nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 4, 2022, p. 441, in part. 444 ss. ove l'Autore richiama diverse disposizioni – di carattere sostanziale e processuale – che danno rilievo all'interesse realizzativo, arrivando a concludere che «*l'interesse pubblico dell'amministrazione che contratta è quello (1) del “soddisfacimento dei fabbisogni della collettività”*»,

sociali e ambientali, quando non costituiscono essi stessi l'interesse specifico del contratto (come accade, ad es., in caso di affidamento di un servizio sociale) ma sono perseguiti in via orizzontale, devono necessariamente armonizzarsi con esso e recedere in caso di conflitto, salvo diversa indicazione normativa¹⁵⁵.

A ben vedere, quest'ultima considerazione richiede di confrontarsi con un'obiezione frequentemente mossa all'utilizzo strategico dei contratti pubblici (e, in particolare, al rafforzamento del *mandatory approach*), ovvero che, allo stato attuale, esso troverebbe fondamento e supporto esclusivamente in ciò che il legislatore UE definisce il «*ruolo esemplare*» del settore pubblico, cui spetta il compito di fare da guida così da orientare le scelte dei privati (imprese e cittadini)¹⁵⁶. Mancherebbero, invece, analisi e dati idonei ad attestare che il perseguimento di politiche ambientali (e sociali) attraverso i *public procurement* costituisca una scelta *efficace* in termini di *policy* di sostenibilità (nel senso di accertabilità e misurabilità del raggiungimento dell'obiettivo); come pure elementi tali da consentire una quantificazione dei “costi” derivanti da tale soluzione (*i.e.* l'*efficienza*, in termini di rapporto costo/benefici, dell'uso strategico dei contratti pubblici). E ciò anche alla luce delle difficoltà di prevedere la “reazione” del mercato e la capacità dei suoi operatori di assecondare le richieste di prestazioni sostenibili del contraente pubblico¹⁵⁷. Si tenga presente che questi “costi” non sono solo di natura finanziaria, ben potendo l'inserimento di considerazioni sociali o ambientali produrre come conseguenza, diretta o indiretta, l'acquisto di beni, lavori e servizi di un livello qualitativo meno elevato e/o meno funzionali rispetto alle esigenze della p.a. e della collettività.

(II) che dovrà essere realizzato in modo compatibile, secondo quanto previsto dalla legge, con altri interessi pubblici diversi o opposti a quello del committente pubblico, (III) con l'immancabile assicurazione di alcune regole proprie dell'attività di diritto pubblico (integrità, efficienza, trasparenza, imparzialità)».

155 Fermo restando che è facoltà delle amministrazioni subordinate, nei limiti e nei modi consentiti dalla legge, il principio di economicità a criteri di natura sociale e ambientale; cfr. art. 30, co. 1 del Codice.

156 Al riguardo si v. l'ultima versione della proposta di direttiva sull'efficienza energetica, COM(2021) 558 final, cit. del 14 luglio 2021 che richiama il «*ruolo esemplare*» o di «*guida*» degli acquirenti pubblici, dedicandovi un intero Capo (artt. 5 ss.).

157 Si tratta di un'obiezione frequente, da ultimo ripresa da K-M. HALONEN, *Is public procurement fit for reaching sustainability goals*, cit., p. 541 ss.

Queste obiezioni vanno senz'altro prese sul serio. La funzione sociale dei contratti pubblici suggerisce, e in qualche modo, richiede gradualità e dialogo con il mercato, dovendosi evitare che essa si trasformi in un ostacolo all'innovazione e all'acquisto di prestazioni di elevata qualità. Improcrastinabile è, inoltre, l'esigenza di rafforzare gli strumenti di monitoraggio e verifica del rispetto delle clausole sociali/ambientali durante la fase esecutiva e, più in generale, dell'effettività delle politiche orizzontali perseguite tramite i *procurement*.

Ciò detto, alcune considerazioni appaiono in grado di stemperare le argomentazioni critiche in precedenza riportate.

Innanzitutto, merita di essere sottolineato come si discuta di una forma di intervento pubblico nell'economia niente affatto nuova, insolita o estemporanea: attribuire allo Stato e alla sua attività negoziale una funzione/ruolo di guida per il settore privato rappresenta una soluzione già da tempo praticata e sperimentata¹⁵⁸, in particolare prima che l'affermarsi delle teorie, e delle ideologie, neoliberaliste e la scelta di una determinata via nel percorso di integrazione europea portassero alla rottura dell'equilibrio tra diritto ed economia e al prevalere della seconda¹⁵⁹. Del resto, lo Stato compratore o «*consumatore*»¹⁶⁰ che si fa carico di questo ruolo, o che comunque opera in modo strategico, realizza una modalità di *intervento diretto* nell'economia che appare pienamente riconducibile agli strumenti di programmazione (più che di regolazione). E invero, ancorché il raggiungimento degli obiettivi di interesse generale richieda e dipenda dall'apporto del mercato e dalla libera iniziativa economica dei suoi operatori¹⁶¹,

158 Già F. CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, 1, p. 416 osservava che l'equo trattamento dei lavoratori risponde «alle finalità essenziali dell'ente pubblico, che gli permettono e gli impongono di essere il *model employer*» (corsivo per enfasi).

159 Sul tema, in generale, cfr. A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa*, cit., pp. 59-95. Cfr. pure A. BOITANI, *L'illusione liberista*. cit., *passim*.

160 Così D. CAPOTORTO, *Lo Stato "Consumatore" e la ricerca dei suoi principi*, in *Dir. Amm.*, 2021, 1, p. 161 ss. Per un inquadramento delle più recenti forme di intervento dello Stato nell'economia, v. da ultimo F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, Il Mulino, 2021 e R. DIPACE, *Politiche e strumenti amministrativi per lo sviluppo economico*, in *Dir. amm.*, 2020, 4, p. 903 ss.

161 Sulle differenze tra programmazione e regolazione, cfr. P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, 2018, 2, p. 337 ss., in part. 340 ss. e R. DIPACE, *op. ult. cit.*,

è lo Stato che – senza rinunciare a forme di dialogo con il mercato – individua questi obiettivi, le strategie per perseguirli e, in linea di massima, se ne assume l'onere finanziario¹⁶². In altre parole, chi scrive vede nell'utilizzo strategico dei contratti pubblici uno degli strumenti attraverso cui lo Stato si assume il ruolo di «guidare la trasformazione» del mercato in vista del (più) ambizioso obiettivo di «cambiare il capitalismo»¹⁶³, o quanto meno di contribuire a riformarlo.

Va poi evidenziato che il rafforzamento della funzione sociale dei contratti pubblici, inclusa la recente svolta verso il *mandatory approach* riscontrabile a livello normativo (*supra* § 1 ss.), si inserisce e riflette processi evolutivi più generali¹⁶⁴. Nel rinnovato “*constitutional balance*” che si è progressivamente generato a seguito dell'*imprinting* sociale che il Trattato di Lisbona ha apportato al percorso di integrazione UE, si è infatti innestato l'affermarsi del paradigma della sostenibilità nella sua versione più moderna, “olistica” e “integrata”. Per quanto il suo contenuto e rilievo giuridico sia tuttora in corso di definizione e inquadramento teorico e sistematico, appare innegabile come i più recenti interventi, dal Green Deal in avanti, abbiano attribuito a tale (indubbiamente nuovo) paradigma una concretezza e un'effettività che prima non possedeva; e ciò anche in attesa di verificare se la recente modifica costituzionale, in particolare quella relativa all'art. 41, co. 2 e 3, rappresenterà una «vera e propria rivoluzione destinata a modificare la Costituzione economica del nostro Paese»¹⁶⁵.

903 ss., in part. 920; da ultimo v. anche A. ROMEO, *Le misure amministrative per la ripresa e la resilienza economica. Il piano “italiano”*, in *Ist. fed.*, 2022, 2, in corso di pubbl.

162 Così, con riguardo alla programmazione, P. LAZZARA, *op. ult. cit.*, pp. 341-342 e A. ROMEO, *op. ult. cit.*

163 Così M. MAZZUCATO, *Missione economia. Una guida per cambiare il capitalismo*, Bari, Laterza, 2021, *passim*, in part. pp. 21 ss. e 185 ss.

164 La prospettiva indicata è diversa, se non opposta, rispetto a quella seguita da D. CAPOTORTO, *op. ult. cit.*, p. 162 secondo cui «accantonata l'idea di creare un'economia sociale di mercato, ci si è accontentati di sfruttare i poteri di consumo dei pubblici poteri per condizionare lo sviluppo dell'economia».

165 F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema*, cit., p. 795. Sul tema si vedano anche le interessanti considerazioni di F. CORTESE, *Gestione dei fondi “RRF” e diritto amministrativo: sguardo di sintesi e di contesto*, in *Ist. fed.*, 2022, 2, in corso di pubbl. Per una dettagliata analisi dei lavori parlamentari sulla riforma si v. il Dossier, 7 febbraio 2022, Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente.

Alla luce dell'affermarsi di questo paradigma, molte categorie, nozioni, definizioni potrebbero richiedere una rivisitazione, a partire dal concetto di economicità rispetto al quale la sostenibilità sociale e ambientale «*non appare più una deroga (...) ma ne rappresenta piuttosto un elemento*»¹⁶⁶; nel concetto olistico e integrato di sostenibilità, infatti, le tre dimensioni (economica, sociale e ambientale) si correlano e interferiscono reciprocamente dando luogo a un bilanciamento dinamico degli interessi di riferimento. Pertanto, l'idea del *public procurement* quale strumento (meramente) “economico” che come tale va disciplinato e utilizzato, potrebbe considerarsi superata non (solo) da contingenti scelte di *policy*, bensì in via “sistematica” e “strutturale”; con ciò trovando ulteriore conferma l'idea da cui ha originato il presente saggio, secondo cui il tema non è più *se*, ma *come e in che misura* utilizzare strategicamente i contratti pubblici.

Per concludere, l'utilizzo dei contratti pubblici quale strumento di governo attiene al momento della procedura di aggiudicazione; senz'altro importante potrà quindi rivelarsi l'imminente riforma del settore (cfr. l. n. 78/2022) che, per quanto anomala per tempistica, potrebbe contribuire a rafforzare la capacità e la professionalità delle pp.aa. che operano come stazioni appaltanti, nonché intervenire sui profili di maggiore criticità nell'ottica dei contratti sostenibili (su tutti, la gestione del contratto e la disciplina della fase esecutiva).

Va sottolineato, tuttavia, come l'uso strategico dei contratti pubblici interessi l'azione amministrativa nel suo complesso: sono infatti le scelte di indirizzo e regolatorie dell'amministrazione che delineano – a monte e in via generale – il quadro funzionale (di obiettivi, di principi e di canoni operativi) entro cui dovrebbe inquadarsi il suo agire come stazione appaltante. Pertanto, oltre agli interventi sul lato dell'offerta¹⁶⁷, per rafforzare questa funzione dei contratti pubblici risulterà determinante il processo di riforma dell'amministrazione

166 A. MASSERA, F. MERLONI, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 590.

167 Sul punto va richiamata la recente proposta di direttiva COM(2022)71 final, 2022/0051(COD), 23.02.2022, che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, sul dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità che mira a promuovere un comportamento sostenibile e responsabile da parte delle imprese lungo tutte le catene del valore mondiali.

come previsto dal PNRR e che la dottrina ha identificato quale quarta componente della concezione olistica della sostenibilità¹⁶⁸. In questa prospettiva, appare evidente come una riforma, quale quella recente in tema di pianificazione integrata¹⁶⁹, che orienti l'organizzazione e l'azione della pubblica amministrazione alla produzione di valore pubblico¹⁷⁰, ovvero incentrata su un «*approccio mission-oriented*»¹⁷¹ volto a massimizzare il livello complessivo di benessere (economico, sociale, ambientale, sanitario) di cittadini, imprese e altri stakeholders), non solo presenta una matrice comune, ma si pone anche in relazione osmotica e di reciproco rafforzamento con la suddetta funzione strategica o sociale dei contratti pubblici.

168 F. DE LEONARDIS, *op. ult. cit.*, 789 e 798 ss.

169 Cfr. art. 6 del d.l. 9 giugno 2021, n. 80 (convertito con l. 6 agosto 2021, n. 113); da ultimo, v. d.P.R. 24 giugno 2022, n. 81 e il d.m. 24 giugno 2022, in part. l'art. 3 recante «Sezione Valore pubblico, Performance e Anticorruzione». Come sottolineato da Cons. St., nei due pareri 2 marzo 2022, n. 506 e 26 maggio 2022, n. 902 sul d.P.R., non è scontato che il nuovo Piano integrato di attività e organizzazione possa affermarsi quale strumento che consenta, oltre una effettiva semplificazione, «*un'analisi a 360 gradi dell'amministrazione e di tutti i suoi obiettivi da pianificare*» in linea con un approccio «*result oriented*» rivolto ai cittadini e alle imprese, nonché di raggiungere gli obiettivi individuati dallo stesso decreto – quali il miglioramento della qualità dei servizi e la reingegnerizzazione dei processi. Affinché ciò possa in concreto realizzarsi, è necessario evitare che il PIAO diventi «*un adempimento formale aggiuntivo entro il quale i precedenti Piani vanno semplicemente a giustapporsi, mantenendo sostanzialmente intatte, salvo qualche piccola riduzione, le diverse modalità di redazione (...)*». Per i primi (coraggiosi) tentativi di dar rilievo alla prospettiva del valore pubblico a livello istituzionale, cfr. il Piano nazionale anticorruzione del 2019 di ANAC e le Linee guida per il Sistema di Misurazione e Valutazione della performance del Dipartimento della funzione pubblica, n. 2 del 2017.

170 Sulla teoria del valore pubblico, v. M.H. MOORE, *La creazione di valore pubblico. La gestione strategica nella pubblica amministrazione*, Milano, Guerini, 2003; ID., *Recognizing Public Value*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2013; J. BENINGTON, M.H. MOORE (a cura di), *Public Value. Theory and Practice*, Londra, Bloomsbury, 2011. Per un'applicazione della teoria del valore pubblico ai *public procurement*, S. VALAGUZZA, *Governare per contratto*, cit.; con riguardo invece agli strumenti di pianificazione, in un'ottica di raggiungimento delle *performance*, v. E. DEIDDA GAGLIARDO, *Il valore pubblico. La nuova frontiera delle performance*, Roma, Rirea, 2015.

171 Così M. MAZZUCATO, *Missione economia*, cit., 7 ss.