

MANUALE DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA  
VOLUME II

di  
Giuseppe Tesaro



GIUSEPPE TESAURO

**MANUALE DI DIRITTO  
DELL'UNIONE EUROPEA**

VOLUME II

a cura di  
Patrizia De Pasquale e Fabio Ferraro

EDITORIALE SCIENTIFICA

Napoli

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2021 Editoriale Scientifica s.r.l.  
Via S. Biagio dei Librai, 39  
Palazzo Marigliano  
80138 Napoli

Tutti i diritti (traduzione, adattamento) sono riservati per tutti i Paesi.  
La riproduzione, anche parziale, e con qualsiasi mezzo  
(compresi microfilms e fotostatiche) è vietata.

ISBN 979-12-5976-061-6

## INDICE

<i>Premessa</i>	XIII
<i>Postilla</i>	XV
<i>Abbreviazioni</i>	XVII
<i>Opere di carattere generale</i>	XXIII

### CAPITOLO I LA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE MERCI

1. Caratteri generali	1
2. La libera circolazione delle merci	5
3. L'unione doganale	8
4. L'abolizione dei dazi doganali e delle tasse di effetto equivalente	11
5. Il divieto di imposizioni fiscali discriminatorie	15
6. Restrizioni quantitative e misure di effetto equivalente	21
7. Le misure distintamente applicabili	25
8. Le misure indistintamente applicabili. Normative sui prezzi	27
9. <i>Segue:</i> normative sulla qualità e la presentazione del prodotto	28
10. <i>Segue:</i> normative sulle modalità di commercializzazione	31
11. Le restrizioni quantitative alle esportazioni	34
12. Le deroghe al divieto di misure di effetto equivalente	36
13. Le restrizioni agli scambi connesse alla tutela della proprietà industriale e commerciale	39
14. I monopoli commerciali	47

### CAPITOLO II LA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI LAVORATORI SUBORDINATI

1. Le «persone» che beneficiano della libertà di circolazione all'interno dell'Unione	53
2. La libera circolazione dei lavoratori	57

3. Il diritto di ingresso e di soggiorno	63
4. Il regime della libera circolazione dei lavoratori	65
5. Il sistema di sicurezza sociale garantito ai lavoratori migranti	73
6. Le limitazioni alla libertà di circolazione dei lavoratori	78

CAPITOLO III  
LA LIBERTÀ DI STABILIMENTO  
E LA LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI

1. La libertà di stabilimento	85
2. L'ipotesi di stabilimento a titolo principale e quella di stabilimento a titolo secondario	89
3. Il regime del diritto di stabilimento: a) la regola del trattamento nazionale	94
4. <i>Segue:</i> b) oltre il trattamento nazionale	97
5. Le misure destinate a facilitare la libertà di stabilimento	102
5.1. <i>Segue:</i> la disciplina sullo stabilimento degli avvocati	110
6. <i>Segue:</i> la direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno	110
7. <i>Segue:</i> le direttive in materia societaria	119
8. La libertà di prestazione dei servizi	122
9. Nozione e caratteristiche della prestazione di servizi	124
10. Il regime della libera prestazione dei servizi: a) le misure discriminatorie	130
11. <i>Segue:</i> b) le misure indistintamente applicabili	134
12. <i>Segue:</i> c) le condizioni specifiche imposte al prestatore e giustificate dall'interesse generale	137
13. I servizi digitali	145

CAPITOLO IV  
LA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI CAPITALI  
(di Lorenzo Pace)

1. La libera circolazione dei capitali e il mercato interno	157
2. La «piena liberalizzazione» dei movimenti di capitali e la disciplina attuale	159
3. <i>Segue:</i> le limitate deroghe alla libera circolazione dei capitali e il caso della c.d. «golden share»	161
4. Le principali misure di armonizzazione e il progetto della « <i>Capital Market Union</i> »	165

CAPITOLO V  
LA POLITICA DI IMMIGRAZIONE E DI ASILO  
(di Patrizia De Pasquale)

1.	Caratteri generali	169
2.	Quadro normativo delle politiche in tema di controlli alle frontiere, asilo e immigrazione	171
3.	Il controllo delle frontiere interne	174
4.	La sorveglianza delle frontiere esterne	176
5.	La politica comune di asilo	178
6.	Il regolamento Dublino III	183
7.	Il rimpatrio dei migranti irregolari	185
8.	Verso una riforma del sistema	187
9.	Gli immigrati regolari	191

CAPITOLO VI  
LA DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA  
APPLICABILE ALLE IMPRESE

1.	Caratteri generali	199
2.	La nozione di impresa	202
3.	Oggetto e condizioni di applicabilità del divieto di cui all'art. 101 TFUE	208
4.	Le condizioni del divieto	213
5.	L'alterazione delle condizioni di concorrenza	217
6.	La regola <i>de minimis</i>	219
7.	Ipotesi tipizzate di intesa	220
8.	La nullità degli accordi vietati	224
9.	Le esenzioni individuali e per categoria	226
10.	L'abuso di posizione dominante	229
11.	La posizione dominante collettiva	233
12.	La nozione di sfruttamento abusivo	234
13.	Applicazione cumulativa degli artt. 101 e 102 TFUE	237
14.	La procedura di applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE	238
15.	Il controllo sulle concentrazioni	246
16.	<i>L'European Competition Network</i>	254

CAPITOLO VII  
LA DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA  
APPLICABILE AGLI STATI

1. Misure statali ed effetto anticoncorrenziale	259
2. Misure statali e imprese pubbliche o beneficiarie di diritti esclusivi	266
3. Il potere di controllo della Commissione <i>ex art. 106, par. 3, TFUE</i>	273
4. Gli aiuti pubblici alle imprese	278
5. La nozione di aiuto oggetto del divieto generale	281
6. Le deroghe al principio d'incompatibilità	293
7. La procedura di controllo di compatibilità degli aiuti	297
8. Gli aiuti di Stato e la gestione delle crisi	308

CAPITOLO VIII  
LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA CIVILE  
(di Angela Correra)

1. Origine e sviluppo della cooperazione giudiziaria in materia civile	315
2. L'ambito di applicazione materiale dell'art. 81 TFUE	317
3. Il carattere della «transnazionalità» e il «buon funzionamento del mercato interno»	320
4. Gli obiettivi della cooperazione giudiziaria in materia civile e il principio del mutuo riconoscimento	322
5. La procedura decisionale e le misure adottabili	324
6. I principali atti giuridici adottati	326
7. Gli strumenti di semplificazione della cooperazione giudiziaria in materia civile: la Rete di giustizia europea e l' <i>E-justice</i>	330

CAPITOLO IX  
LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA PENALE  
(di Antonietta Damato)

1. I caratteri generali della disciplina	337
2. Il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e il ravvicinamento delle legislazioni nazionali: l'art. 82 TFUE	341
3. Le misure stabilite dall'art. 82, par. 1, TFUE. Il reciproco riconoscimento delle decisioni: il mandato d'arresto europeo	343
4. <i>Segue</i> : le ulteriori applicazioni del principio	348

5. Le altre misure previste dall'art. 82, par. 1, TFUE	351
6. Il ravvicinamento delle legislazioni penali processuali: l'art. 82, par. 2, TFUE	354
7. Il ravvicinamento delle legislazioni penali sostanziali: l'art. 83 TFUE. La prevenzione della criminalità	358
8. Gli organi: Eurojust; la Procura europea	362

CAPITOLO X  
L'UNIONE ECONOMICA E MONETARIA  
(di Lorenzo Pace)

1. Premessa: Unione economica e monetaria e la pandemia del COVID-19	371
2. I primi progetti di coordinamento economico e monetario	372
3. L'Unione economica e monetaria e l'euro: le distinte competenze di politica economica e di politica monetaria	373
4. La distinzione giuridica tra competenza di politica economica e di politica monetaria	374
5. La politica economica: il coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri (art. 121 TFUE)	375
6. <i>Segue</i> : il procedimento per disavanzi pubblici eccessivi (art. 126 TFUE)	376
7. <i>Segue</i> : le norme a garanzia della “no transfer Union”	378
8. <i>Segue</i> : la disciplina conseguente alla crisi dell'eurozona (2009-2013). Il <i>Fiscal Compact</i>	379
9. <i>Segue</i> : il Meccanismo europeo di stabilità (MES)	382
10. La politica monetaria: gli obiettivi e il quadro istituzionale	383
11. <i>Segue</i> : il ruolo delle Banche centrali degli Stati membri e l'Eurogruppo	385
12. <i>Segue</i> : il procedimento d'infrazione nei confronti delle banche centrali nazionali per violazione dei provvedimenti della BCE	386
13. <i>Segue</i> : la BCE e la sua <i>accountability</i>	387
14. Il sistema delle fonti dell'Unione monetaria	388
15. Il controllo giurisdizionale sugli atti della BCE	389

CAPITOLO XI  
LA POLITICA ESTERA, DI SICUREZZA E DI DIFESA COMUNE  
(di Simonetta Izzo)

1. Introduzione	393
2. La Politica estera e di sicurezza comune (PESC)	394

3. I soggetti della PESC	397
4. Strumenti e meccanismi decisionali della PESC	398
5. PESC e Stati membri	403
6. Origini e dinamiche evolutive della Politica di sicurezza e di difesa comune (PSDC)	404
7. La PSDC dopo il Trattato di Lisbona	406
8. PSDC e Stati membri	408
9. Processi decisionali e soggetti in ambito PSDC	412
10. La clausola di difesa reciproca	414

## CAPITOLO XII ALTRE POLITICHE SETTORIALI

1. Caratteri generali	419
-----------------------	-----

### APPALTI E CONCESSIONI (di Andrea Circolo)

1. Considerazioni introduttive	421
2. La direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici	423
3. La direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali	432
4. La direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione	433

### AGRICOLTURA E PESCA (di Gaspare Fiengo)

1. Introduzione	441
2. Gli interventi strutturali della PAC	443
3. L'organizzazione comune dei mercati	444
4. I meccanismi di finanziamento della PAC	446
5. La politica comune della pesca	447

### TRASPORTI (di Valeria Capuano)

1. La politica europea dei trasporti: lineamenti generali	451
2. Trasporto ferroviario	453

3. Trasporto su strada	455
4. Trasporto aereo	456
5. Trasporto marittimo	459

### CULTURA (di Celeste Pesce)

1. Introduzione: le competenze culturali dell'Unione	462
2. Relazioni tra cultura e politiche europee	463
3. Gli ambiti di azione dell'Unione. Talune misure culturali europee	464
4. La cultura nelle relazioni esterne	466

### SANITÀ (di Celeste Pesce)

1. Introduzione	469
2. Le competenze sanitarie dell'Unione	472
3. Gli ambiti di azione dell'Unione	475
4. Il sistema di protezione civile dell'Unione e la clausola di solidarietà	478
5. L'Agenzia europea dei medicinali (EMA)	481
6. Il Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie (ECDC)	485
7. Misure sanitarie dell'Unione di contrasto alla pandemia di Covid-19	486

### INDUSTRIA (di Valeria Capuano)

1. La nascita della politica industriale europea	492
2. I limiti della politica industriale europea	493
3. Recenti interventi di politica industriale europea	494

### COESIONE ECONOMICA, SOCIALE E TERRITORIALE (di Celeste Pesce)

1. Introduzione: le competenze dell'Unione	499
2. Trasversalità della politica di coesione economica, sociale e territoriale	500
3. Strumenti di realizzazione: i fondi strutturali	502
4. I principi che regolano l'intervento dei fondi strutturali e le modalità operative	506

AMBIENTE  
(di Celeste Pesce)

1. Introduzione: le competenze dell'Unione	511
2. Obiettivi e programmi della politica ambientale europea	514
3. Principi in materia ambientale	516
4. Brevi cenni al diritto ambientale europeo	523

ENERGIA  
(di Valeria Capuano)

1. La politica energetica: quadro normativo di riferimento	532
2. Il mercato unico dell'energia	534
3. Fonti energetiche e sicurezza degli approvvigionamenti	535
4. Fonti energetiche e sicurezza qualitativa	537

<i>Indice analitico</i>	539
-------------------------	-----

## PREMESSA

L'obiettivo del lavoro di un gruppo di giovani e meno giovani di completare il Manuale con una seconda parte dedicata alle politiche dell'Unione ed a temi emergenti o comunque rilevanti è stato raggiunto. L'impresa non è stata facile, per varie ragioni. La prima è che, pur considerando il valore dei giovani e meno giovani che vi hanno collaborato, con entusiasmo e con lo stesso obiettivo, è stato molto complicato dare ai destinatari del Manuale almeno gli elementi essenziali di argomenti fino ad oggi non trattati o meritevoli di aggiornamento, soprattutto dei temi emergenti che hanno attirato l'attenzione non solo della dottrina, come la sanità e l'ambiente. Eppure, l'Unione, sia pure con qualche ritardo dovuto alla novità del fenomeno pandemia, ha fatto uno sforzo non da poco, anche con qualche disinvoltura, per supportare gli Stati membri e risolvere le loro difficoltà. Questo sforzo è dipeso anche dalla mancanza di una vera e propria competenza in materia di sanità, limitata ad un anemico coordinamento, nonché dal mantenimento in capo agli Stati membri della responsabilità in tema di Politica economica, con l'aggravante della separazione della moneta, attribuita in beata solitudine alla Banca centrale europea di Francoforte. E non si può mancare di sottolineare la generosa disponibilità nei confronti dell'Italia, con il sospetto che ciò sia dovuto al tentativo di emarginare il sovranismo, e ridurre le baruffe politico-elettorali al minimo civile.

L'impresa non è stata facile anche perché l'Unione europea non gode di simpatie unanimi e gli errori veramente tali o semplici ritardi alimentano il sovranismo dilagante, perfino in Italia, uno dei Paesi fondatori della Comunità, che con De Gasperi contribuì significativamente alla realizzazione, allora rivolta, lo leggiamo a lettere chiare nella Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950, al mantenimento della pace e alla riduzione delle cause di discordia tra Francia e Germania. Dopo gli anni oscuri del ventennio, dunque, la pace rappresenta un valore essenziale che, nel pensiero di Einaudi (e non solo), può porsi in contraddizione con la sovranità.

L'Unione, così definita in luogo di Comunità dall'art. 2 del Trattato di Lisbona, merita ancora per i valori che riesce ad esprimere, per la centralità dei diritti, fondamentali e non, dei singoli come di tutti i protagonisti del processo di integrazione, con un meccanismo di tutela giurisdizionale eccezionalmente efficace, per il quale il rispetto dei diritti e dei doveri è da tutti dovuto, nessuno escluso, attraverso la sinergia tra giudice nazionale e giudice

dell'Unione, vero gioiello del sistema complessivamente considerato. Anche questo è un valore che merita di essere conservato alle generazioni future.

Il volume della parte seconda dedicata, se si preferisce, al diritto materiale, è il frutto, dunque, del lavoro di un gruppo di studiosi uniti dall'obiettivo comune di aggiornare i temi tradizionali alla luce delle più recenti novità e far emergere temi un po' trascurati ma oggi all'attenzione dei Paesi membri e dei cittadini, assecondando lo stile chiaro e semplice del Manuale e dando conto almeno dell'essenziale dell'argomento. Su tali premesse, lo scambio di merci è stato aggiornato da Gaspare Fiengo; la libera circolazione delle persone e la concorrenza rivisti da Patrizia De Pasquale; la libertà di stabilimento, la libera prestazione dei servizi e gli aiuti di Stato da Fabio Ferraro, la libera circolazione dei capitali da Lorenzo Federico Pace. Per quanto riguarda i capitoli nuovi segnalo che l'immigrazione è stata curata da Patrizia De Pasquale; la politica economica e monetaria da Lorenzo Pace; l'importante capitolo sugli appalti dal giovanissimo Andrea Circolo; la cooperazione giudiziaria in materia civile da Angela Correrà e la cooperazione giudiziaria in materia penale da Antonella Damato; la politica estera e di sicurezza da Simonetta Izzo; l'agricoltura e la pesca da Gaspare Fiengo, l'energia, l'industria e i trasporti da Valeria Capuano; la sanità, l'ambiente, la coesione e la cultura da Celeste Pesce. Di certo non si poteva fare una enciclopedia, ma almeno abbiamo avuto l'ambizione di fare chiarezza sui punti essenziali e/o più emergenti delle materie. Nell'insieme ci auguriamo che anche per questo il Manuale resti uno dei principali punti di riferimento e di consultazione per gli studiosi e gli operatori del diritto. Lo studio e la ricerca non hanno confini, così come le differenti opinioni costituiscono un arricchimento per l'elaborazione teorica, ma sarebbe opportuna una maggiore sensibilità ed un maggior rigore nell'affrontare le tematiche di diritto dell'Unione europea, in quanto vi è il rischio di generare confusione sui principi e sugli istituti di tale ordinamento. Anche per questo mi auguro che il Manuale possa avere successo tra i più e meno giovani.

Non lo ritengo un dovere, ma sento il bisogno di ringraziare calorosamente tutti coloro, studiosi e non, che hanno lavorato per realizzare questo secondo volume ed ai quali formulo i più sentiti auguri di un proficuo lavoro.

Un grazie in più va ad Andrea Circolo e ad Angela Correrà che hanno preparato la bibliografia e corretto le bozze.

Non dimentico lo staff della gloriosa casa editrice, che ci ha incoraggiato con sincero entusiasmo: Mario e Alfredo De Dominicis e la preziosa e dolcissima sig.ra Elisabetta.

Napoli, giugno 2021

*Giuseppe Tesaurò*

## POSTILLA

*Il 6 luglio è venuto improvvisamente a mancare il prof. Giuseppe Tesauro, “padre fondatore” del nostro settore scientifico disciplinare IUS/14-Diritto dell’Unione europea. Grande è il rammarico che non abbia potuto vedere concluso il secondo volume del Manuale; Sua è, comunque, l’impostazione e la scelta degli studiosi chiamati a collaborare.*

*Questo volume è, infatti, il frutto di interi pomeriggi trascorsi nello studio del Professore, circondati dalla Sua ricchissima biblioteca, durante i quali il confronto su aspetti di diritto si alternava ai Suoi racconti di esperienze vissute alla Corte di giustizia, all’Autorità garante della concorrenza e del mercato o alla Corte costituzionale. Un confronto sempre vivace e improntato ad uno scambio di opinioni “alla pari”: da uomo veramente “grande”, il Professore aveva la capacità di non far mai pesare la Sua statura e di condividere con generosità il Suo enorme patrimonio di conoscenza. Anzi, chiedeva sempre il nostro parere ed era pronto a cambiare opinione, se riuscivamo a convincerlo della bontà della nostra tesi.*

*In quelle lunghe ore ci ha costantemente ricordato che un Manuale è destinato innanzitutto ai giovani, ma altresì ai tecnici e che bisogna insegnare loro a non “trascurare l’approfondimento di una parte oggi fondamentale del sapere giuridico, pena la rappresentazione di svarioni come verità e l’aumento della diffidenza nei confronti dell’Europa, che trova alimento solo nella scarsa memoria e nella altrettanto scarsa conoscenza del processo d’integrazione”.*

*La grande competenza del Professore non è mai stata fine a sé stessa, ma al servizio degli altri, con la semplicità che lo ha contraddistinto e guardando sempre con fiducia all’Unione europea, anche nei momenti di maggiore difficoltà.*

*Sin da quando, nel 2018, ci ha designato “curatori” dell’originario Manuale ci siamo sentiti investiti di una grande responsabilità, ma nella preparazione delle due edizioni del primo volume abbiamo potuto contare sui Suoi consigli. Ora, invece, la strada sembra in salita e il compito difficile. Si tratta di un’eredità molto preziosa e soltanto ripensando alle “chiacchierate” di quei pomeriggi, alle importanti lezioni impartite con la levità della Sua proverbiale ironia che possiamo affrontare il lavoro che ci attende con l’animo leggero e l’impegno necessario.*

*Nel consegnare alla stampa il volume, ci auguriamo che Egli stia sorridendo, felice che il lavoro sia giunto a termine e che i Suoi insegnamenti possano continuare a formare tanti giovani.*

Napoli, luglio 2021

Patrizia De Pasquale  
Fabio Ferraro

## APPALTI E CONCESSIONI

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici. – 3. La direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali. – 4. La direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

### 1. Considerazioni introduttive

Pur riferendosi ad attività di natura contrattuale – rimesse, di regola, alla discrezionalità delle parti – il settore degli appalti pubblici è sottoposto ad una normativa inderogabile. A ben vedere, i Trattati non contengono riferimenti espressi ad una disciplina comune degli appalti pubblici<sup>1</sup>. Nonostante, ciò non ha impedito al legislatore dell'Unione di regolamentare il settore in maniera dettagliata, facendo ricorso alle basi giuridiche finalizzate al funzionamento del mercato interno<sup>2</sup>.

La necessità di ravvicinare le normative nazionali è strettamente legata ad una tradizionale preferenza accordata agli operatori interni dal punto di vista regolamentare ed amministrativo<sup>3</sup>. La creazione di una normativa comune agevola l'apertura del mercato e la concorrenza effettiva; infatti, l'applicazione dei principi del mercato interno al settore degli appalti – su tutti, la parità di trattamento – stimola la competitività delle imprese europee e permette all'azione amministrativa interna di conformarsi ai criteri dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità, corollari del buon andamento.

Sin dalle direttive di prima generazione, adottate negli anni settanta<sup>4</sup>, il processo di armonizzazione promosso a livello dell'Unione è stato volto a coordinare le discipline nazionali con riferimento a diversi aspetti degli appalti pubblici (pubblicazione del bando di gara; criteri per l'aggiudicazione; *etc.*). Al processo legislativo interno si è accompagnato un processo normativo a livello internazionale, che ha visto l'Unione e gli Stati membri

**Ravvicinamento  
delle legislazioni  
nazionali**

<sup>1</sup> Fa eccezione il solo riferimento *en passant* contenuto nell'art. 179, par. 2, TFUE (Ricerca e sviluppo tecnologico e spazio), ai sensi del quale l'Unione incoraggia le imprese e i centri di ricerca e li sostiene i loro sforzi di cooperazione nell'ambito del mercato interno anche grazie «all'apertura degli appalti pubblici nazionali».

<sup>2</sup> Artt. 26, 34, 53 par. 1, 56, 57, 62 e 114 TFUE.

<sup>3</sup> Prima della predisposizione di una legislazione comune a livello dell'Unione, solo il 2% degli appalti pubblici era attribuito a imprese non nazionali.

<sup>4</sup> Direttiva 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici; direttiva 77/62/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1976, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture.

firmatari dell'accordo sugli appalti pubblici di Marrakech<sup>5</sup>. La proliferazione normativa, registrata anche negli anni successivi, ha richiesto un riordino della materia da parte del legislatore dell'Unione.

#### Le direttive

Parlamento e Consiglio hanno così adottato un pacchetto di tre direttive. La nuova direttiva appalti pubblici (2014/24/UE), che abroga la precedente 2004/18/CE<sup>6</sup>, è affiancata da una seconda direttiva sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (2014/23/UE)<sup>7</sup>. Il pacchetto è completato da una terza direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (2014/23/UE)<sup>8</sup>. Le direttive riconoscono il diritto degli Stati membri di individuare il modello di gestione ritenuto più idoneo per l'esecuzione di lavori e la fornitura di servizi<sup>9</sup>. In particolare, tale normativa non limita il potere dell'autorità pubblica di decidere se eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o se esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi, attraverso gli schemi dell'appalto o della concessione<sup>10</sup>. Né incide sulla competenza degli Stati membri in materia di SIEG e sicurezza sociale, nonché sulle caratteristiche oggettive (ad es., la qualità) e il relativo ambito operativo dei servizi da prestare, le cui scelte sono ancora rimandate ai singoli Stati membri.

Il pacchetto legislativo appena descritto non esaurisce la regolamentazione adottata a livello dell'Unione. Il legislatore ha operato un'armonizzazione settoriale anche nell'ambito della difesa e della sicurezza<sup>11</sup>, al fine

<sup>5</sup> Decisione 94/800/CE del Consiglio del 22 dicembre 1994 relativa alla conclusione a nome della Comunità europea, per le materie di sua competenza, degli accordi dei negoziati multilaterali dell'Uruguay Round (1986-1994) – Accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio, concluso a Marrakech il 15 aprile 1994.

<sup>6</sup> Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE.

<sup>7</sup> Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE.

<sup>8</sup> Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

<sup>9</sup> Cfr. Corte giust. 3 ottobre 2019, C-285/18, *Irgita*, punto 44; ord. 26 novembre 2020, C-835/19, *Ativa SpA*, punto 47.

<sup>10</sup> Nondimeno, come precisato dalla giurisprudenza, la libertà di autorganizzazione non può essere illimitata: Corte giust. ord. 6 febbraio 2020, da C-89/19 a C-91/19, *Rioco*, spec. punti 37 e 41, su rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato, sez. V, ordd. 7 gennaio 2019, n. 138 e 14 gennaio 2019, nn. 293 e 296. Nel senso di una limitazione dell'affidamento dei servizi pubblici alle società *in house*, v. anche Corte cost. sent. 5 maggio 2020, n. 100.

<sup>11</sup> Direttiva 2009/81/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa al coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione di taluni appalti di lavori, di forniture e di servizi nei settori della difesa e della sicurezza da parte delle amministrazioni aggiudicatrici/degli enti aggiudicatori, e recante modifica delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. In tema, v. anche l'art. 346 TFUE.

di agevolare l'accesso ai mercati della difesa degli altri Stati membri, e con riferimento alla fatturazione elettronica negli appalti pubblici<sup>12</sup>, allo scopo di realizzare definitivamente la transizione verso il ricorso esclusivo ai mezzi elettronici. Inoltre, va segnalata la direttiva 89/665/CEE, che prevede che determinate procedure di ricorso siano accessibili per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto<sup>13</sup>.

È infine opportuno menzionare numerosi atti atipici della Commissione, che si inseriscono in una vera e propria strategia europea degli appalti pubblici. Tra i più recenti, emergono le due comunicazioni «Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa» e «Sostegno agli investimenti mediante una valutazione ex ante volontaria degli aspetti relativi agli appalti per i grandi progetti infrastrutturali»<sup>14</sup>, nonché la raccomandazione «relativa alla professionalizzazione degli appalti pubblici»<sup>15</sup>, che mirano a garantire l'applicazione efficiente delle norme sugli appalti pubblici, nella convinzione che essi costituiscano uno strumento imprescindibile per il buon funzionamento del mercato interno e un importante volano per gli investimenti europei.

Atti atipici

## 2. La direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici

La crescente diversità delle modalità di intervento pubblico obbliga a chiarire pregiudizialmente la portata concreta del concetto di appalto nel diritto dell'Unione. La direttiva non intende coprire tutte le forme di esborso di fondi pubblici, bensì solo quando «una o più amministrazioni aggiudi-

<sup>12</sup> Direttiva 2014/55/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alla fatturazione elettronica negli appalti pubblici.

<sup>13</sup> In generale, Corte giust. 29 ottobre 1999, C-81/98, *Alcatel*; 5 aprile 2017, C-391/15, *Marina del Mediterráneo*; 26 marzo 2020, C 496/18 e C 497/18, *Hungeod*; 14 maggio 2020, C-263/19, *T-Systems Magyarország Zrt*; 24 marzo 2021, C-771/19, *NAMA*. Sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, v. 4 luglio 2013, C-100/12, *Fastweb*; 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica*; 5 settembre 2019, C-333/18, *Lombardi*. Sulla possibilità di contestare la mancata indizione di una gara, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*. Infine, sull'applicazione della direttiva 89/665/CEE, alla luce dell'art. 47 della Carta, v. ord. 14 febbraio 2019, C-54/18, *Cooperativa Animazione Valdocco Soc. coop. soc. Impresa Sociale Onlus*.

<sup>14</sup> Comunicazioni della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, del 3 ottobre 2017, COM(2017)0572 e COM(2017)0573.

<sup>15</sup> Raccomandazione (UE) 2017/1805 della Commissione, del 3 ottobre 2017, relativa alla professionalizzazione degli appalti pubblici – Costruire un'architettura per la professionalizzazione degli appalti pubblici.

catrici acquisiscono, mediante appalto pubblico, lavori, forniture o servizi da operatori economici scelti dalle amministrazioni aggiudicatrici stesse, indipendentemente dal fatto che i lavori, le forniture o i servizi siano considerati per una finalità pubblica o meno» (art. 1, par. 2).

#### I soggetti

Ad attivare la procedura di aggiudicazione è appunto l'ente appaltante (anche detta "amministrazione aggiudicatrice"), ovvero lo Stato, le autorità regionali o locali, gli organismi di diritto pubblico o le associazioni costituite da uno o più di tali autorità o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico<sup>16</sup>; l'appaltatore è invece l'operatore economico, la cui nozione dovrebbe essere interpretata in maniera ampia, nel senso di ricomprendere nella stessa qualunque persona e/o ente che offre sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare<sup>17</sup>.

#### Soglie di esclusione

La direttiva stabilisce soglie limite al di sotto delle quali la stessa non trova applicazione: 5 350 000 EUR per gli appalti pubblici di lavori; 139 000 EUR per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati dalle autorità governative centrali e per i concorsi di progettazione organizzati da tali autorità; 214 000 EUR per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali e concorsi di progettazione organizzati da tali amministrazioni; 750 000 EUR per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici di cui all'allegato XIV della direttiva<sup>18</sup>.

#### Settori speciali

L'esclusione "quantitativa" non è l'unica: la direttiva non si applica anche ad alcuni specifici lavori o servizi (esclusione "qualitativa" – artt. 7-12)<sup>19</sup>. È il caso, ad esempio, degli appalti pubblici nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, a cui il legislatore dell'Unione ha riservato un'apposita disciplina, la direttiva 2014/25/UE<sup>20</sup>.

L'aggiudicazione di appalti pubblici da parte delle autorità competenti degli Stati membri deve essere improntata al rispetto dei principi e delle

<sup>16</sup> Sulla nozione di «amministrazione aggiudicatrice», v. Corte giust. 5 ottobre 2017, C-567/15, *LitSpecMet*, punto 31; 23 dicembre 2009, C-305/08, *CoNISMa*, punto 38; 5 maggio 2003, C-214/00, *Commissione/Spagna*, punto 53.

<sup>17</sup> V. considerando 14. In giurisprudenza, di recente, Corte giust. 11 giugno 2020, C-219/19, *Parsec Fondazione Parco delle Scienze e della Cultura*, punto 22.

<sup>18</sup> Sul metodo di calcolo del valore stimato degli appalti e sulla revisione biennale delle soglie, v. artt. 5 e 6. Il considerando 19 chiarisce che per la stima del valore di un appalto «è necessario tenere conto di tutti i ricavi, a prescindere dal fatto che siano stati ottenuti dall'amministrazione aggiudicatrice o da terzi».

<sup>19</sup> A titolo esemplificativo, sull'art. 10, v. Corte giust. 21 marzo 2019, C-465/17, *Falck Rettungsdienste e Falck*; ord. 6 febbraio 2020, C-11/19, *Azienda ULSS n. 6 Euganea*; sull'art. 12, 4 giugno 2020, C-429/19, *Remondis*.

<sup>20</sup> V. *infra*.

libertà descritte nel TFUE (quattro libertà fondamentali<sup>21</sup>; trasparenza<sup>22</sup>; non discriminazione<sup>23</sup>; proporzionalità<sup>24</sup>; mutuo riconoscimento<sup>25</sup>), rafforzando l'idea, oramai sempre più diffusa, che l'amministrazione pubblica debba rappresentare una "casa di vetro".

**Principi generali**

Le stazioni appaltanti sono libere di optare per la procedura di aggiudicazione più idonea al raggiungimento degli obiettivi di servizio pubblico, sebbene la scelta debba necessariamente ricadere su uno dei modelli di affidamento elencati all'art. 26: procedura aperta (art. 27); procedura ristretta (art. 28); procedura competitiva con negoziazione previa pubblicazione (art. 29); dialogo competitivo (art. 30); partenariati per l'innovazione (art. 31); procedura negoziata senza previa pubblicazione (art. 32).

**Procedure di aggiudicazione**

Nelle procedure aperte, qualsiasi operatore economico interessato può presentare un'offerta in risposta alla pubblicazione del bando di gara, nel termine di trentacinque giorni dalla data di quest'ultima<sup>26</sup>.

... aperte

In caso di procedura ristretta, invece, solo gli operatori economici invitati in amministrazioni appaltanti possono presentare un'offerta. La scelta dei candidati idonei, il cui numero può anche essere limitato dall'amministrazione, si basa sulla valutazione delle informazioni fornite dagli operatori economici a seguito di un avviso di indizione di gara precedente alla pubblicazione del bando.

... ristrette

La procedura competitiva è anch'essa una procedura a carattere ristretto; nondimeno, a differenza della procedura *ex art. 28*, all'invito dei candidati ritenuti *prima facie* idonei non segue direttamente l'affidamento, bensì una negoziazione sui termini dell'appalto tra l'ente aggiudicatore e gli operatori economici invitati.

... competitive

Pure il dialogo competitivo si inserisce nel solco delle procedure regolate dagli articoli 28 e 29, basandosi su una gara non aperta a tutti gli operatori

**Il dialogo competitivo**

<sup>21</sup> Corte giust 9 luglio 1987, da 27/86 a 29/86, *CEI e Bellini*, punto 15; 7 dicembre 2000, C-324/98, *Telaustria e Telefonadress*, punto 60; 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea*, punto 38.

<sup>22</sup> *Ex multis*, Corte giust. 2 giugno 2016, C-27/15, *Pippo Pizzo*, spec. punto 51.

<sup>23</sup> A titolo esemplificativo, v. Corte giust. 22 ottobre 2015, C-425/14, *Impresa Edilux*, spec. punto 41.

<sup>24</sup> Corte giust. 16 dicembre 2008, C-213/07, *Michaniki*, punti 48 e 61; 19 maggio 2009, C-538/07, *Assitur*, punti 21 e 23; 23 dicembre 2009, C-376/08, *Serrantoni e Consorzio stabile edili*, punto 33; 28 febbraio 2018, C-523/16 e C-536/16, *MA.T.I. SUD SpA*, punto 44 e seguenti, spec. punto 53.

<sup>25</sup> Cfr. Corte giust. 10 febbraio 1982, 76/81, *SA Transporoute et travaux*, nella quale si afferma che uno Stato membro non può pretendere da un offerente con sede in un altro Stato membro la prova del fatto che egli soddisfa le condizioni quali la sua buona reputazione, la sua qualificazione professionale con mezzi e l'autorizzazione di stabilimento, diversi da quelli enunciati nella normativa comunitaria.

<sup>26</sup> Nel caso in cui l'amministrazione abbia pubblicato un avviso di preinformazione precedente alla trasmissione del bando di gara, il termine può essere ridotto a 15 giorni (art. 27, par. 2).

economici. Tuttavia, se nella procedura ristretta classica non vi è trattativa alcuna tra le parti sulle caratteristiche e sulle condizioni dell'affidamento e in quella competitiva essa lascia intatti i requisiti minimi e i criteri di aggiudicazione, che sono determinati unicamente dall'ente aggiudicatore, nel dialogo competitivo la negoziazione copre ogni aspetto dell'affidamento.

L'art. 31 descrive la possibilità per l'amministrazione di instaurare con uno o più operatori un partenariato per l'innovazione, qualora, prima di procedere all'acquisto di prodotti, servizi o lavori, sia necessaria una fase di studio, di ricerca e di sviluppo in virtù del carattere innovativo degli stessi.

Da ultimo, l'amministrazione può aggiudicare un appalto anche senza previa pubblicazione del bando. Tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza di un uso sproporzionato delle procedure negoziate senza pubblicazione, la direttiva ne limita l'utilizzo al ricorrere di circostanze del tutto eccezionali<sup>27</sup>, e cioè: nell'eventualità in cui non sia stata presentata alcuna domanda di partecipazione o offerta appropriata all'esito dell'esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché una relazione sia trasmessa alla Commissione a richiesta di quest'ultima; quando i lavori o i servizi oggetto dell'appalto possono essere forniti solamente da un determinato operatore economico, per l'assenza di concorrenza per motivi tecnici (e non di comportamenti lesivi della stessa), per ragioni di tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale o perché lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica; in caso di estrema urgenza, derivante da eventi imprevedibili, tale da impedire alla stazione appaltante di rispettare i termini di cui alle procedure con previa pubblicazione.

Nell'affidamento delle commesse pubbliche agli operatori, le amministrazioni aggiudicatrici non sono obbligate a procedere in solitaria. Invero, la direttiva disciplina tecniche di aggregazione della domanda da parte delle stazioni appaltanti, nella convinzione che la concentrazione di acquisti (lavori, forniture, servizi) – in termini di numero di amministrazioni aggiudicatrici coinvolte – realizzi economie di scala (riduzione dei prezzi e dei costi delle transazioni), nonché un miglioramento e una maggiore professionalità nella gestione degli appalti<sup>28</sup>. In particolare, il riferimento è allo strumento dell'accordo quadro e delle centrali di committenza<sup>29</sup>.

L'istituto dell'accordo quadro prevede la possibilità di concludere un

<sup>27</sup> V. considerando 50.

<sup>28</sup> In questo senso, v. il considerando 59.

<sup>29</sup> La direttiva incoraggia anche gli appalti congiunti occasionali (art. 38) e l'aggiudicazione di appalti che coinvolgono amministrazioni di Stati membri diversi (art. 39).

**Il partenariato  
per l'innovazione**

**Le procedure  
senza previa  
pubblicazione**

**L'aggregazione  
della domanda**

**L'accordo quadro**

accordo tra uno o più enti aggiudicatori e uno o più operatori economici al fine di determinare le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, con particolare riferimento ai prezzi e, se del caso, alle quantità previste. Le amministrazioni si servono dell'accordo soprattutto in caso di acquisti ripetuti, dal momento che contribuisce, in caso di forniture di ampio volume, a ridurre i costi e allo stesso tempo a professionalizzare la commessa pubblica<sup>30</sup>.

Allo stesso macro-obiettivo – favorire la massima concorrenza – si ispirano l'attività di centralizzazione delle committenze e le centrali di committenza.

Le centrali di committenza hanno il compito di procedere ad acquisti o, più in generale, di aggiudicare appalti pubblici per conto di un gruppo di enti aggiudicatori. Se è vero che l'aggregazione delle committenze genera effetti positivi sulla fornitura (qualitativi e quantitativi), è altresì vero che un'eccessiva centralizzazione può causare ricadute negative in termini concentrazione del potere d'acquisto e di possibilità di accesso al mercato per le piccole e medie imprese<sup>31</sup>. È di chiara evidenza che, più la commessa è grande, più il campo dei potenziali aggiudicatari si restringe<sup>32</sup>.

Ad eccezione dell'art. 32, la procedura di aggiudicazione prescelta viene indicata nel bando di gara, atto che decreta l'inizio della procedura di affidamento. Il bando può essere preceduto da un avviso di preinformazione (c.d. "determina a contrarre"), che rende nota l'intenzione della stazione dell'amministrazione di aggiudicare un appalto<sup>33</sup>. Di norma l'avviso viene pubblicato tra 35 giorni e 12 mesi prima della pubblicazione del bando di gara. Nel fissare i termini per la ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte, l'amministrazione tiene in considerazione in particolare la complessità dell'appalto, fatti salvi i termini minimi delle specifiche procedure di aggiudicazione, e fermo restando che questi debbano essere i più brevi possibili. Un avviso di avvenuta aggiudicazione viene inviato dall'amministrazione appaltante a tutti gli offerenti con l'esito della gara (art. 50). Oltre che per ragioni di pubblicità e trasparenza, l'avviso si rende necessario

**Le centrali di committenza**

**Bando di gara e avviso di preinformazione**

<sup>30</sup> Cfr. considerando 69.

<sup>31</sup> Cfr. ancora il considerando 59. Sui limiti all'utilizzo delle centrali di committenza, cfr. Corte giust. 4 giugno 2020, C-3/19, *Asmél*.

<sup>32</sup> Viceversa, stimola la partecipazione delle PMI alle procedure di affidamento il dettato dell'art. 46 (Suddivisione degli appalti in lotti) e dell'art. 63 (Affidamento sulle capacità di altri soggetti – c.d. avvalimento). Su quest'ultimo v., tra le tante, Corte giust. 7 aprile 2016, C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*.

<sup>33</sup> Sia il bando che l'avviso di preinformazione vengono pubblicati prima a livello dell'Unione nella versione online del supplemento della Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, il portale Tenders Electronic Daily (TED), ad opera dell'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea (art. 51); poi a livello nazionale (art. 52).

per richiedere un riesame della procedura o per l'eventuale impugnazione ad opera dei candidati risultati non vincitori.

**Appalti digitalizzati**

La direttiva promuove l'utilizzo di mezzi elettronici per la diffusione di qualunque informazione di cui debba essere tenuto al corrente l'operatore economico e per ogni forma di comunicazione necessaria ai fini dell'aggiudicazione (ad es., la pubblicazione del bando di gara)<sup>34</sup>. La digitalizzazione agevola il rispetto dell'onere della pubblicità informativa ricadente sull'amministrazione e, per l'effetto, aumenta esponenzialmente le possibilità degli operatori economici – anche di altri Stati membri – di partecipare a procedure d'affidamento nell'ambito del mercato interno.

**I criteri di selezione**

La direttiva si sofferma infine sui criteri di selezione alla base dell'affidamento. Trattasi di requisiti sia soggettivi (relativi alle qualità degli operatori economici), sia oggettivi (relativi alle caratteristiche dell'offerta presentata). Nel primo caso si parla di criteri di selezione qualitativa; nel secondo, di criteri di aggiudicazione.

**... qualitativa**

Un operatore economico deve o può essere escluso dalla procedura di aggiudicazione a seconda della gravità dei fatti ad esso attribuiti. Il regime di esclusione si giustifica alla luce del fatto che è l'ente aggiudicatore che sarà "responsabile" per le conseguenze di una sua eventuale decisione erronea<sup>35</sup>.

**Esclusione obbligatoria**

L'esclusione è obbligatoria quando: l'operatore sia stato condannato con sentenza definitiva per episodi di partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode finanziaria (a danno degli interessi dell'Unione), terrorismo, riciclaggio e sfruttamento del lavoro minorile; l'operatore non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali. Non si tratta di un obbligo assoluto: in via del tutto eccezionale, è possibile derogare alle due previsioni qualora siano presenti esigenze imperative connesse a un interesse generale, quali la salute pubblica e la tutela dell'ambiente.

**... e facoltativa**

L'esclusione è invece facoltativa nel caso in cui l'operatore: abbia violato gli obblighi ambientali, lavoristici e sociali di cui all'art. 18, par. 2; sia in stato di fallimento o di amministrazione controllata, sia soggetto a una procedura di insolvenza o di liquidazione, abbia concluso un concordato preventivo con i creditori o abbia cessato la sua attività; si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali; abbia sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza<sup>36</sup>; sia in una situazione di conflitto di interes-

<sup>34</sup> V. il considerando 52.

<sup>35</sup> In tema di responsabilità civile dell'amministrazione aggiudicatrice per violazione delle norme sull'affidamento, v. Corte giust. 8 novembre 2012, C-469/11, *Evropaiki Dynamiki/Commissione*; 26 novembre 2015, C-116/14, *MedEval*; 3 maggio 2018, C-376/16, *EUIPO/European Dynamics e a.*; 7 agosto 2018, C-300/17, *Hochtief*.

<sup>36</sup> Cfr. Corte giust. ord. 4 giugno 2019, C-425/18, *Consorzio Nazionale Servizi*.

se con l'amministrazione aggiudicatrice; abbia avuto difficoltà sostanziali nell'esecuzione di un contratto precedentemente aggiudicato, tale da causarne la cessazione anticipata o l'attivazione di un'azione di risarcimento danni<sup>37</sup>; abbia dichiarato il falso nell'esercizio del diritto di partecipazione alla gara<sup>38</sup>; abbia tentato di influenzare indebitamente il procedimento decisionale dell'amministrazione aggiudicatrice o di ottenere informazioni confidenziali.

A differenza dei motivi di esclusione obbligatoria, che sono prescritti dal legislatore e lasciano un margine di discrezionalità all'amministrazione pressoché nullo, nell'applicare i motivi di esclusione facoltativi l'azione delle stazioni appaltanti dovrebbe conformarsi al principio di proporzionalità, evitando di determinare l'estromissione dalla procedura di operatori che abbiano commesso mere irregolarità sanabili<sup>39</sup>.

La Corte, ad esempio, ha chiarito che è legittimo un sistema di regolazione della documentazione presentata dall'offerente che non preveda la sua esclusione, ma che subordini l'integrazione al solo pagamento di una sanzione pecuniaria<sup>40</sup>; allo stesso tempo, ha precisato che ciò non consente all'amministrazione aggiudicatrice di ammettere qualunque rettifica o omissione, dovendosi questa conformare rigorosamente ai criteri da essa stessa prefissati. Dovrà dunque trattarsi di un semplice chiarimento, o della correzione di errori materiali manifesti, non potendo l'operatore ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione fosse richiesta dai documenti dell'appalto tramite suddetto sistema<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Cfr. TAR Lazio – Roma 12 giugno 2020, sez. III, n. 6498.

<sup>38</sup> Sul tema, cfr. Cons. Stato (Ad. Plen.) 28 agosto 2020, n. 16: «La falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lett. c) [ora c-bis]) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al d.lgs. 8 aprile 2016, n. 50; in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo».

<sup>39</sup> Cfr. Corte giust. 2 giugno 2016, C-410/14, *Falk Pharma*, punto 34; 6 novembre 2014, C-42/13, *Cartiera dell'Adda*, punto 46; 10 novembre 2016, C-199/15, *Ciclat*, punto 30. Nonché al principio del rispetto dei diritti di difesa: 20 dicembre 2017, C-276/16, *Prequ' Italia*, punti 45 e 46; 14 gennaio 2021, C-387/19, *RTS infra BVBA*, punto 34.V., di recente, TAR Campania – Salerno 22 marzo 2021, sez. II, n. 731, secondo il quale «È illegittima, in quanto manifestamente irragionevole, la determinazione con cui la stazione appaltante, con un ragionamento formalistico e condotto in astratto, reputi non integrata la fattispecie espulsiva dei gravi illeciti professionali unicamente sulla base della non definitività dei provvedimenti assunti in sede penale, senza alcuna motivata valutazione, ponderata in concreto, degli elementi che emergano da tali procedimenti e provvedimenti, i quali siano potenzialmente idonei ad incidere sull'affidabilità professionale dell'operatore economico». Con riferimento alle omissioni dichiarative del concorrente, v. Cons. Stato (Ad. Plen.) 28 agosto 2020, n. 16.

<sup>40</sup> Corte giust. 24 maggio 2016, C-396/14, *MT Højgaard e Züblin*, punto 35.

<sup>41</sup> Invero, una richiesta di chiarimenti non può condurre alla presentazione, da parte dell'of-

Per altro verso, i criteri positivi di selezione stabiliti dall'amministrazione possono riguardare: l'abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, ovvero l'amministrazione può esigere che gli operatori economici siano iscritti in un registro professionale o commerciale; la capacità economica e finanziaria, e cioè l'operatore economico deve dimostrare di avere un determinato fatturato minimo annuo, o un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi legati all'esercizio della professione; le capacità tecniche e professionali, vale a dire che il potenziale aggiudicatario deve possedere le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità<sup>42</sup>.

Documento  
di gara unico  
europeo  
(DGUE)

Al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, gli operatori economici consegnano alle amministrazioni aggiudicatrici il documento di gara unico europeo (DGUE), con il quale autodichiarano di soddisfare condizioni e requisiti di partecipazione come prescritti dal bando.

L'offerta  
economicamente  
più vantaggiosa

Sotto il profilo della qualità dell'offerta, le amministrazioni aggiudicatrici procedono all'affidamento sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Sulla nozione di quest'ultima, la direttiva si affretta a precisare che essa non coincide con una valutazione meramente economica della stessa, e cioè non equivale all'offerta che garantisca il maggior risparmio per l'amministrazione a parità di condizioni<sup>43</sup>; bensì si tratta di un approccio basato su una valutazione costo/efficacia e qualità/prezzo che coinvolge un più ampio spettro di criteri (quantitativi, qualitativi, ambientali<sup>44</sup>, sociali, *etc.*). Possono incidere positivamente sull'aggiudicazione: pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità, progettazione adeguata, caratteristiche sociali, ambientali e innovative, e la commercializzazione e

ferente, di quella che in realtà andrebbe considerata una nuova offerta: 9 marzo 2012, C-599/10, *SAG ELV Slovensko e a.*, punto 40; 10 ottobre 2013, C-336/12, *Manova*, punto 40; 11 maggio 2017, C-131/16, *Archus e Gama*, punto 29 e seguenti.

<sup>42</sup> Sulla capacità economica quale indice di capacità tecnica, Cons. Stato 26 novembre 2020, sez. V, n. 7436. In assenza di indicazioni contrarie nel bando di gara, i requisiti di qualificazione non devono essere posseduti da ogni impresa partecipante ad un ATI, a patto che il raggruppamento temporaneo ne sia dotato nel suo complesso: TAR Campania – Salerno 22 maggio 2020, sez. I, n. 575; v. anche TAR Puglia – Bari 1° ottobre 2018, n. 1250.

<sup>43</sup> Cfr., in questo senso, Corte giust. 7 ottobre 2004, C-247/02, *Sintesi*. Sui presupposti della deroga al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, v. Cons. Stato 19 novembre 2020, sez. V, n. 7182: «Il legittimo ricorso al criterio del minor prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 4, lett. b), del Codice dei contratti pubblici, in deroga alla generale preferenza accordata al criterio di aggiudicazione costituito dall'offerta economicamente più vantaggiosa, si giustifica in relazione all'affidamento di forniture o di servizi che siano, per loro natura, strettamente vincolati a precisi e inderogabili standard tecnici o contrattuali ovvero caratterizzati da elevata ripetitività e per i quali non vi sia quindi alcuna reale necessità di far luogo all'acquisizione di offerte differenziate».

<sup>44</sup> V. l'art. 11 TFUE.

relative condizioni; organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto; servizi post-vendita, assistenza tecnica e condizioni di consegna<sup>45</sup>.

Dal momento che l'affidamento dovrebbe essere realizzato nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, per garantire un raffronto obiettivo delle offerte, le amministrazioni dovrebbero da principio informare gli operatori candidati non soltanto dei criteri di aggiudicazione prescelti<sup>46</sup>, ma anche della loro relativa ponderazione (“valutazione gerarchica”)<sup>47</sup>.

I criteri di aggiudicazione non hanno l'effetto di assicurare all'ente aggiudicatore una libertà di scelta illimitata. Invero, quando l'offerta sia ritenuta anormalmente bassa e l'operatore non sia in grado di giustificare le motivazioni alla sua base<sup>48</sup>, l'amministrazione aggiudicatrice la respinge<sup>49</sup>.

La direttiva include infine anche una disciplina sul subappalto<sup>50</sup>. Se la disposizione (art. 71) non presenta grossi problemi in termini di chiarezza e precisione del dettato normativo, notevoli criticità si sono manifestate in relazione al suo recepimento interno, e in particolare alla quota-limite del valore del subappalto<sup>51</sup>. La Corte di giustizia è intervenuta a più riprese a

**Valutazione gerarchica**

**Offerta anormalmente bassa**

**Subappalto**

<sup>45</sup> Sulla discrezionalità riconosciuta dal diritto dell'Unione alle amministrazioni aggiudicatrici sulla scelta dei criteri di affidamento, v. Corte giust. 28 marzo 1985, 274/83, *Commissione/Italia*; 20 settembre 2018, C-546/16, *Musikene*.

<sup>46</sup> Corte giust. 20 settembre 1988, 31/87, *Gebroeders*, punto 35.

<sup>47</sup> Ad esempio, il 50% per il prezzo offerto, il 30% per le caratteristiche tecniche e il 20% per l'impatto ambientale. Cfr. Corte giust. 14 dicembre 2016, C-171/15, *Connexxion Taxi Services*, punti 39 e 40.

<sup>48</sup> Con riferimento alle spiegazioni che l'operatore può fornire a sostegno dell'offerta “fuori mercato”, l'art. 69, par. 2 fa riferimento a: «a) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione; b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori, c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente; d) il rispetto degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2; e) il rispetto degli obblighi di cui all'articolo 71; f) l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato».

<sup>49</sup> In giurisprudenza, v. Corte giust. 27 novembre 2011, C-285/99 e C-286/99, *Impresa Lombardini SpA e Impresa Ing. Mantovani SpA*. Nel senso che il prezzo proposto di EUR 0 non sia sufficiente, quale unico motivo, per escludere l'offerta di un operatore economico ex art. 69, v. Corte giust. 10 settembre 2020, C-367/19, *Tax-Fin-Lex d.o.o.* Quando la gara è aggiudicata secondo il criterio del prezzo più basso, il sistema di verifica dell'offerta anormalmente bassa è il c.d. taglio delle ali: Cons. Stato 19 settembre 2017, Ad. Plen, n. 5; 6 agosto 2018, sez. V, n. 4821. Diversa dall'offerta anormalmente bassa è la circostanza in cui è la clausola del bando a prevedere un prezzo posto a base d'asta eccessivamente ridotto: sul punto, v. TAR Calabria – Reggio Calabria 16 luglio 2018, n. 418.

<sup>50</sup> A proposito del subappalto nella giurisprudenza della Corte, v. Corte giust. 18 marzo 2004, C-314/01, *Siemens e ARGE Telekom*; 13 aprile 2010, C-91/08, *Wall*; 14 luglio 2016, C-406/14, *Wrodaw*; 27 ottobre 2016, C-292/15, *Hörmann*; 5 aprile 2017, C-298/15, *UAB*; 3 ottobre 2019, *Delta*, C-267/18; 30 gennaio 2020, C-395/18, *Tim/Consip*; 4 giugno 2020, C-812/18, *Terna/Commissione*.

<sup>51</sup> V. l'art. 105 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), come temporanea-

rammentare che la direttiva non pone limiti all'affidamento in subappalto e che è incompatibile con il diritto dell'Unione ogni soglia percentuale che ne ostacoli la libera realizzazione<sup>52</sup>.

### 3. La direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali

Settori  
cc.dd. speciali  
o esclusi

Gli appalti pubblici aggiudicati dalle amministrazioni operanti nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (cc. dd. settori speciali o esclusi) sono disciplinati dalla direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014<sup>53</sup>.

Sia i principi generali che governano l'aggiudicazione (trasparenza, non discriminazione, *etc.*) sia le modalità di affidamento sono le stesse della direttiva 2014/24/UE: procedura aperta; procedura ristretta; procedura negoziata con previa indizione di gara; dialogo competitivo; partenariati per l'innovazione; uso della procedura negoziata senza previa indizione di gara.

Analogie e  
differenze

Tuttavia, pur essendoci una sostanziale convergenza di disciplina, è apparso opportuno adottare una normativa speciale riguardante gli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, essenzialmente per due ordini di motivi.

Anzitutto, nonostante l'avvenuta liberalizzazione e il mercato concorrenziale, le autorità nazionali continuano a essere in grado di influenzare il comportamento di questi enti «attraverso la partecipazione al loro capitale sociale o l'inserimento di propri rappresentanti nei loro organi amministrativi, direttivi o di vigilanza»<sup>54</sup>. Pur indossando la veste di ente privato, gli operatori

mente derogato dall'art. 1, comma 18, secondo periodo, della legge n. 55 del 2019 e dall'art. 13, comma 2, lettera c), della legge n. 21 del 2021 (fino al 30 giugno 2021), che hanno stabilito che il subappalto non può superare la quota del 40 per cento dell'importo complessivo del contratto aggiudicato.

<sup>52</sup> È il c.d. divieto di *gold plating* (v. la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, dell'8 aprile 2010, Legiferare con intelligenza nell'Unione europea, COM(2010) 543 definitivo). Da ultimo, Corte giust. 26 settembre 2019, C-63/18, *Vitali*; 27 novembre 2019, C-402/18, *Tedeschi*. In senso conforme, Cons. Stato 29 luglio 2020, sez. VI, n. 4832.

<sup>53</sup> A precisazione dell'ambito di applicazione della direttiva 2014/25/UE (nella fattispecie, in materia di servizi postali), v. Corte giust. 19 aprile 2018, C-152/17, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, punto 26; 28 ottobre 2020, C-521/18, *Pegaso Srl Servizi Fiduciari*, punto 37. Sul rapporto tra la direttiva e il regolamento 1370/2007, in tema di aggiudicazione di servizi di trasporto pubblico, v. Corte giust. 8 maggio 2019, C-253/18, *Rhenus Veniro*.

<sup>54</sup> V. il considerando 1 della direttiva e il documento di lavoro della Commissione del 27 giugno 2011, intitolato «Relazione sulla valutazione dell'impatto e dell'efficacia della normativa dell'Unione europea in materia di appalti pubblici».

dei settori speciali operano ancora sotto il controllo dell'autorità pubblica, circostanza rinfiancata dalla natura della risorsa oggetto del servizio.

A ciò si aggiunga che si tratta di mercati chiusi nei quali gli operatori economici godono spesso dell'esistenza di diritti speciali o esclusivi concessi dagli Stati membri in materia di alimentazione, fornitura o gestione delle reti per erogare il relativo servizio.

Ciò ha comportato, come detto, un impianto di regole differenti rispetto alla normativa generale sugli appalti in alcune sezioni della direttiva.

Le maggiori discrepanze emergono dall'analisi della disciplina dei criteri di selezione ed esclusione dei candidati<sup>55</sup>. Nella definizione di suddetti criteri, la direttiva lascia ampio margine di discrezionalità alle amministrazioni, limitandosi a stabilire che queste «possono stabilire norme e criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione degli offerenti o dei candidati» e che essi «sono accessibili agli operatori economici interessati».

L'assenza di una lista di criteri e requisiti predefiniti, diversamente da quanto rappresentato nella direttiva 2014/24/UE, denota la necessità di garantire una certa flessibilità nell'aggiudicazione degli appalti nei settori speciali.

#### 4. *La direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione*

La direttiva concessioni regola in maniera organica un settore sinora solo parzialmente disciplinato dal diritto dell'Unione. La concessione di lavori e servizi pubblici rientrava precedentemente nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18/CE, antesignana della direttiva appalti (24/2014/UE); le nuove norme sull'aggiudicazione delle concessioni sono invece molto più specifiche e costituiscono *lex specialis* rispetto alla normativa generale che disciplina gli appalti pubblici.

A tal proposito, pare subito il caso di precisare che sussiste una differenza sostanziale tra appalto e concessione, da rintracciarsi nella rilevanza del c.d. rischio operativo<sup>56</sup>.

Pur dando vita entrambi a un rapporto sinallagmatico tra l'ente aggiudicatore (l'amministrazione) e l'impresa aggiudicataria (l'appaltatore o il

**Il rischio operativo**

<sup>55</sup> Ma non è l'unica. Cfr., ad esempio, gli importi delle soglie (art. 15).

<sup>56</sup> Sulla nozione di rischio operativo, v. il considerando 20: «Un rischio operativo dovrebbe derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti. [...] Il rischio operativo dovrebbe essere inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni del mercato, che possono derivare da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta ovvero contestualmente [...]. Per rischio sul lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto. Per rischio sul lato dell'offerta si intende il rischio associato all'offerta di lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda».

**Accertamento  
sostanziale**

concessionario)<sup>57</sup>, per poter ritenere sussistente una concessione di servizi «è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca il rischio di gestione che essa corre a carico completo o, almeno, significativo al concessionario»<sup>58</sup>. In caso contrario, e cioè quando l'impresa aggiudicataria non assume alcun rischio di gestione, la fattispecie contrattuale è quella dell'appalto pubblico. Trattasi dunque di un accertamento sostanziale<sup>59</sup>, che prescinde dalla figura contrattuale formalmente attribuita e che bada ai reali equilibri che vengono fuori dalla valutazione dell'assetto patrimoniale. D'altronde, l'applicazione di norme specifiche per la disciplina dell'aggiudicazione di concessioni non sarebbe giustificata se l'amministrazione concedente sollevasse il concessionario da qualsiasi perdita potenziale<sup>60</sup>.

In altre parole, mentre l'aggiudicatario di un appalto pubblico ottiene la possibilità di effettuare lavori o di fornire servizi, dietro un corrispettivo fisso pagato dalla stazione appaltante, senza essere esposta alla volatilità del mercato (ad es., l'aumento dei prezzi del materiale di costruzione o la riduzione della domanda del servizio erogato)<sup>61</sup>, il concessionario assume su di sé il rischio di mercato, potendo verificarsi che esso non sia in grado di recuperare gli investimenti prodotti per l'avviamento e per l'esecuzione del contratto di concessione<sup>62</sup>. All'impresa aggiudicataria della concessione

<sup>57</sup> A differenza della direttiva appalti, il concessionario può essere anche un'impresa pubblica o un organismo di diritto pubblico (art. 7).

<sup>58</sup> Anche se il rischio nel quale incorre l'amministrazione aggiudicatrice è molto ridotto: Corte giust. 10 settembre 2009, C-206/08, *WAZV Gotha*, punto 77. Cfr. il considerando 19: «Il fatto che il rischio operativo sia limitato sin dall'inizio non dovrebbe escludere che il contratto si configuri come concessione. [...] Può essere il caso, ad esempio, di settori con tariffe regolamentate o dove il rischio operativo sia limitato mediante accordi di natura contrattuale che prevedono una compensazione parziale, inclusa una compensazione in caso di cessazione anticipata della concessione per motivi imputabili all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore ovvero per cause di forza maggiore». Sulla natura della concessione, v. anche Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana 16 ottobre 2020, n. 935: «La concessione di servizio pubblico instaura un rapporto di diritto pubblico fra Amministrazione concedente e concessionario, che riveste (la prima) una posizione autoritativa che si compendia in una situazione di interesse legittimo (del secondo); tale rapporto si connota anche di profili patrimoniali, che sono regolati nell'ambito della convenzione stipulata fra i due soggetti». V., infine, la comunicazione interpretativa della Commissione, del 29 aprile 2000, sulle concessioni nel diritto comunitario, 2000/C 121/02.

<sup>59</sup> Accertamento, quello che prescinde dal *nomen iuris*, ricorrente nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

<sup>60</sup> Considerando 19.

<sup>61</sup> Ove sia costretta a sostenere oneri maggiori, l'appaltatore può chiedere all'amministrazione di aumentare il corrispettivo originariamente pattuito.

<sup>62</sup> Da ultimo, Cons. Stato 22 marzo 2021, sez. IV, n. 2426, secondo il quale «Il rapporto di concessione di pubblico servizio si distingue dall'appalto di servizi per l'assunzione, da parte del concessionario, del rischio di domanda, nel senso che mentre l'appalto ha struttura bifasica tra appaltante ed appaltatore ed il compenso di quest'ultimo grava interamente sull'appaltante, nella concessione, connotata da una dimensione triadica, il concessionario ha rapporti negoziali diretti con l'utenza finale,

viene invece riconosciuta, quale corrispettivo, il diritto di gestire l'opera realizzata. Trattandosi di un contratto (a titolo oneroso), le parti possono comunque controbilanciare a proprio piacimento le rispettive prestazioni, stabilendo che sia l'amministrazione a dover pagare anche un prezzo o il concessionario a dover versare un canone per la gestione dell'opera, a patto che il rischio ricada sostanzialmente sempre e solo sul concessionario<sup>63</sup>. Resta il fatto che il concessionario può rifarsi sull'utenza attraverso l'imposizione di una tariffa per il servizio prestato<sup>64</sup>.

A parte le differenze strutturali appena sottolineate, anche le concessioni sono sottoposte, *mutatis mutandis*, agli stessi principi generali in materia (trasparenza, pubblicità, non discriminazione, *etc.*), dal momento che entrambi i modelli di affidamento si rapportano alla *res publica* e agli interessi pubblici ad essa sottostanti<sup>65</sup>. Sebbene, diversamente dalla stazione appaltante, l'ente concedente può decidere a suo piacimento le procedure relative all'aggiudicazione dei contratti di concessione<sup>66</sup>, esso deve comunque rispettare alcune regole comuni agli affidamenti pubblici, quali la pubblicazione di un bando e di un avviso di aggiudicazione della concessione; la descrizione dell'oggetto della concessione e l'indicazione dei requisiti minimi (tecnici, fisici, giuridici o funzionali) e dei criteri di aggiudicazione; la definizione delle condizioni di partecipazione e l'esclusione dei candidati che non le soddisfano<sup>67</sup>; la fissazione di termini perentori per la ricezione delle domande di partecipazione; la comunicazione ai candidati e agli offerenti di ogni decisione presa riguardo all'aggiudicazione di una concessione. Si tratta di garanzie procedurali prescritte nella direttiva, tassativamente indicate in ogni

Le regole comuni

dalla cui richiesta di servizi trae la propria remunerazione». Per questo motivo, affinché possa farsi luogo a una revisione del contratto di concessione, è necessaria la comprovata ricorrenza di eventi eccezionali e straordinari: Cons. Stato 19 agosto 2016, sez. IV, n. 3653.

<sup>63</sup> V., ad esempio, TAR Campania – Napoli 2 marzo 2021, sez. IV, n. 1398: «La possibilità di attribuire a terzi la disponibilità di beni di proprietà pubblica, assoggettati allo svolgimento di un servizio pubblico, e, quindi, facenti parte del patrimonio indisponibile dell'ente pubblico, è tradizionalmente rimessa allo strumento concessorio, tipico provvedimento ampliativo di diritto pubblico» (ma v. già Cass. civ. SS.UU. 5 marzo 2014, n. 5487).

<sup>64</sup> Nel senso che l'attribuzione, da parte di un'autorità pubblica ad un prestatore di servizi, della gestione di un parcheggio pubblico a pagamento, per la quale il prestatore riceve come corrispettivo le somme versate dai terzi per l'utilizzo del parcheggio, costituisce una concessione di pubblici servizi, v. Corte giust. 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, punto 43; ord. 25 maggio 2020, C-643/19, *Resopre – Sociedade Revendedora de Aparelhos de Precisão SA* punto 25.

<sup>65</sup> Sull'applicazione degli artt. 49 e 56 TFUE alle concessioni di servizi, v. Corte giust. 19 dicembre 2018, C-375/17, *Stanley*.

<sup>66</sup> L'assenza di un elenco prefissato di procedure favorisce l'utilizzo di modalità di aggiudicazione più flessibili che valorizzano le singole tradizioni giuridiche nazionali.

<sup>67</sup> Sull'art. 38, par. 4, v. Corte giust. 11 giugno 2020, C-472/19, *Vért Marine SA*.

bando di concessione e che non possono essere oggetto di negoziazione tra l'ente aggiudicatore e gli operatori economici.

**Durata della concessione**

La direttiva non prevede alcuna soglia di durata massima del contratto di concessione, limitandosi a stabilire che, in caso di concessione ultra-quinquennale, questa è parametrata sulla base di una prognosi ragionevole circa il tempo di ritorno sul capitale investito. Nell'analisi vengono presi in considerazione sia gli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici (avviamento; infrastrutture; formazione del personale; logistica; brevetti; *etc.*) sia la capacità dell'operatore di generare profitti, tenuto conto delle eventuali tariffe pagate dagli utenti e dei costi operativi e di manutenzione dell'attività. L'ente concedente può sempre aggiudicare una concessione per un periodo di tempo più breve rispetto a quello necessario al concessionario per poter rientrare dell'investimento, a patto che la relativa compensazione offerta dall'amministrazione non cancelli il rischio operativo, trasformando la concessione in un appalto.

È pur vero, tuttavia, alla luce del principio generale della libera concorrenza, e più in particolare del principio della rotazione, che connotano l'esercizio dell'azione amministrativa, che le concessioni devono avere una durata temporale limitata<sup>68</sup>. È l'ente aggiudicatore a stabilire nel bando di concessione sia la durata del contratto in funzione dei lavori o dei servizi richiesti all'aggiudicatario (tenuto conto, ad esempio, del valore del contratto e della complessità organizzativa dell'oggetto della concessione), sia la possibilità di una proroga – anch'essa limitata nel tempo – nel quadro della procedura di modifica contrattuale<sup>69</sup>.

**Modifica della concessione**

Con riferimento a quest'ultima, sono descritte tassativamente le ipotesi in cui è possibile modificare la concessione senza procedere ad una nuova aggiudicazione: le modifiche sono state già previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili che non apportano modifiche o opzioni che altererebbero la natura generale della concessione; per lavori o servizi supplementari che si sono resi necessari durante l'esecuzione del contratto e che non erano inizialmente inclusi; la modifica si ritiene necessaria alla luce di accadimenti che l'ente concedente non poteva prevedere con la dovuta diligenza; se un nuovo concessionario sostituisce quello precedente; se le modifiche apportate non sono sostanziali; se le modifiche non superano la soglia di cui all'art. 8 della direttiva e del 10% del valore della concessione iniziale.

<sup>68</sup> L'art. 143 del d.lgs. 163/2006 e l'art. 42 del d.l. 201/2011, poi abrogati per il recepimento della direttiva, stabilivano una durata della concessione di norma non superiore a 30 anni e non superiore a 50 anni per le opere superiori al miliardo di euro, al fine di assicurare il rientro del capitale investito.

<sup>69</sup> Cfr. l'art. 168 del Codice dei contratti pubblici.

**Soglie di  
applicazione**

La direttiva trova applicazione unicamente per contratti di valore pari o superiore a 5,35 milioni di EUR<sup>70</sup>; tale soglia è rivista dalla Commissione ogni due anni. L'interesse dell'Unione per le sole concessioni cc.dd. sopra-soglia è riconducibile alla volontà di armonizzare, e dunque di aprire maggiormente alla concorrenza, solo quei contratti di una certa consistenza alla cui aggiudicazione sono interessati non soltanto gli operatori economici nazionali, bensì anche i concessionari con sede in Stati membri diversi da quello dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore (c.d. interesse transfrontaliero). Alcuni tipi di concessione, invece, sono esclusi a prescindere dal valore contrattuale del servizio (ad esempio, quelle aventi ad oggetto la fornitura di acqua potabile).

Non rientrano nell'ambito applicativo della direttiva i provvedimenti unilaterali (tra i quali, le cc.dd. concessioni unilaterali). Si tratta di atti dell'amministrazione pubblica che si determinano le condizioni da soddisfare per l'esercizio di un'attività economica (*an, quantum e quomodo*), ma che permettono all'operatore economico di poter recedere liberamente e in qualsiasi momento dalla fornitura dei lavori o servizi<sup>71</sup>. A differenza di una concessione unilaterale, riconosciuta di regola al privato su sua richiesta, i contratti di concessione obbligano entrambe le parti: da una parte, l'operatore economico, attraverso la prestazione di lavori o di servizi; dall'altra, l'ente aggiudicatore, mediante l'esclusiva di gestione riconosciuta al concessionario. Tali contratti hanno forza esecutiva e non prevedono il recesso *ad nutum*.

**Le concessioni  
unilaterali**

<sup>70</sup> Le norme sancite dalla direttiva non si applicano dunque ai contratti cc.dd. sotto-soglia: Corte giust. ord. 7 luglio 2016, C-214/15, *Sá Machado & Filhos*, punto 29.

<sup>71</sup> In tal caso, la normativa rilevante è la direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (c.d. direttiva Bolkestein). Non è perciò oggetto di questa trattazione il tema delle cc.dd. concessioni balneari, sebbene la questione continui ad animare il dibattito politico e scientifico. Pare appena il caso di ricordare che la giurisprudenza italiana, sia di merito che di legittimità, ha da tempo aderito a quella lettura dell'art. 37 del codice della navigazione che privilegia l'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime aventi finalità turistico nonché residenziali e abitative (da ultimo, Cons. Stato 17 luglio 2020, sez. VI, n. 4610, sebbene non manchi qualche pronuncia di senso contrario: TAR Puglia-Lecce, sez. I, n. 895, 27 novembre 2020). La gara si rende necessaria alla luce dei principi generali del diritto dell'Unione in materia di libera circolazione dei servizi, quali la *par condicio*, l'imparzialità e la trasparenza, così come richiamati dalla direttiva stessa (art. 12) e confermati dalla relativa giurisprudenza della Corte di giustizia (14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa e Mario Melis*). Al contrario, il legislatore, anziché consentire l'espletamento delle gare per l'assegnazione delle concessioni in scadenza, ha disposto la proroga automatica delle stesse fino al 1° gennaio 2034, in evidente contrasto con quanto stabilito dalla normativa dell'Unione (v. la Legge di bilancio 2019, n. 145/2018, entrata in vigore il 1° gennaio 2019; in passato, v. la legge n. 221/2012). La questione è stata recentemente sottoposta all'attenzione dell'Adunanza Plenaria; v. il decreto di rimessione del Presidente del Consiglio di Stato, del 24 maggio 2021, n. 160.

## Bibliografia

AA.VV., *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, p. 1135; ARECCHI L., *La tutela delle esigenze ambientali, sociali ed occupazionali nelle nuove Direttive in materia di contratti pubblici*, in *lineeavcp.it*, 2014, p. 13; BARATTA R., *Legislazione europea e disciplina interna del subappalto: un'aporìa culturale?*, in *rivista.eurojus.it*, 2020, p. 11; BERIONNI L., *L'applicabilità delle norme del Codice dei contratti pubblici alle concessioni di servizi*, in *FA*, 2014, 1913; BOGDANOWICZ P., CARANTA R., TELLES P., (eds.), *Public-Private Partnerships and Concessions in the EU*, Cheltenham, 2020; BOVIS C. H., *Future Directions in Public Service Partnerships in the EU*, in *EBLR*, 2013, p. 8; CABIDDU M. A., COLOMBO M.C. (a cura di), *Appalti e concessioni: le nuove direttive europee*, in *Diritto e pratica amministrativa*, 2014, p. 5; CAPONIGRO R., *L'affidamento degli appalti pubblici: l'ordine logico nell'esame giurisdizionale delle censure proposte in via principale ed in via incidentale dalle due imprese in gara*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2014; CARANTA R., *L'incerta sostenibilità degli appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, p. 1123; CARANTA R., *The Changes to the Public Contracts Directives and the Story they tell about how EU law works*, in *CMLR*, 2015, p. 429; CARANTA R., COSMIN DRAGOS D., *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, p. 493; CARBONARA L., *Le nuove direttive sui contratti pubblici e la tutela dell'ambiente. I criteri di aggiudicazione*, in *giustamm.it*, 2016; CARULLO A., *L'attuale necessità di una corretta distinzione tra appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico. Un intricato percorso a tappe: dall'irrelevanza della gara, all'affermazione di un differente partenariato pubblico-privato, e la consapevolezza di un'occasione perduta*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2014, p. 701; CARUSO G. M., D'ALESSANDRO D., PAPPANO D. (a cura di), *Contratti delle pubbliche amministrazioni. Questioni attuali*, Torino, 2019; CLARIZIA A., *Un confronto sulle "filosofie" di recepimento delle direttive "appalti" nei paesi dell'Unione europea*, in *giustamm.it*, 2007; COMPORTE G. D., *Problemi e tendenze dell'assetto regolatorio degli appalti pubblici*, in *Diritto Economia*, 2012, p. 575; COMPORTE G. D., *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *federalismi.it*, 2015; CONTESSA C., CROCCO D., *Appalti e concessioni. Le nuove direttive europee*, Roma, 2015; CRAIG P., *EU Administrative Law*, III ed., Oxford, 2018; DE MASI C., *Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio europeo. Criteri di aggiudicazione e offerte anomale*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2015, p. 212; DE NICTOLIS R., *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo Amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2010; DELLA CANANEA G., FRANCHINI C., *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2013; DI GREGORIO V. (a cura di), *L'appalto privato e pubblico*, Torino, 2013; DI MARTINO A., *Le concessioni nel Codice dei contratti pubblici: profili di apertura al mercato e novità in tema di esecuzione del contratto*, in *Nuove autonomie*, 2018, p. 617; FIDONE G., *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della Direttiva 2014/23/UE*, in *RIDPC*, 2015, p. 101; FOLLIERI E., *I principi generali delle Direttive comunitarie 2014/24/UE e 2014/25/UE*, in *giustamm.it*, 2015; FRACCHIA F., GILI L., *Ordinamento dell'Unione europea, mercato, risorse pubbliche e contratti della pubblica amministrazione: profili sostan-*

ziali e processuali, Napoli, 2013; FRANCHINI C. (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007; FRANCHINI C., SCIAUDONE F. (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, Napoli, 2015; GALETTA D. U. (a cura di), *Diritto amministrativo nell'Unione europea: argomenti e materiali*, Torino, 2014; GALLO C. E. (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, 2014; GALLO S. (a cura di), *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, Santarcangelo di Romagna, 2014; GAMBARDILLA F., *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016; GIAMPAOLINO L., *La legislazione sui contratti pubblici e le misure per la ripresa economica*, in *giustamm.it*, 2013; GIANNINI M. S., *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee*, in *RTDP*, 2003, p. 979; GIMENO FELIU J.M. (dir.), *Las nuevas directivas de contratación pública*, Cizur Menor, 2015; GRAUSO P., *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati*, Milano, 2007; GRECO G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato: i contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986; GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2004; GUZZO G., *La concessione di opere pubbliche. Il quadro legislativo e giurisprudenziale*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2018; HOFMANN H.C.H., ROWE G.C., TURK A.H., *Administrative law and policy of the European Union*, Oxford, 2011; LAMBERTI C., VILLAMENA S., *Nuove direttive appalti: "sistemi di selezione" e "criteri di aggiudicazione"*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, p. 873; LAURIA F., *Appalti pubblici e mercato unico europeo*, Torino, 1991; LICHERE F., CARANTA R., TREUMER S. (eds.), *Modernising Public Procurement: the New Directive*, Copenhagen, 2014; LIGUORI F., TUCCILLO S. (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Napoli, 2017; LINDITCH F., *Le droit des marchés publics*, Paris, 2015; LOTTI P.G.N., *Il principio di rotazione negli appalti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2020; MANGIAMELI S. (a cura di), *L'ordinamento europeo. Volume III - Le politiche dell'Unione*, Milano, 2008; MANTINI P., *Il dilemma di Sunstein ed il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *giustamm.it*, 2015; MANTINI P., *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici*, Milano, 2015; MANTINI P., PANETTA C., *I settori speciali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 2016, p. 14; MARTINES F., *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *federalismi.it*, 2015, p. 2; MASSERA A., PIZZANELLI G., *I contratti nei servizi pubblici a rete fra negoziazione e mercato*, in ROPPO V. (a cura di), *Trattato dei contratti*, vol. V, Milano, 2014, p. 1143; MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove Direttive europee e del D.L. n. 90 del 2014*, Torino, 2014; PICOZZA E., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1997; PITTELLI P., *Il miglior rapporto qualità/prezzo: il nuovo concetto europeo di offerta economicamente più vantaggiosa*, in *lineeavcp.it*, 2014, p. 28; RANGONE N., *Analogie e differenze tra nuova e vecchia disciplina europea degli appalti pubblici nei settori classici*, Relazione presentata al Convegno IGI del 23 gennaio 2014, in *osservatorioappalti.unitn.it*, 2014; RICCHI M., *La nuova direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, p. 741; RICCHI M., *L'Architettura dei Contratti di Concessione e di PPP nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici D.Lgs. 50/2016*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2016; RUFFERT M., *Administrative law in Euro-*

*pe: between common principles and national traditions*, Groningen, 2013; SCARAFIOCCA G., *Le nuove Direttive europee in materia di appalti e concessioni. Innovazioni, recepimento nel diritto interno e nuovi assetti regolatori*, in *giustamm.it*, 2015; TORCHIA L., *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su “*La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*”, Varenna 17-19 settembre 2015, in *giustizia-amministrativa.it*, 2015; VIPIANA P. M., TIMO M., *Le direttive UE del 2014 in tema di appalti pubblici e concessioni*, in *POLIS Working Papers*, 2015.