

## *Articoli e Saggi*

# **Appalti pubblici e semplificazione della procedura di presentazione delle offerte. Alla ricerca di un bilanciamento tra fiducia e controllo**

Marco Calabrò

**SOMMARIO:** 1. La scelta di un modello unico europeo di autocertificazione, tra istanze di semplificazione, certezza e promozione della concorrenza transfrontaliera. – 2. Ambito di applicazione e soggetti tenuti alla presentazione del Documento di gara unico europeo (DGUE). – 3. La presentazione del DGUE da parte dell'operatore economico nel quadro del complessivo processo di digitalizzazione della p.a. – 3.1. Le Linee guida ministeriali del 18 luglio 2016 e le integrazioni rispetto al modello di formulario europeo. – 4. Profili patologici: a) la non automatica operatività dei motivi di esclusione e il meccanismo del *self-cleaning*; b) le conseguenze in caso di dichiarazioni mendaci; c) l'ipotesi di errata o parziale compilazione alla luce della disciplina del soccorso istruttorio. – 5. Leale collaborazione e divieto di aggravamento nell'attività di controllo successiva alla presentazione del DGUE. Il divieto di *gold plating*. – 6. Le banche dati e la loro interoperabilità quale presupposto indispensabile di efficacia del modello prescelto. – 7. Conclusioni. Il nuovo sistema di autocertificazione: fiducia nell'operatore economico e rigore nell'esercizio della funzione di controllo.

*1. La scelta di un modello unico europeo di autocertificazione, tra istanze di semplificazione, certezza e promozione della concorrenza transfrontaliera.*

Tra i principali obiettivi della direttiva n. 2014/24/UE è, come noto, da annoverare la riduzione degli oneri burocratici gravanti tanto sulle amministrazioni aggiudicatrici, quanto sugli operatori economici<sup>1</sup>. In tale contesto, una del-

---

<sup>1</sup> Cfr., a titolo esemplificativo, il considerando 52 in tema di sviluppo dell'utilizzo dei mezzi elettronici di informazione e comunicazione; il considerando 63 in tema di sistemi dinamici di acquisizione; il considerando 87 relativo al sistema europeo di scambio documenti e-Certis; il considerando 114 concernente le procedure per l'aggiudicazione degli appalti di servizi alla persona. Per quanto riguarda, più nello specifico, l'oggetto del presente contributo si veda il considerando n. 84, ai sensi del quale «Molti operatori economici, non da ultimo le PMI, ritengono che un ostacolo principale alla loro partecipazione agli appalti pubblici consista negli one-

le più rilevanti novità è senza dubbio rappresentata dall'introduzione del Documento di gara unico europeo (d'ora innanzi DGUE), modello di autodichiarazione che colui che partecipa ad una procedura di gara è tenuto a presentare al fine di certificare in via preliminare il soddisfacimento di determinate condizioni. L'art. 85 del d.lgs. n. 50/2016 – con il quale il legislatore italiano ha recepito senza sostanziali modifiche il contenuto dell'art. 59 della dir. n. 2014/24/UE – dispone, in particolare, che le stazioni appaltanti sono tenute ad accettare il suddetto DGUE quale prova documentale preliminare, in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi, in relazione a: a) assenza di motivi di esclusione; b) soddisfacimento dei criteri di selezione (requisiti di idoneità professionale, capacità economica e finanziaria, capacità tecnica e professionale); c) soddisfacimento degli eventuali criteri oggettivi indicati dall'amministrazione aggiudicatrice al fine di ridurre il numero dei partecipanti alla procedura di gara.

Nel rinviare ai paragrafi seguenti l'esame analitico del contenuto del DGUE, preme ora soffermarsi sulla natura di tale documento, nonché sulle ragioni che hanno indotto il legislatore europeo ad introdurlo. Come detto, si tratta di un'autocertificazione, di per sé del tutto analoga a quelle già in passato utilizzate dagli operatori economici al fine di dichiarare il possesso di alcuni dei requisiti richiesti dal bando di gara. Le principali novità, rispetto al regime precedente, sono rappresentate, come si dirà, dall'obbligo sussistente in capo alle stazioni appaltanti di accettare la suddetta dichiarazione, dalla standardizzazione della stessa (a livello europeo), nonché dalla semplificazione e dalla riduzione del grado di incertezza delle procedure.

Ebbene, come noto, l'art. 46 del d.P.R. n. 445 del 2000 disciplina le dichiarazioni sostitutive di certificazioni – da produrre in sostituzione delle certificazioni relative a determinati stati, qualità personali e fatti stabiliti dalla stessa norma – mentre il successivo art. 47 regola le c.d. dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà, attraverso cui un soggetto è legittimato a dimostrare il possesso di stati, qualità personali o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato.

Che la natura giuridica del documento in questione sia quella delle tradizionali autocertificazioni trova conferma nell'allegato alle Linee guida con le quali il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ne ha specificato le modalità di compilazione<sup>2</sup>, laddove, in sede di dichiarazioni finali del formulario DGUE, si rinvia espressamente alle disposizioni del citato d.P.R. n. 445/2000 relative alla

---

ri amministrativi derivanti dalla necessità di produrre un considerevole numero di certificati o altri documenti relativi ai criteri di esclusione e di selezione. Limitare tali requisiti, ad esempio mediante l'uso di un documento di gara unico europeo (DGUE) consistente in un'autodichiarazione aggiornata, potrebbe comportare una notevole semplificazione a vantaggio sia delle amministrazioni aggiudicatrici che degli operatori economici».

<sup>2</sup> *Linee guida per la compilazione del modello di formulario di Documento di gara unico europeo*, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, 18 luglio 2016, in [www.mit.gov.it/comunicazione/news/documento-di-gara-unico-europeo-dgue](http://www.mit.gov.it/comunicazione/news/documento-di-gara-unico-europeo-dgue). Per una completa disamina di tale documento si rinvia al successivo § 3.1.

*Appalti pubblici e semplificazione della procedura di presentazione delle offerte. Alla ricerca di un bilanciamento tra fiducia e controllo*

La semplificazione delle procedure e la riduzione degli oneri burocratici gravanti tanto sulle amministrazioni aggiudicatrici, quanto sugli operatori economici, rappresentano alcuni tra i principali obiettivi delle recenti normative nazionali ed europee nel settore degli appalti pubblici. In tale contesto, il presente lavoro analizza i caratteri e i possibili profili di criticità connessi all'applicazione del nuovo Documento di gara unico europeo. In particolare, lo scritto intende evidenziare come l'ampliamento della sfera di operatività dello strumento delle autocertificazioni possa condurre ad un incremento in termini di semplificazione e, di conseguenza, di efficienza delle procedure di gara. Tuttavia – in un settore particolarmente delicato come quello dei contratti pubblici – il relativo riconoscimento di un ampio grado di fiducia al privato comporta un temporaneo decremento del livello di certezza giuridica prodotta, sostenibile unicamente se successivamente “recuperato” mediante un esercizio rigoroso della funzione di controllo configurata in termini di doverosità.

*Public contracts and bidding process simplification. Searching for a balance between trust and control*

In the field of public contracts, the simplification of procedures and the reduction of bureaucratic burdens – both for public administrations and for economic operators – are among the main goals of the current Italian and European legislation. In this context, the paper analyses characteristics and critical issues connected to the implementation of the new European Single Procurement Document (ESPD). The author points out how the broader adoption of self-certification may clearly lead to an increase in simplification and, consequently, in the effectiveness of the tendering process. Nevertheless, the attribution of a high level of trust in economic operators entails a temporary decrease in the level of certainty, sustainable only if successively ‘recuperated’ through the due exercise of monitoring powers.

## *Articoli e Saggi*

# **I fabbisogni del servizio idrico integrato, le recenti prospettive di regolazione e le possibilità offerte dal nuovo Codice dei contratti pubblici**

Annalaura Giannelli e Stefano Vaccari\*

**SOMMARIO:** 1. La necessità prioritaria di considerare le «criticità» esistenti del servizio idrico integrato (S.I.I.) e i fabbisogni relativi – 2. «Criticità», «fabbisogni», «programmazione degli interventi», «domanda di lavori, servizi, forniture» e interventi con nuove modalità di gara d'appalto – 3. Problematiche tradizionali del S.I.I. e centralità dell'innovazione – 4. Il «servizio di misura» come nuovo fabbisogno del S.I.I. nel quadro della più recente strategia di regolazione dell'A.E.E.G.S.I.: le finalità perseguite – 5. Il nuovo Codice dei contratti pubblici: quali opportunità? – 6. La qualificazione delle stazioni appaltanti – 7. L'attenzione alla qualità degli acquisiti. La nuova offerta economicamente più vantaggiosa – 8. Le novità in tema di procedure di scelta del contraente: il sistema si orienta in favore della flessibilizzazione – 9. La revisionabilità del contenuto negoziale: le novità in tema di rinegoziazione – 10. Spunti conclusivi sul (possibile) rilancio del settore per il tramite delle sinergie positive tra recente regolazione e nuovo sistema delle gare d'appalto.

*1. La necessità prioritaria di considerare le «criticità» esistenti del servizio idrico integrato (S.I.I.) e i fabbisogni relativi.*

Per potere valutare quali sono le possibilità offerte dal nuovo sistema delle gare d'appalto così come configurato dal «Codice dei contratti pubblici» (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)<sup>1</sup> di recente approvazione con riguardo alla regolazione

---

\* Il contributo è frutto di una riflessione comune; tuttavia i parr. 1, 2, 3, 4 e 10 sono stati curati da Stefano Vaccari, mentre i parr. 5, 6, 7, 8 e 9 da Annalaura Giannelli.

<sup>1</sup> D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. «Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture». Nella dottrina intervenuta «a prima lettura» sul sistema delle gare disegnato dal nuovo Codice dei contratti pubblici cfr., quantomeno, L. TOR-

e alla gestione del servizio idrico occorre premettere un'analisi dei fabbisogni (nuovi e/o tradizionali) del settore idrico in relazione alle criticità esistenti<sup>2</sup>.

Non è possibile infatti affacciarsi allo studio delle nuove disposizioni ivi contenute con un approccio meramente esegetico, avulso dal particolare contesto di riferimento (nel nostro caso il servizio idrico integrato) e dalle peculiari esigenze proprie dello specifico comparto industriale<sup>3</sup>.

Occorre quindi in particolare allargare lo sguardo al di là del solo segmento della «filiera»<sup>4</sup> rappresentato dal rapporto tra gestori e «terzisti» – ossia, più chiaramente, i soggetti che nell'ambito dei contratti pubblici rappresentano le stazioni appaltanti, da un lato, e coloro che concorrono per l'aggiudicazione, dall'altro – per verificare come le disposizioni e gli istituti contenuti all'interno del Codice possano servire ai gestori del servizio idrico integrato (S.I.I.) per la migliore realizzazione degli obiettivi e delle esigenze del settore<sup>5</sup>.

---

CHIA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, V, 605 ss.; L. FIORENTINO, *Il nuovo codice degli appalti: un'occasione per modernizzare il sistema*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, IV, 425 ss.; R. PROIETTI, *Le principali novità in tema di contratti e concessioni pubbliche*, in *Corr. giur.*, 2016, VIII-IX, 1041 ss.; M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, IV, 436 ss.; R. DE NICOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2016, V, 503 ss.; L. OLIVIERI, *Nuovo codice appalti: come cambiano i contratti*, in *App. e contr.*, 2016, IV, 25 ss.; C. CONTESSA, *Dalla legge delega al nuovo "codice": opportunità e profili di criticità*, in *Giustamm.it*, 2016, 1 ss. Sempre in argomento, cfr. AA.VV., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione di Varenna*, Milano, Giuffrè, 2016, *passim*.

<sup>2</sup> Sia consentito rinviare, sul tema, a S. VACCARI, *Il settore idrico e i suoi (nuovi) fabbisogni*, in *Servizi a rete*, luglio-agosto 2016, 19.

<sup>3</sup> Sul bisogno di un recupero dell'attenzione rivolta alla «politica industriale», anche nel quadro della regolazione delle attività economiche, cfr., di recente, E. BRUTI LIBERATI, *Politica di concorrenza e politica industriale tra unità e differenziazione*, in *Riv. reg. merc.*, 2015, II, 16 ss.; T. FANELLI, *Politica industriale e regolazione. In margine al saggio di M. Thatcher, From old to new industrial policy via economic regulation*, in *Riv. reg. merc.*, 2015, II, 269 ss. Per ogni ulteriore approfondimento sul metodo della «politica industriale», si rinvia ad A. NINNI, F. SILVI, *La politica industriale. Teorie ed esperienze*, Bari, Laterza, 1997, *passim*.

<sup>4</sup> Vd. R. ROMANO, *I servizi idrici italiani. Quale relazione tra performance e modelli di governance*, Milano, Franco Angeli, 2012, 49 ss., specialmente nella parte in cui l'Autrice ritiene opportuno «[...] porre particolare attenzione alla gestione attraverso lo studio di ciò che fa (o dovrebbe fare) l'operatore idrico italiano (c.d. filiera del ciclo idrico), agli affidamenti, agli investimenti effettuati, e infine agli aspetti economici e patrimoniali».

<sup>5</sup> Sottolineano la difficoltà del concessionario di disporre, a volte, della necessaria «conoscenza tecnica» per governare al meglio le gare d'appalto L. ANWANDTER, P. RUBINO, *Perché la finanza privata assèta il settore idrico? Sette proposte per sette ragioni*, in *Merc. conc. reg.*, 2006, VIII, 220, laddove evidenziano il problema che «[...] gli investimenti previsti nei Piani d'Ambito in seguito alle ricognizioni sul territorio effettuate dalle AATO sono generalmente molto elevati, soprattutto nel periodo iniziale della concessione. Un tale profilo degli investimenti presuppone un "salto" significativo di capacità tecnica nella preparazione di gare, nella stesura dei contratti d'appalto e nel loro monitoraggio, proprio nel momento in cui il nuovo gestore è ancora "in fase di rodaggio"». Vd., anche, A. MASSARUTTO, *La cultura del fare (e del disfare): il cantiere infinito della riforma dei servizi idrici*, in *An. giur. ec.*, 2010, I, 103-104, nella parte in cui l'Autore rileva che «[...] separare la realizzazione delle infrastrutture dalla gestione è fonte di inefficienza: la decisione di investimento non può essere disgiunta dalla responsabilità gestionale. E la conseguenza di questo è che il gestore non deve più essere solo un "bravo idraulico", ma deve integrare dentro di sé competenze che gli permettono di scegliere le tecnologie e le soluzioni,

*I fabbisogni del servizio idrico integrato, le recenti prospettive di regolazione e le possibilità offerte dal nuovo Codice dei contratti pubblici*

Il presente lavoro si propone di offrire una lettura delle principali novità apportate dal nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), non da un punto di vista generale, bensì con riferimento alle peculiarità proprie del settore idrico. A tal fine, sarà necessario – innanzitutto – premettere una dimostrazione degli stretti collegamenti che sussistono tra le criticità del settore, i relativi fabbisogni e il (conseguente) Programma Degli Interventi (P.D.I.), ossia il documento fondamentale per canalizzare la successiva domanda di mercato (di lavori, servizi e forniture) da parte dei soggetti gestori nei confronti dei c.d. “terzisti” nelle forme delle procedure a evidenza pubblica. Nello svolgimento dello studio una particolare attenzione sarà dedicata anche al tema centrale dell’innovazione, oggetto peraltro delle più recenti strategie regolatorie perseguite dall’A.E.E.G.S.I., che pare intercettare una delle principali “anime” che traspaiono dalla lettura del nuovo impianto disegnato dal Codice dei contratti pubblici di recente adozione. In proposito, si procederà con una verifica degli istituti racchiusi nella nuova disciplina in materia di contratti pubblici per verificare le possibili sinergie positive che potranno – per lo specifico ambito analizzato (ossia, quello del S.I.I.) – contribuire al rilancio del settore oltre che alla risoluzione delle gravi criticità che (ormai) da troppi anni lo affliggono.

*The needs of the integrated hydric service, the recent regulation perspectives and the possibilities offered by the new code of public contracts*

The present work sets out to offer a reading of the main novelties to be found in the new Code of Public Contracts (Bill No. 50, 18 April 2016), not from a general point of view, but with reference to the peculiarities specific to the water sector. To this end, it will be necessary – first of all – to start with a demonstration of the close connections that continue to exist between the critical aspects of the sector, the relative needs and the (ensuing) Programme of Interventions, i.e. the key document to channel the successive market demand (for work, services and supplies) by the service managers with regard to the so-called ‘third parties’ in the form of public procedures.

In the implementation of the study, special attention will also be paid to the key theme of innovation, what’s more the object of the most recent regulatory strategies pursued by the A.E.E.G.S.I., which appears to intercept one of the main “souls” that emerge from the reading of the new system designated by the recently adopted Code of Public Contracts. To this regard, the study will proceed with the verification of the institutions covered by the new discipline with regard to public contracts in order to verify the possible positive synergies that may – in the specific field analysed (i.e. that of the S.I.I.) – contribute to the re-launch of the sector, as well as the resolution of the severely critical areas which have now afflicted it for all too many years.

## *Articoli e Saggi*

### **Società miste per la gestione di servizi pubblici locali: profili di comparazione e innovazioni**

Sandra Antoniazzi

SOMMARIO: 1. Le società miste per la gestione di servizi pubblici locali e la loro diffusione nel Regno Unito, in Francia, Spagna e Germania. 2. *Regno Unito*. Il presupposto al partenariato pubblico privato e varie forme di collaborazione in un regime di consolidata privatizzazione. 2.1. Un caso di tendenza inversa: la rimunicipalizzazione della *London Tube*. 3. *Francia*. La codificazione del PPP (2004) e la recente disciplina contenuta negli atti normativi di recepimento delle direttive del 2014 sui contratti pubblici. 3.1. La società di economia mista e il necessario contratto di delega. La recente diffusione di società pubbliche. 4. *Spagna*. Servizi pubblici locali e *las sociedades de economía mixta*: la diffusione del modello e gli interventi legislativi per il contenimento della spesa pubblica. 5. *Germania*. Il PPP, le società miste e la tendenza alla rimunicipalizzazione per diversi servizi pubblici. 6. Conclusioni: le società miste nell'ordinamento italiano, confronti e recenti innovazioni normative.

1. *Le società miste per la gestione di servizi pubblici locali e la loro diffusione nel Regno Unito, in Francia, Spagna e Germania.*

Lo studio delle società di economia mista nelle diverse esperienze europee coinvolge l'attuale tendenza alla razionalizzazione della gestione dei servizi pubblici locali in conseguenza della crisi finanziaria ed economica; le difficoltà di bilancio e di risorse delle entità strumentali locali e di alcune forme societarie hanno, infatti, imposto nell'ordinamento italiano la *revisione* e il *riordino* del sistema delle società partecipate e della disciplina dei servizi pubblici locali, in attuazione delle deleghe di cui agli artt. 13-14 della legge n. 124 del 2015 sulla riorganizzazione della pubblica amministrazione. A ciò si aggiunge un processo di trasformazione del governo locale, tendenza che riguarda diversi Paesi europei in cui il principio di autonomia è ormai in discussione e in via di "limitazione" soprattutto per esigenze di contenimento della spesa pubblica e di razionalizza-

zione delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali. Le *società a partecipazione pubblica* sono ora disciplinate dal d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, e i servizi pubblici locali di interesse economico generale erano oggetto di uno schema di decreto legislativo<sup>1</sup> fino all'approvazione (24 novembre 2016) del Consiglio dei Ministri, ma l'atto normativo è stato ritirato a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 251 del 2016 per una valutazione di opportunità<sup>2</sup>.

Gli ordinamenti giuridici considerati (Regno Unito, Francia, Spagna, Germania) hanno da tempo applicato gli schemi giuridici della società di economia mista e della concessione per la gestione dei servizi pubblici, riconducibili all'ambito variegato del partenariato pubblico privato istituzionalizzato, esaminato dall'UE in vari documenti ufficiali<sup>3</sup>, come atti di *soft law*, a partire dal 2004, ma senza elaborare una definizione normativa generale; peraltro, prima delle diret-

<sup>1</sup> V. Schema di decreto legislativo atto del Governo n. 308, dopo le successive integrazioni e modifiche a seguito del parere del Consiglio di Stato, Adunanza Commissione speciale, 6 aprile 2016, n. 1075 (in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)); v. testo dell'audizione dell'Agcm (13 luglio 2016), la nota di lettura n. 137 (luglio 2016) del Servizio del Bilancio dello Stato, il parere della 1<sup>o</sup> Commissione permanente n. 431 del 19 ottobre 2016, documenti reperibili in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), nelle sezioni «Concorrenza, mercato, regole», «Servizi pubblici locali».

<sup>2</sup> La Corte costituzionale, n. 251 del 25 novembre 2016, che ha dichiarato illegittime alcune disposizioni della legge delega n. 124/2015 nella parte in cui prevedono che il Governo adotti i decreti attuativi previo parere in sede di Conferenza unificata, anziché previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni. Le disposizioni sono state ritenute illegittime in quanto incidenti su materie di competenza regionale, senza però individuare un ambito prevalente, con la conseguenza di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione che, nell'ambito del procedimento legislativo, viene garantito mediante il sistema delle Conferenze; non è sufficiente il parere come previsto dalla legge delega, ma è necessario un coinvolgimento più diretto delle autonomie regionali mediante l'intesa Stato/Regioni. Per la situazione di «stretto intreccio» fra competenze statali e regionali che caratterizza i settori coinvolti dalla delega, il principio di leale collaborazione assume rilievo come *limite ulteriore* che discende dalla Costituzione e che deve conformare l'esercizio del potere governativo nel senso che devono essere previste fasi che consentano forme adeguate di coinvolgimento delle Regioni. Peraltro, la Corte Costituzionale si è preoccupata di limitare gli effetti giuridici della declaratoria di incostituzionalità e precisa che «Le pronunce di illegittimità costituzionale, contenute in questa decisione, sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione», quindi non ne derivava l'illegittimità consequenziale dei decreti legislativi attuativi già entrati in vigore e non vi erano ostacoli insuperabili per la prosecuzione dell'*iter*; a ciò si aggiungono le fasi precedenti che hanno coinvolto i pareri del Consiglio di Stato, l'audizione dell'Aeegsi e di altri interlocutori da cui non sono conseguiti contributi rilevanti di integrazione e modifica soprattutto per profili sostanziali né dai pareri delle Regioni sono emerse contrapposizioni. Allo stato attuale, il termine di attuazione contenuto nella legge delega è ormai ampiamente scaduto, quindi neppure è possibile prevedere una presentazione del testo in tempi brevi sulla base di una nuova delega al Governo oppure di un nuovo termine per l'adozione del decreto legislativo, inserendo il ricorso all'intesa in Conferenza. Per alcuni commenti v. A. POGGI, G. BOGGERO, *Non si può riformare la p. a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte Costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 28 dicembre 2016; R. BIFULCO, *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 8 febbraio 2017.

<sup>3</sup> V. Commissione europea, *Libro verde sulle partnership di tipo pubblico-privato e sul diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni* (30 aprile 2004; COM (2004) 327 def.), in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu); Comunicazione interpretativa della Commissione 5 febbraio 2008, C (2007) 6661, in [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu).



*Società miste per la gestione di servizi pubblici locali: profili di comparazione e innovazioni*

La società mista per la gestione di servizi pubblici è uno schema giuridico che ha una significativa diffusione in Francia, Spagna, Germania e nel Regno Unito. In quest'ultimo ordinamento la formula è diretta attuazione del partenariato pubblico-privato, notoriamente di origine anglosassone, ma è utilizzata prevalentemente per servizi pubblici diversi da quelli locali, dato che per questi la privatizzazione è la gestione ancora prevalente. Il collegamento con il PPP è riscontrabile anche in Francia e in Germania, mentre in Spagna la società mista rappresenta una modalità di gestione dei servizi pubblici locali come scelta discrezionale dell'ente pubblico espressione di autonomia. Tuttavia, in questi ordinamenti, la crisi finanziaria ed economica ha comportato l'adozione di norme di contenimento della spesa pubblica e di varie restrizioni e controlli sulle iniziative economiche e societarie verso una progressiva razionalizzazione a cui si è aggiunta la disciplina di recepimento delle direttive del 2014 su appalti, concessioni e servizi.

Tale tendenza è emersa anche nel nostro ordinamento in cui la società mista è attualmente prevista come modalità ordinaria di gestione dei servizi pubblici locali, dopo un'evoluzione complessa a livello giurisprudenziale e legislativo.

In tale contesto si inserisce il recentissimo D. Lgs. n. 175/2016 sulle società a partecipazione pubblica. Viceversa, il tentativo di riordino mediante un T. U. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale si è arrestato in conseguenza della sentenza della Corte Costituzionale n. 251 del 2016, da cui è conseguita una significativa incertezza sulle attuali disposizioni generali di riferimento.

*Public-private companies for the management of local public services: profiles of comparison and innovation*

The public-private company for the management of public services is a legal framework found widely in France, Spain, Germany and the United Kingdom. In the order of the latter, the formula is a direct actualisation of the public-private partnership, notoriously of Anglo-Saxon origin, but it is used mainly for public services different from local ones, given that in this case, privatisation still represents the most common form of management. The link with PPPs may also be found in France and Germany, while in Spain the public-private company represents a management model for local public services as a discretionary choice of the public body as an expression of autonomy. Nevertheless, in these orders, the financial and economic crisis has led to the adoption of norms for the limitation of public spending as well as various restrictions and controls on the economic and company initiatives towards a progressive rationalisation, added to by the transposition of the 2014 directives on calls for tender, concessions and services.

This kind of trend also emerged in our order, in which the public-private company is currently foreseen as a normal model of management for local public services, after a complex evolution on a jurisprudential and legislative level.

Within this context, the very recent Decree No. 175/2016 is to be found, concerning public companies with private shareholders. Vice versa, the attempt to intervene through the passing of a general law on local public services of general economic interest came to a halt as a consequence of the sentence of the Constitutional Court No. 251/2016, which led to a high degree of uncertainty with regard to the current general dispositions of reference.

## *Articoli e Saggi*

### **Pubblica amministrazione: un perimetro a geometria variabile tra diritto UE e diritto interno**

Giovanni Mulazzani

SOMMARIO: 1. Il Consiglio di Stato sottopone a verifica “sostanziale” il dettato europeo circa la nozione di pubblica amministrazione – 2. La disciplina del sistema di contabilità pubblica europeo: dal SEC 95 al SEC 2010 – 3. Profili evolutivi della nozione di pubblica amministrazione nel diritto interno – 4. La nozione di pubblica amministrazione alla prova del diritto UE – 5. Il *favor* per il dato funzionale: verso un diritto amministrativo europeo?

1. *Il Consiglio di Stato sottopone a verifica “sostanziale” il dettato europeo circa la nozione di pubblica amministrazione.*

La giurisprudenza amministrativa, segnatamente il Consiglio di Stato, anche di recente, è tornata ad occuparsi, seppure *incidenter tantum*, della nozione di pubblica amministrazione in relazione alle norme pubblicistiche in materia di contabilità pubblica nazionale, con un'attenzione necessariamente crescente all'elaborazione concettuale che si è sviluppata in Europa in merito a tale nozione. I giudici di Palazzo Spada, con la sentenza del 18 maggio scorso, n. 2515<sup>1</sup>, hanno respinto il ricorso presentato congiuntamente da ISTAT, Ministero dell'Economia e delle Finanze e Ministero per i Beni e le attività culturali. Questi ultimi avevano, infatti, impugnato la sentenza emanata dal TAR Lombardia<sup>2</sup>, la quale aveva accolto il ricorso della Fondazione Triennale di Milano (F.T.Mi.) per l'annullamento del provvedimento con cui l'ISTAT aveva ritenuto fosse integrata la qualifica di pubblica amministrazione per la medesima inserendola nell'elenco delle amministrazioni pubbliche ricomprese nel conto economico consolidato ai sensi dell'art. 1 comma 5 L. 311/2004. La decisio-

<sup>1</sup> Cons. St., sez. VI, 18 maggio 2015, n. 2515, in *Foro amm.*, 2015, 1437.

<sup>2</sup> TAR Lombardia, Milano, sez. I, 4 febbraio 2013, n. 326, con nota a sentenza di S. DEL GATTO, *Sistema “Sec 95” ed elenco Istat. Sull'incerto confine della sfera pubblica*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, 960 ss.

ne del giudice di appello ha confermato quanto aveva già statuito in precedenza il giudice di prime cure conformemente ad altri orientamenti espressi in precedenza<sup>3</sup>. Nel caso *de quo* è stato adottato un criterio ermeneutico di verifica “sostanziale” del dettato normativo europeo, di cui al Regolamento SEC 95, al fine di identificare lo *status* soggettivo di pubblica amministrazione. I giudici di Palazzo Spada, discostandosi dall’orientamento giurisprudenziale dominante<sup>4</sup>, che ravvisava gli elementi di pubblicità mediante una ricostruzione formale dei requisiti, hanno confermato un approccio metodologico sempre più orientato ad un’interpretazione sostanziale dei requisiti integranti la nozione di amministrazione pubblica.

Passando all’esame nel merito della sentenza, la questione si pone nei termini di verificare se l’inserimento della Fondazione all’interno dell’elenco ISTAT per l’anno 2006 sia avvenuto sulla base di un corretto *iter* tecnico-valutativo finalizzato all’apprezzamento dei presupposti di fatto e delle adeguate e conformi disposizioni di legge di riferimento. Si doveva appurare se la Fondazione rivestisse la qualifica di amministrazione pubblica e quindi fosse suscettibile di essere annoverata in tale elenco. L’inclusione di tale Fondazione nell’elenco ISTAT era stata disposta in asserita attuazione delle disposizioni di cui al Regolamento (CE) n. 2223/96 SEC 95 (oggi sostituito dal Regolamento (UE) n. 549/2013 SEC 2010) segnatamente dei paragrafi 2.68 e 2.69 lett. b). Il primo definisce il settore delle pubbliche amministrazioni (S13) che «comprende tutte le unità istituzionali che agiscono da produttori di altri beni e servizi non destinabili alla vendita la cui produzione è destinata a consumi collettivi e individuali ed è finanziata in prevalenza da versamenti obbligatori effettuati da unità appartenenti ad altri settori e/o tutte le unità istituzionali la cui funzione principale consiste nella redistribuzione del reddito e della ricchezza del paese». Il secondo dispone che «le unità istituzionali comprese nel settore S.13 sono le seguenti [...] b) le istituzioni senza scopo di lucro dotate di personalità giuridica che agiscono da produttori di altri beni e servizi non destinabili alla vendita, che sono controllate e finanziate in prevalenza da amministrazioni pubbliche». È possibile verificare la qualificazione di «produttore di beni o servizi non destinabili alla vendita» avvalendosi del criterio del c.d. “prezzo economicamente significativo” capace di influire in maniera significativa sulle quantità di un determinato bene o servizio che i produttori sono disposti a fornire e sulle quantità che gli acquirenti sono disposti ad acquistare. Il criterio ordinatore che assume centralità ai fini della qualificabilità di un soggetto quale «produt-

<sup>3</sup> TAR Lazio, Roma, sez. III quater, 30 marzo 2012, n. 3048, in *www.giustizia-amministrativa.it*; sez. III quater, 12 luglio 2011, n. 6213, in *ivi*; sez. III quater, 10 novembre 2011, n. 8645, in *ivi*.

<sup>4</sup> Cons. St., sez. IV, 28 novembre 2012, n. 6014, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 5 giugno 2013, n. 5628, in *ivi*.

*Pubblica amministrazione: un perimetro a geometria variabile tra diritto UE e diritto interno*

L'origine e l'evoluzione della nozione di pubblica amministrazione risente dell'influsso decisivo che il diritto comunitario esercita nei confronti dei diritti nazionali in termini di approcci qualificatori e criteri ermeneutici. La recente giurisprudenza amministrativa ha adottato un criterio di verifica "sostanziale" nell'interpretazione del dettato normativo europeo di cui al SEC 95, al fine di identificare lo *status* soggettivo di pubblica amministrazione. L'analisi degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali manifestati sul tema descrive un quadro che vede approcci tradizionalmente divergenti tra diritto nazionale e diritto UE perché fondati su presupposti differenti. Il diritto interno opera in sostanza una riqualificazione pubblicistica attraverso un approccio istituzionale, indagando la natura soggettiva, il diritto europeo invece procede secondo un approccio funzionale teso ad accertare caso per caso la natura oggettiva e la finalità dell'attività svolta dai soggetti. Risulta evidente dunque l'assenza di una definizione unitaria di pubblica amministrazione che si presenta in definitiva a geometria variabile al variare della disciplina specifica da applicare.

*Public administration: a perimeter of variable geometry between EU law and national law*

The origin and the evolution of the concept of public administration is influenced by the decisive impact that EU law has on national law, in particular on qualification and interpretation. The recent case law in the field of administrative law adopted a substantial verification criteria in the interpretation of the EU legislation (SEC 95), with the aim of identifying the definition of public administration. The analysis of the doctrine and the case law on the topic describes a framework that sees different and divergent approaches between EU and national law, as they are based on different premises. While national law operates with a subjective approach, EU law has a rather functional approach, which aims into finding on a case by case basis the objective nature and the scope of the activities of the actors involved. It is accordingly evident the absence of a unique definition of public administration, which is rather a variable geometry, which changes on the basis of the discipline to be applied.

## Articoli e Saggi

### I «nuovi» appalti verdi: un primo passo verso un'economia circolare?\*

Chiara Feliziani

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Agli albori degli appalti verdi. – 3. Le direttive degli anni 2000: una stagione importante per il GPP. – 4. Gli appalti verdi nell'ordinamento nazionale. – 5. Le direttive del 2014 e la «rivoluzione» del *life cycle costing*. – 6. Verso un'economia circolare?

#### 1. Considerazioni introduttive

È opinione largamente condivisa in dottrina il fatto che tra gli aspetti peculiari del diritto dell'ambiente vi sia tanto la circostanza di essere «disceso dall'alto», vale a dire dal diritto internazionale e da quello europeo, quanto la sempre maggiore propensione dello stesso «ad interessare orizzontalmente qualsiasi attività svolta sia da soggetti pubblici che da soggetti privati»<sup>1</sup>, specie quelle di natura economica.

Entrambe queste caratteristiche sono ben compendiate nell'istituto del *green public procurement* (GPP) o appalti verdi<sup>2</sup>. Da un lato, infatti, qui la disci-

---

\* Il presente contributo è frutto della ricerca condotta nell'ambito del progetto europeo PEOPLE MCSA RISE HORIZON 2020 «Grey and Green in Europe: Elderly Living in Urban Areas» (GRAGE), di cui l'Università degli Studi di Macerata è parte ([www.grageproject.eu](http://www.grageproject.eu)). L'A. esprime un sentito ringraziamento alla prof.ssa Francesca Spigarelli (project coordinator) e al prof. Francesco de Leonardis (task leader) per averla coinvolta e supportata nella ricerca.

<sup>1</sup> In questi termini F. DE LEONARDIS, *La disciplina dell'ambiente tra Unione europea e WTO*, in *Dir. amm.*, 2004, 3, 513. *Ex multis*, evidenziano tali caratteristiche del diritto ambientale: A. CROSETTI – R. FERRARA – F. FRACCHIA – N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Bari, 2002; G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015.

<sup>2</sup> Sul tema, senza pretesa di esaustività alcuna e salvo gli ulteriori contributi citati *infra*, si vedano i recenti lavori di E. BELLOMO, *Il green public procurement nell'ambito della green economy*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 163; S. BIANCAREDDU – G. SERRA, *Gli appalti verdi: la soddisfazione di interessi ambientali attraverso le procedure di aggiudicazione di contratti pubblici*, in *Giurisdiz. Amm.*, 2014, 7-8, 269; F. DE LEONARDIS, *Green Public Procurement: From Recommendation to Obligation*, in *Int. Journ. Publ. Admin.*, 2011, 1, 34; G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl.*

plina di riferimento trova la propria origine innanzitutto nel diritto e nella giurisprudenza europee<sup>3</sup>, salvo poi essere transitata – attraverso apposite misure di recepimento – nell’ordinamento nazionale<sup>4</sup>. Dall’altro lato, inoltre, gli appalti verdi rappresentano un chiaro esempio di come, in virtù del principio di integrazione<sup>5</sup>, le istanze di natura ambientale siano lentamente riuscite a pervadere altri ambiti del diritto e, più in generale, del vivere sociale, compreso il mercato<sup>6</sup>.

---

comunit., 2012, 5, 819; C. GUCCIONE – L. PALATUCCI, *Profili ambientali nelle procedure ad evidenza pubblica*, in P. DELL’ANNO – E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di Diritto dell’ambiente*, vol. II, Padova, 2013, 727; S. VILAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la «competitività non di prezzo» anche alla luce della recente disciplina europea*, in *Dir. eco.*, 2015, 2, 355.

<sup>3</sup> Imprescindibili a tal proposito i richiami, innanzitutto, a CGCE 17 settembre 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, per un commento alla quale cfr. M. BROCCA, *Criteri ecologici nell’aggiudicazione degli appalti*, in *Urb. e app.*, 2003, 2, 168 e M. LOTTINI, *Appalti comunitari: sull’ammissibilità di criteri di aggiudicazione non prettamente economici*, in *Foro amm. Cds*, 2002, 9, 1950. Nonché più di recente a CGUE 10 maggio 2012, *Commissione europea c. Regno dei Paesi Bassi*, C-368/10, riguardo alla quale si vedano E. ADOBATI, *La Corte di giustizia si pronuncia su un appalto pubblico di fornitura subordinato al rispetto di condizioni di carattere ecologico*, in *Dir. comunit. e degli scambi internaz.*, 2012, 2, 278 e T. KOTSONIS, *Commission v. Netherlands (C-368/10): Environmental and Fair Trade Considerations in the Context of a Contract Award Procedure*, in *Public Procurement Law Rev.*, 2012, 2, 234.

Più in generale, inoltre, sul ruolo della giurisprudenza (specie europea) nella materia *de qua*, cfr. M. COZZIO, *Il contributo della giurisprudenza all’evoluzione delle regole sugli appalti pubblici*, in *Dir. eco.*, 2013, 1, 147 ss.

<sup>4</sup> Si tratta, questo, di un aspetto costantemente sottolineato dalla dottrina. Da ultimo, sottolinea tale profilo F. DE LEONARDIS, *Norme di gestione ambientale e clausole ecologiche*, in *L’Amministrativista.it*, 2016, che scrive: «Il c.d. “Green Public Procurement” è nato nel diritto europeo recente [...]. Il legislatore nazionale ha iniziato il percorso di recepimento delle indicazioni europee sugli appalti verdi una decina di anni fa a partire dalla legge 27 dicembre 2006 n. 296 (legge finanziaria 2007) che al comma 1126 prevede che si debbano definire a livello amministrativo le specifiche tecniche relative a vari settori in modo da fornire alle amministrazioni parametri tecnici di riferimento da inserire nei bandi di gara».

<sup>5</sup> Con specifico riferimento al principio di integrazione, si vedano M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente, come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007, 218; M.C. CAVALLARO, *Il principio di integrazione come strumento di tutela dell’ambiente*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 2, 467; R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell’ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 3, 509, spec. 522 ss. e in ID. (a cura di), *La tutela dell’ambiente*, Torino, 2006; F. FRACCHIA, *Environmental Law. Principles, Definitions and Protection Models*, Napoli, 2015, 88; L. PINESCHI, *I principi del diritto internazionale dell’ambiente: dal divieto di inquinamento transfrontaliero alla tutela dell’ambiente come common concern* e O. PORCHIA, *Le politiche dell’Unione europea in materia ambientale*, entrambi in R. FERRARA – M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di Diritto dell’ambiente*, vol. I, Milano, 2014, rispettivamente 124 ss. e 164 ss.; R. ROTA, *Profili di diritto comunitario dell’ambiente*, in P. DELL’ANNO – E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di Diritto dell’ambiente*, vol. I, Padova, 2012, 169.

<sup>6</sup> Sul punto, si v. per tutti R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell’ambiente*, cit., 510 che scrive: «la protezione dell’ambiente [...] rientra sicuramente fra gli obiettivi e le finalità di un ordinamento giuridico evoluto e, soprattutto, tra gli scopi indefettibili delle società complesse del capitalismo maturo nelle quali i problemi di base (quelli della sopravvivenza materiale) siano già stati largamente affrontati e risolti, nel senso che si può passare dallo stadio dell’emergenza e della necessità a quello dello sviluppo e, in particolare, dello sviluppo sostenibile. [...] si può, in altre parole, sostenere che prima viene lo sviluppo, comunque cercato e raggiunto, e solo successivamente interviene la più matura valutazione circa la sua sostenibilità, circa i costi e i «limiti» dello sviluppo medesimo».

Con specifico riferimento al permeare (*rectius*, all’integrazione) delle istanze ambientali nella materia degli appalti, cfr., ad esempio, il recente lavoro di G. FIDONE, *L’integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici: il green public procurement*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino, 2013, 123.

*I «nuovi» appalti verdi: un primo passo verso un'economia circolare*

Da alcuni anni a questa parte, le istituzioni europee hanno preso a sottolineare l'opportunità di adottare un modello economico più sostenibile: la «green economy» e, più di recente, la «blue (o circular) economy» (COM (2015) 614). Un esempio di questo cambio di prospettiva è offerto dai contratti pubblici, poiché questi sono lentamente passati dall'essere considerati un elemento fondamentale per la costruzione del mercato unico al costituire uno strumento di tutela, ancorché indiretta, dell'ambiente.

Dunque, muovendo dal presupposto per cui l'Unione europea promuove l'utilizzo degli appalti verdi al fine di coniugare sviluppo economico e tutela ambientale, l'articolo ripercorre l'evoluzione della legislazione in materia di GPP. Nel fare ciò, particolare attenzione viene dedicata sia alle nuove direttive appalti (i.e. 2014/23/UE – 2014/24/UE – 2014/25/UE) sia al d.lgs. n. 50/2016, adottato dal legislatore italiano proprio al fine di recepire tali direttive.

Inoltre, l'articolo formula alcune considerazioni di carattere più generale circa le traiettorie lungo cui si sta muovendo la politica europea in materia di contratti pubblici al fine di comprendere se e in che misura gli appalti verdi possono giocare un ruolo importante nella costruzione di un modello economico più sostenibile.

*The «new» green public procurement: a first step towards a circular economy?*

Since some years the European institutions are pointing out the need to adopt a more sustainable economic model: the «green economy» and, more recently, the «blue (or circular) economy» (COM (2015) 614). An example of this shift is given by public contracts, as they have gradually moved from being a fundamental tool in the development of the single market to acting as a mean for protecting the environment, albeit indirectly.

Thus, moving from the assumption that the EU is promoting the use of Green Public Procurement as a way to combine economic growth and environmental protection, the paper analyses the evolution of the GPP's legislative framework. In so doing, it pays particular attention to both the new European directives on public procurements (i.e. 2014/23/Eu – 2014/24/Eu – 2014/25/Eu) and the legislative decree n. 50/2016, adopted by the Italian legislator in order to comply with the abovementioned directives.

Moreover, the paper formulates some general considerations on the trend lines along which the European policy on public contracts is moving in order to understand if and to what extent green procurement could play an important role in the building of a more sustainable economic model.

## *Articoli e saggi*

# **Responsabilità precontrattuale o responsabilità per violazione dei principi della funzione? La tutela della buona fede fra responsabilità precontrattuale e violazione dei principi della funzione**

Giuseppe C. Salerno

SOMMARIO: 1. La scissione della relazione tra la tutela della buona fede oggettiva e dell'affidamento e il giudizio di impugnazione: la configurazione della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione – 2. Revocabilità degli atti amministrativi e responsabilità precontrattuale: la consolidata impostazione acquisita in giurisprudenza e talune contraddizioni nelle decisioni del giudice amministrativo – 3. Le divergenti ricostruzioni che emergono nella più recente giurisprudenza della Plenaria e della Corte di Cassazione – 4. La parabola evolutiva disegnata dalla dottrina civilistica e amministrativistica: analisi e profili ricostruttivi; il principio di buona fede oggettiva quale canone fondamentale di disciplina dell'esercizio della funzione "in senso sostanziale" – 5. Il paradigma normativo del rapporto obbligatorio (precontrattuale) in diritto civile e quello del rapporto procedimentale: l'art. 1337 del codice civile e gli articoli 2 e 7 della l. n. 241/1990 – 6. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione intesa come responsabilità per violazione dei principi della funzione – 7. La natura della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e la individuazione del corretto paradigma normativo di riferimento: responsabilità *ex art.* 2043 ovvero *ex art.* 1218 del codice civile? – 8. Una postilla. L'azione risarcitoria per lesione dell'affidamento sulla legittimità del provvedimento favorevole rilasciato dalla P.A.: la natura della posizione giuridica soggettiva lesa e la conseguente giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria o del giudice amministrativo.

*1. La scissione della relazione tra la tutela della buona fede oggettiva e dell'affidamento e il giudizio di impugnazione: la configurazione della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*

Gli studi e gli approfondimenti sul ruolo della buona fede oggettiva come norma del procedimento amministrativo e, soprattutto, quale principio della



funzione in senso oggettivo si sono sostanzialmente fermati da tempo sia in giurisprudenza che in dottrina alla considerazione della posizione assunta autorevolmente dapprima dalla Plenaria del Consiglio di Stato in una decisione del 2005<sup>1</sup>, in tema di revoca dell'aggiudicazione definitiva e degli atti di una procedura di gara, con l'affermazione della responsabilità precontrattuale nell'ipotesi di svolgimento di attività amministrativa legittima<sup>2</sup>, e poi dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>3</sup>.

L'orientamento assunto è stato poi ribadito in talune decisioni delle Sezioni del Consiglio di Stato ove è stata affermata la possibilità della configurazione di una responsabilità precontrattuale della P.A. anche in presenza di un provvedimento amministrativo illegittimo<sup>4</sup>.

Come vedremo tra breve, la giurisprudenza amministrativa non riconnette alla violazione del principio di buona fede oggettiva e di correttezza e alla lesione dell'affidamento la sanzione dell'illegittimità del provvedimento di revoca ed esclude, di conseguenza, l'accoglimento dell'azione di annullamento *ex art. 29* del d. lgs. n. 104 del 2010 del provvedimento di revoca, accordando al privato interessato unicamente il risarcimento dei danni per responsabilità precontrattuale, dovendosi previamente valutare nel singolo caso la compatibilità delle peculiarità dell'attività amministrativa con le regole ed i criteri desumibili dagli artt. 1337 e 1338 del codice civile.

In altri termini, il giudizio di impugnazione del provvedimento di revoca e il giudizio di responsabilità per violazione delle regole di buona fede oggettiva e di correttezza – secondo la giurisprudenza amministrativa consolidata – si collocano su piani di ragionamento differenti e separati, avendo riguardo la responsabilità *ex art. 1337* cod. civ. unicamente alla violazione delle regole “di condotta”

<sup>1</sup> Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, in *Foro amm.*, 2005, 2515; la decisione della Plenaria è riferita ad un caso di specie verificatosi prima dell'entrata in vigore della novella del legislatore del 2005 che ha introdotto la previsione dell'art. 21-*quinquies* della legge 7 agosto 1990, n. 241.

<sup>2</sup> Cons. Stato, sez. VI, 1° febbraio 2013, n. 633, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>3</sup> Cass., ss.uu., 12 maggio 2008, n. 11656, in *Foro amm.*, 2008, 1390.

<sup>4</sup> Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2009, n. 5245; in tal senso cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662; Cons. Stato, sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674; Cons. Stato, sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. Nella prima decisione, in particolare si afferma (e nell'ultima si riporta testualmente) che, in definitiva, «con particolare riferimento alle procedure di evidenza pubblica, la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione è stata indifferentemente configurata dalla giurisprudenza sia in presenza del preventivo annullamento per illegittimità di atti della sequenza procedimentale, sia nell'assodato presupposto della loro validità ed efficacia: a) nel caso di revoca dell'indizione della gara e dell'aggiudicazione per esigenze di un'ampia revisione del progetto, disposta vari anni dopo l'espletamento della gara; b) per impossibilità di realizzare l'opera prevista per essere mutate le condizioni dell'intervento; c) nel caso di annullamento d'ufficio degli atti di gara per un vizio rilevato dall'amministrazione solo successivamente all'aggiudicazione definitiva o che avrebbe potuto rilevare già all'inizio della procedura; d) nel caso di revoca dell'aggiudicazione, per mancanza di fondi». Su tali ipotesi, cfr. anche Cons. Stato, sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748; 26 settembre 2013, n. 4809; 6 maggio 2013, n. 2418, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

*Responsabilità precontrattuale o responsabilità per violazione dei principi della funzione? La tutela della buona fede fra responsabilità precontrattuale e violazione dei principi della funzione*

Il contributo esamina le oscillanti e, per molti versi, incerte e contraddittorie decisioni della Cassazione e del Consiglio di Stato in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, registratesi anche di recente, e pone in luce le diverse ricostruzioni dell'istituto, della sua natura giuridica e i rilievi critici emersi in dottrina sia con riguardo alla configurazione della responsabilità in esame quale ipotesi riconducibile all'art. 2043 cod. civ., come appare tradizionalmente riconosciuto, sia quale ipotesi riconducibile all'art. 1218 c.c. A tal fine vengono esaminati gli orientamenti assunti, per poi valutare i tentativi di ricostruzione e la configurazione della responsabilità in discorso, pervenendo a formulare una ricostruzione dell'istituto giuridico in esame imperniata sul concetto di funzione "in senso sostanziale".

*Pre-contractual responsibility or responsibility for the violation of the principles of purpose? The protection of bona fide agreements between pre-contractual responsibility and the violation of the principles of purpose*

The contribution examines the oscillating and, in many respects, uncertain and contradictory decisions of the Cassation and the State Council on the issue of the pre-contractual responsibility of the public administration, also registered of late, and highlights the various reconstructions of the institution, of its juridical nature and the critical issues that have emerged within the doctrine both as concerns the configuration of responsibility in question as a hypothesis covered both by art. 2043 of the civil code, as appears to be traditionally recognised, and as a hypothesis covered by art. 1218 of the same code. To this end, the positions adopted are examined, only to then reassess the attempts at reconstruction and the configuration of responsibility, up to the point of formulating a reconstruction of the juridical institution in question, revolving around the issue of function 'in a substantial sense'.

## *Articoli e Saggi*

### **Verso nuovi equilibri tra potere pubblico e consenso sociale nell'amministrazione in movimento**

Franco Sciarretta

SOMMARIO: 1. Articolazione e finalità dell'indagine. – 2. Autorità e interesse pubblico: un binomio dissolubile. – 3. Declinazione varia dell'interesse pubblico. – 4. Neutralità delle tecniche di tutela dell'interesse pubblico. – 5. Attuali dinamiche del potere e ruolo dei cittadini nello scenario amministrativo. – 6. L'apertura al sociale dell'amministrazione in movimento. – 7. Nuovi paradigmi decisionali quale fondamento giustificativo del potere? – 8. Meccanismi partecipativi nei procedimenti generali di alcuni settori più significativi. – 9. La consultazione del pubblico nelle procedure decisionali tecnologicamente complesse. – 10. Considerazioni conclusive.

#### *1. Articolazione e finalità dell'indagine.*

Il tramonto del modello autoritativo dell'amministrazione pubblica sembra ormai all'orizzonte. La dimensione provvedimentale dell'azione amministrativa si contrae sempre di più, mentre si consolidano moduli convenzionali. L'acquisita natura attiva e sostanziale dell'interesse legittimo si riflette nel procedimento attraverso un accresciuto peso delle istanze partecipative. Il riconoscimento dei privati come soggetti dotati di diritti con l'imposizione alle organizzazioni pubbliche di obblighi di prestazioni e lo sviluppo di meccanismi inclusivi volti a coinvolgere il pubblico nelle decisioni di interesse collettivo modificano radicalmente le relazioni tra amministrazioni pubbliche e cittadini. Si delineano nuovi rapporti tra autorità e consenso. La vasta diffusione di figure organizzative ibride dall'ambigua natura giuridica genera una intricata commistione tra pubblico e privato<sup>1</sup>. Il continuo spostamento della linea di demarcazione tra diritto pubblico e diritto privato conduce ad un progressivo affievolimento della specialità delle regole

---

<sup>1</sup> G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 70 ss.

dell'agire amministrativo<sup>2</sup>. L'alterazione delle categorie e il progressivo aumento della frammentazione delle fattispecie rende problematico l'inquadramento di molte vicende giuridiche con l'applicazione delle teorie tradizionali. Una realtà positiva composita e non lineare cui si accompagna una dissonanza di prospettive tra legislazione, giurisprudenza e dottrina acuita dall'assenza di una interazione costante tra i tre formanti dell'ordinamento<sup>3</sup>. L'ampliamento del contesto in cui operano le amministrazioni pubbliche, che non è più esclusivamente domestico per effetto della perdita di centralità dello Stato nazionale derivante dai processi di integrazione europea<sup>4</sup> e dai fenomeni di globalizzazione<sup>5</sup>, che rendono obsoleto il sistema costruito su presupposti ormai superati. La formazione di un diritto amministrativo globale senza Stato da tempo teorizzata da studi autorevoli<sup>6</sup>. La moltiplicazione e sovrapposizione delle fonti giuridiche che accrescono le difficoltà nel loro reperimento. È arduo ricomporre queste trasformazioni in uno scenario complessivo coerente. Da ciò la crisi dei concetti basati sul modello autoritativo dell'amministrazione pubblica, determinando incertezza sui fondamenti del sistema e mettendo in discussione anche le nozioni più consolidate. Alla luce del quadro di insieme tratteggiato si pongono più interrogativi. La missione affidata alle amministrazioni pubbliche rende tuttora imprescindibile il rapporto tra esercizio del potere autoritativo e perseguimento dell'interesse collettivo? La precarietà dei confini tra pubblico e privato con l'utilizzo sempre più esteso di moduli convenzionali e negoziali nella sfera pubblica si riflette sulle logiche relazionali tra cittadini e amministrazioni pubbliche? Quale ruolo compete ai cittadini nei processi decisionali delle amministrazioni pubbliche e in quale misura essi possono influire sulle scelte di interesse comune? Le riflessioni che seguono non intendono dare risposta a questi interrogativi che ne sottendono molti altri, investendo problematiche centrali nel dibattito scientifico. La ricognizione appena accennata denota che le risposte non possono essere semplici e neppure necessariamente

<sup>2</sup> Per una lungimirante anticipazione dell'attuale scenario, F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 807 ss., ora in Id., *Scritti giuridici*, IV, Milano, 2006, 3223 ss.

<sup>3</sup> Il rilievo si ritrova in M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 347 ss., 386.

<sup>4</sup> G. VESPERINI, *Le discipline comunitarie dei diritti amministrativi nazionali: un'introduzione*, in AA.Vv., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008, 23 ss. Sull'incidenza del diritto europeo sul sistema giuridico nazionale e, segnatamente, sul diritto amministrativo interno, S. CASSESE, *Il diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni pubbliche nazionali*, in Id., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010, 361 ss.; S. TORRICELLI, *L'uropeizzazione del diritto amministrativo italiano*, in L. DE LUCIA, B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015, 247 ss.

<sup>5</sup> M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000.

<sup>6</sup> S. CASSESE, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 331 ss.; Id., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009; S. BATTINI, *Le due anime del diritto amministrativo globale*, in AA.Vv., *Il diritto amministrativo*, cit., 1 ss.

*Verso nuovi equilibri tra potere pubblico e consenso sociale nell'amministrazione in movimento*

Le profonde trasformazioni intervenute nello scenario amministrativo pongono in crisi i concetti basati sul modello autoritativo dell'amministrazione pubblica, determinando incertezza sui fondamenti del sistema e mettendo in discussione anche le categorie più consolidate. La precarietà dei confini tra pubblico e privato con l'utilizzo sempre più esteso di moduli convenzionali e negoziali nella sfera pubblica si riflette sulle logiche relazionali tra cittadini e amministrazioni pubbliche. Il riconoscimento dei privati come soggetti dotati di diritti con l'imposizione alle organizzazioni pubbliche di obblighi di prestazioni e lo sviluppo di meccanismi inclusivi volti a coinvolgere il pubblico nelle decisioni di interesse collettivo delineano nuovi equilibri tra autorità e consenso. Ciò induce a riflettere sul ruolo dei cittadini, singoli e aggregati, nei processi decisionali delle amministrazioni pubbliche e sull'influenza che essi possono esercitare sulle scelte di interesse comune. Lo scritto assume come coordinate di riferimento le categorie concettuali tradizionali per trarne indicazioni circa la capacità di tenuta rispetto ai mutamenti della realtà che toccano i rapporti tra amministrati e amministrazioni pubbliche. In tale prospettiva si analizzano i meccanismi partecipativi esistenti, con particolare riguardo a quelli in uso nei settori ritenuti tra i più significativi, esaminandone l'effettivo potenziale, l'incidenza degli esiti sui decisori pubblici e gli attuali limiti.

*Towards a new balance between the public authorities and social consensus in the administration on the move*

The deep changes that have taken place in the administrative landscape question the concepts based on the authoritative model of the public administration, leading to uncertainty about the basics of the system, and questioning even the most consolidated categories. The precariousness of the boundaries between the public and private sectors with the increasingly widespread use of conventional and negotiation modules in the public sphere is reflected in the relational logic between citizens and public administrations. The recognition of private citizens as subjects with rights to public organizations with the imposition of performance requirements and the development of inclusive mechanisms to involve the public in decisions of public interest delineate a new balance between authority and consent. This leads us to reflect on the role of citizens, whether as individuals or aggregated, in decision-making processes of public authorities and the influence they can have on public-interest decisions. The work takes its reference coordinates from the traditional conceptual categories deriving guidance on resilience regarding the evolving realities that concern the relationship between administered and public administrations. In this perspective, we analyse the existing participatory mechanism, particularly with respect to those used in sectors considered among the most significant, examining the actual potential, the incidence of the outcome on public decision-makers and the current limitations.

## *Articoli e Saggi*

### **La nuova disciplina della trasparenza e le società pubbliche. Alcuni spunti di riflessione critica**

Giulia Mattioli

SOMMARIO: 1. Premessa: le ragioni e gli obiettivi dell'indagine. – 2. Il principio di trasparenza: evoluzione normativa (dal D.lgs. n. 241/1990 al D.lgs. n. 33/2013) e sue finalità. – 3. (*segue*) L'efficacia della disciplina in tema di trasparenza di cui al D.lgs. n. 33/2013: difficoltà operative e dubbi interpretativi. – 4. La revisione degli strumenti di trasparenza amministrativa: analisi dei principi e criteri di delega contenuti nell'art. 7, co. 1 della l. n. 124/2015. – 5. L'ambito soggettivo di applicazione degli obblighi di trasparenza: la progressiva assimilazione delle società pubbliche alla pubblica amministrazione. – 6. (*segue*) Analisi della nuova disciplina (D.lgs. n. 97/2016): perimetrazione degli obblighi di trasparenza con riferimento alle società controllate e partecipate come definite nel T.U. sulle Società a partecipazione pubblica (D.lgs. n. 175/2016, in attuazione della delega *ex* art. 18 della l. n. 124/2015). Conseguenze applicative. – 7. (*segue*) Incidenza pratica del revisionato ambito di applicazione soggettivo con riferimento alle società pubbliche: la disposizione di carattere specifico di cui all'art. 22, co. 5 D.lgs. n. 33/2013. – 8. *External and internal transparency*: dall'art. 22 D.lgs. n. 33/2013 ad una prospettiva internazionale. L'indagine olandese: esperienze di partenariato pubblico-privato e valenza determinante della *internal transparency*. – 9. Considerazioni conclusive.

#### *1. Premessa: le ragioni e gli obiettivi dell'indagine*

L'obiettivo è quello di mettere in luce il rapporto tra il principio di trasparenza e la sua applicazione nei confronti delle società partecipate dalla pubblica amministrazione, quali destinatarie attive e passive della nuova disciplina della pubblicità istituzionale.

Nonostante sia riproposta dall'attuale legislatore la distinzione tra società pubbliche e pubbliche amministrazioni (cfr. l'art. 1 del d.lgs. n. 175 del 19 agosto 2016, Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica<sup>1</sup>), la discipli-

---

<sup>1</sup> Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica è stato adottato con il D.lgs. n. 175 del 19 agosto 2016, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 210 dell'8 settembre 2016 ed è entrato in vigore il suc-

na da ultimo approvata (D.lgs. n. 97/2016) sembra assottigliare questo divario, solo dichiarato, considerato che assimila le società a partecipazione pubblica alle amministrazioni<sup>2</sup>, creando inevitabilmente complicazioni di non facile soluzione.

Al dichiarato fine di sottoporre a controllo l'utilizzo delle risorse pubbliche vengono in rilievo nuove problematiche di coordinamento, aggravamento e duplicazione degli adempimenti.

Alla luce di tali preliminari considerazioni, verrà innanzitutto svolto un approfondimento sul principio di trasparenza, con riferimento alla sua evoluzione ed alle sue molteplici funzioni.

Successivamente, saranno indagati i profili applicativi ed i relativi aspetti critici della disciplina in materia di trasparenza, con particolare riferimento alle società pubbliche. Non si potrà pertanto prescindere da una preliminare e sintetica esposizione della disciplina normativa evolutasi negli anni, per considerare, più nello specifico, l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina e la perimetrazione degli obblighi riferibili alle società partecipate dalla pubblica amministrazione, alla luce dell'attuale nuova disciplina e delle sue conseguenti ricadute applicative. L'esame della disciplina verterà, in particolare, su due disposizioni specifiche: l'art. 11 (oggi abrogato e sostituito dall'art. 2*bis*) e l'art. 22 del d.lgs. n. 33/2013, come modificati dal decreto legislativo recante revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza (D.lgs. n. 97/2016). Tali disposizioni costituiscono il parametro principe in grado di evidenziare la difficoltà nell'interpretare e, di conseguenza, nell'applicare una disciplina pensata in origine per le sole pubbliche amministrazioni e progressivamente estesa a realtà distinte, quali sono quelle societarie.

---

cessivo 23 settembre 2016. Al riguardo va segnalato che, di recente, i giudici delle leggi, con la sentenza del 25 novembre 2016, n. 251, hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, c.1, lett. a), b), c), e), i), l) e m), nn. da 1 a 7, della l. n. 124/2015 (*i.e.* la legge di delegazione), nella parte in cui, in combinato disposto con l'art. 16, commi 1 e 4 della medesima legge, prevede che il Governo adotti il relativo decreto legislativo attuativo previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata. Al fine di dare attuazione a quanto statuito nella predetta sentenza della Corte Costituzionale, su richiesta del Governo il Consiglio di Stato ha emesso il parere n. 83 del 17 gennaio 2017. A seguito di detto parere il Consiglio dei Ministri ha approvato in data 17 febbraio 2017, lo schema del decreto correttivo del D.lgs. n. 175/2016. Su quest'ultimo schema il Consiglio di Stato si è espresso con il parere prescritto dalla legge di delega n. 638 del 14 marzo 2017. L'intesa in sede di Conferenza Unificata è stata successivamente raggiunta in data 16 marzo 2017. Lo schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (atto n. 404) ha ricevuto parere favorevole da parte delle Commissioni parlamentari. Attualmente si attende la deliberazione del Consiglio dei Ministri e la pubblicazione del testo definitivo in Gazzetta Ufficiale.

<sup>2</sup> M. MACCHIA, *Le partecipate statali: società di mercato o semi-amministrazioni?*, in *G.d.A.*, 2015, 441 ss., parla di contraddizione ove si ricorre a forme privatistiche per sottoporle a stringenti regole pubblicistiche, disegnate per le autorità. Questo accade non solo nel caso della disciplina sugli oneri di trasparenza, ma anche nei casi dei vincoli di finanza pubblica, ovvero della responsabilità amministrativa degli organi di gestione della società, ovvero ancora delle regole di prevenzione della corruzione, di cui la trasparenza costituisce solo un segmento.

*La nuova disciplina della trasparenza e le società pubbliche. Alcuni spunti di riflessione critica*

La nuova disciplina della trasparenza (d.lgs. n. 33/2013, recentemente modificato dal d.lgs. n. 97/2016), al dichiarato fine di sottoporre a controllo l'utilizzo delle risorse pubbliche, assottiglia la distinzione tra società pubbliche e pubbliche amministrazioni, comportando nuove problematiche di coordinamento, aggravamento e duplicazione degli adempimenti in materia di pubblicità e trasparenza.

Approfondito il principio di trasparenza ed esposta sinteticamente l'evoluzione normativa, saranno oggetto di esame l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina e la perimetrazione degli obblighi riferibili alle società partecipate dalla pubblica amministrazione, concentrandosi in particolare su due disposizioni specifiche (l'art. 11 del d.lgs. n. 33/2013, oggi abrogato e sostituito dall'art. 2bis, e l'art. 22 del cit. d.lgs.), esemplificative delle difficoltà riscontrabili dall'operatore del diritto nell'interpretare e, di conseguenza, nell'applicare una disciplina pensata in origine per le sole pubbliche amministrazioni e progressivamente estesa a realtà distinte, quali sono quelle societarie. L'indagine della normativa e dei suoi limiti sarà l'occasione per ampliare la visuale, attraverso l'approfondimento delle Linee Guida OECD – parametro oggettivo di riferimento a livello internazionale per garantire la corretta esplicazione dell'attività d'impresa, esercitata dalle *state-owned companies* –, per poi considerare criticamente la disciplina indagata, attraverso la lente dell'*internal transparency*. Partendo dall'esame di

*The new discipline of transparency and state-owned companies. Various points for critical reflection*

The new discipline of transparency (Bill No. 33/2013, recently modified by Bill No. 97/2016), with regard to the declared aim of subjecting the use of public resources to greater control, lessens the distinction between state-owned companies and public administrations, entailing new problems of coordination, a worsening and duplication of the fulfilments as concerns public bodies and transparency. After investigating the principle of transparency and briefly outlining the normative development, the study focuses on the subjective field of the application of the discipline and the jurisdiction of the obligations attributable to the subsidiaries of the public administration, focusing in particular on two specific dispositions (paragraph. 11 of Bill No. 33/2013, now abridged and replaced by paragraph 2bis, and paragraph 22 of the previously mentioned Bill), exemplificative of the difficulties that may be encountered by the law operator in interpreting and, therefore, also applying a discipline originally designed only for public administration and then progressively extended to distinct realities, such as those of private companies. The study of the norms and their limitations will also give the chance to broaden sights, through the study of the OECD Guidelines – an objective parameter of reference on an international level to ensure the correct deployment of company activity, as done so by state-owned companies – before going on to consider the discipline in question in critical terms, through the lens of internal transparency. Starting from the study of



un'esperienza specifica (relativa a quattro diversi progetti di PPP in Olanda) sarà possibile evidenziare come l'*internal transparency* – quale circolazione delle informazioni a livello interno, tra l'ente pubblico proprietario/controlante e la società partecipata – sia in grado di agevolare le “dinamiche della conoscibilità” dell'attività dell'impresa anche all'esterno, nei confronti della collettività, senza appesantire l'ente societario di inutili e dispendiosi obblighi di *external transparency*. Obblighi che ad oggi non hanno esplicato in modo adeguato la loro efficacia, in considerazione dei limiti connessi alle disposizioni vigenti in materia di trasparenza ed all'attuale configurazione ancora molto debole del c.d. “controllo sociale”.

a specific experience (relative to four different PPP projects in Holland) it will be possible to highlight how internal transparency – in terms of the circulation of information on an internal level, between the proprietary/controlling public body and the subsidiary – is able to ease the ‘dynamics of knowableness’ of the activity of the company, even external ones, before the collectivity, without weighing down the business entity with useless and costly obligations of external transparency. Obligations that to this day have not adequately demonstrated their effectiveness, in consideration of the limitations connected to the current provisions as concerns transparency and the still very weak current configuration of the so-called ‘company control’.

## *Articoli e Saggi*

# **La forma del contratto pubblico nella nuova disciplina del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e la correlata sanzione della nullità: profili di diritto sostanziale e processuale**

Eduardo Parisi

SOMMARIO: 1. Il nuovo art. 32, comma 14 del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e i dubbi interpretativi dallo stesso generati – 2. L'evoluzione della disciplina sui requisiti di forma dei contratti pubblici – 3. Proposta interpretativa: il significato attuale della norma alla luce della sua *ratio* ed evoluzione storica – 4. L'incoerenza della disciplina italiana della forma dei contratti pubblici con le direttive del 2014 – 5. La nullità del contratto pubblico per carenza di forma: profili sostanziali – 6. Profili processuali: l'accertamento della nullità – 7. Conclusione

*1. Il nuovo art. 32, comma 14 del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e i dubbi interpretativi dallo stesso generati.*

Il d.lgs. n. 50/2016, che recepisce in base alla delega contenuta nella l. 28 gennaio 2016, n. 11 le direttive n. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE (Codice), ha previsto, al comma 14 dell'art. 32 – in difetto di qualsiasi indicazione in tal senso, sia nelle direttive, sia nella legge delega<sup>1</sup> – la nullità del contratto pubblico stipulato in assenza di forma elettronica<sup>2</sup>. Il comma citato, come modi-

<sup>1</sup> Non pare a chi scrive che esimano del tutto la norma in commento da possibili censure di incostituzionalità per eccesso di delega le previsioni di cui all'art. 1, comma 1, lett. i) e q), quarto alinea della l. 28 gennaio 2016, n. 11, che si limitano a indicare al legislatore delegato, quale criterio direttivo specifico, la promozione della digitalizzazione delle procedure di affidamento e non anche dei relativi contratti.

<sup>2</sup> Occorre qui una precisazione terminologica. Se il concetto di forma contrattuale è ormai consolidato nella dottrina civilistica, che la intende, alternativamente, come «figura esteriore del negozio» (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 1955, 125 ss.), «mezzo sociale attraverso il quale le parti manifestano il proprio consenso» (BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, III, Milano, 2000, 271 ss.), o «modo in cui la manifestazione di volontà è resa certa», cfr. SACCO, *Obbligazioni e Contratti*, II, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, II ed., 2010, 421, alla cui bibliografia si rinvia, la definizione della «forma elettronica» non è unanimemen-

ficato dall'Avviso di rettifica di errori materiali ordinato dal Ministro Guardasigilli ai sensi dell'art. 14 del d.p.r. 14 marzo 1986, n. 217 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale, n. 164 del 15 luglio 2016, recita testualmente: «Il contratto è stipulato, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'ufficiale rogante della stazione appaltante o mediante scrittura privata; in caso di procedura negoziata ovvero per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri».

La norma, di difficile lettura, pone una serie di dubbi interpretativi – non risolti dal correttivo di luglio 2016 né affrontati dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 – che generano un'incertezza che appare particolarmente critica alla luce delle gravi conseguenze cui l'erronea individuazione della procedura ivi indicata porta, ossia, appunto, la nullità del contratto.

In particolare, non è immediatamente comprensibile cosa intenda il legislatore per «modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante», né quali siano i requisiti richiesti per la validità del contratto stipulato con scrittura privata «mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio». Inoltre, non pare che la soluzione adottata dal legislatore nazionale, al fine di promuovere la progressiva digitalizzazione della pubblica amministrazione<sup>3</sup>, sia coerente con l'impianto delle nuove direttive europee sui contratti pubblici, né con le dinamiche processuali che la norma ingenera<sup>4</sup>.

---

te accolta dalla dottrina, che discute piuttosto di «documento informatico», ragionando a partire dal concetto di «documento» sviluppato dalla dottrina processualciviltistica, inteso come supporto materiale idoneo a rappresentare un fatto storico. Si vedano, sul punto, i fondamentali contributi di CARRARO, *Il diritto sul documento*, Padova, 1941; GUIDI, *Teoria giuridica del documento*, Milano, 1950, 46 ss.; CARNELUTTI, *Documento – teoria moderna*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1957, 85 ss.; CANDIAN, *Documentazione e Documento (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 579. Raccogliendo la sollecitazione di quegli Autori che hanno notato come il legislatore nazionale del d.lgs. n. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'Amministrazione Digitale) abbia preso in considerazione la distinzione concettuale proposta dalla letteratura giuridica fra «documento informatico», da intendersi come rappresentazione computerizzata di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti, «documento elettronico», consistente nell'informatizzazione di documenti scritti già esistenti, e «documento digitale», indicante invece la creazione e gestione di documenti utilizzando il canale digitale, qui l'espressione «forma elettronica» è intesa, ampiamente, come l'insieme di requisiti formali, oggi introdotti nella disciplina dei contratti pubblici, consistenti nell'uso di variazioni dello stato elettromagnetico (*bit*) per l'elaborazione o l'acquisizione di documenti. Si vedano, sul punto, AMATO MANGIAMELI, *Informatica giuridica. Appunti e materiali ad uso di lezioni*, II ed., Torino, 2015; MARTONI, *Documento informatico e firme elettroniche*, in DI COCCO, SARTOR (a cura di), *Temi di diritto dell'informatica*, Torino, 2013, 27 ss. e a CALZOLAI, *L'imputazione della dichiarazione nel documento informatico tra volontà e affidamento: spunti per una riflessione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 933 ss.

<sup>3</sup> Cfr. Determinazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, ANAC (già AVCP), n. 1 del 13 febbraio 2013.

<sup>4</sup> Il tema è al centro di un consistente dibattito dottrinario anche al di fuori dei confini italiani, non solo con riferimento all'implementazione nei diversi Stati membri delle norme delle direttive europee sui contratti pubblici in tema di implementazione dello *e-procurement* e al valore della firma elettronica sul documen-

*La forma del contratto pubblico nella nuova disciplina del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e la correlata sanzione della nullità: profili di diritto sostanziale e processuale*

L'articolo analizza la disciplina della forma dei contratti pubblici, alla luce delle recenti modifiche normative apportate al settore. Dopo una ricostruzione storica dell'evoluzione dei requisiti di forma dei contratti, si passa in rassegna la normativa attuale, che appare caratterizzata da forti difficoltà interpretative e da una generale carenza di organicità. La disamina mette in luce, in particolare, le incoerenze esistenti fra l'obbligatorietà della forma elettronica dei contratti pubblici, la disciplina europea sui contratti pubblici e le misure adottate a livello nazionale in tema di digitalizzazione degli atti della pubblica amministrazione. Infine, viene esaminata la sanzione della nullità prevista dalla normativa in parola per i casi di carenza di forma elettronica, che risulta difficilmente coniugabile con la disciplina sostanziale e processuale prevista per i contratti pubblici.

*The form of the public contract in the new discipline of Leg. Decree No. 50/2016 and the correlated sanction of nullity: profiles of substantial and procedural law*

The article analyses the discipline of the form of public contracts, in the light of the recent normative modifications introduced in the sector. After a historical reconstruction of the evolution of the requirements of contractual forms, the article looks at the current norm, which appears to be characterised by great interpretative difficulties and by a general lack of internal cohesion. In particular, the examination highlights the incoherence between the obligatory nature of the electronic form of public contracts, the European discipline on public contracts and the measures adopted on a national level on the matter of the digitalisation of the acts of the public administration. Lastly, there is an examination of the sanction of nullity foreseen by the norm for cases of lack of electronic form, which appears to be difficult to reconcile with the substantial and trial discipline foreseen for public contracts.

## *Articoli e Saggi*

### **La responsabilità del produttore: presunta o oggettiva? Recenti prospettive di indagine**

Gian Franco Simonini

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Il sistema normativo della Ue sulla sicurezza dei prodotti. – 3. Emerge la “responsabilità presunta”. – 4. L’attività del danneggiante e del danneggiato nel giudizio di responsabilità. – 5. Il difetto nella responsabilità da prodotto. – 6. La prova del difetto. – 7. Le conclusioni.

#### 1. *Premesse.*

La Suprema Corte di Cassazione, in una complessa sentenza del 2007<sup>1</sup>, affermava che nel nostro ordinamento alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante l’attribuzione al danneggiato di una somma di denaro che tenda a eliminare le conseguenze del danno subito, mentre rimane estranea al sistema l’idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed è indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta. È quindi incompatibile con l’ordinamento l’istituto dei danni punitivi. La risarcibilità è sempre condizionata all’accertamento della sofferenza o della lesione determinata dall’illecito e non può considerarsi provata *in re ipsa*. Dunque, secondo tale insegnamento (che si rifà alla tradizione giuridica continentale che vuole che risarcimento del danno deve mettere il danneggiato nella stessa situazione economica in cui si trova prima dell’evento), al nostro sistema della responsabilità civile non appartengono le funzioni di punizione (sanzionatoria), di deterrenza e di prevenzione; tutte funzioni che sono ancillari rispetto a quella compensativa. L’orientamento sembrava consolidato sino all’ordinanza della S.C. del 16 maggio 2016, n. 9978<sup>2</sup> che

<sup>1</sup> Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Giust. civ.*, 2007, 2124.

<sup>2</sup> Cass., 16 maggio 2016, n. 9978, in *Res civ. e prev.*, 2016, 1232. Con sentenza 5 luglio 2017, n. 16601, le SS. UU. sembrano aderire ad una concezione più moderna del sistema risarcitorio.

ha rimesso la questione alle Sezioni Unite della S.C., dubitando che esso fosse ancora compatibile con il diritto vivente. In determinate aree, ed una di esse è sicuramente quella della responsabilità da prodotto, sembra infatti che, accanto alla funzione risarcitoria, emerga la funzione preventiva: l'ordinamento si interessa del consociato anche prima del verificarsi del danno. Le implicazioni, come vedremo, sono notevoli.

Le teorie economiche ci dicono se è vantaggioso traslare sull'ipotetico danneggiante il costo del sinistro oppure se esso deve rimanere a carico del danneggiato. Nel danno da prodotto se esse allocano al danneggiato gran parte dei sinistri, il medesimo sarà costretto ad investire molto sulla sicurezza; in caso contrario, sarà il fabbricante a doverlo fare. In quest'ultima ipotesi la *ratio* può essere quella di trasferire il costo degli incidenti a quella parte che ha la maggior possibilità di prevenire il danno (il fabbricante): si opera così in base ad un'opzione di politica economica basata sul costo sociale del danno da prodotto. Affermate le teorie, il diritto procede poi a creare i criteri di imputazione della responsabilità più convenienti: nella responsabilità da prodotto si ritiene comunemente che il criterio di imputazione preferibile sia quello della responsabilità oggettiva, apparendo disagevole (sotto il profilo della prova) per il danneggiato indagare la colpa del fabbricante nei processi industriali di produzione di beni in serie destinati ai consumatori<sup>3</sup>.

Il nostro legislatore, al momento della codificazione del 1942, prese atto che, in alcune fattispecie, il criterio di attribuzione della responsabilità civile non avrebbe dovuto essere quello tradizionale della colpa, ma quello della responsabilità oggettiva, in particolare allorché si verificava un evento dannoso inatteso non determinato dal fatto (comportamento) dell'uomo, ma da una particolare attività o da un determinato bene; il criterio di imputazione serve, in tali casi, per limitare, a ritroso, la responsabilità al gestore di tale attività o al possessore/custode del bene<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Si consideri tuttavia che, nelle più tipiche formulazioni della responsabilità da prodotto americana, tra le quali la norma del *Restatement Second, Sec. 402A*, ai fini di valutare la presenza della *defective condition* e della *unreasonably dangerous condition* si ricorre alla valutazione della conoscenza, da parte del fabbricante, di soluzioni alternative migliori e dell'accessibilità ad una tecnologia diversa; in tal modo questa dottrina non riesce a liberarsi dell'elemento della colpa (diligenza). La valutazione della condizione della *unreasonably dangerous* sembra richiamare la tradizionale (per il mondo del *common law*) concezione che il prodotto venduto debba essere *fit for the purpose*, su questi temi, M. A. SWARTZ, *The concepts of Defective Condition and Unreasonably dangerous in product liability*, in *Marquette Law Review*, 1983, vol. 66. Allo stesso modo se l'indagine si sposta al danneggiato, utente del prodotto, la ragionevolezza delle attese appare simile alla diligenza, seppure da essa si distingue perché la prima esprime la capacità di un soggetto di valutare le circostanze in relazione alle quali scegliere la condotta più appropriata, la seconda è afferente le modalità esecutive della condotta, v. C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, I e II, a cura di C. Castronovo, 2001; A. ALBANESE, *La sicurezza generale dei prodotti e la responsabilità del produttore nel diritto italiano ed europea*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 977.

<sup>4</sup> La sentenza della S. C. 17 dicembre 2009, n. 26516 in *Foro it.*, 2010, 3, I, 869, rievoca, a proposito della responsabilità oggettiva ex art. 2050 c.c., la dottrina della *liability product* nord americana. Afferma che il criterio oggettivo fu individuato nella *deep pocket* (tasca ricca) negli ordinamenti del *common law* e nella *richesse oblige*, della tradizione francese, mentre nell'affinamento dottrinale successivo si è ritenuto che vada individuato nel principio

*La responsabilità del produttore: presunta o oggettiva? Recenti prospettive di indagine*

Recenti sentenze della Cassazione definiscono la responsabilità del produttore come «responsabilità presunta» e non «oggettiva». Ci si interroga se tale definizione sia puntuale e conforme alla Direttiva n. 85/374/CEE o fuorviante. Si indirizza l'esame alla complessa e ambigua nozione di "difetto" e si valuta se in essa confluiscono anche elementi desumibili della direttiva n. 2001/95/CE sulla sicurezza dei prodotti e si costituisca così una complessa nozione di garanzia di sicurezza del fabbricante che accompagna i suoi prodotti nella circolazione nel mercato. Infine si affronta la questione del valore probatorio nel processo risarcitorio per danni da prodotto difettoso delle norme tecniche armonizzate, si discute se il livello di sicurezza assicurato da queste sia solo «minimo», di quale rilevanza possano avere in questo processo e se il Giudice possa disattenderle senza attivare il procedimento di revisione davanti all'autorità amministrativa.

*The responsibility of the producer: presumed or objective? Recent investigation perspectives*

Recent sentences from the Cassation Court define the responsibility of the producer as a 'presumed responsibility' and not an 'objective' one. It is debated whether such a definition is accurate and in line with Directive No. 85/374/EEC or misleading. The examination focuses on the complex and ambiguous notion of 'defect', and it is evaluated whether this also includes elements inferable from Directive No. 2001/95/EC on the safety of products and thus constitutes a complex notion of guarantee of safety of producers which accompanies their products in their market circulation. Lastly, the issue of probative value in the compensation process for damage from defective goods of the harmonised technical norms is addressed; a discussion follows on whether the level of safety ensured by these norms is only the "minimum", of what relevance they may have in the process, and whether the judge may overrule them without activating the revision procedure before the administrative authorities.