

**UNIVERSITÉ DE TOULON**

École Doctorale n° 509 en SHS
« Sociétés méditerranéennes et
sciences humaines »
Laboratoire CDPC Jean-Claude
Escarras

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI UDINE**

Dipartimento di Scienze Giuridiche

COTUTELLE DE THÈSE

pour obtenir le grade de
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE TOULON en Sciences Juridiques
Et
DOTTORE DI RICERCA DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI UDINE in Diritto

Présentée et soutenue par / Presentata e sostenuta da

Henrique SAVONITTI MIRANDA

le : 10 / 07 / 2020

I requisiti di partecipazione e l'esclusione dalle gare d'appalto: un approccio comparato tra Brasile, Francia e Italia

Les conditions de participation et d'exclusion des procédures d'appels d'offre : une approche comparée entre le Brésil, la France et l'Italie

Sous la direction de / Sotto la direzione di:

M. Dimitri GIROTTA – Università degli Studi di Udine (Directeur)

M. Jean-Jacques PARDINI – Université de Toulon (Co-Directeur)

Membres du jury / Membri della commissione:

M. Dimitri GIROTTA – Università degli Studi di Udine (Directeur)

M. Jean-Jacques PARDINI – Université de Toulon (Co-Directeur)

Mme. Federica RASSU – Université De Poitiers

M. Michaël BARDIN – Université d'Avignon

M. Sandro DE NARDI – Università degli Studi di Padova

M. Leopoldo COEN – Università degli Studi di Udine

UNIVERSITÉ DE TOULON

École Doctorale n° 509 en SHS

« Sociétés méditerranéennes et sciences humaines »

Laboratoire : Centre de Droit et de Politique Comparés CDPC Jean-Claude Escarras

THÈSE

Présentée par

Henrique SAVONITTI MIRANDA

Soutenue le : 10 juillet 2020

Pour obtenir le grade de Docteur en Sciences Juridiques

**Les conditions de participation et d'exclusion des procédures d'appels
d'offre : une approche comparée entre le Brésil, la France et l'Italie**

Cotutelle de thèse dirigée par :

M. Dimitri GIROTTA

Professeur ordinaire

Università degli Studi di Udine

M. Jean-Jacques PARDINI

Agrégé des Facultés de droit

Université de Toulon

Jury :

M. Dimitri GIROTTA

Professeur ordinaire

Università degli Studi di Udine

M. Jean-Jacques PARDINI

Agrégé des Facultés de droit

Université de Toulon

Mme. Federica RASSU

Maître de conférences

Université De Poitiers

M. Michaël BARDIN

Maître de conférences

Université d'Avignon

M. Sandro DE NARDI

Professeur ordinaire

Università degli Studi di Padova

M. Leopoldo COEN

Professeur associé

Università degli Studi di Udine

INDICE SOMMARIO

SINTESI	VIII
RÉSUMÉ	IX
INTRODUZIONE	1

PARTE PRIMA – LA SCELTA DEL CONTRAENTE: UN CONFRONTO TRA FRANCIA, ITALIA E BRASILE

CAPITOLO I

EVOLUZIONE STORICO-NORMATIVA

1. INTRODUZIONE	8
2. LA DISCIPLINA DEI CONTRATTI AMMINISTRATIVI IN FRANCIA FINO ALL'AVVENTO DELLE COMUNITÀ EUROPEE	9
3. EVOLUZIONE NORMATIVA SULLE GARE E GLI APPALTI IN ITALIA FINO ALL'AVVENTO DELLE COMUNITÀ EUROPEE	12
4. EVOLUZIONE STORICO-NORMATIVA DELLA DISCIPLINA IN FRANCIA E IN ITALIA DOPO L'AVVENTO DELLE COMUNITÀ EUROPEE	16
4.1. La potestà legislativa in tema di appalti pubblici	25
5. LE LEGGI SULLE GARE D'APPALTO NEL DIRITTO BRASILIANO	30

5.1. Evoluzione storico-normativa	30
5.2. Il problema dell'uso del termine "norme generali"	32
5.3. Gli attuali statuti brasiliani	35

CAPITOLO II

IL PROBLEMA DELLE FONTI NEL DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE IN AMERICA LATINA E IN EUROPA

1. INTRODUZIONE	38
2. IL PROCESSO DI INTEGRAZIONE LATINOAMERICANO E LA CREAZIONE DEL MERCOSUR	41
2.1. Recepimento delle norme del Mercosur negli ordinamenti giuridici nazionali	45
2.2. Il Parlamento del Mercosur	48
2.3. Il Tribunale Permanente di Revisione del Mercosur	51
3. DAL SORGERE DELLE COMUNITÀ EUROPEE ALL'AVVENTO DELL'UNIONE EUROPEA	53
3.1. Il potere legislativo europeo	58
3.2. Gli atti legislativi europei e l'applicabilità negli Stati membri	61
3.2.1. <i>I regolamenti</i>	63
3.2.2. <i>Le direttive</i>	65

3.2.3. <i>Le decisioni</i>	69
3.2.4. <i>Le raccomandazioni e i pareri</i>	71
3.2.5. <i>Gli atti atipici</i>	72
3.3. L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea e il dialogo con le fonti nazionali	73
3.4. La Corte di giustizia dell'Unione europea	76
3.5. L'adattamento dei diritti nazionali al diritto dell'Unione europea..	79

CAPITOLO III

LA PROCEDURA DI SCELTA DEL CONTRAENTE

1. INTRODUZIONE	85
2. PRIME OSSERVAZIONI COMPARATIVE TRA LE PROCEDURE NAZIONALI	91
3. LA SCELTA DE CONTRAENTE NEGLI ORDINAMENTI NAZIONALI	93
3.1. Procedura aperta previa pubblicazione di un bando di gara in Italia e in Francia	96
3.1.1. <i>Il bando di gara</i>	99
3.2. Procedura aperta previa pubblicazione di un bando di gara in Brasile	103
3.3. Procedura ristretta previa pubblicazione di un bando di gara	113
3.4. Procedura competitiva con negoziazione	115
3.5. Dialogo competitivo	118

3.6. Partenariato per l'innovazione	120
3.7. Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara ...	122

PARTE SECONDA – I REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E L'ESCLUSIONE DALLE GARE D'APPALTO

CAPITOLO I REQUISITI DI PARTECIPAZIONE ALLE GARE

1. INTRODUZIONE	129
2. I REQUISITI DI ORDINE GENERALE COME CAUSE DI ESCLUSIONE	135
2.1. La possibilità di ampliamento delle cause di esclusione in Europa a differenza della tassatività in Brasile	137
2.2. Le cause di esclusione obbligatorie e facoltative	141
3. LA CONDANNA PER GRAVI REATI	144
3.1. Il problema della c.d. “clausola di chiusura”	149
3.2. Le persone fisiche da considerare per la valutazione dei precedenti penali	154
4. LA REGOLARITÀ FISCALE E CONTRIBUTIVA	157
4.1. Deroga alle cause di esclusione a causa di condanna per gravi reati o di mancato pagamento di imposte o contributi in Europa	163

5. L'INOSERVANZA DEGLI OBBLIGHI IN MATERIA DI SALUTE, AMBIENTE E SICUREZZA SUL LAVORO	164
6. L'ESISTENZA DI PROCEDURE CONCORSUALI	168
7. I GRAVI ILLECITI PROFESSIONALI	172
8. IL CONFLITTO DI INTERESSE NON DIVERSAMENTE RISOLVIBILE	181
9. LA DISTORSIONE DELLA CONCORRENZA NON ALTRIMENTI RISOLVIBILE	186
10. LE SANZIONE INTERDITTIVE	189
11. LE FALSE AUTODICHIARAZIONI	192
12. ALTRE SITUAZIONE SANCITE DAL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI ITALIANO	194

CAPITOLO II

REQUISITI DI ORDINE SPECIALE

1. INTRODUZIONE	198
2. REQUISITI DI IDONEITÀ PROFESSIONALE	200
3. CAPACITÀ ECONOMICA E FINANZIARIA	203
4. CAPACITÀ TECNICHE E PROFESSIONALI	210

CAPITOLO III

ASPETTI PROCEDURALI

1. INTRODUZIONE	216
2. IL RUOLO DEL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO E DELLA COMMISIONE DI GARA	216
3. IL DOCUMENTO DI GARA UNICO EUROPEO (DGUE)	226
4. IL SOCCORSO ISTRUTTORIO	230
4.1. Il c.d. "soccorso istruttorio a pagamento"	235
5. IL SISTEMA DEL RATING DI IMPRESA	237
5.1. Il concetto di reputazione professionale negli Stati Uniti	238
5.2. L'innovatività del modello italiano	242
 CONCLUSIONI	 247
BIBLIOGRAFIA	260
SITOGRAFIA	275
ELENCO NORMATIVO	278
GIURISPRUDENZA	296
 RINGRAZIAMENTI	 305

Alla memoria dei miei genitori,

Vicente e Henriqueta.

SINTESI

I requisiti di partecipazione e l'esclusione dalle gare d'appalto: un approccio comparato tra Brasile, Francia e Italia. È noto che la P.A. ha il diritto di stabilire i requisiti di partecipazione e di confrontare le offerte avanzate dai vari soggetti interessati a svolgere un lavoro, prestare un servizio o fornire beni, al fine di scegliere l'offerta più vantaggiosa. Dall'altra parte, gli interessati hanno il diritto di partecipare a una procedura amministrativa idonea che preveda un trattamento ugualitario e non discriminatorio per i vari offerenti. A differenza dei privati, le amministrazioni pubbliche non sono libere di scegliere in maniera completamente discrezionale i soggetti con cui vogliono contrattare, ma devono assumere tale decisione nell'ambito di procedure atte a garantire, da una parte, la *pattuizione più vantaggiosa* e l'*esecuzione alle condizioni di migliore tranquillità e sicurezza* e, dall'altra, la possibilità per gli operatori economici di *concorrere a parità di condizioni* all'aggiudicazione dell'appalto. Lo scopo della tesi è quello di trovare la linea di divisione tra il diritto della P.A. di garantire i requisiti di capacità tecnica, organizzativa, economica e finanziaria, nonché di stabilire le cause di esclusione dalle gare, e il diritto delle aziende di non veder impedita la loro partecipazione da criteri odiosi che violano i principi di uguaglianza e di libera concorrenza. L'obiettivo della tesi è quello di stabilire i limiti del potere discrezionale di cui la P.A. dispone in materia di appalto pubblico, che deve essere esercitato senza violare il principio di uguaglianza e alla luce di criteri non discriminatori, di logica, di ragionevolezza e proporzionalità, senza rappresentare una restrizione indebita al diritto delle aziende che operano nel mercato. Lo studio è condotto alla luce delle normative europee, della legge italiana, della legge francese e della legge brasiliana al fine di verificare, attraverso questo studio comparativo, la fattibilità giuridica e l'efficacia delle soluzioni proposte per il miglioramento della legislazione in materia.

RÉSUMÉ

Les critères pour la participation et pour l'exclusion aux procédures d'appels d'offres : une étude comparée entre Brésil, France et Italie. Il est notoire que l'administration publique a le droit d'établir les conditions de participation et de comparer les offres des différentes parties intéressées par l'exécution d'un travail, la prestation d'un service ou la fourniture de biens, afin de choisir l'offre la plus avantageuse. Par ailleurs, les parties intéressées ont le droit de participer à une procédure administrative appropriée prévoyant un traitement égal et non discriminatoire des différents soumissionnaires. Contrairement aux particuliers, les administrations publiques ne sont pas libres de choisir de manière totalement discrétionnaire les sujets avec lesquels elles souhaitent négocier, mais doivent prendre cette décision dans le cadre de procédures visant à assurer, d'une part, l'accord et l'exécution les plus avantageux, conditions favorables à une plus grande tranquillité d'esprit et à une meilleure sécurité et, deuxièmement, la possibilité pour les opérateurs économiques de se faire concurrence à égalité avec l'attribution du marché. Le but de ma recherche est d'établir une ligne de partage entre le pouvoir discrétionnaire que l'Administration Publique exerce dans la détermination de ses objectifs, dans la définition des critères pour la participation ou l'exclusion des entreprises à ses appels d'offres et les droits qu'ont les entreprises de ne pas se voir écartées de la procédure en raison de l'application de critères autoritaires qui violent les principes d'égalité et de la libre concurrence. Cette étude mettra donc en relation la normative européenne, en particulier le droit italien et le droit français, avec le droit brésilien afin de vérifier si les solutions envisagées par les différents systèmes juridiques sont à même d'améliorer la législation en la matière.

INTRODUZIONE

Il processo di selezione dei fornitori è una sfida fondamentale per qualsiasi organizzazione. Nella P.A. il tema acquisisce ancor più complessità date le disposizioni di legge vigenti, indirizzate principalmente a garantire il rispetto del principio costituzionale di uguaglianza, “*pietra angolare*” di qualunque ordinamento giuridico¹.

La P.A. ha il diritto di stabilire i requisiti di partecipazione e di confrontare le offerte avanzate dai vari soggetti interessati a svolgere un lavoro, prestare un servizio o fornire beni, al fine di scegliere l'offerta più vantaggiosa. Dall'altra parte, gli interessati hanno il diritto di partecipare a una procedura amministrativa idonea che preveda un trattamento ugualitario e non discriminatorio per i vari offerenti.

A differenza dei privati, le amministrazioni pubbliche non sono libere di scegliere in maniera completamente discrezionale i soggetti con cui vogliono contrattare, ma devono assumere tale decisione nell'ambito di procedure atte a garantire, da una parte, la *pattuizione più vantaggiosa* e l'*esecuzione alle condizioni di migliore tranquillità e sicurezza* e, dall'altra, la possibilità per gli

¹ I termini *chiave di volta* oppure *pietra angolare* in origine si riferivano a una pietra a forma di cuneo trapezoidale che posta al centro di un arco aveva la funzione di bilanciare le forze opposte contrarie che agiscono su di esso. La pietra angolare non sostiene alcun peso. La sua funzione è quella di *bilanciare* la caduta dei semicerchi contrapposti che appoggiano sulle colonne che compongono l'arco. Questa tecnica di costruzione può essere osservata nel Colosseo, negli acquedotti e in tante altre opere dell'Impero Romano.

operatori economici di *concorrere a parità di condizioni* all'aggiudicazione dell'appalto².

In tal senso, l'autorevole dottrina, in riferimento al nuovo Codice dei contratti pubblici italiano, statuito dal D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, afferma che "è osservazione comune e condivisa che la nuova disciplina attribuisca maggiore discrezionalità e capacità di scelta alle stazioni appaltanti su molti diversi elementi, dal tipo di procedura ai criteri di aggiudicazione, dai criteri di selezione alla definizione del rapporto concessorio"³.

La discrezionalità, inoltre, viene spesso invocata come necessario antidoto alla rigidità delle regole, agli automatismi che non consentono di calibrare il bando e l'aggiudicazione sulle concrete esigenze dell'amministrazione, al formalismo imperante che spesso separa ineluttabilmente la decisione legittima dalla decisione buona ed efficace. Una volta che, come è accaduto con le direttive del 2014 prima e con il loro recepimento poi, la discrezionalità viene in effetti riconosciuta ed ampliata, le critiche cambiano però registro e si lamenta la frammentazione delle decisioni, l'una diversa dall'altra, la possibilità di arbitrio, l'imposizione di requisiti che limitano la partecipazione, l'applicazione di criteri aperti ad interpretazione. Non si tratta di un problema risolvibile in astratto: senza discrezionalità il sistema è ingessato, con troppa discrezionalità il sistema può divenire arbitrario ed imprevedibile.

² In questo senso, la Corte di Cassazione italiana ha affermato che "è indubbio che la pubblica amministrazione debba sempre e comunque ispirare la sua azione al criterio della *massima economicità* di gestione, e che i contratti con cui essa è ammessa alla libera scelta dell'altra parte del rapporto, vengano di regola conclusi con procedure complesse, volte ad assicurare la *pattuizione più vantaggiosa e l'esecuzione nelle condizioni di migliore sicurezza ed economicità*" (Cassazione Civile, Sezione I, 09 mag. 2003, n. 7073, *GU* 20 ott. 2003).

³ Torchia, L., Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo, in *Giornale di diritto amministrativo* 5/2016, pp. 605-12, sett.-ott. 2016, p. 608.

In questo senso, Gian Domenico Romagnosi, nel suo *Instituzioni di diritto amministrativo*, del 1814, già affermava che “se importa alle nazioni di non sottostare a un’arbitraria amministrazione pubblica; per ciò stesso importa loro di salire ad un primo principio di rigoroso e necessario diritto, dal quale si possono trarre norme rigorose di giustizia”⁴.

L’obiettivo di questo lavoro è quello di stabilire i limiti del potere discrezionale di cui la P.A. dispone nell’individuare l’oggetto, stabilire i requisiti per la partecipazione alle gare e le ipotesi di esclusione dalle stesse, che devono essere applicati senza violare il principio di uguaglianza e alla luce di criteri non discriminatori di logica, di ragionevolezza e di proporzionalità, in modo da non rappresentare una restrizione indebita al diritto delle aziende che operano nel mercato.

Lo scopo della tesi è di trovare la linea di divisione tra il diritto della P.A. di garantire i requisiti di capacità tecnica, organizzativa, economica e finanziaria, nonché di stabilire le cause di esclusione dalle gare, e il diritto delle aziende di non veder impedita la loro partecipazione da criteri odiosi, che violano i principi di uguaglianza e di libera concorrenza.

Lo studio sarà condotto alla luce della normativa europea, in particolare italiana e francese, e brasiliana, al fine di verificare, attraverso questo studio comparativo, la fattibilità giuridica e l’efficacia delle soluzioni proposte per il miglioramento della legislazione in materia.

L’interesse per questo studio di diritto comparato si giustifica in virtù della grande influenza che le normative europee, principalmente quella *italiana e francese*, esercitano sulla *legge brasiliana*, principalmente in questo periodo

⁴ Romagnosi, G. D., *Instituzioni di diritto amministrativo*, tomo I, da Cesare Orena nella Ed. Stamperia Malatesta, Milano 1814, p. 109, in Rotelli E., *Romagnosi 1814 "Instituzioni di diritto amministrativo"*, Ed. Il Mulino, Milano 2014, p. 319.

in cui nel parlamento brasiliano si discute il disegno di legge che intende istituire la nuova legge brasiliana sulle gare e i contratti pubblici.

Va rilevato che, come noto, la *Francia* è la culla del diritto amministrativo moderno, che nacque dopo la Rivoluzione Francese del 1789, punto di riferimento che separa lo *Stato assolutista* (la volontà del monarca), che rimase indietro, e lo *Stato di diritto*, dando luogo alla legalità (volontà della legge). Così sorse il diritto amministrativo moderno, che da allora ispira profondamente il diritto amministrativo brasiliano.

In questo senso, occorre apprezzare la lezione sempre attuale del brasiliano Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, per il quale "il diritto amministrativo è una disciplina 'propria dello Stato Moderno', o meglio, del c.d. 'Stato di Diritto', in quanto solo dalla nascita dello Stato di Diritto si è pensato a regole che delimitino l'organizzazione dello Stato-potere e la sua azione, stabilendo le basi per le prerogative dei governanti, nei loro rapporti reciproci e, altresì, nei rapporti con i governati"⁵.

D'altra parte, l'influenza del *diritto italiano* è stata presente sin dalla creazione dei corsi di giurisprudenza in Brasile, nel 1827, soprattutto perché la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di San Paolo ha accolto gli illustri docenti Liebmann e Ascarelli⁶ che si trovavano in esilio. In particolare per quanto riguarda il diritto amministrativo, le opere dei principali autori italiani,

⁵ Bandeira de Mello, O. A., *Princípios gerais de direito administrativo*, v. 1, Ed. Forense, Rio de Janeiro 1979, p. 52.

⁶ Reale, M., O direito italiano na cultura brasileira, in *A presença italiana no Brasil* (a cura di De Boni, L. A.), v. 2, pp. 735-740, Ed. Fondazione Giovanni Agnelli, Porto Alegre 1990, p. 737.

principalmente i loro manuali, sono state molto diffuse presso la Facoltà di San Paolo, in particolare nel Secondo Dopoguerra⁷⁻⁸.

Una delle *più decisive influenze* del diritto amministrativo italiano nella formazione del *diritto amministrativo brasiliano* è la sistematizzazione del concetto di *interesse pubblico*, a partire delle lezioni di Alessi e Giannini⁹⁻¹⁰. Inoltre, la dottrina italiana ha una grande importanza nella costruzione delle teorie sulla *discrezionalità amministrativa* (con Ranneletti)¹¹, *atti e*

⁷ In questo senso, Michele Carducci, in base alle lezioni di López Medina, pone l'attenzione su fatto che "il sub-continentale americano siederebbe sopra un tesoro di cui non avrebbe consapevolezza: il proprio patrimonio di errori, adattamenti, approssimazioni che, grazie anche alle innumerevoli traduzioni circolate nel suo spazio linguistico spagnolo o portoghese, ha contribuito a conformare la cultura costituzionale dei suoi operatori, sia come teorici del diritto sia come pratici, capaci di costruire le mappe mentali di auto-riconoscimento dei propri formanti. Per spiegare l'effettiva consistenza di questo 'tesoro', Medina ricorre ad una teorizzazione dei 'flussi', diversa da quella italiana, perché 'adeguata' al contesto 'ermeneuticamente povero' dell' 'altro Occidente' del mondo: una 'povertà', si badi, frutto di quelle caratteristiche – linguistiche, storiche e quindi semantiche – dell'ethos iberico, accennate in apertura" (Carducci, M., *Diritto pubblico e "flussi giuridici"* tra Italia e Brasile, in *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, anno 11, n. 46, pp. 13-41, Ed. Forum, Belo Horizonte 2011, pp. 18-9).

⁸ Motta, F., *Influência do direito administrativo italiano na construção das bases dogmáticas do direito administrativo brasileiro*, in *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 2, n. 6, p. 11-31, Ed. Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro 2014, p. 24.

⁹ Hachem, D. W., *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, Ed. Forum, Belo Horizonte 2010.

¹⁰ Giannini, M. S., *Diritto amministrativo*, v. 2, Terza edizione, Ed. Giuffrè, Milano 1993, p. 28.

¹¹ Seabra Fagundes, M. *O contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, Terza edizione, Ed. Forense, Rio de Janeiro 1957.

provvedimenti amministrativi (Ferrari e Bonelli)¹², *autorità locali* (Zanobini)¹³, tra gli altri. Infine, il prestigio della dottrina italiana è perfettamente visibile negli studi sulla procedura amministrativa. Oltre alla notevole importanza per la teoria generale del processo di autori come Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei, la dottrina italiana ha contribuito notevolmente allo studio del processo amministrativo brasiliano da una prospettiva *garantistica*¹⁴.

L'oggetto principale della ricerca riguarda le norme sugli appalti pubblici del c.d. "settore ordinario", il cui punto di partenza sono le regole inserite nella Direttiva n. 2014/24/UE, con soltanto alcuni piccoli cenni sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (Direttiva n. 2014/23/UE) e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nel c.d. "settore speciale" (settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, ai sensi di quanto sancisce la Direttiva n. 2014/25/UE).

Allo stesso modo, non saranno oggetto di uno studio approfondito le disposizioni francesi che riguardano gli appalti per la difesa e la sicurezza, che sono oggetto di disposizioni normative specifiche.

Lo studio è diviso in due parti.

Nella Prima Parte, sono affrontati gli argomenti che permetteranno ai lettori dei tre paesi (Italia, Francia e Brasile) di venire a conoscenza degli *aspetti generali* che riguardano la disciplina in ciascuno di essi, tramite l'analisi dell'evoluzione storico-normativa del sistema delle fonti nel diritto dell'integrazione comunitaria (con lo studio delle differenze tra l'UE e il

¹² Fonseca, T. P. da, *Autarquias administrativas*, Ed. Saraiva, San Paolo 1935.

¹³ Bandeira de Mello, C. A., *Natureza e regime jurídico das autarquias*, Ed. Revista dos Tribunais, San Paolo 1968, p. 9.

¹⁴ Motta, F., Influência do direito administrativo italiano na construção das bases dogmáticas do direito administrativo brasileiro, in *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 2, n. 6, p. 11-31, Ed. Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro 2014, p. 28.

Mercosur, il recepimento delle norme comunitarie, l'attuazione delle stesse, il dialogo tra le fonti) e l'analisi della procedura di scelta del contraente (che contiene una breve descrizione delle procedure nei tre paesi). Si tratta, dunque, di una parte più concettuale e "introduttiva" in senso ampio.

Nella Seconda Parte sono esaminati i *requisiti di partecipazione e l'esclusione dalle gare*, con lo studio dei requisiti di ordine generale (o di moralità), i requisiti di ordine speciale (requisiti tecnici, requisiti economici e finanziari) e gli aspetti procedurali, che rendono possibile lo svolgimento della procedura di scelta del contraente. Si prende in esame altresì il ruolo dei responsabili del procedimento e della commissione di gara, le caratteristiche del documento di gara unico europeo (DGUE), la possibilità di soccorso istruttorio e il sistema del *rating di impresa*, previsto unicamente nel diritto italiano.

PARTE PRIMA – LA SCELTA DEL CONTRAENTE: UN CONFRONTO TRA FRANCIA, ITALIA E BRASILE

CAPITOLO I

EVOLUZIONE STORICO-NORMATIVA

1. INTRODUZIONE

Proprio come gli altri elementi della vita sociale, il fenomeno giuridico si sviluppa nel corso dei decenni grazie alla crescente complessità delle relazioni sociali. La situazione politica e sociale di una civiltà rappresenta spesso una spinta importante per l'adeguamento della legge, come si è visto con il sorgere delle grandi rivoluzioni, come la Rivoluzione Francese che ha prodotto la prima Costituzione francese del 1791, o l'avvento di grandi tragedie umanitarie, come la Seconda Guerra mondiale, che ha determinato la comparsa delle Comunità europee.

Il passaggio del tempo provoca cambiamenti adattativi in molti fenomeni, come ad esempio la lingua; le esigenze delle persone al cospetto delle innovazioni tecnologiche danno luogo a parole nuove e provocano l'estinzione di quelle obsolete. I cambiamenti delle abitudini determinano la modifica di regole che prima erano usuali e fanno emergere nuovi modelli. Inesorabilmente legata all'evoluzione storica, non è la vita sociale che si adatta alla lingua, ma questa che si adatta alla vita sociale.

Lo stesso vale per il *fenomeno giuridico*, in quanto l'evoluzione del diritto viene pienamente influenzata da precedenti sociali, economici e politici.

Non è difficile capire che la storia e il diritto si inquadran e si sviluppano in un sistema di *reciproca influenza*. Il diritto è un *fenomeno sociale*, risultato di esigenze della società direttamente connesse alle condizioni socioculturali e ai fatti storici. Capire il diritto richiede una conoscenza approfondita dei fenomeni economici, geografici e sociali che la comprensione della storia ci dà.

In questo senso, il fenomeno giuridico è costruito attraverso vari livelli che non necessariamente si sovrappongono, ma che sono inscindibilmente collegati con la realtà sociale. Quindi, è molto importante studiare l'evoluzione storica del diritto, la cui analisi deve essere fatta tenendo conto non solo del diritto positivo, ma anche delle condizioni sociali, politiche, economiche e culturali di ciascun popolo.

Pertanto, l'obiettivo di questo primo capitolo è quello di condurre una breve analisi *dell'evoluzione delle normative* in materia di gare e appalti pubblici nei tre paesi oggetto delle nostre indagini, al fine di fornire una panoramica dello sviluppo storico normativo in materia, dimostrare l'influenza dell'avvento della legislazione comunitaria nello sviluppo della materia, così come presentare al lettore il quadro normativo attualmente vigente in Francia, Italia e Brasile.

2. LA DISCIPLINA DEI CONTRATTI AMMINISTRATIVI IN FRANCIA FINO ALL'AVVENTO DELLE COMUNITÀ EUROPEE

Fra i tre paesi oggetto della nostra indagine, il primo a stabilire una normativa sulle gare d'appalto fu la Francia, ancora prima della Rivoluzione.

Il Decreto 21 aprile 1791, c.d. "*Decreto sui prodotti alimentari e di foraggiamento dell'esercito*", già prevedeva, nel suo art. 1, che "in tempo di pace, le forniture di ogni genere per i servizi ordinari delle forze militari nelle

guarnigioni e distretti saranno effettuate dalle imprese che offrono il maggior ribasso, salvo le eccezioni di seguito indicate e quelle che possono essere determinate dagli organi legislativi su richiesta del Ministro della Guerra". E proseguiva affermando che "Le aggiudicazioni saranno sempre rese pubbliche nel giorno e nel luogo indicati dal bando che stabilirà le condizioni delle offerte. I bandi dovranno essere affissi con almeno sei settimane di anticipo" (art. 2)¹⁵.

Un'altra previsione molto importante in materia fu introdotta subito dopo, con la *Legge 28 Pluvioso Anno VIII* (oppure, secondo il calendario gregoriano, 17 febbraio 1800), denominata "Legge sulla divisione del territorio della Repubblica e la sua amministrazione", che contribuì alla creazione di una vera e propria giustizia amministrativa, dopo l'istituzione del Consiglio di Stato nella Costituzione dell'anno VIII, alla quale venne conferita, tra le altre attribuzioni, la competenza di giudicare "le controversie che potrebbero sorgere tra gli imprenditori d'opere pubbliche e la P.A., per quanto riguarda il significato o l'applicazione delle clausole dei loro contratti"¹⁶. L'art. 14 del Decreto 11 giugno 1806 estese questa giurisdizione alle forniture dello Stato¹⁷.

In seguito, l'art. 12 della Legge 31 gennaio 1833 dispose che "un Regio Decreto determinerà le formalità da seguire in futuro in tutti gli appalti per conto del Governo". Sulla base di questa prescrizione legale, l'Ordinanza¹⁸ del

¹⁵ Duvergier, J. B., *Collection complète des lois, décrets ordonnances, règlements et avis du Conseil-d'État*, t. 2, Ed. A. Guyot, Parigi 1824, p. 393.

¹⁶ Francia, Loi concernant la division du territoire de la République et l'administration, *Bulletin des lois de la République* (art. 4, Titolo II), Serie 3, t. 1, n. 17, 1800, pp. 268 e segg.

¹⁷ Schultz, P., *Éléments du droit des marchés publics*, Seconda edizione, Ed. LGDJ, Parigi 2002, p. 15.

¹⁸ Nel diritto costituzionale francese, un'*ordonnance* (ordinanza, in italiano) è una misura presa dal governo in materie rilevanti che normalmente rientrano nel campo di applicazione della *legge* e quindi del Parlamento. Nell'attuale quadro della Quinta Repubblica, il governo può emettere ordinanze tramite l'autorizzazione del Parlamento, in conformità con l'art.

4 dicembre 1836 dispose nel suo art. 1 che “tutti gli appalti di lavoro, fornitura o trasporto per conto dello Stato sono pubblicizzati e aggiudicati in regime di concorrenza, salvo alcune eccezioni che sono menzionate, come le urgenze”. L’Ordinanza del 14 novembre 1837 stabilì la stessa regola per gli appalti degli enti locali¹⁹.

Il Decreto 18 novembre 1882, “per l’aggiudicazione e gli appalti pubblici per conto dello Stato”, stabilì le procedure di aggiudicazione degli appalti (comprese la pubblicità del bando, la cauzione e la presentazione delle offerte) e, negli artt. 18 e seguenti, l’ipotesi di affidamento senza gara. L’Istruzione Ministeriale 31 luglio 1889 dispose in materia di aggiudicazione dei diversi servizi dell’amministrazione della guerra, tranne che per gli appalti di lavoro delle fortificazioni militari.

Successivamente, il Decreto 6 aprile 1942, n. 1082, aggiornò la disciplina degli appalti aggiudicati per conto dello Stato, e l’Ordinanza 2 novembre 1945, n. 45-2707, dispose in ordine alla regolamentazione dei mercati comunali, delle unioni di comuni e delle istituzioni comunali di carità e di assistenza (poi modificata dalla Legge 15 settembre 1947, n. 47-1826, codificata dal Decreto 22 maggio 1957, n. 57-657, che stabilì il Codice dell’Amministrazione Comunale francese).

38 della Costituzione, o legittimato dalla stessa per quanto riguarda alcune disposizioni su temi specifici (art. 74, comma 1). Assimilati ai regolamenti, le ordinanze entrano in vigore nella data di pubblicazione. Tuttavia, hanno valore legislativo soltanto dopo la ratifica da parte del Parlamento entro un termine precedentemente stabilito (Hamon, F., Troper, M., *Droit constitutionnel*, Trentanovesima edizione, Ed. LGDJ, Parigi 2018, p. 784).

¹⁹ Herman, E., *Traité d’administration départementale*, t. 1, Ed. Librairie Administratives, Parigi 1855, p. 475.

In seguito, il *Decreto 13 marzo 1956, n. 56-256*²⁰, con 46 articoli, gettò le basi di quello che sarebbe diventato il primo Codice dei contratti pubblici francese, datato 1964. Le stesse norme furono, in seguito, estese alle aggiudicazioni degli appalti dipartimentali (Decreto 28 febbraio 1957, n. 57-250) e, infine, agli appalti aggiudicati per conto di dipartimenti, comuni, associazioni di comuni e istituzioni pubbliche dipartimentali e comunali (Decreto del 25 luglio 1960, n. 60-724, in materia di Consolidamento delle Regolamentazioni applicabili agli appalti degli enti locali).

Questa serie di decreti, che regolavano le procedure di composizione, i metodi di approvvigionamento e il controllo degli appalti pubblici, sono stati raccolti dal Decreto 17 luglio 1964, n. 64-729, che con 248 articoli ha istituito il *Codice degli appalti dello Stato*, e dal Decreto 28 novembre 1966, n. 66-887, che negli artt. da 249 a 361 ha istituito il *Codice delle collettività locali*²¹⁻²².

²⁰ La Circolare Ministeriale 21 marzo 1957 dispose l'attuazione del Decreto 13 marzo 1956, n. 56-256.

²¹ Braconnier, S., *Précis du droit des marchés publics*, Quarta edizione, Ed. Le Moniteur, Parigi 2012, p. 21.

²² In questo senso, l'art. 1 del *Codice degli appalti dello Stato*, del 1964, ultimo Codice francese *prima dell'avvento delle Comunità europee*, stabiliva che "è istituito un Codice degli appalti pubblici (regolamentazione amministrativa, decreti e ordinanze del Consiglio di Stato), in cui sono inserite le disposizioni indicate al presente decreto". E proseguiva, nell'art. 39, affermando che "I contratti dello Stato sono documenti scritti, le cui specifiche sono fissate dal Capitolo IV del Titolo I. Sono stipulati in base a una gara nelle condizioni e con le riserve previste al Titolo I. Sono sottoposti a controlli, nelle modalità fissate al Titolo IV. Fatte salve le disposizioni dell'articolo 105, gli appalti devono essere conclusi prima dell'inizio di ogni esecuzione" (Francia, Decreto 17 luglio 1964, n. 64-729, *Portant codification des textes réglementaires relatifs aux marchés publics, JORF 21 lug. 1964*, pp. 6438-74).

3. EVOLUZIONE NORMATIVA SULLE GARE E GLI APPALTI IN ITALIA FINO ALL'AVVENTO DELLE COMUNITÀ EUROPEE

Nel diritto amministrativo italiano, le prime discipline sugli appalti pubblici furono introdotte con la *Legge 20 marzo 1865, n. 2248*, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 27 aprile 1865, che dispose “*l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*”.

La *Legge per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*, conosciuta anche come *Legge Lanza*, fu emanata con l'obiettivo di semplificare e ammodernare la P.A. italiana, rimuovendo gli ostacoli che rendevano complessa, incerta e non uniforme l'applicazione delle leggi.

Il processo di unificazione economica richiedeva al nuovo Stato l'adozione immediata di *tre ordini di misure* per: a) affrontare la situazione critica della finanza pubblica; b) sviluppare la rete di trasporti e di comunicazioni, al fine di rendere effettiva la libertà di circolazione delle merci riconosciuta a livello normativo; e c) procedere all'unificazione normativa, amministrativa e

commerciale, sostituendo leggi e strutture dei vecchi Stati preunitari con quelle del nuovo Stato²³⁻²⁴⁻²⁵.

²³ Napolitano G., Le norme di unificazione economica, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fascicolo n. 1/2011, Ed. Giuffrè, Milano 2011, pp. 97 e segg.

²⁴ In questo senso, l'*Allegato F*, denominato “*Opere Pubbliche*”, strutturato in 382 *articoli*, all’art. 1 prescrive le attribuzioni dell’allora Ministero dei Lavori Pubblici per le seguenti opere pubbliche: “a) Le strade nazionali così ordinarie come ferrate, per gli studi e formazione dei progetti, per la direzione delle opere di costruzione e di manutenzione e per la loro polizia; b) Le strade ferrate sociali per l’esame delle domande di costituzione delle società, per le concessioni dei relativi privilegi, per l’approvazione dei piani esecutivi, e per la sorveglianza alla costruzione, alla manutenzione e all’esercizio; c) L’esercizio delle strade ferrate nazionali e la manutenzione ed esercizio di quelle strade sociali che lo Stato s’incaricasse di esercitare; d) Le strade provinciali, comunali e vicinali e le opere che si eseguiscono a spese delle provincie e dei comuni, nei limiti e nei casi determinati dalla legge; e) I canali demaniali così di navigazione come d’irrigazione per ciò che concerne la direzione dei progetti e delle opere di costruzione, di difesa, di conservazione e di miglioramento, e la parte tecnica della distribuzione delle acque, e la polizia della navigazione; f) Il regime e la polizia delle acque pubbliche, e così dei fiumi, torrenti, laghi, rivi e canali di scolo artificiale; i) progetti e le opere relative alla navigazione fluviale e lacuale, al trasporto dei legnami a galla, alla difesa delle sponde e territori laterali dalle corrosioni, inondazioni e disalberamenti, alle derivazioni di acque pubbliche, al bonificamento delle paludi e degli stagni nei rapporti tecnici; finalmente la polizia tecnica della navigazione dei fiumi e laghi; g) Le opere e lavori di costruzione e manutenzione dei porti, dei fari e delle spiagge marittime, e la polizia tecnica relativa; h) La conservazione dei pubblici monumenti d’arte per la parte tecnica; i) La costruzione, le ampliazioni, i miglioramenti e la manutenzione degli edifici pubblici, esclusi quelli dipendenti dalle amministrazioni della guerra e della marina, e quelli i quali, tuttoché facenti parte del patrimonio dello Stato, non servono ad uso pubblico; e l) Lo stabilimento, la manutenzione e l’esercizio dei telegrafi”.

²⁵ È importante notare che l’articolo 1, comma 1, del D.lgs. 1° dicembre 2009, n. 179, (c.d. *Decreto “salva-leggi”*) pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 14 dicembre 2009, n. 291., emanato con l’obiettivo di individuare le disposizioni legislative statali, pubblicate anteriormente al 1° gennaio 1970, anche se modificate con provvedimenti successivi, delle quali è indispensabile la permanenza in vigore, ha dichiarato indispensabile la permanenza in vigore ancora oggi degli artt. da 1 a 131, da 140 a 209, degli artt. 212, 214, 215, 216, 225, 227, 228, 229, 230,

Il Regio Decreto 25 maggio 1895, n. 350, pubblicato in Gazzetta Ufficiale l'8 giugno 1895, n. 135, stabilì il *"Regolamento per la direzione, la contabilità e la collaudazione dei lavori dello Stato che sono nelle attribuzioni del Ministero dei lavori pubblici"*; e il Regio Decreto 9 maggio 1912, n. 1447, stampato nella Gazzetta Ufficiale n. 49, del 28 febbraio 1913, approvò il *"Testo unico contenente le disposizioni di legge per le ferrovie concesse all'industria privata, le tramvie a trazione meccanica e gli automobili"*.

In seguito, il *Regio Decreto 18 novembre 1923, n. 2440*, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 23, del 23 novembre 1923, ancora vigente anche se con successive modifiche e integrazioni, e il suo relativo regolamento (Regio Decreto del 23 maggio 1924, n. 827), introdusse le *"Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato"*, prevedendo, nel suo Titolo I, nello spazio compreso tra gli articoli 1 e 21, una vera disciplina sulle gare, le aggiudicazione e i contratti pubblici, che saranno analizzata dettagliatamente nei prossimi capitoli di questo lavoro.

In seguito, la *Legge 24 giugno 1929, n. 1137*, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 12 luglio 1929, n. 161, introdusse le *"Disposizioni sulle concessioni di opere pubbliche"*.

Infine, prima dell'inizio dell'era di intervento comunitario, videro la luce il *Decreto Legislativo del Capo provvisorio dello Stato 6 dicembre 1947, n. 1501*, divulgato nella Gazzetta Ufficiale n. 7, del 10 novembre 1948, che stabilì *"Nuove disposizioni per la revisione dei prezzi contrattuali degli appalti di opere pubbliche"* (posteriormente abrogato dall'articolo 24 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112); il *D.P.R 16 luglio 1962, n. 1063*, emanato in Gazzetta Ufficiale il 7 agosto 1962, n. 198, che elencò il capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici (abrogato dall'articolo

231, 232, degli artt. da 242 a 300, dell'art. 304 (ad eccezione della dizione "in quelle stazioni che verranno designate dal Ministero dei lavori pubblici"), e degli artt. 312, 313, 337, 338, 342, 343, 344, 348 e dagli artt. 366 a 382 del sopracitato *Allegato F*.

231 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554); la *Legge 21 giugno 1964, n. 463*, stampata nella Gazzetta Ufficiale n. 162, del 4 luglio 1964, che stabilì "Disposizioni in materia di appalti di opere pubbliche" (abrogata anch'essa dall'articolo 231 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554); e la *Legge 10 agosto 1964, n. 664*, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 14 agosto 1964, n. 199, che dispose norme integrative alla sopracitata Legge 21 giugno 1964, n. 463, recante disposizioni in materia di appalti di opere pubbliche (ugualmente abrogata dall'articolo 231 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, ai sensi dell'articolo 3 della Legge 11 febbraio 1994, n. 109).

4. EVOLUZIONE STORICO-NORMATIVA DELLA DISCIPLINA IN FRANCIA E IN ITALIA DOPO L'AVVENTO DELLE COMUNITÀ EUROPEE

Il *diritto comunitario*, poi il *diritto dell'Unione europea*, sin dagli inizi mostra una grande preoccupazione per la trasparenza e la non discriminazione tra gli operatori nell'accesso agli appalti pubblici, che sono pilastri fondamentali della libera circolazione nel mercato unico europeo.

Il diritto europeo sugli appalti pubblici è in gran parte basato sul presupposto, non senza alcuna ragione, che le persone pubbliche, come acquirenti, possiedono una *tendenza al protezionismo economico* allo scopo di favorire le imprese nazionali; tale presupposto, accompagnato alla convinzione della necessità di un'apertura ottimale alla concorrenza negli appalti pubblici come motore di crescita economica, spiega *le pesanti restrizioni* poste dalle direttive europee sulla conclusione di contratti pubblici²⁶.

²⁶ Godiveau, G., Leclerc, S., *Droit du marché intérieur de l'Union européenne : les libertés de circulation et de concurrence*, Ed. Gualino, Issy-Ies-Moulineaux 2016, p. 474.

Le *prime direttive* dell'allora Consiglio Europeo sugli appalti pubblici risalgono agli anni Settanta ed erano ispirate dai principi del trattato istitutivo della Comunità economica europea – CEE che, nel suo art. 2, prevedeva la *libera concorrenza* tra gli strumenti cardine per la costituzione del mercato comune²⁷.

L'autorevole dottrina afferma che il diritto eurounitario derivato in materia di appalti "mira, fin dalle origini, a garantire la più ampia partecipazione transfrontaliera alle procedure di aggiudicazione. Il raggiungimento di tale obiettivo postulava, chiaramente, un certo grado di uniformità delle diverse discipline nazionali in materia, attraverso lo 'strumento tipico dell'armonizzazione', la direttiva"²⁸.

Il diritto dell'Unione europea ha progressivamente definito *le regole per l'aggiudicazione degli appalti* attraverso *quattro ondate* di direttive. *Inizialmente*, le direttive che sono state adottate nel corso degli anni '70 erano volte a stabilire un minimo di norme in materia di appalti, segnando l'inclusione della disciplina degli appalti pubblici nel diritto dell'Unione, ma si sono dimostrate inefficaci a causa della mancanza di sanzioni. *In un secondo momento*, subito dopo la conclusione dell'Atto Unico Europeo, firmato il 1° luglio 1987, sono state adottate tra il 1988 e il 1993 una serie di linee guida per garantire una vera apertura alla concorrenza degli appalti pubblici, in

²⁷ L'art. 2 del "Trattato che istituisce la Comunità economica europea" (c.d. "Trattato CEE", firmato a Roma nel 1957) stabilisce che: "La Comunità ha il compito di promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano".

²⁸ Fiorentino, L., *Appalti pubblici e concorrenza, nel 20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (a cura di Bedogni, C. R., Barucci, P.), t. I, Ed. G. Giappichelli, Torino 2010, p. 820.

grado di sia di stabilire vincoli procedurali sia di assicurare l'adozione di mezzi d'impugnazione. *In un terzo momento*, con l'obiettivo di armonizzare e semplificare le norme sugli appalti, sono state adottate le due direttive del 31 marzo 2004, che hanno introdotto nuove procedure di aggiudicazione e precisato le norme sugli appalti. Infine, *la quarta e attuale* ondata di direttive, del 26 febbraio 2014 (le Direttive nn. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, 2014/24/UE sugli appalti pubblici, e 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori in settori speciali), che, al di là di un adeguamento tecnico, segnano anche un cambiamento ideologico: dato che la concorrenza non è più vista come l'unica finalità assegnata agli appalti pubblici, vengono perseguiti altri obiettivi importanti, come la protezione dei fondi pubblici o altri obiettivi sociali e ambientali²⁹.

Nel corso della *prima ondata*, all'inizio degli anni Settanta furono pubblicate tre direttive su *lavori pubblici*: la *Direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, n. 304*, composta di 5 articoli, "concernente la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici ed all'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici tramite agenzie o succursali"; la *Direttiva del Consiglio del 26 luglio 1971, n. 305*, strutturata in 34 articoli "che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici"; e la *Direttiva del Consiglio 26 luglio 1972, n. 277*, che consta di 4 articoli, "relativa alle modalità e condizioni di pubblicazione nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee dei bandi di gara per appalti e concessioni di lavori pubblici".

Successivamente, l'art. 7, paragrafo 1, della Direttiva 71/305/CEE è stato cambiato dalla Direttiva del Consiglio del 2 agosto 1978, n. 669.

In materia di *appalti pubblici di forniture*, invece, le prime discipline comunitarie sono state emanate dalla *Direttiva del Consiglio del 21 dicembre*

²⁹ Ubaud-Bergeron, M., *Droit des contrats administratifs*, Ed. Lexis Nexis, Parigi 2015, pp. 39-41.

1976, n. 62, che ha dettato “le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture”, adattata e completata dalla Direttiva del Consiglio del 22 luglio 1980, n. 767.

Queste prime direttive sono state recepite in Italia dalla *Legge 8 agosto 1977, n. 584*, che ha stabilito “le norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici”, in seguito modificata e integrata dalle *Leggi 10 dicembre 1981, n. 741*, e *8 ottobre 1984, n. 687*, e in Francia dalla *Legge 12 luglio 1985, n. 85-704*, che regola la committenza pubblica e i suoi rapporti con gli operatori economici privati.

In seguito, la Direttiva del Consiglio del 22 marzo 1988, n. 295, ha modificato e abrogato talune disposizioni della direttiva 80/767/CEE.

Con l'avvento della *Direttiva del Consiglio del 18 luglio 1989, n. 440*, ancora in vigore, diversi dispositivi della Direttiva 71/305/CEE sono stati aggiornati, e altri inseriti, tra i quali l'art. 1, lett. b, che include gli “organismi di diritto pubblico” fra i soggetti obbligati a osservare le norme in materia di appalti pubblici³⁰, e “l'art. 1 ter che ha espressamente preso in considerazione le concessioni di lavori pubblici, rendendo ad esse applicabili le regole di pubblicità stabilite nei suoi art. 12, nn. 3, 6, 7 e 9-13, nonché 15 bis”³¹.

In Francia, subito dopo l'emanazione delle prime direttive della *seconda ondata*, del 1988/1999, il *Decreto 17 aprile 1989, n. 89-236*, ha modificato il *Codice degli appalti pubblici* con l'inserimento del Libro V, che disciplina la pubblicità e la messa in concorrenza per alcune forniture, lavori e servizi. In seguito, la *Legge 29 gennaio 1993, n. 93-122*, ha introdotto norme relative

³⁰ Garofoli, R., L'organismo di diritto pubblico, in *Trattato sui contratti pubblici* (a cura di Sandulli, M. A., De Nictolis, R., Garofoli, R.), v. 1, Ed. Giuffrè, Milano 2008, pp. 565-6.

³¹ Rizzo, G., *La concessione di servizi*, Ed. G. Giappichelli, Torino 2012, p. 65.

alla prevenzione della corruzione e alla trasparenza nella vita economica e nelle procedure pubbliche.

In Italia, invece, la Direttiva 89/440/CEE è stata attuata col *D.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406*, mentre le direttive 77/62/CEE e 88/295/CEE, in materia di *appalti di forniture*, sono state recepite dal *D.lgs. 24 luglio 1992, n. 358*, il c.d. "Testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture", posteriormente modificato dal *D.lgs. 20 ottobre 1998, n. 402*, e abrogato dall'articolo 256 del *D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*.

La *Direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1989, n. 665*, con le modifiche e le considerazioni provenienti dalle Direttive del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, nn. 23 e 24, coordina ancora oggi le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle *procedure di ricorso* in materia di *aggiudicazione* degli appalti pubblici di forniture e di lavori. In questo senso, la *Legge francese 3 gennaio 1991, n. 91-3*, ha stabilito regole relative alla trasparenza e alla regolarità delle procedure di appalto e ha reso l'aggiudicazione di taluni appalti conforme alle regole europee in materia di pubblicità e offerta competitiva.

La *Direttiva del Consiglio del 17 settembre 1990, n. 531*, la *Direttiva del 25 febbraio 1992, n. 13*, e quella del *14 giugno 1993, n. 38*, modificata dalla Direttiva del Consiglio del 16 febbraio 1998, n. 4, regolano il coordinamento delle procedure degli appalti pubblici nei c.d. *settori speciali*, cioè, negli ambiti di lavoro, servizio e fornitura degli enti erogatori di *acqua e di energia*, degli enti che forniscono i servizi di *trasporto*, nonché degli enti che operano nel settore delle *telecomunicazioni*.

Per dare attuazione a queste direttive, la Francia ha emanato la *Legge 11 dicembre 1992, n. 92-1282*, in materia di procedure di appalto per alcuni contratti nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni, laddove in Italia le direttive sono state attuate dal *D.lgs. 17 marzo 1995, n. 158*, e dal *D.lgs. 25 novembre 1999, n. 525*. Le direttive

90/531/CEE e 93/38/CEE sono state abrogate dall'articolo 73 della Direttiva del Parlamento Europeo del 31 marzo 2004, n. 17, e i decreti legislativi sono stati abrogati dall'articolo 256 del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. La Direttiva 92/13/CEE, invece, è ancora vigente, aggiornata dall'articolo 2 della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 11 dicembre 2007, n. 66.

La *Direttiva del Consiglio del 18 giugno 1992, n. 50*, al contrario, coordinava le procedure di aggiudicazione degli *appalti pubblici di servizi* dei c.d. *settori ordinari*, e veniva attuata in Italia dal *D.lgs. 17 marzo 1995, n. 157*, e dal *D.lgs. 25 febbraio 2000, n. 65*. La direttiva è stata abrogata, ad eccezione dell'articolo 41, dall'articolo 82 della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, n. 18, e i decreti legislativi sono stati abrogati dall'articolo 256 del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Le *direttive del Consiglio del 14 giugno 1993, nn. 36 e 37*, rispettivamente in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, sono state abrogate dall'articolo 82 della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, n. 18.

Come abbiamo visto, fino all'inizio degli anni 2000, la normativa italiana sugli appalti pubblici e le aggiudicazioni, veniva determinata, più che quella francese, da una serie di norme sparse.

In Italia si possono elencare, tra gli altri, il D.lgs. 358/1992, che disciplinava gli appalti di forniture; il D.lgs. 157/1995, che dava attuazione agli appalti di servizi nei c.d. settori ordinari; il D.lgs. 158/95, che regolava i servizi nei c.d. settori speciali; la Legge 109/94 e il DPR 554/1999, che normalizzava gli appalti di lavori. Al contempo, la legislazione risentiva ben poco della legislazione comunitaria e della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia.

In Francia, durante quella che abbiamo chiamato la "seconda ondata di direttive", il *Decreto 7 marzo 2001, n. 2001-210*, ha istituito un nuovo *Codice degli appalti pubblici* francese, il secondo nella sua storia, con 136 articoli,

seguito da una serie di norme sulle nuove regole economiche (Legge 15 maggio 2001, n. 2001-420), sulle misure urgenti per le riforme economiche e finanziarie (Legge 11 dicembre 2001, n. 2001-1168), sulle misure di orientamento e di programmazione per la sicurezza interna (Legge 29 agosto 2002, n. 2002-1094) e di orientamento e programmazione per la giustizia (Legge 9 settembre 2002, n. 2002-1138).

All'inizio degli anni 2000, la *Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, n. 17*, ha statuito "le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali" e la *Direttiva n. 18* dello stesso giorno, ha coordinato "le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi".

La pubblicazione di queste due direttive ha rappresentato l'occasione storica per la svolta verso l'adozione del primo "*Codice dei contratti pubblici*" italiano³². Va notato che già dal 1964 la Francia disponeva di un Codice degli appalti pubblici, mentre il Brasile ne aveva adottato uno già nel 1986, come vedremo in seguito.

Il Parlamento italiano con la *Legge 18 aprile 2005, n. 62* (c.d. "Legge Comunitaria del 2004"), in materia di "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee" ha delegato il Governo a recepire le due direttive in un *unico testo organico e coordinato*³³. Il "*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*

³² Gallo, S., *Gli appalti pubblici nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni* (a cura di Gallo, S.), Ed. Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2014, p. 19.

³³ In questo senso, l'art. 25 della Legge n. 62/2005 prescriveva che il Governo era delegato ad adottare uno o più decreti legislativi volti a definire un quadro normativo finalizzato al recepimento delle direttive nel rispetto dei seguenti *principi e criteri direttivi*: a) compilazione di un unico testo normativo recante le disposizioni legislative in materia di procedure di appalto, coordinando anche le altre disposizioni in vigore nel rispetto dei principi del Trattato

in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE" viene alla luce col *D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*.

In Francia, invece, con la pubblicazione di questa *terza ondata* di direttive viene alla luce il terzo *Codice degli appalti francese* (*Decreto 1° agosto 2006, n. 2006-975*), che conteneva 295 articoli.

Alla fine, *il 26 febbraio 2014* l'Europa subisce un nuovo cambiamento profondo nelle direttive sugli appalti pubblici con l'adozione di tre importanti norme: la *Direttiva n. 23*, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; la *Direttiva n. 24*, sugli appalti pubblici, che abroga la Direttiva 2004/18/CE; e la *Direttiva n. 25*, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, che abolisce la Direttiva 2004/17/CE.

In questo nuovo quadro normativo europeo salta agli occhi, innanzitutto, l'adozione di una Direttiva *ad hoc* proprio per regolamentare il sistema di affidamento delle concessioni pubbliche, elaborata con l'obiettivo di chiarire la disciplina a livello dell'Unione e permettere che l'aggiudicazione delle concessioni avvenga attraverso una procedura chiara e semplice. Il nuovo intervento normativo è stato inquadrato nella strategia Europa 2020, verso una "crescita intelligente, sostenibile e inclusiva"³⁴. A tal fine, le direttive stabiliscono, oltre ad alcuni criteri da seguire, un maggior coinvolgimento per

istitutivo dell'Unione europea; b) semplificazione delle procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione delle normative comunitarie, finalizzata a favorire il contenimento dei tempi e la massima flessibilità degli strumenti giuridici; c) conferimento all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, in attuazione della normativa comunitaria, dei compiti di vigilanza nei settori oggetto della presente disciplina; e d) adeguamento della normativa alla Sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee del 7 ottobre 2004 nella *Causa 247/2002*.

³⁴ Unione europea, Direttiva n. 2014/24/UE, *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* 28 mar. 2014, pp. 65-243, Considerando n. 2.

le piccole e medie imprese (PMI), una maggiore tutela della concorrenza e dell'ambiente, più garanzie sociali e sul lavoro, la promozione dell'innovazione, la semplificazione della procedura di gara (mediante l'uso di un Documento di Gara unico europeo – DGUE e il divieto di *gold plating*), e l'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa³⁵.

Le direttive hanno stabilito l'obbligo per gli Stati membri di mettere in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alle nuove regole entro il *18 aprile 2016*.

In Francia queste direttive sono state recepite inizialmente dall'Ordinanza 23 luglio 2015, n. 2015-899, e dal Codice dei mercati pubblici francese (*Code des marchés publics*) istituito con il Decreto 25 marzo 2016, n. 2016-360, composto di 189 articoli, che ha abrogato il Codice in vigore dal 2006. Poco dopo, l'art. 38 della Legge 9 dicembre 2016, n. 2016-1691, relativa alla *trasparenza, alla lotta alla corruzione e alla modernizzazione della vita economica*, autorizza il Governo a stabilire con un decreto un nuovo codice delle commesse pubbliche da predisporre prima della fine del 2018. In questo contesto, sono state pubblicate nella *Gazzetta ufficiale* del 5 dicembre 2018 l'*Ordinanza 25 novembre 2018, n. 2018-1074*, relativa alla parte *legislativa* del nuovo *Codice delle commesse pubbliche (Code de la commande publique)*, e il Decreto 3 dicembre 2018, n. 2018-1075, sulla parte *normativa* del Codice.

In Italia, la *Legge 28 gennaio 2016, n. 11*, ha delegato il Governo ad adottare, entro il 18 aprile 2016, un decreto legislativo per l'attuazione delle direttive 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, entro il 31 luglio 2016, un decreto legislativo per il riordino complessivo della disciplina vigente in

³⁵ Unione europea, Direttiva n. 2014/24/UE, *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 28 mar. 2014*, pp. 65-243, Considerando nn. 2, 5, 6, 7, 47, 48, 49, 84, 89 e 91, e dispositivi simili nelle altre direttive.

materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, ferma restando la facoltà per il Governo di adottare entro il 18 aprile 2016 un unico decreto legislativo per entrambe le materie.

Così, il *D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, in testo unico, ha statuito il nuovo *"Codice dei contratti pubblici"*, disciplinando i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione, abrogando il D.lgs. 163/2006³⁶.

4.1. La potestà legislativa in tema di appalti pubblici

In *Italia* e in *Francia*, così come in *Brasile*, è in corso una grande discussione sulla *potestà legislativa* in materia di appalti pubblici.

L'art. 117 della Costituzione italiana nel testo originario del 1948, cioè prima della riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione recata dalle Leggi Costituzionali n. 1 del 1999 e n. 3 del 2001, stabiliva che i "lavori pubblici d'interesse regionale" rientrassero tra le materie rispetto alle quali le Regioni potevano emanare norme legislative, nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle Leggi dello Stato e sempre che le norme stesse non fossero in contrasto con l'interesse nazionale e con quello di altre Regioni³⁷.

³⁶ Il *Codice dei contratti pubblici* è stato modificato con il D.lgs. del 19 aprile 2017, n. 56, con il D.lgs. del 2 gennaio 2018, n. 1, e con il D.lgs. del 12 gennaio 2019, n. 14, tra gli altri, che hanno apportato disposizioni *integrative e correttive*.

³⁷ Italia, Corte Costituzionale, 9 lug. 1993, (ud. 11 giu. 1993, dep. 9 lug. 1993), n. 308, considerato in diritto, punto 2, in cui si può evidenziare: "Essendo la competenza legislativa regionale di tipo concorrente, essa va esercitata "nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato" (art. 117 della Costituzione). Al legislatore statale compete, pertanto, stabilire la normativa di principio anche in relazione agli appalti relativi ai lavori pubblici ed

Dopo la riforma, la materia dei *lavori pubblici, servizi e forniture*, non essendo stata contemplata dall'attuale art. 117 tra le materie di *competenza legislativa esclusiva* dello Stato (comma 2) né tra quelle di *competenza concorrente* (comma 3), dovrebbe essere considerata, ai sensi della clausola di riserva generale del comma 4 della medesima disposizione e coerentemente con la ratio della Riforma della Costituzione (di attuazione del "principio fondamentale" dell'art. 5 e, quindi, di valorizzazione del ruolo delle Regioni e degli altri Enti Locali), come materia di competenza residuale³⁸.

Tuttavia, la Corte Costituzionale con la *Sentenza 303/2003* ha ritenuto che l'assenza dei "lavori pubblici" tra le materie elencate nell'art. 117 della Costituzione "diversamente da quanto sostenuto in numerosi ricorsi, non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni. Al contrario, si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti"³⁹.

Nello stesso senso, con la *Sentenza 401/2007* la Corte ha stabilito che "tali affermazioni non valgono soltanto per i contratti di appalto di lavori, ma sono estensibili all'intera attività contrattuale della pubblica amministrazione

alle opere pubbliche d'interesse regionale, come si evince - tra l'altro - anche dall'art. 35 della Legge 19 maggio 1976, n.335, il quale statuisce che i principi fondamentali in materia di contratti delle regioni siano fissati con apposita legge della Repubblica".

³⁸ Mazzarolli, L. A., Il concetto di "materie" nell'art. 117, Titolo V, Cost., - Se i "lavori pubblici" e gli "appalti pubblici" si prestino ad esservi riportati e come si attui, per essi, il riparto di competenze tra enti, in *Le Regioni*, 3-4/2007, pp. 473-514, p. 473.

³⁹ Italia, Corte Costituzionale, 1° ott. 2003, (ud. 25 set. 2003, dep. 1° ott. 2003), n. 303, considerato in diritto, punto 2.3.

che non può identificarsi in una materia a sé, ma rappresenta, appunto, un'attività che inerisce alle singole materie sulle quali essa si esplica”⁴⁰.

Il riparto delle competenze tra Stato e Regioni, delineato dal Codice degli appalti pubblici del 2006⁴¹, è stato chiarito nella sua portata effettiva da due importanti pronunce della Corte costituzionale nel 2007, le quali riconducono a titoli di competenza esclusiva statale sia l'affidamento del contratto che la sua esecuzione, così sancendo l'inderogabilità sia delle disposizioni del codice che regolano le procedure di evidenza pubblica, sia di quelle concernenti l'attuazione del rapporto contrattuale. Dal 2007 ad oggi il giudice costituzionale ha sempre confermato detto orientamento, sicché davvero esigui sono gli spazi che, in questa materia, concretamente restano in capo ai legislatori regionali⁴².

Per quanto riguarda *le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano*, la Corte Costituzionale ha evidenziato due elementi: a) la devoluzione della competenza esclusiva delle Regioni a Statuto speciale nella materia dei lavori pubblici; e b) il tenore letterale dell'art. 10 della L. Cost. 3/2001, secondo il quale, fino all'adeguamento dei rispettivi Statuti, le disposizioni della legge costituzionale si applicano anche alle Regioni a Statuto speciale ed alle province autonome di Trento e Bolzano, nella parte in cui prevedono forme di autonomia più ampia rispetto a quelle riconosciute.

⁴⁰ Italia, Corte Costituzionale, 23 nov. 2007, (ud. 19 nov. 2007, dep. 23 nov. 2007), n. 401, considerato in diritto, punto 3.

⁴¹ Il comma 5 dell'art. 4 del Codice degli appalti pubblici del 2006 sanciva: “Le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione”. La norma è stata riprodotta dal comma 3 dell'art. 2 dell'attuale Codice dei contratti pubblici Italiano.

⁴² Bastianin, E., Focus sulla giurisprudenza costituzionale in materia di contratti pubblici, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2012, pp. 933-4.

Nel settore degli appalti, quindi, il riparto di competenze si atteggi in maniera diversa, in relazione alla possibilità di applicare l'art. 117 della Costituzione, o norme degli Statuti speciali che prevedono, in via autonoma, la materia degli appalti pubblici di interesse regionale, provinciale o locale.

Nella prima ipotesi si applicano i principi della Sentenza della Corte Costituzionale del 23 novembre 2007, n. 401, che ricollega la competenza legislativa in materia di contratti pubblici ad una pluralità di previsione costituzionali, quali tutela della concorrenza, l'ordinamento civile ed il contenzioso. Nella seconda ipotesi, invece, se gli Statuti prevedono anche la materia dei lavori pubblici di interesse regionale, devono esercitare la potestà legislativa nei limiti fissati dallo stesso Statuto⁴³⁻⁴⁴⁻⁴⁵.

In Francia, come prevede l'art. 72 della Costituzione del 1958, *gli enti regionali e locali* (c.d. *collectivités territoriales*, in francese) sono i comuni, i dipartimenti, le regioni, le comunità a statuto speciale e le comunità d'oltremare disciplinate dall'art. 74.

Come precisa il primo comma dello stesso dispositivo, "gli enti regionali e locali sono destinate a prendere le decisioni per tutte le competenze che

⁴³ Caringella, F., Protto, M., *Il Codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Ed. Dike Giuridica, Roma 2017, pp. 16.

⁴⁴ In proposto va ricordato che la Legge Delega 28 gennaio 2016, n. 11, al comma 6 dell'art. 1, così dispone: "L'attuazione delle Direttive nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE è disciplinata dalle regioni a statuto speciale e dalle province autonome di Trento e di Bolzano nel rispetto dei principi e criteri direttivi desumibili dalle disposizioni della presente legge che costituiscono norme fondamentali di riforma economico-sociale" [Corradino, M., Il sistema delle fonti e le loro evoluzione, in *I contratti pubblici* (a cura di Corradino, M., Galli, D., Gentile, D., Lenoci, M. C., Malinconico, C.), Ed. Wolters Kluwer, Milanofiori Assago 2017, p. 38].

⁴⁵ Corte Costituzionale, Giudizio di legittimità costituzionale in via principale, *Sentenza 19 nov. 2007, n. 401, G.U. 28 nov. 2007*; Corte Costituzionale, Giudizio di legittimità costituzionale in via principale, *Sentenza 10 dic. 2007, n. 431, G.U. 14 dic. 2007*.

possono essere meglio realizzate al loro livello". E, al contempo il secondo comma stabilisce che "conformemente alle condizioni stabilite dalla legge, gli enti regionali e locali si amministrano liberamente attraverso consigli eletti e hanno potere regolamentare per l'esercizio delle loro competenze".

A tale proposito, Gustave Peiser afferma che "il principio della libera amministrazione degli enti locali comprende competenze minime (gestione del personale, organizzazione interna, assemblee deliberative, etc.); una certa autonomia finanziaria e una certa capacità di regolamentazione locale. Questo principio ha anche la particolarità di conferire alle collettività territoriali un potere regolamentare autonomo. Tuttavia, nella misura in cui questa potestà deve essere conforme alle leggi nazionali, questo potere regolamentare è esercitato soltanto nel caso di "sperimentazione"⁴⁶.

In materia di *gara e d'appalto pubblico*, a partire dall'adozione dei Decreti del 28 novembre 1966, nn. 66-887 e 66-888, che hanno modificato ed integrato il Decreto del 17 luglio 1964, n. 64-729, che aveva codificato per la prima volta la normativa francese in materia di appalti pubblici, con la creazione di un *Codice degli appalti pubblici* nel senso moderno del termine, tutti gli enti regionali e locali francesi sono sottoposti alle stesse normative applicabili allo Stato.

Nel 1987, la *Corte di Giustizia dell'Unione europea* ha deciso che gli Stati membri sono liberi di definire la loro organizzazione territoriale ma, inversamente, gli enti locali sono sottoposte alle regole stabilite dall'Unione europea sugli appalti, dato che le norme dell'Unione si impongono a livello

⁴⁶ Peiser, G., *Droit administratif général*, Ventiseiesima edizione, Dalloz, Parigi, 2014, p. 131.

locale. Va notato che gli enti locali beneficiano anche di “fondi strutturali” dell’Unione europea per affrontare le eccessive disuguaglianze tra i territori⁴⁷.

5. LE LEGGI SULLE GARE D’APPALTO NEL DIRITTO BRASILIANO

5.1. Evoluzione storico-normativa

Nel diritto pubblico brasiliano, l’esigenza di istituire gare d’appalto pubbliche fu introdotta con il *Decreto 14 maggio 1862, n. 2926*, suddiviso in 39 articoli che disciplinavano le aste per i servizi relativi all’allora Ministero dell’Agricoltura Commercio e Opere Pubbliche⁴⁸.

In seguito diverse leggi furono applicate allo stesso ambito: la *Legge sul Bilancio 30 dicembre 1909, n. 2221*, la quale, all’art. 54, stabiliva le regole da osservare nella conduzione degli appalti pubblici; la *Legge 5 gennaio 1917, n. 3232*, la quale, all’articolo 94, imponeva l’adozione della concorrenza pubblica per le opere, i contratti e i servizi realizzati nel territorio dell’Unione brasiliana, “salvo nei casi di comprovata urgenza, a giudizio del governo”; la *Legge 6 gennaio 1918, n. 3454*, la quale, all’articolo 170, esigeva l’adozione della concorrenza pubblica “salvo in casi di comprovata urgenza, quando il ritardo provochi la paralisi dei servizi, con gravi disagi alla collettività e

⁴⁷ Unione europea, Corte di Giustizia, *Sentenza 10 mar. 1987, Causa 199/1985*, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana, Omessa pubblicazione di un bando di gara per l’appalto di lavori pubblici, *Raccolta della Giurisprudenza 1987-01039*.

⁴⁸ Si noti che il Brasile è diventato indipendente dal Portogallo il 7 settembre 1822, e da quella data ha cominciato a dare una struttura al proprio sistema giuridico. Fino ad allora venivano imposte le ordinanze del Regno del Portogallo, che già contenevano i precetti per i pubblici appalti.

all'ordine pubblico"; la *Legge 5 gennaio 1920, n. 3991*, la quale, all'art. 73, determinava la concorrenza pubblica "potendo tuttavia il Governo, quando ciò risultasse più conveniente, acquistare beni e servizi anche senza concorrenza pubblica ma con l'obbligo di eseguire il pagamento a vista"; e il *Decreto 10 agosto 1922, n. 4555*, il quale, all'art. 87, ripristinò l'art. 170 della Legge 6 gennaio 1918, n. 3454.

Il 28 gennaio 1922 vide la luce il *Decreto n. 4.536*, che introdusse il c.d. *Codice di contabilità dell'Unione* (*Código de Contabilidade da União*, in portoghese), il quale, agli articoli 49-53, stabilì il processo di classificazione delle norme relative agli appalti pubblici. Così come il *Decreto-Legge 25 febbraio 1967, n. 200*, che aveva fondato l'organizzazione dell'Amministrazione Federale; esso prevedeva, al Capitolo XII, nella sezione compresa tra gli articoli 125 e 144, "Norme per le gare d'appalto per le opere pubbliche, gli acquisti, i servizi e le alienazioni".

Tuttavia, fu solo con la pubblicazione del *Decreto-Legge 21 novembre 1986, n. 2300*, che il Brasile si dotò di uno Statuto giuridico per le gare d'appalto e i contratti amministrativi, composto di 90 articoli⁴⁹.

L'attuale Costituzione della Repubblica Federativa del Brasile, del 5 ottobre 1988, ha stabilito, all'art. 22 inciso XXVII, lo *status* di principio costituzionale sulle gare d'appalto, dando all'Unione competenza esclusiva di legiferare su:

"*Norme generali per gli appalti e le contrattazioni, in tutte le modalità, per le amministrazioni pubbliche, dirette, locali e fondatrici dell'Unione, Stati, Distretto Federale e Comuni, in conformità con le disposizioni dell'art. 37, XXI, e per le imprese pubbliche e le società ad economia mista nei termini fissati dall'art. 173, § 1º, III*" (corsivo nostro).

⁴⁹ Pereira Júnior, J. T., *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, Quarta edizione, Ed. Renovar, Rio de Janeiro 1997, pp. 1-3.

È importante precisare che il Brasile ha scelto di costituirsi Stato Federale, formato da quattro tipi di soggetti giuridici di diritto costituzionale interno che sono: l'Unione, gli Stati membri, il Distretto Federale e i Comuni. In questo modo, il potere di legiferare sulle gare d'appalto pubbliche compete a tutti i soggetti. Spetta tuttavia all'*Unione* stabilire le *norme generali* in materia, mentre gli *altri soggetti politici* completano tali norme quando lo ritengano opportuno adeguandole alle proprie esigenze regionali⁵⁰.

5.2. Il problema dell'uso del termine "norme generali"

La scelta del legislatore costituente brasiliano ha portato a un grande dibattito con l'obiettivo di definire *che cosa e quali siano* le c.d. "norme generali" in materia di gare e appalti, che dovrebbero essere inserite dall'Unione nello Statuto generale per le gare d'appalto pubbliche. In realtà, è possibile affermare che in Brasile mancano studi approfonditi su questo argomento, per altro difficile da affrontare.

Rubens Gomes de Souza, in un storico colloquio realizzato con altri due importanti professori brasiliani, Geraldo Ataliba e Paulo de Barros Carvalho,

⁵⁰ È importante sottolineare che l'inclusione della potestà legislativa dell'Unione in materia di gare e appalti pubblici nell'art. 22 della Costituzione brasiliana, invece che all'art. 24, è dovuta alla volontà del legislatore costituzionale di estendere *anche ai Comuni* il potere di elaborare le *norme specifiche*. In caso contrario, questo potere sarebbe limitato agli Stati membri, escludendo la prerogativa dei Comuni e della stessa Unione. Questo perché l'art. 24 della Costituzione del 1988 prevede la c.d. *competenza concorrente*: essa comprende un elenco di materie sulle quali l'Unione, gli Stati membri e il Distretto Federale legiferano insieme, facendo attenzione al fatto che la prima stabilisce i principi generali, mentre gli Stati e il Distretto Federale elaborano le regole speciali senza la partecipazione dei Comuni (Savonitti Miranda, H., *Curso de direito constitucional*, Quinta edizione, Ed. Senado Federal, Brasilia 2007, pp. 408-29).

sull'interpretazione dei dispositivi del Codice Tributario Nazionale brasiliano, affermò che Aliomar Baleeiro, responsabile per l'inserzione nella Costituzione dell'espressione oggetto di dibattito, ancora inscritta nella Costituzione brasiliana del 1946, gli aveva confidato che il controverso termine non era provvisto di alcun senso pratico, presentandosi come un semplice impegno politico⁵¹. Sicuramente questo argomento non può essere utilizzato per svuotare il contenuto giuridico di un istituto previsto costituzionalmente che meriterebbe ulteriori indagini.

Secondo l'autorevole dottrina, il problema centrale risiede nel fatto che l'espressione "norme generali" si presenta come un *concetto giuridico indeterminato* che, pur dando un certo grado di libertà al lavoro dell'Unione, non può essere utilizzato per giustificare abusi⁵².

La principale ragione per cui non è possibile dare un'interpretazione molto ampia del concetto di "norme generali" riguarda l'autonomia di tutti i soggetti giuridici di diritto costituzionale interno (Unione, Stati membri, Distretto

⁵¹ Carvalho, P. B., Sousa, R. G., Ataliba, G., *Comentários ao CTN*, Seconda edizione, Ed. Revista dos Tribunais, San Paolo 1984, p. 5.

⁵² Marçal Justen Filho afferma che il termine "norme generali", come tutti i concetti giuridici indeterminati, contiene due nuclei di certezza. C'è un *nucleo di certezza positivo*, dove l'applicabilità del concetto è indiscutibile, e c'è un altro punto (*nucleo di certezza negativo*) che indica l'area nella quale il concetto chiaramente non si applica. Tra questi due estremi, vi è la zona di incertezza. Nella misura in cui l'interprete si muove allontanandosi dal nucleo di certezza positivo, si riduce la precisione di applicazione del concetto. Avvicinandosi al nucleo di certezza negativo, si estende la prospettiva di inapplicabilità della norma. Non si trova, però, il limite esatto dei suoi contorni. Tuttavia, la teoria dei concetti giuridici indeterminati non comporta la piena libertà dell'applicatore di adottare qualsiasi soluzione in base alla propria volontà. Ma, al contrario, induce a limitare la libertà nell'applicazione del concetto. Di conseguenza, l'incompatibilità tra i contorni sfuggenti del concetto e l'attuazione dell'applicatore determina l'invalidazione di quest'ultima (Justen Filho, M., *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, Settima edizione, Ed. Dialética, San Paolo 2000, p. 678).

Federale e Comuni) garantita dall'art. 18 della Costituzione brasiliana del 1988. In altre parole, le norme generali riferite nel Testo Supremo non possono ferire l'autonomia legislativa e amministrativa degli altri enti. I parametri sostanziali di questa limitazione stabilita nella Costituzione sono, da un lato la potestà legislativa degli Stati membri di integrare la legislazione federale che stabilisce le norme generali, al fine di provvedere alle loro peculiarità, come determinano il secondo e il terzo comma dell'art. 24 e, dall'altro lato, la competenza assegnata ai Comuni di legiferare in materia di interesse locale, secondo quanto stabilito dall'art. della Costituzione della Repubblica brasiliana⁵³.

Questa fu anche l'interpretazione dell'allora Ministro Carlos Mario Velloso che, in posizione di avanguardia, sostenendo l'*applicabilità immediata* di una controversa disposizione costituzionale che fissava i tassi di interesse reali nel paese al 12% l'anno (come previsto al comma 3 dell'art. 192 della Costituzione federale originaria)⁵⁴, affermò che quando la disposizione costituzionale contiene un istituto il cui concetto giuridico sia indeterminato, il compito di concretizzarlo appartiene al giudice. Sarebbe quindi compito della Magistratura concretizzare concetti giuridici d'istituti in cui il concetto non sia determinato. E di casi come questo – i tassi di interesse reali – ve ne sono innumerevoli altri⁵⁵.

⁵³ Meirelles, H. L. *apud* Lomar, P. J. V., Perfil constitucional da licitaçāo, in *Curso avançado de licitações e contratos públicos* (a cura di Mukai, T.), Ed. Juarez de Oliveira, San Paolo 2000, p. 20.

⁵⁴ Questa controversa disposizione costituzionale fu revocata dall'Emendamento Costituzionale del 29 maggio 2003, n. 40 che, cambiando la formulazione del art. 192 e di tutte le sue clausole, trasferì alle leggi supplementari la prerogativa di regolare il Sistema Finanziario Nazionale.

⁵⁵ Velloso, C. M. S., *A nova característica do mandado de injunção*, *Revista de direito público*, Malheiros, San Paolo, n. 100, pp. 169-174, ott.-dic., 1991, p. 170.

Nonostante il problema non sia di facile soluzione, siamo certi che quando si tratta di questioni appartenenti al diritto amministrativo, la soluzione più appropriata è quella di *considerare la possibilità che tutti gli enti federativi* elaborino le proprie regole specifiche in materia, in osservanza alle loro peculiarità regionali, promovendo la realizzazione dell'ideale di scegliere la migliore proposta – che è la ragione dell'istituto in esame – a partire dalle linee guide generali elaborate dall'Unione.

Secondo questa prospettiva, si può dire che tutte le questioni che *richiedono una soluzione normativa standardizzata* a livello nazionale sono materia che deve essere disciplinata da norme generali; tutte le altre, invece, devono essere trattate con norme specifiche appartenenti a ogni ente federativo⁵⁶.

Così, sono presentate come *norme generali in materia di gare e appalti pubblici*, tra le altre, quelle che prevedono: la procedura di scelta del contraente (periodi minimi di preavviso, deposito e decisioni di ricorsi, limiti massimi fissati per le modalità di offerta), i casi di affidamento diretto (c.d. licitazione privata), e *i requisiti di partecipazione e di esclusione dalla gara*, oggetto del nostro studio in questa tesi⁵⁷.

5.3. Gli attuali statuti brasiliani

L'attuale *Statuto generale per le gare d'appalto pubbliche* (Legge 21 giugno 1993, n. 8666), promulgato dall'Unione nell'esercizio dei poteri che la

⁵⁶ Savonitti Miranda, H., *Licitações e contratos administrativos*, Quarta edizione, Ed. Senado Federal, Brasilia 2007, pp. 155-159.

⁵⁷ Meirelles, H. L., *Licitações e contratos administrativos*, Dodicesima edizione, Ed. Malheiros, San Paolo 1999, p. 36.

Costituzione della Repubblica le conferisce, ha subito continue alterazioni attraverso leggi successive fino ad oggi.

È importante rilevare che la Legge Nazionale sugli Appalti Pubblici fu promulgata meno di un anno dopo l'*impeachment* dell'allora Presidente Fernando Collor de Mello, il 29 dicembre 1992, accusato di corruzione. Il clamore generato dai *mass-media* e dalla società in generale spinse verso l'adozione di misure moralizzatrici che impedissero nuovi casi di favoreggiamento e collusione di imprese con i rappresentanti pubblici. Generata da tale situazione storica e pur introducendo indiscutibili progressi, la legge era estremamente minuziosa e comportava procedure molto rigorose.

Con l'elezione di Fernando Henrique Cardoso, nel 1994, ci fu il tentativo di promuovere in Brasile una nuova riforma amministrativa, a partire dalla pubblicazione, nel novembre 1995, del c.d. "Piano Direttivo di Riforma dell'Apparato Statale", che mirava ad un'evoluzione da un modello burocratizzato di P.A. (eccessivamente vincolato alle procedure) ad uno più imprenditoriale (più focalizzato sui risultati)⁵⁸.

In questo contesto vide la luce un altro importante atto giuridico relativo alle gare di appalto pubbliche, vale a dire, la *Misura Provvisoria 4 maggio 2000, n. 2026*, (in seguito convertita nella Legge 17 luglio 2002, n. 10520), che introdusse la modalità di offerta denominata *asta*, presenziale oppure elettronica. La sua caratteristica fu quella di istituire una nuova modalità di gara, strutturata in procedure e requisiti diversificati al fine di selezionare la proposta più vantaggiosa per le pubbliche amministrazioni, da utilizzare come alternativa alle modalità tradizionali, quando l'oggetto della contrattazione si caratterizzava come bene o servizio comune.

⁵⁸ Brasile, Ministero della amministrazione e della riforma dello Stato (Mare), *Plano diretor da reforma do Estado*, nov. 1995. p. 48, in: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf> [consultato il 20 mar. 2017].

Si trattava, quindi, di un chiaro tentativo di rendere flessibile il procedimento di gara reso molto rigido con l'emanazione della Legge 21 giugno 1993, n. 8666.

Infine con l'emanazione della *Legge 4 agosto 2011, n. 12462*, è nato il c.d. Regime Differenziato per i Contratti Pubblici – RDC (*Regime Diferenciado de Contratações PÚblicas*, in portoghese).

La stesura originale della legge aveva stabilito che il RDC poteva essere applicato esclusivamente alle gare e ai contratti necessari alla realizzazione della Coppa delle Confederazioni FIFA del 2013, della Coppa del Mondo FIFA 2014, dei Giochi Olimpici e Paralimpici del 2016 e della contrattazione delle opere infrastrutturali e dei servizi per gli aeroporti delle capitali degli Stati della Federazione distanti fino a 350 chilometri dalle città sedi delle suddette manifestazioni sportive. In aggiunta ai casi menzionati, ora è consentito l'utilizzo del RDC in *altre dodici situazioni*⁵⁹.

⁵⁹ In aggiunta ai suddetti casi, ora il RDC può essere utilizzato nelle seguenti situazioni: a) azioni del Programma di Accelerazione della Crescita – PAC (incluso nella Legge n. 12688, 2012); b) lavori e servizi d'ingegneria nell'ambito del Sistema Sanitario Nazionale – SUS (incluso nella Legge n. 12745, 2012); c) gare e contratti necessari per l'esecuzione di lavori e servizi d'ingegneria nei sistemi pubblici di educazione e ricerca, scienze e tecnologia (inclusi nella Legge n. 12722, 2012, nella nuova redazione conforme alla Legge n. 13190, del 2015); d) opere e servizi d'ingegneria per la costruzione, l'ampliamento, la ristrutturazione e l'amministrazione delle strutture penitenziarie e le unità di servizio di assistenza socio-educativa (inclusi nella Legge n. 12980, del 2014, nella nuova redazione conforme alla Legge n. 13190, del 2015); e) azioni di prevenzione nelle aree a rischio di catastrofe, di risposta e di ripristino delle zone colpite da catastrofi (incluse nella Legge n. 12983, del 2014); f) lavori eseguiti negli aeroporti con risorse FNAC (ai sensi della Legge n. 12833, del 2012); g) attuazione del Programma Nazionale di Dragaggio Portuale e Idrovie II, (come previsto dalla Legge n. 12815, del 2013); h) contrattazione di tutte le azioni relative a ristrutturazione, ammodernamento, ampliamento o costruzione di unità di stoccaggio e conservazione di prodotti agroalimentari e di allevamento in ambiente naturale da parte della Compagnia Nazionale di Rifornimento (come previsto dalla Legge n. 12873, del 2013); i) azioni nell'ambito della sicurezza pubblica (previste dalla Legge n. 13190, del 2015); l) opere e

CAPITOLO II

IL PROBLEMA DELLE FONTI NEL DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE IN AMERICA LATINA E IN EUROPA

1. INTRODUZIONE

Il processo di integrazione regionale e la conseguente creazione di organizzazioni economiche determina la necessaria apertura dei sistemi giuridici, con la conseguente comparsa di un *pluralismo giuridico* e di un profondo cambiamento nel sistema delle fonti, basato sull'istituzione di diversi organi dotati di competenze normative, legislative e giurisdizionali.

Tuttavia, ogni processo di integrazione regionale è determinato da *circostanze storiche ed economiche* discordanti. E, a seconda della fase di integrazione, le *strutture decisionali*, nonché l'autonomia di tali organismi nel processo decisionale, acquistano caratteristiche molto disuguali.

Esistono *varie forme* di integrazione economica, quali l'associazione di commercio preferenziale, l'area di libero scambio, l'unione doganale, il

servizi di ingegneria, relativi al miglioramento della mobilità urbana o espansione delle infrastrutture logistiche (previste dalla Legge n. 13190, del 2015); m) contratti di locazione di beni mobili e immobili, nei quali il locatore effettui una preventiva acquisizione, costruzione o ristrutturazione sostanziale, con o senza fornitura di beni (come previsto dalla Legge n. 13.190, del 2015); e n) azioni di organi ed enti che operano nei settori delle scienze, delle tecnologie e dell'innovazione (previste dalla Legge n. 13.190, del 2015).

mercato comune, l'unione economica, l'unione economica e monetaria, e l'integrazione economica completa o l'integrazione politica⁶⁰.

Uno dei fattori considerati decisivi nella dinamizzazione dell'integrazione regionale europea è stata l'idea di *sovranazionalità*. Questo elemento è stato un catalizzatore importante in quanto ha reso il processo di integrazione indipendente dalle contingenze politiche interne di ciascuno Stato membro. Si tratta quindi di un decentramento del potere degli Stati, che si astengono dall'attuare i loro obiettivi politici a favore di un accentramento coordinato degli organi o delle istituzioni sovranazionali che determinano la politica del blocco. È interessante notare che il concetto di sovranazionalità ha ricevuto status giuridico già nel 1951, con il *Trattato di Parigi*, che ha creato la CECA⁶¹.

Così, gli *elementi essenziali* del concetto di sovranazionalità sono: a) il riconoscimento dell'esistenza di un interesse comune e di valori comuni; b) la creazione di un potere effettivo al servizio di quegli interessi; c) l'autonomia di questo potere; e d) l'immediatezza dell'esercizio del potere e la sua imperatività. Questi presupposti, secondo l'autrice, devono necessariamente essere collegati all'esistenza di tre condizioni di base, ovvero che: a) gli Stati membri trasferiscano l'esercizio di competenze sovrane all'organizzazione; b) l'organizzazione sia indipendente dai suoi membri; e c) le dichiarazioni di volontà dell'organizzazione possano essere espresse a prescindere dall'adesione degli Stati e producano effetti direttamente sugli Stati e sulle persone⁶².

⁶⁰ Fabbricotti, A., Gli accordi di integrazione economica regionale ed il GATT/OMC: i parametri normativi e l'opera del CRTA, in *Diritto del commercio internazionale*, fasc.1, 2000, p. 281.

⁶¹ Carvalho, L. A., Os processos de integração econômica regional da União Europeia e do Mercosul: breve abordagem histórico-evolutiva, in *Scientia iuris*, v. 5/6, 2001/2002, pp. 59-92, p. 84.

⁶² Oliveira, M. O., *União Europeia: processos de integração e mutação*, Ed. Juruá, Curitiba 1999, pp. 68-9.

Il sistema adottato dal “*Mercato Comune del Sud – Mercosur*” (oppure *Mercosul*, secondo la dizione portoghese) in America Latina differisce in modo significativo dal modello europeo, come avremo l’opportunità di analizzare. La *mancanza di autonomia* delle istituzioni del Mercosur è costantemente individuata come uno dei *problemi centrali* nel processo di integrazione, e comporta gravi ostacoli all’espansione, alla crescita e alla maturazione del blocco. Molti studiosi sostengono che sin dall’inizio si sarebbero dovuti creare organismi comunitari liberi di condurre il processo di integrazione con maggiore determinazione.

Analizzeremo, dunque, il problema *dell’applicabilità e dell’attuazione* delle norme di integrazione del Mercosur e delle norme di integrazione a livello comunitario dell’Unione europea, il *dialogo tra le fonti nazionali e sovranazionali*, nonché il *ruolo dei loro organi legislativi e giurisdizionali*.

È importante sottolineare che questo studio è motivato dal fatto che “in un organismo sovranazionale, nato originariamente per garantire un mercato comune, risulta fondamentale *garantire alle imprese la possibilità di aggiudicarsi un appalto pubblico*, ovunque sia indetto nell’ambito del territorio comunitario”, ragion per cui “la materia dei contratti pubblici di appalto rappresenta tradizionalmente una delle *principal tematiche della disciplina comunitaria*, come attestato anche dalla successione di direttive nel tempo”⁶³ (corsivi nostri).

In questo senso, “l’obiettivo principale è quello di garantire alle imprese con sede in qualsiasi Paese della Comunità le stesse opportunità e possibilità di concorrere all’affidamento dei lavori pubblici partecipando alle procedure di

⁶³ Morbidelli, G., Zoppolato, M., Appalti pubblici, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* (a cura di Chiti, M. P., Greco, G.), Parte Speciale, Tomo I, Seconda edizione, Ed. Giuffrè, Milano 2007, p. 424.

aggiudicazione (detta di gara) indette in altro Paese membro" in condizioni di parità con tutte le altre imprese concorrenti⁶⁴.

2. IL PROCESSO DI INTEGRAZIONE LATINOAMERICANO E LA CREAZIONE DEL MERCOSUR

L'aspirazione a formare un'*unione americana* fu elaborata per la prima volta nel 1791 dal venezuelano Sebastián Francisco de Miranda Rodriguez, che desiderava fondare un paese continentale che si estendesse dall'America Latina e Centrale fino al Mississippi, oppure dal Mississippi alla Patagonia, e si sarebbe chiamato *Colombia*, in onore di *Cristoforo Colombo*.

Nel 1810, il paraguaiano Pedro Vicente de Cañete propose la creazione di un *sistema federale continental* sotto forma di una reggenza sovrana, composta di quattro "vice-re". Nello stesso anno, il peruviano Juan Egaña proclamò la necessità di unire tutti i popoli di origine spagnola. Entrambi difendevano gli interessi della Corona spagnola, come faceva anche Juan Martínez de Rozas⁶⁵⁻⁶⁶.

⁶⁴ Pellizzari, S., Le opere pubbliche: nozioni fondamentali, in *Diritto urbanistico e delle opere pubbliche* (a cura di Pretis, D. di e Simonati, A.), Seconda edizione, Ed. G. Giappichelli, Torino 2014, pp. 121-2.

⁶⁵ Arnaud, V. G., *Mercosur – Unión Europea, Nafta y los procesos de integración regional*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1996, pp. 30-9.

⁶⁶ Juan Martínez de Rozas nacque nella città di Mendoza nel 1758 quando l'omonima regione apparteneva ancora alla Capitaneria Generale del Cile. Partecipò attivamente dell'istituzione del Primo Congresso Nazionale del Cile. Successivamente, a causa di abusi procedurali che i monarchisti fecero nella creazione dello stesso Congresso, condusse, a Concepción, la c.d. "Rivoluzione del 5 settembre 1811" (Barros Arana, D., *Historia general de Chile*, t. VIII, Ed. Imprenta Cervantes, Santiago 1887).

In seguito, nel 1815, Simon Bolivar, il personaggio più importante della storia indipendentista latinoamericana, redasse la *Carta della Giamaica*, dove espose il suo ideale di integrazione dei popoli latini: "Vorrei, più che qualsiasi altra cosa, veder formarsi in America la più grande nazione del mondo, non tanto per la sua estensione e ricchezza quanto per la sua libertà e gloria"⁶⁷.

Tuttavia, anche se *l'ideale di integrazione* risale alla fine del XVIII secolo, il primo tentativo di istituire una zona di libero scambio in America Latina si è realizzato soltanto nel XX secolo con la creazione dell'*Associazione Latino-americana di Libero Scambio* (*Associação Latino-Americana de Livre-Comércio* – ALALC, in portoghese), nel 1960, con il trattato di Montevideo, che ha stabilito un periodo di *dodici anni* per la creazione di un *mercato comune latino-americano*.

Comunque, l'iniziativa di creare l'ALALC non ha avuto successo a causa dell'instabilità politica alimentata dal bipolarismo ideologico e militare tra gli Stati Uniti e l'Unione Sovietica, alla quale si aggiungeva il fatto che i paesi membri non erano disposti a un'apertura commerciale, dato che tutti volevano aprire il mercato degli altri paesi ai propri prodotti, ma nessuno voleva aprire il proprio mercato agli altri⁶⁸.

Venti anni dopo la sua creazione, l'ALALC è stata sostituita dalla *Associazione Latino-americana d'Integrazione* (*Associação Latino-Americana de Integração* – ALADI, in portoghese), istituita dal trattato di Montevideo, firmato il 12 aprile del 1980, con l'analogo obiettivo di "promuovere un armonioso ed equilibrato sviluppo economico e sociale del territorio con la piena liberalizzazione del commercio" tra i paesi membri. Va notato che

⁶⁷ Bastidas, Y., *Descubren manuscrito original con la Carta de Jamaica del Libertador escrita en español*, 4 nov. 2014, in: <http://www.correodelorinoco.gob.ve/nacionales/descubren-primer-documento-carta-jamaica-libertador-escrita-espanol> [consultato il 19 set. 2016].

⁶⁸ Ramalho, J. E., *Fundamentos da integração regional: o Mercosul*, Ed. Instituto Legislativo Brasileiro – ILB, Brasilia 2007, p. 1.

l'ALADI permette la stipula di *accordi sub-regionali* tra i suoi membri, favorendo la comparsa di piccoli gruppi di integrazione economica. Attualmente, l'ALADI è composta di 13 *Stati membri* (Argentina, Bolivia, Brasile, Cile, Colombia, Cuba, Ecuador, Messico, Panama, Paraguay, Perù, Uruguay, Venezuela), così da essere il più grande blocco economico in America Latina⁶⁹.

Sempre negli anni 1980, a causa degli orientamenti politici dei governi Raúl Alfonsin e José Sarney, l'Argentina e il Brasile hanno firmato la *Dichiarazione di Iguazu*, il 30 novembre 1985, che ha portato alla nomina di una commissione bilaterale e ha reso possibile una serie di accordi commerciali nell'anno successivo. Il *Trattato per l'integrazione, la cooperazione e lo sviluppo*, firmato dai due paesi il 29 novembre 1988, ha fissato l'obiettivo di creare un *mercato comune*, al quale gli altri paesi dell'America Latina avrebbero potuto unirsi. Con l'adesione del Paraguay e dell'Uruguay, il 26 marzo 1991 è stato stipulato il *Trattato di Asuncion*, che rappresenta *la prima misura concreta* per la realizzazione di un mercato comune tra i paesi del Sud America.

Tuttavia, soltanto dopo la conclusione del *Trattato di Ouro Preto*, il 17 dicembre 1994, il *Mercato Comune del Sud - Mercosur* ha acquisito personalità giuridica ed è stato dotato di una struttura istituzionale definita: un Consiglio, un Comitato Esecutivo, alcuni comitati speciali e una Segreteria. All'interno degli organi collegiali le decisioni sono prese all'unanimità e alla presenza di tutti gli Stati membri⁷⁰.

Oltre ai quattro paesi di cui sopra, il Venezuela è stato integrato nel Mercosur come membro a pieno titolo il 31 luglio 2012.

⁶⁹ Associação Latino-Americana de Integração, *Quienes somos*, in: <http://www.aladi.org/sitioAladi/quienesSomosP.html> [consultato il 19 sett. 2016].

⁷⁰ Rezek, F., *Direito internacional público*, Ed. Saraiva, San Paolo 2014, p. 165.

Il Trattato di Asuncion, diversamente delle precedenti proposte, che prevedevano soltanto la creazione di zone di libero scambio, rappresenta un'innovazione significativa per quanto concerne la creazione di un *mercato comune*. Inoltre, il trattato consente la continuità dei processi di integrazione tra i membri dell'ALADI, secondo quanto precisa il Capitolo VIII, comma 1, *in verbis*:

"Gli Stati membri sono tenuti a mantenere gli impegni assunti fino alla data di esecuzione del presente trattato, compresi gli accordi sottoscritti nell'ambito della Associazione Latino-americana d'Integrazione (ALADI), e a coordinare le loro posizioni nelle negoziazioni commerciali esterne nelle quali si attivino nel periodo di transizione. Pertanto (...) si consulteranno ogni volta che negoziерanno schemi ampi di riduzione tariffaria, intesi alla formazione di zone di libero scambio con gli altri paesi membri dell'Associazione Latino-americana d'Integrazione"⁷¹.

L'esistenza di questo dispositivo ha permesso la conclusione di accordi con il Cile (1996), la Bolivia, che è attualmente impegnata nel processo di adesione come membro a pieno titolo (1996), il Perù (2003), la Colombia e l'Ecuador (entrambi membri dal 2004), la Guyana e il Suriname che hanno aderito al Mercosur nel 2013, in qualità di membri associati, senza l'obbligo di adottare le stesse tariffe doganali applicate all'interno del Mercosur. Così, tutti i paesi del Sud America fanno parte del Mercosur, sia come Stati membri, sia in veste di Stati Associati.

Tuttavia, è importante sottolineare che, attualmente, il Mercosur si trova in una *fase di sviluppo molto meno avanzata* rispetto all'Unione europea.

⁷¹ Brasil, Decreto Legislativo n. 197/91, Tratado de Assunção, Tratado para a Constituição de um mercado comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, 26 mar. 1991, *DOU* 26 set. 1991, pp. 20.781-4.

Questo perché, a causa delle successive crisi avvenute in Argentina nel periodo tra la fine degli anni '90 e la metà del 2006, non si può nemmeno affermare che sia garantita una *zona di libero scambio e di libera circolazione delle merci*, dato che le frequenti e crescenti liste di prodotti argentini che richiedono previe licenze di importazione ostacolano le operazioni intra-blocco. Non esiste una perfetta unione doganale e neanche un mercato comune la cui pianificazione economica sia decisa dal gruppo.

In questo senso, "in quanto all'obiettivo di creare un mercato comune, gli Stati membri hanno concordato su una politica commerciale comune basata su requisiti minimi (come regole d'origine, coordinazione ed organizzazione doganale, regimi di importazione speciale, pratiche sleali e clausole di salvaguardia), ma la libera circolazione del lavoro e dei capitali sono mete che saranno raggiunte solo in un tempo successivo"⁷².

2.1. Recepimento delle norme del Mercosur negli ordinamenti giuridici nazionali

Nel corso di una Conferenza intergovernativa tenutasi nel giugno 1994, è stato discusso *il modo in cui* le norme adottate dal Mercosur sarebbero state recepite nell'ordinamento giuridico degli Stati membri.

La delegazione argentina ha voluto la costituzione di un *ordinamento giuridico autonomo* del Mercosur, grazie alla consacrazione del *principio del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale*, con la conseguente applicazione immediata delle norme comunitarie. Il Paraguay e l'Uruguay

⁷² Hirst, M., *Democracia, seguridad e integración: América latina en un mundo en transición*, Ed. Norma, Buenos Aires 1996, pp. 138-9, in *Comparazione e rapporti tra Comunità europea e Mercosur* (a cura di Bucci, A.), Ed. Serafica, Roman 2005, p. 40.

hanno condiviso questa linea, aggiungendo la proposta di creare un organo di tipo giurisdizionale incaricato di controllare l'uniformità delle interpretazioni del diritto elaborato dal Mercosur. Comunque, nessuna delegazione ha proposto la creazione di un *organismo sovranazionale* di applicazione del diritto d'integrazione.

Anche se non ha usato il termine "sovranazionalità", la delegazione argentina idealizzava il Mercosur attribuendogli caratteristiche molto simili all'allora Commissione europea, ovvero immaginando un organismo che rappresentasse l'interesse comunitario e fosse dotato di strumenti per garantire il rispetto delle sue norme.

Tuttavia, il Brasile ha proposto di riconoscere l'esigenza di recepire le decisioni degli organi del Mercosur nel diritto interno di ciascuno dei paesi firmatari nel modo *previsto dalla loro Costituzione*. Inoltre, ha ritenuto che gli Stati membri dovessero essere tenuti a informare la Segreteria Amministrativa del Mercosur sull'adozione delle misure nazionali di recepimento, essendo chiaro che le regole del Mercosur entrano in vigore solo dopo essere state ratificate.

Per quanto riguarda il *sistema decisionale*, solo l'Argentina ha ammesso la possibilità di adottare il voto a maggioranza qualificata oppure semplice. Gli altri membri hanno proposto di mantenere l'*unanimità*, mentre il Brasile si è astenuto sulla necessità della presenza in sede di votazione di tutti gli Stati firmatari⁷³.

La Costituzione della Repubblica brasiliana del 1988, nell'unico comma dell'art. 4, stabilisce che "la Repubblica federativa del Brasile cercherà l'integrazione economica, politica, sociale e culturale dei popoli dell'America Latina, al fine della formazione di una comunità latino-americana di nazioni".

⁷³ Ventura, D. F. L., *As assimetrias entre o Mercosul e a União Europeia: os desafios de uma associação inter-regional*, Ed. Manole, Barueri 2003, pp. 79-82.

Conosciuta come “Clausola Montoro”, in onore del politico e giurista André Franco Montoro, questo è *l'unico dispositivo* della Costituzione brasiliana che fa menzione dell'*integrazione regionale*, e ha carattere meramente programmatico. Durante il processo di Revisione Costituzionale, avvenuto nel 1993, fu presentata una proposta che prevedeva l'applicabilità immediata degli atti derivanti dalle organizzazioni internazionali di cui il Brasile è parte. Tuttavia, l'emendamento è stato respinto nel febbraio 1994⁷⁴.

È importante notare che la Costituzione brasiliana del 1988 non menziona il Mercosur e non contiene nemmeno riferimenti per quanto riguarda la posizione gerarchica delle norme di origine internazionale nel diritto interno, ad eccezione dei trattati internazionali sui diritti umani.

In questo senso, l'art. 5, comma 2 e 3, come modificati dall'Emendamento Costituzionale nº 45 del 2004, precisa che: “i diritti e le garanzie espresse in questa Costituzione non ne escludono altri derivanti dal complesso dei principi da essa adottati, oppure dai trattati internazionali di cui la Repubblica federativa del Brasile fa parte”, inoltre “i trattati e le convenzioni internazionali sui diritti umani che sono stati approvati da entrambe le camere del Congresso, in due turni, da tre quinti dei voti dei suoi membri, sono equivalenti agli emendamenti costituzionali”.

E, nelle sentenze emesse nelle cause RE 466.343-SP e HC 87.585-TO, la Corte Costituzionale brasiliana ha deciso che i trattati internazionali sui diritti umani *non approvati* con il quorum qualificato previsto dall'art. 5, comma 3, della Costituzione Federale hanno *natura “sovralegale”*, ossia, sono

⁷⁴ Savonitti Miranda, H., *Curso de direito constitucional*, Quinta edizione, Ed. Senado Federal, Brasilia 2007, p. 254.

superiori alla legge, ma si collocano in un rango *inferiore* rispetto alla Costituzione⁷⁵⁻⁷⁶.

Nonostante ciò, è sempre necessaria una procedura legislativa interna per dare attuazione ai trattati internazionali firmati dal Brasile sia sui diritti umani che in altre materie.

2.2. Il Parlamento del Mercosur

Il Trattato di Ouro Preto, del 17 dicembre 1994, ha creato la *Commissione Parlamentare Comune del Mercosur* (*Comissão Parlamentar Conjunta – CPC*, in portoghese), organo di rappresentanza dei parlamenti degli Stati membri, che ha operato dal 1994 a 2006 ed era composto di parlamentari nominati in uguale numero da ciascuno degli Stati partecipanti.

Il 6 dicembre 2006 è stato creato il *Parlamento del Mercosur* (Parlasur), per sostituire la Commissione Parlamentare Comune. Il Parlamento del Mercosur è un organo *unicamerale, indipendente e autonomo*; tuttavia, *non è dotato di potestà legislativa*.

Attualmente il Brasile è rappresentato da 37 parlamentari, l'Argentina da 43, il Venezuela da 22, e l'Uruguay e il Paraguay da 18 ciascuno. La composizione finale (Brasile 75, Argentina 43, Venezuela 32, Paraguay e Uruguay 18 ciascuno) si realizzerà soltanto quando si svolgeranno le elezioni

⁷⁵ Brasile, Supremo Tribunal Federal, Recurso Especial n. 466.343, Rel. Cesar Peluso, *DJ* 5 giu. 2009, pp. 1106-1330.

⁷⁶ Fino ad oggi il Congresso Nazionale brasiliano ha conferito *rango costituzionale* soltanto alla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, e al suo Protocollo facoltativo, firmata a New York il 30 marzo 2007 ed approvata con il Decreto Legislativo nº 186 del 9 luglio del 2008.

dirette in ogni Stato firmatario. Al momento, il Paraguay e l'Argentina hanno già eletto direttamente i loro parlamentari al Mercosur, mentre il Brasile e il Venezuela non hanno ancora indetto le elezioni dirette, pertanto la loro rappresentatività resta ridotta⁷⁷.

Secondo quanto dispone l'art. 2 del Trattato Costitutivo, il Parlamento del Mercosur ha le seguenti *finalità*: a) rappresentare i popoli del Mercosur, rispettando la loro pluralità ideologica e politica; b) assicurare la promozione e la difesa permanente della democrazia, della libertà e della pace; c) promuovere lo sviluppo sostenibile della regione, salvaguardando la giustizia sociale e il rispetto della diversità culturale della popolazione; d) garantire la partecipazione degli attori della società civile nel processo di integrazione; e) favorire la formazione di una coscienza collettiva di valori cittadini e comunitari ai fini dell'integrazione; f) contribuire a consolidare l'integrazione latino-americana attraverso l'approfondimento e l'espansione del blocco; e g) promuovere la solidarietà e la cooperazione regionale e internazionale.

Tra i suoi *compiti*, previsti dall'art. 4 del *Trattato Costitutivo*, va evidenziato il mandato di: garantire il rispetto delle regole del blocco e la conservazione del regime democratico negli Stati membri e negli Stati associati; redigere e pubblicare una relazione annuale sulla situazione dei diritti umani negli Stati partecipanti, ribadendo i principi e le regole del Mercosur; richiedere relazioni o pareri per iscritto agli organi decisionali e consultivi; richiedere e ricevere relazioni sulle attività svolte.

Inoltre, come espressa previsione dei paragrafi 12 e 14 del dispositivo di cui sopra, al fine di accelerare le corrispondenti procedure interne per *l'entrata in vigore delle norme* negli Stati membri, il Parlamento elabora pareri su tutti i disegni di norme del Mercosur che richiedono l'approvazione legislativa in

⁷⁷ Mercosur, Parlamento del Mercosur, *O Mercosul na vida do cidadão*, in: <http://www.mercosul.gov.br/o-mercossul-na-vida-do-cidadao/parlamento-do-mercossul> [consultato il 25 set. 2016].

uno o in più Stati, entro novanta giorni dalla data di consultazione. Tali progetti dovranno essere presentati al Parlamento dall'organo decisionale del Mercosur, prima della loro approvazione. Inoltre, spetta al Parlamento preparare studi e bozze su norme nazionali volte all'armonizzazione delle legislazioni nazionali degli Stati membri, che saranno comunicate ai parlamenti nazionali ai fini della loro eventuale considerazione⁷⁸⁻⁷⁹.

Così, a differenza di quanto avviene nel Parlamento Europeo, gli atti emessi dal Parlamento del Mercosur *non hanno carattere vincolante*. Tuttavia, il Parlasur ha l'importante compito di cercare di *ottimizzare il processo di recepimento* delle sue norme nell'ordinamento interno degli Stati⁸⁰.

La necessità di recepire le regole del Mercosur negli ordinamenti giuridici nazionali è uno dei principali problemi attuali in materia di *certeza del diritto* nel blocco latino-americano, dato che il ritardo nella procedura di attuazione lascia una notevole quantità di norme regionali *senza efficacia*⁸¹.

⁷⁸ Mercosur, Parlamento del Mercosur, *Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul*, 9 dic. 2005, in: https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/4296/1/protocolo_pt.pdf [consultato il 25 set. 2016].

⁷⁹ Secondo la disposizione dall'art. 90 del Regolamento Interno del Parlamento del Mercosur, sono *atti del Parlamento*: a) Pareri; b) Disegni di norme; c) Bozze di norme; d) Dichiarazioni; e) Raccomandazioni; f) Relazioni; e g) Disposizioni. (Mercosur, Parlamento del Mercosur, *Regimento interno do Parlamento do Mercosul*, 6 ago. 2007, in: https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/7556/1/regulamento_interno_pt.pdf [consultato il 25 set. 2016].

⁸⁰ Accioly, E., *Mercosul & União Europeia: estrutura jurídico-institucional*, Quarta edizione, Ed. Juruá, Curitiba 2010, p. 86.

⁸¹ Perrone, N. M., Barral, W., El Parlamento del Mercosur. ¿Un avance hacia la institucionalización?, in *Agenda Internacional*, Instituto de Estudios Internacionales (IDEI), Año XIV, nº 25, pp. 237-247, 2007, pp. 243-4.

Va sottolineato che, fino ad oggi, il Parlamento del Mercosur non ha emesso alcuna regola con l'obiettivo di *uniformare le legislazioni* degli Stati membri in materia di *gare e appalti pubblici*.

2.3. Il Tribunale Permanente di Revisione del Mercosur

Il Trattato di Brasilia, del dicembre 1991, aveva disciplinato la soluzione delle controversie *senza creare* alcun organo giudiziario per il Mercosur. Dunque, quando le controversie non venivano risolte mediante un'intesa tra le parti, oppure nell'ambito deliberativo del gruppo stesso, si ricorreva all'arbitrato.

Nei primi dieci anni la maggior parte delle controversie sono state risolte attraverso l'intesa diretta. Tuttavia, il *Trattato di Olivos*, in vigore dal gennaio 2004, ha istituito una Corte Permanente di Revisione (*Tribunal Permanente de Revisão* – *TPR*, in portoghese), che è un organo che esprime pareri sulle *istanze d'appello* relative alle decisioni arbitrali *ad hoc*, previste dal Trattato di Brasilia⁸².

Il nuovo sistema di risoluzione delle controversie presenta *significativi progressi* in relazione al sistema precedente, tra i quali: a) la creazione di una Corte Permanente di Revisione; b) la comparsa di meccanismi di regolamentazione delle misure compensative; c) la creazione di norme procedurali ispirate al modello dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), quali la determinazione che l'oggetto della controversia sia limitato alla denuncia e all'impugnazione presentata alla Corte *ad hoc*; d) l'intervento opzionale del Gruppo Mercato Comune (GMC); e) la possibilità di scegliere il foro; e f) la possibilità di presentare denuncia da parte dei privati.

⁸² Rezek, F., *Direito internacional público*, Ed. Saraiva, San Paolo 2014, p. 166.

In questo senso, “indubbiamente, la Corte Permanente di Revisione è la più grande innovazione introdotta dal protocollo, perché rappresenta un miglioramento del sistema giudiziario, dando dinamicità al sistema di risoluzione dei conflitti. Il suo avvento implica fondamentalmente il raggiungimento di una maggiore coerenza tra le decisioni emanate dai tribunali arbitrali *ad hoc*, con la costituzione di una giurisprudenza uniformatrice allo scopo di impedire l'adozione di interpretazioni divergenti nei casi che vengono sottoposti ai tribunali del Mercosur”⁸³. Grazie alla creazione della Corte Permanente si è aperta la possibilità di avere un organo d'integrazione omogenea, impegnato nell'articolazione delle decisioni. Così, anche se ci sono tribunali *ad hoc*, sarà possibile la creazione di un vero e proprio diritto del blocco latino-americano, consentendo la realizzazione di un orientamento giurisprudenziale che fornirà una maggiore certezza del diritto non solo ai singoli individui ma anche agli Stati membri, mediante l'emissione di un messaggio d'allerta, che serve da diga di contenimento alla loro naturale tendenza all' unilateralità al momento del sorgere delle controversie.

Le controversie sorte tra gli Stati membri del Mercosur e i *paesi terzi* devono essere risolte nell'ambito dell'Organizzazione Mondiale del Commercio – OMC. Nei casi di Bolivia e Cile, i conflitti possono essere risolti secondo le norme previste dal regime di risoluzione delle controversie contenute negli *accordi di libero scambio* con il Mercosur⁸⁴.

⁸³ Coutinho, K. R. M., *Protocolo de Olivos: um novo sistema de solução de controvérsias para o Mercosul*, in *Avvocato Portal Jurídico*, Brasilia, n. 10, set. 2004, 16 pp., p. 5, in: <http://www.avvocato.com.br/doutrina/ed0010.2004.gui0003.htm> [consultato il 27 set. 2016].

⁸⁴ Vedi l'artt. 21 e 22 del Protocollo ACE-35, nel caso del Cile, e l'art. 11 del Protocollo Aggiuntivo all' ACE-36, nel caso della Bolivia.

3. DAL SORGERE DELLE COMUNITÀ EUROPEE ALL'AVVENTO DELL'UNIONE EUROPEA

L'aspirazione concreta di creare un'Europa unita e sovranazionale apparve ancora nel corso della Seconda Guerra mondiale, anche come risposta a tutte le atrocità che venivano commesse⁸⁵. "Così, nell'agosto del 1941, Altiero Spinelli, Ernesto Rossi ed Eugenio Colorni concepirono il *manifesto di Ventotene*, un documento politico che teorizzò la creazione di una struttura federale europea, sul modello degli Stati Uniti d'America (tale concetto fu, peraltro, ripreso da Churchill in un famoso discorso tenuto all'Università di Zurigo nel settembre del 1946)" (corsivi nell'originale)⁸⁶.

Tuttavia, è certo che in quel contesto, in pieno conflitto militare, non si trovavano le condizioni politiche per portare avanti questa idea. Dopo la fine della guerra, nel 1950, le nazioni europee cercavano un modo di riprendersi ed evitare che un'altra tragedia come quella appena conclusa si accadesse nuovamente. Nel documento passato alla storia con il nome di *Dichiarazione Schuman*, l'allora Ministro degli Esteri francese *Robert Schuman*, il 9 maggio

⁸⁵ Umberto Morelli pone l'attenzione sul fatto che "i progetti di unione dell'Europa risalgono al Medioevo e all'età moderna e sono caratterizzati dall'aspirazione a garantire la pace. Fino all'epoca della Rivoluzione francese venivano concepiti come leghe di monarchi. Kant, con il saggio "Per la pace perpetua" del 1795, introdusse per la prima volta il principio della federazione di popoli associando l'affermazione della democrazia all'interno degli Stati con il superamento dell'anarchia internazionale e quindi della guerra nei rapporti interstatali. Da allora in poi, e fino a oggi, pace e democrazia divennero gli attributi fondamentali dei progetti di unificazione europea, che rimasero, tuttavia, ancora espressione di aspirazione generiche, morali" [Morelli, U., I progetti costituzionali di origine parlamentare nel processo di integrazione europea prima della dichiarazione di Laeken, in *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona* (a cura di Bilancia, P., D'Amico, M.), Ed. Giuffrè, Milano 2009. p. 1].

⁸⁶ Natale, E., *Compendio di diritto dell'Unione europea*, Settima edizione, Ed. Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2016, p. 18.

1950, propose di mettere insieme la produzione francese e quella tedesca di carbone e di acciaio, sotto la gestione di un'Alta Autorità comune, con la possibilità di adesione da parte degli altri paesi europei, al fine di cambiare "il destino di queste regioni che per lungo tempo si sono dedicate alla fabbricazione di strumenti bellici di cui più costantemente sono state le vittime"⁸⁷⁻⁸⁸⁻⁸⁹.

Il trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA), firmato il 18 aprile 1951, attraverso il quale sei Stati europei (Francia, Italia, Repubblica Federale Tedesca, Belgio, Lussemburgo e Paesi Bassi) hanno deciso di mettere sotto controllo di un'autorità comune questo settore produttivo (quello del carbone e dell'acciaio), rappresentò un'importante limitazione della loro sovranità ed è considerato, per questo motivo, *l'atto fondativo* delle Comunità Europee⁹⁰.

⁸⁷ Clergerie, J. L., Gruber, A., Rambaud, P., *L'Union européenne*, Nona edizione, Ed. Dalloz, Parigi 2012, p. 47.

⁸⁸ Unione europea, Informazioni essenziali sull'UE, *Dichiarazione Schuman – 9 maggio 1950*, in: https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_it [consultato il 29 set. 2016].

⁸⁹ Robert Schuman, insieme a Jean Monnet, Alcide De Gasperi, Altiero Spinelli, Joseph Bech, Konrad Adenauer, Paul-Henri Spaak, sono i sette principali personaggi politici tra quelli che sono considerati i "Padri Fondatori" della costruzione europea (Draetta, U., *Elementi di diritto dell'Unione europea: parte istituzionale, ordenamento e struttura dell'Unione europea*, Quinta edizione, Ed. Giuffrè, Milano 2009, p. 5).

⁹⁰ Guerra Martins, A. M., *Manual de direito da União europeia*, Ed. Almedina, Coimbra 2014, pp. 72-3.

Il 25 marzo 1957 furono firmati i *Trattati di Roma* che istituirono la Comunità economica europea (CEE) e la Comunità europea dell'energia atomica (Euratom)⁹¹⁻⁹².

Il 18 aprile 1965 fu stipulato il c.d. *Trattato di fusione*, con l'obiettivo di istituire un consiglio e una commissione unica delle Comunità europee. Il 22 aprile 1970 fu firmato il *Trattato di Lussemburgo*, che ampliava i poteri del Parlamento europeo, che passò a disporre della prerogativa di respingere il bilancio, e stabiliva l'autonomia finanziaria della Comunità europea⁹³.

All'inizio degli anni '80, cominciano a emergere iniziative volte ad accelerare il processo di unificazione politica europea "espressa in relazione alla necessità di *un'impostazione globale dei problemi posti dalla costruzione europea e di quelli che l'Europa avrebbe dovuto affrontare all'esterno*,

⁹¹ Il trattato CEE prevedeva la creazione di un *mercato comune*, di un'*unione doganale* e di *politiche comuni*. Gli articoli 2 e 3 del trattato affrontavano direttamente queste tre questioni, affermando che la missione primaria della comunità era quella di creare un mercato comune e specificando le azioni che dovevano essere intraprese per portare avanti questi obiettivi (Caramelo Gomes, J., *Lições de direito da União europeia*, Ed. Almedina, Coimbra 2009, pp. 88-90).

⁹² L'art. 2 del Trattato, nella versione originaria del 1957 (CE57), prevedeva: "La Comunità ha il compito di promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano" (Leclerc, S., *Les institutions de l'Union européenne*, Sesta edizione, Ed. Gualino, Issy-Ies-Moulineaux 2016, pp. 24-5).

⁹³ Le elezioni dirette per il Parlamento europeo si svolgono soltanto a partire dal giugno 1979, come deciso dalla Conferenza del vertice di Parigi, tenutasi nel 1974, e corroborata da una riunione a Bruxelles il 20 settembre 1976. [Edwards, G., Walton, A. M., Il dibattito nel Regno Unito sulle elezioni dirette del Parlamento europeo, in *I partiti e le elezioni del Parlamento europeo: interessi nazionali ed europei a confronto* (a cura di Bonvincini, G., Solari, S.), Ed. Il Mulino, Bologna 1979, pp. 64-6].

assicurando coesione e sviluppo all'attività della Comunità ed ai lavori relativi alla cooperazione politica. Nel rapporto redatto dal primo ministro belga Leo Tindemans si sosteneva l'opportunità della graduale inclusione della politica estera, della difesa e della tutela dei diritti dell'uomo nella sfera di competenza dell'Unione europea, attraverso la definizione di una posizione comune ed il contributo specifico dell'Unione alle finalità proposte" (corsivi nell'originale)⁹⁴-⁹⁵.

Un altro passo molto importante per l'integrazione politica europea è stato realizzato con l'*acquis di Schengen*, che prevede l'eliminazione dei controlli alle frontiere comuni, trasferendoli alle frontiere esterne, e una cooperazione giudiziaria e di polizia rafforzata per la lotta alla criminalità, il c.d. *Sistema di informazione Schengen (SIS)*. L'*Accordo di Schengen*, firmato il 14 giugno 1985, inizialmente dagli Stati del Benelux, dalla Germania e dalla Francia è stato ampliato negli anni '90 con l'adesione da parte di Italia, Spagna, Portogallo, Grecia, Austria, Danimarca, Finlandia e Svezia. Il *Trattato*

⁹⁴ Orsello, G. P., *Ordinamento comunitario e Unione europea*, Settima edizione, Ed. Giuffrè, Milano 2006, p. 62.

⁹⁵ Il piano è stato approvato, con varie modifiche, dopo quasi due anni dalla sua presentazione, come *Dichiarazione Solenne sull'Unione europea*, durante il Consiglio europeo di Stoccarda del 17-19 giugno 1983.

di Amsterdam, entrato in vigore il 1º maggio 1999, ha incorporato il sistema Schengen nell'ambito dell'Unione europea⁹⁶⁻⁹⁷.

Il 7 febbraio 1992 è stato firmato il *Trattato di Maastricht*, entrato in vigore il 1º novembre 1993, che istituisce l'*Unione europea* ideata sulla base di quella che in seguito sarebbe stata denominata la dottrina dei “*tre pilastri*”: le tre comunità europee (la CEE, che diventa soltanto Comunità europea – CE), l'Euratom e la CECA, il cui trattato sarebbe scaduto nel 2002) costituivano il c.d. *Primo Pilastro*; la politica estera e di sicurezza comune (PESC), disciplinata dal suo titolo V, era il *Secondo Pilastro*; e la cooperazione nei

⁹⁶ Con la c.d. “comunitarizzazione”, l'*acquis* di Schengen diventa diritto dell’Unione europea, vincolante per i nuovi Stati aderenti sin dalla data dell’adesione. A Regno Unito e Irlanda, che non avevano partecipato agli accordi di Schengen, è stato attribuito il diritto di richiedere di partecipare in tutto o in parte all'*acquis*. I due paesi hanno conservato, inoltre, la prerogativa di decidere di volta in volta se partecipare agli atti di sviluppo degli accordi. Alla Danimarca, che era firmataria ma si era opposta alla “comunitarizzazione”, è assicurata la capacità, in caso di aggiornamento, di decidere, entro sei mesi, se accettarlo o meno. In caso negativo, gli Stati partecipanti alla “cooperazione rafforzata” dovranno decidere le misure appropriate (Fiamingo, C., Giunchi, E., *Muri, confini, passaggi: studi storico-politici e prospettive giuridiche*, Ed. Giuffrè, Milano 2009, pp. 248-50). Nello stesso senso, cfr. Lang, A., Giustizia e affari interni, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* (a cura di Chiti, M. P., Greco, G.), Parte Speciale, t. II, Seconda edizione, Ed. Giuffrè, Milano 2007, pp. 1154-62.

⁹⁷ Al 2016, lo Spazio Schengen comprende 26 paesi che applicano l'*acquis* di Schengen: i 22 Stati membri dell’Unione europea e quattro Stati associati (Islanda, Norvegia, Svizzera e Liechtenstein). Unione europea, *L'acquis di Schengen - 1º maggio 1999*, in: <https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/SCH.ACQUIS-IT.pdf> [consultato il 3 ott. 2016].

settori della giustizia e degli affari interni (CGAI), contemplata dal titolo VI, formava il *Terzo Pilastro*⁹⁸⁻⁹⁹.

Il 13 dicembre 2007 è stato firmato il *Trattato di Lisbona*, ideato per apportare ampie modifiche al *Trattato sull'Unione europea (TUE)* e al *Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE)*, in virtù della non approvazione del progetto di Costituzione europea da parte di Francia e Olanda nel 2005.

Il *Trattato di Lisbona* aggiunge al cosiddetto *Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)* – stipulato con il compito di sostituire il *Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE)* – la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* e il *Trattato Euratom*, inoltre abolisce i c.d. "pilastri", provvede alla ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri, e rafforza il principio democratico e la tutela dei diritti fondamentali. Oltre a ciò, riprende la vecchia nomenclatura per gli atti dell'Unione, i "regolamenti" e le "direttive", che erano diventate "leggi europee" e "leggi quadro europee", e passa ad applicare il voto a *maggioranza qualificata* per la maggior parte degli atti legislativi da approvare in sede di *Consiglio dell'Unione europea* e nel *Consiglio europeo* – un altro importante cambiamento apportato con l'obiettivo di incorporare al diritto primario europeo gran parte delle innovazioni contenute nella Costituzione europea¹⁰⁰.

3.1. Il Potere legislativo europeo

⁹⁸ Draetta, U., *Elementi di diritto dell'Unione europea: parte istituzionale, ordinamento e struttura dell'Unione europea*, Quinta edizione, Ed. Giuffrè, Milano 2009, p. 24.

⁹⁹ Il *Trattato sull'Unione europea (TUE)* prevedeva, inoltre, le fasi di transizione dalle monete locali verso la creazione dell'Unione economica e monetaria a partire dall'adozione dell'euro.

¹⁰⁰ Lescot, C., *Organisations européennes : Union européenne, Conseil de l'Europe et autres organisations*, Diciassettesima edizione, Ed. Larcier, Bruxelles 2015, pp. 30-1.

Come abbiamo già accennato, la potestà legislativa europea è molto *più ampia e complessa* rispetto a quella del Mercosur.

Le principali istituzioni coinvolte nel *processo legislativo europeo* sono tre: a) il *Parlamento europeo*, organo legislativo dell'UE, con competenze di vigilanza e di bilancio, composto di 751 deputati eletti a suffragio universale, ogni 5 anni; b) il *Consiglio dell'Unione europea*, composto dai Ministri di governo di ciascun paese dell'UE, in funzione della tematica da discutere, con i poteri di discutere, emendare e approvare la legislazione, e coordinare le politiche dell'Unione; e c) la *Commissione europea*, organo esecutivo dell'Unione, politicamente indipendente, responsabile per l'elaborazione di proposte di nuovi atti legislativi europei e l'attuazione delle decisioni del Parlamento europeo e del Consiglio dell'UE¹⁰¹⁻¹⁰².

Gli articoli 289 e 294 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea stabiliscono la c.d. "procedura legislativa ordinaria", che "consiste nell'adozione congiunta di un regolamento, di una direttiva o di una decisione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio su proposta della Commissione". Gli atti giuridici adottati dai due organi suddetti "sono atti legislativi" ai sensi dei paragrafi 1 e 3 del suo art. 289.

Va notato che, di solito, la Commissione europea è l'unica istituzione che dispone della prerogativa legale di iniziare il processo legislativo presentando

¹⁰¹ Lescot, C., *Organisations européennes* : Union européenne, Conseil de l'Europe et autres organisations, Diciassettesima edizione, Ed. Larcier, Bruxelles 2015, pp. 43-9.

¹⁰² È importante sottolineare che il *Consiglio dell'UE* insieme al *Parlamento europeo* costituiscono i principali organi decisionali dell'Unione, e non devono essere confusi con il *Consiglio europeo*, vertice trimestrale che riunisce i capi di Stato e di governo dell'UE per stabilire le grandi linee della politica europea, e neppure con il *Consiglio d'Europa*, istituzione internazionale, non appartenente all'Unione europea, creata con l'obiettivo di difendere i diritti umani, lo sviluppo democratico e la stabilità politica e sociale in Europa.

una proposta al Consiglio e al Parlamento europeo. Ciononostante, nei casi specifici previsti dai trattati, gli atti legislativi possono essere adottati anche su iniziativa di un gruppo di Stati membri o del Parlamento europeo, su raccomandazione della Banca centrale europea o su richiesta della Corte di Giustizia o della Banca europea per gli investimenti, in conformità con l'esplicita disposizione sancita dal comma 4 dello stesso articolo.

La *procedura legislativa ordinaria* stabilita dall'art. 294 del TFUE prevede la possibilità di approvazione di un atto in *prima, seconda o terza lettura*, in base al raggiungimento del consenso tra il Parlamento e il Consiglio. Nel caso di non approvazione del testo integrale dell'atto da parte di entrambi gli organi, con maggioranza semplice, sarà avviata una serie di colloqui volti a cercare di stabilire un consenso tra le parti. Inoltre, nel caso non sia possibile giungere a un progetto comune in seconda lettura, sarà convocato un comitato di conciliazione al fine di favorire un ravvicinamento fra la posizione del Parlamento europeo e quella del Consiglio, volto a rendere possibile l'approvazione del provvedimento in terza lettura.

La dottrina afferma che "i motivi principali della scelta di questo sistema di doppia maggioranza sono due: il primo, perché questo sistema è stato ritenuto, a torto o ragione, più comprensibile per i cittadini, e il secondo perché è percepito come un sistema più rispondente all'essenza dell'Unione europea, che è contemporaneamente un'unione di Stati e un'unione di cittadini. Questo concetto era espresso nell'articolo 1 del fallito trattato costituzionale, che iniziava con le seguenti parole: 'Ispirata dalla volontà dei cittadini e degli Stati d'Europa di costruire un futuro comune', formula scomparsa dal trattato di Lisbona. Un terzo motivo era quello di mantenere la soglia della maggioranza qualificata abbastanza bassa per agevolare l'adozione degli atti in un Consiglio allargato. Mentre quest'ultimo obiettivo sarà effettivamente raggiunto, si può affermare che il primo obiettivo non lo sia affatto"¹⁰³.

¹⁰³ Piris, J. C., *Il trattato di Lisbona*, Ed. Giuffrè, Milano 2013, p. 250.

Inoltre, accanto a questa procedura, comunemente denominata 'codecisione' e che oggi può considerarsi di applicazione generale, esistono delle procedure legislative speciali, nelle quali viene meno quella perfetta simmetria di poteri tra Parlamento europeo e Consiglio che si realizza nella procedura ordinaria di codecisione. Nella larga maggioranza dei casi in queste procedure speciali, infatti, il Consiglio riprende una posizione prioritaria sul Parlamento europeo, il quale partecipa all'adozione dell'atto del Consiglio con il suo parere o con una approvazione¹⁰⁴⁻¹⁰⁵.

3.2. Gli atti legislativi europei e l'applicabilità negli Stati membri

L'ordinamento giuridico dell'Unione europea è costituito da un *sistema di fonti* che hanno l'obiettivo di regolare l'organizzazione e lo sviluppo dell'Unione, e i rapporti tra questa e gli Stati membri.

Le fonti possono essere *scritte* e *non scritte*, di *diritto primario* e di *diritto secondario* e, queste ultime, possono inoltre essere *vincolanti* e *non vincolanti*.

In questo senso, al vertice dell'ordinamento giuridico europeo si pongono le norme dei trattati istitutivi, così come integrati e modificati dagli strumenti convenzionali adottati all'unanimità da tutti gli Stati membri, secondo le procedure previste dai rispettivi ordinamenti interni. I trattati istitutivi,

¹⁰⁴ Villani, U., *Istituzione di diritto dell'unione europea*, Terza edizione, Ed. Cacucci, Bari 2013, p. 211.

¹⁰⁵ La c.d. "procedura di codecisione", applicata a 15 basi giuridiche, è stata introdotta con il *Trattato di Maastricht*, nel 1992. Con l'adozione del trattato di Lisbona, la codecisione è stata ampliata a 85 ambiti di attività ed è stata ribattezzata "procedura legislativa ordinaria" [Poli, E., Vai, L., L'impatto del Parlamento europeo sul processo legislativo europeo e nazionale, in *Il Parlamento europeo per la nuova Unione* (a cura di Bonvicini, G.), Ed. Nuova Cultura, Roma 2014, pp. 109-29].

insieme ai principi generali del diritto, elaborati dalla Corte di Giustizia (fonti non scritte), costituiscono le c.d *fonti primarie del diritto dell'Unione*¹⁰⁶⁻¹⁰⁷.

Le *fonti di diritto derivato*, invece, sono emanate dalle istituzioni comunitarie sulla base dei poteri conferiti dai trattati attraverso gli organi comunitari dotati di potere normativo o regolamentare, cioè il Consiglio e la Commissione. Adriano Morrone rileva che "gli atti che compongono il diritto comunitario derivato possono essere suddivisi in due categorie: gli *atti tipici*, ossia quelli espressamente previsti e disciplinati dai trattati, e gli *atti atipici* (non previsti dai trattati). Gli atti tipici si distinguono in atti vincolanti, quando impongono obblighi a carico dei destinatari, e atti non vincolanti; in questo secondo caso il destinatario è libero di conformarsi o meno all'atto comunitario. Gli *atti tipici vincolanti* sono: i regolamenti, le direttive e le decisioni. Gli *atti tipici non vincolanti* sono i pareri e le raccomandazioni" (corsivi nell'originale)¹⁰⁸.

Le fonti di *diritto derivato* sono quelle che ci interessano di più in questo studio, poiché concernono direttamente la disciplina giuridica degli appalti pubblici.

¹⁰⁶ I trattati istitutivi ancora in vigore sono tre: i Trattati costitutivi della Comunità economica europea (TCEE) e della Comunità europea dell'energia atomica (TCEEA), del 1957, e il Trattato sull'Unione europea (TUE), del 1992. Tra i più importanti trattati di modifica e quelli di adesione è possibile annoverare: il Trattato sulla fusione degli esecutivi del 1965, il Trattato di Lussemburgo del 1970, il Trattato di Bruxelles del 1975, l'Atto Unico Europeo del 1986, il Trattato di Amsterdam del 1997, il Trattato di Nizza del 2001, e il Trattato di Lisbona del 2007, le cui disposizioni abbiamo già avuto occasione di analizzare.

¹⁰⁷ Natale, E., *Compendio di diritto dell'Unione europea*, Settima edizione, Ed. Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2016, pp. 130-2.

¹⁰⁸ Morrone, A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Ed. FrancoAngeli, Milano 2007, p. 116.

Analizziamo, dunque, il diritto derivato dell'Unione europea e la sua applicabilità negli Stati membri.

3.2.1. I regolamenti

I *regolamenti*, ai sensi di quanto previsto dall'art. 288 *TFUE*, sono atti a *portata generale*, essendo indirizzati a tutti i soggetti giuridici comunitari, e pertanto sia agli Stati membri che alle persone fisiche e giuridiche degli Stati stessi; sono *obbligatori in tutti i loro elementi* e sono *direttamente applicabili*, cioè operanti senza atti di adattamento da parte degli ordinamenti statali¹⁰⁹.

Secondo l'autorevole dottrina, l'*obbligatorietà* del regolamento non significa che, a volte, non risulti necessario che il regolamento venga a essere integrato con misure di esecuzione adottate dalla stessa istituzione promanante o da un'altra istituzione comunitaria, o ancora dalle autorità nazionali¹¹⁰.

¹⁰⁹ Bonanno, M., *Diritto dell'unione europea* (a cura di Triolo, D. P.), Ed. Key, Vicalvi 2016, p. 202.

¹¹⁰ Massimo Fragola osserva che "fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, tra regolamento, direttiva e decisione non era riscontrabile *sic et simpliciter* una scala di valori, o meglio una gerarchia degli atti quanto alla struttura e agli effetti. In ogni caso non appariva difficile considerare il regolamento come l'atto normativo più 'invasivo', di portata generale, giacché obbligatorio vincolante e direttamente applicabile. La direttiva, invece, come l'atto legislativo più flessibile, meno invasivo del regolamento, ma egualmente obbligatorio e vincolante. La dottrina ha molto dibattuto sulla mancanza di una gerarchia degli atti UE, tanto da giungere alle novità inserite dall'ultima riforma. Così agli atti di base, legislativi e 'giuridicamente vincolanti' (art. 291, n. 2) sono affiancati *atti delegati* e *atti di esecuzione* ai sensi degli articoli 290 e 291. Pertanto, un atto legislativo può delegare alla Commissione il potere (esecutivo) di adottare atti non legislativi di portata generale che integrano o modificano determinati elementi non essenziali dell'atto legislativo. In ogni caso il legislatore

In tema di *appalti pubblici*, tra i principali regolamenti ancora vigenti possono essere evidenziati: il Regolamento CEE, Euratom n. 1971/1182 del Consiglio del 3 giugno 1971 che stabilisce le norme applicabili ai periodi di tempo, alle date e ai termini; il Regolamento CE n. 2003/2151 della Commissione del 16 dicembre 2003 che modifica il regolamento CE n. 2002/2195 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al vocabolario comune per gli appalti pubblici (CPV); il Regolamento CE n. 2004/1775 del 28 settembre 2005 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale; il Regolamento CE n. 2008/213 della Commissione del 28 novembre 2007, recante modifica del Regolamento CE n. 2002/2195 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al vocabolario comune per gli appalti pubblici (CPV) e delle Direttive nn. 2004/17/CE e 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sulle procedure per gli appalti pubblici, per quanto riguarda la revisione del CPV; il Regolamento di esecuzione UE n. 2011/842 della Commissione del 19 agosto 2011 che stabilisce modelli di formulari per la pubblicazione di bandi e avvisi nel settore degli appalti pubblici e che abroga il Regolamento CE n. 2005/1564; il Regolamento UE n. 2013/1336 della Commissione del 13 dicembre 2013 che modifica le Direttive nn. 2004/17/CE, 2004/18/CE e 2009/81/CE del Parlamento europeo e del Consiglio riguardo alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti; il Regolamento UE n. 2014/651 della Commissione del 17 giugno 2014 che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato che istituisce la Comunità europea; il Regolamento di esecuzione UE n. 2015/1986 della Commissione del 11 novembre 2015 che stabilisce modelli di formulari per la pubblicazione

UE (Parlamento Europeo e Consiglio) delimita esplicitamente gli obiettivi, il contenuto, la portata e la durata della delega di potere in una ‘cornice normativa’ nella quale la Commissione deve attenersi. Gli elementi essenziali sono riservati all’atto legislativo e non possono pertanto essere oggetto di delega di potere (articolo 290, n. 1, secondo comma) (Fragola, M., *Nozioni di diritto dell’Unione europea*, Ed. Giuffrè, Milano 2012, p. 66).

di bandi e avvisi nel settore degli appalti pubblici e che abroga il regolamento di esecuzione UE n. 2011/842; il Regolamento di esecuzione UE n. 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016 che stabilisce il modello di formulario per il Documento di Gara Unico Europeo (DGUE); e i Regolamenti delegati UE nn. 2017/2364, 2017/2365 e 2017/2366 del 18 dicembre 2017 che modificano rispettivamente le Direttive nn. 2014/25/UE, 2014/24/UE e 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le soglie applicabili per le procedure di aggiudicazione degli appalti.

3.2.2. Le direttive

La *direttiva*, come da definizione estratta dal sito dell'Unione europea, è un atto legislativo che stabilisce un *obiettivo generale* che tutti i paesi della UE devono raggiungere. Tuttavia, spetta a ciascun paese decidere *sui mezzi* per il raggiungimento di questo obiettivo¹¹¹.

Va rilevato che la *direttiva* rappresenta un *metodo di legislazione a due livelli*, simile alla tecnica della *legge-quadro*, che viene in seguito integrata dai decreti di applicazione. In questo senso, è uno strumento originale che sembra particolarmente adatto alla complementarietà dei livelli statale e dell'Unione nell'ambito di un sistema europeo integrato, in quanto unisce una norma europea che stabilisce un *obiettivo da raggiungere* e un'implementazione da parte degli Stati membri, che conservano la competenza di scegliere *la forma e i mezzi*. In ogni modo, la *direttiva* è anche un indicatore *della complessità*

¹¹¹ Unione europea, *Regolamenti, direttive e altri atti*, disponibile in https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_it [consultato il 2 apr. 2017].

dell'ordinamento giuridico dell'Unione, allo stesso tempo è uno strumento che ha consentito di raggiungere importanti obiettivi di regolazione ¹¹².

Dunque, in linea di principio, le direttive *non sono direttamente applicabili*, richiedendo un'attuazione da parte degli Stati membri. Tuttavia, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha stabilito che *alcune disposizioni* di

¹¹² Gli autori pongono anche l'attenzione su fatto che l'inclusione delle direttive nel sistema di fonti secondarie europee "corrisponde senza dubbio alla volontà degli autori dei trattati di fornire alle istituzioni, accanto al regolamento, strumento di uniformazione giuridica, una formula basata sulla suddivisione dei compiti e la cooperazione tra il livello europeo e il livello nazionale, quindi più flessibile e rispettosa delle peculiarità nazionali, appositamente adattata alla funzione del ravvicinamento delle legislazioni nazionali. Bisogna tuttavia evitare il malinteso di opporre il regolamento, strumento d'integrazione, alla direttiva, strumento di semplice cooperazione: la direttiva è davvero uno strumento di integrazione e la competenza nazionale corrisponde ad un'implementazione che viene condizionata dall'atto comunitario. Se la Corte a volte usa il termine 'esecuzione' per l'azione nazionale, essa spesso utilizza anche 'traduzione' o 'introduzione' di una direttiva, ma la formula 'trasposizione' è sicuramente la più tradizionale. Questi ultimi tre termini rimandano a una inopportuna dualità, in quanto prossimi a 'recepimento' o 'trasformazione', e si preferirà usare il termine 'implementazione', molto più appropriato" (Isaac, G., Blanquet, M., *Droit général de l'Union européenne*, Decima edizione, Ed. Sirey/Dalloz, Parigi 2012, pp. 307-8).

una direttiva possano, in via eccezionale, produrre effetti diretti in uno Stato membro¹¹³⁻¹¹⁴.

¹¹³ In questo senso, Raffaele Planteda afferma che l'immediata efficacia delle direttive chiare, precise ed incondizionate è stata invece riconosciuta per la prima volta con la *Sentenza Ratti*, nella quale, dopo aver ribadito il precedente orientamento, i Giudici comunitari hanno affermato che "lo Stato membro che non abbia adottato, entro i termini, i provvedimenti d'attuazione imposti dalla direttiva non può opporre ai singoli l'inadempimento, da parte sua, degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa; ne consegue che il giudice nazionale cui il singolo amministrato che si sia conformato alle disposizioni di una direttiva chieda di disapplicare una norma interna incompatibile con detta direttiva non recepita nell'ordinamento interno dallo Stato inadempiente deve accogliere tale richiesta, se l'obbligo di cui trattasi è incondizionato e sufficientemente preciso" (Unione europea, Sentenza della Corte del 5 apr. 1979, *Causa 148/1978*, Procedimento penale a carico di Tullio Ratti, *Raccolta della Giurisprudenza 1979-01629*). Con la *Sentenza Becker*, la Corte di Lussemburgo ha confermato questo intendimento (Unione europea, Sentenza della Corte del 19 gen. 1982, *Causa 8/1981*, Ursula Becker contro Finanzamt Münster-Innenstadt, *Raccolta della Giurisprudenza 1982-00053*), e con la *Sentenza Fratelli Costanzo*, i giudici hanno chiarito, inoltre, che l'obbligo della diretta applicabilità delle direttive *self executing* è da considerarsi estesa anche agli organi della P.A. nazionale, i quali, nell'applicare il diritto interno, "dovrebbero tener conto anche della normativa comunitaria dotata di efficacia diretta, privilegiandola rispetto a qualsiasi normativa nazionale eventualmente contrastante e disapplicando all'occorrenza quest'ultima" (Unione europea, *Sentenza 22 giu. 1989, Causa 103/1988*, Fratelli Costanzo S.p.A. contro Comune di Milano, *Raccolta della Giurisprudenza 1989-01839*). [Planteda, R., *I danni cagionati dallo Stato, dalla P.A. e dal Fisco* (a cura di Viola, L.), Ed. Halley, Matelica 2008, pp. 55-6].

¹¹⁴ Roberto Chieppa e Roberto Giovagnoli pongono l'attenzione su fatto che "la Corte di Giustizia ha avuto cura di chiarire che le norme comunitarie in esame possono produrre effetti diretti solo in senso verticale non anche in senso orizzontale. Ciò significa che le disposizioni di una direttiva non attuata (o non fedelmente trasposta) possono essere fatte valere dai privati solo nei confronti dello Stato inadempiente. Va, peraltro, precisato che ai fini dell'efficacia verticale della direttiva, il concetto di Stato viene inteso in senso ampio, come sinonimo di amministrazione pubblica, comprensivo, quindi, anche di enti non statali e, segnatamente, degli enti territoriali. È stata, inoltre, riconosciuta la possibilità di far valere la direttiva anche nei confronti di soggetti privati, laddove gli stessi risultino investiti di funzioni pubblicistiche. In particolare, la Corte estende l'efficacia verticale ad ogni organismo che sia stato incaricato, con atto della pubblica autorità, di prestare, sotto il controllo di quest'ultimo,

Le direttive sono sicuramente gli atti legislativi derivati europei *più rilevanti* in materia di gare e appalti pubblici. Come abbiamo già avuto occasione di dire nel paragrafo sull'evoluzione storico-normativa della disciplina dopo l'avvento delle Comunità europee, le principali direttive dell'Unione in materia sono la Direttiva n. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; la Direttiva n. 2014/24/UE, sugli appalti pubblici, che abroga la Direttiva 2004/18/CE; e la Direttiva n. 2014/25/UE, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, che abolisce la Direttiva 2004/17/CE.

È importante sottolineare che, nonostante in teoria le direttive impongano agli Stati membri soltanto un obbligo di risultato, in pratica, le direttive sugli appalti vengono, sempre di più, specificando in dettaglio il trattamento della materia, lasciando poco spazio (a volte nessuno) per l'attuazione da parte degli Stati membri. Tuttavia, è possibile riconoscere l'esistenza di una certa autonomia degli Stati nel recepimento della materia.

In questo senso, il nuovo *Codice dei contratti pubblici italiano*, per esempio, prevede la figura dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), con ampia potestà normativa e disciplinare, che non ha precedenti negli altri paesi dell'Unione, suscitando, di conseguenza, una grande discussione sul sistema delle fonti secondarie nell'ordinamento giuridico italiano¹¹⁵.

un servizio di interesse pubblico e che dispone a tale effetto di poteri esorbitanti rispetto alle regole applicabili nei rapporti tra privati" (Chieppa, R., Giovagnoli, R., *Manuale di diritto amministrativo*, Ed. Giuffrè, Milano 2012, p. 29).

¹¹⁵ La Legge delega n. 11/2016, nell'art. 1, comma 1, lett. "t", prevede l'attribuzione all'ANAC "di più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali *linee guida*, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità

3.2.3. Le decisioni

L'art. 288 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE) stabilisce che "la decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi. Se designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi".

Si tratta quindi di un *atto vincolante*, in tutti i suoi elementi, che non può essere applicato in *maniera incompleta*, così come accade con il regolamento.

Le decisioni possono essere rivolte agli Stati membri o ad individui, ed avere uno o più destinatari. Le decisioni che specificano il destinatario devono essere *notificate* alla parte interessata (attraverso l'invio di una lettera raccomandata con ricevuta di ritorno oppure possono essere pubblicate sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea). Queste decisioni hanno *effetto*

di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa" (corsivi nostri). Per dare attuazione a questa disposizione, l'art. 213, comma 2 del D.lgs. n. 50/2016 prevede che: "L'ANAC, attraverso *linee guida*, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche. Trasmette alle Camere, immediatamente dopo la loro adozione, gli atti di regolazione e gli altri atti di cui al precedente periodo ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti. Resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa. L'ANAC, per l'emanazione delle linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla Legge n. 11, del 2016, e dal presente Codice" (corsivi nostri).

diretto. Tuttavia, dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, non è più necessario che una decisione specifichi il proprio destinatario, come abbiamo visto nella trascrizione dell'art. 288 TFUE sopra. In questo caso, le decisioni possono essere adottate mediante procedure legislative, senza però che siano ritenute atti legislativi¹¹⁶.

Le decisioni rivolte agli *Stati* si differenziano dalle direttive in quanto esprimono un preceitto completo, senza la necessità per i destinatari di emanare misure di attuazione a carattere normativo, laddove le decisioni rivolte agli *individui* sono di solito emesse dalla Commissione nell'ambito del suo potere di vigilanza sull'applicazione del Trattato, come succede con le decisioni relative all'applicazione delle regole di concorrenza, le quali possono comportare degli obblighi pecuniari¹¹⁷.

In materia di *appalti pubblici*, tra le principali decisioni di carattere generale ancora vigenti possiamo evidenziare la Decisione Eurostat, 11 febbraio 2004, che riguarda i contratti a lungo termine tra unità governative e *partner* non governativi (partenariati pubblico-privato); la Decisione della Commissione del 20 dicembre 2011 riguardante l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 106, comma 2, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di Stato sotto forma di compensazioni degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale; e la Decisione del Consiglio del 2 dicembre 2013 relativa alla conclusione del protocollo che modifica l'accordo sugli appalti pubblici (2014/115/UE).

¹¹⁶ Lescot, C., *Organisations européennes* : Union européenne, Conseil de l'Europe et autres organisations, Diciassettesima edizione, Ed. Larcier, Bruxelles 2015, pp. 110-2.

¹¹⁷ Draetta, U., *Elementi di diritto dell'Unione europea: parte istituzionale, ordinamento e struttura dell'Unione europea*, Quinta edizione, Ed. Giuffrè, Milano 2009, p. 274.

3.2.4. Le raccomandazioni e i pareri

Gli atti tipici non vincolanti del diritto dell'Unione europea sono la *raccomandazione* e il *parere*.

Le raccomandazioni, di regola, si configurano come atti ai quali viene generalmente riconosciuto un valore “esortativo”, nel senso che richiedono al destinatario dell’atto di tenere un determinato comportamento in linea con gli obiettivi e le finalità delle disposizioni vigenti nell’ordinamento europeo. I pareri, invece, si configurano, di regola, come atti che tendono piuttosto ad esprimere il punto di vista dell’istituzione che li emette in riferimento ad una determinata materia¹¹⁸.

In questo senso, le *raccomandazioni* e i *pareri* non pongono alcun *obbligo* né creano *diritti* per i rispettivi destinatari, ma forniscono *la posizione delle istituzioni* dell’Unione e stabiliscono le *linee di azione* (raccomandazioni) oppure gli *indirizzi operativi* (pareri), fornendo indicazioni sull’interpretazione e il contenuto del diritto europeo¹¹⁹.

Un esempio di raccomandazione in tema di *appalti pubblici* è la Raccomandazione della Commissione del 9 aprile 2013 relativa all’uso di

¹¹⁸ Calamia, A. M., Vigiak, V., *Manuale breve di diritto dell’Unione europea*, Nona edizione, Ed. Giuffrè, Milano 2017, pp. 119-20.

¹¹⁹ La Corte di Giustizia, nella *Sentenza Grimaldi*, ha affermato, inoltre, che “le raccomandazioni non possono considerarsi come atti privi di qualsiasi effetto giuridico, i giudici nazionali sono tenuti a prenderle in considerazione per risolvere le controversie sottoposte al loro giudizio, in particolare quando le raccomandazioni stesse sono di aiuto nell’interpretazione di norme nazionali adottate allo scopo di garantirne l’attuazione, o mirano a completare norme dell’Unione europea aventi natura vincolante” (Unione europea, *Sentenza 13 dic. 1989, Causa 322/1988, Salvatore Grimaldi contro Fonds des maladies professionnelles, Raccolta della Giurisprudenza 1989-04407*).

metodologie comuni per misurare e comunicare le prestazioni ambientali nel corso del ciclo di vita dei prodotti e delle organizzazioni.

3.2.5. *Gli atti atipici*

Gli atti atipici dell'Unione sono atti, di regola *non vincolanti*, che vengono emanati dalle istituzioni e che non rientrano tra quelli indicati espressamente nell'art. 288 TFUE, tra i quali possono essere evidenziati i *regolamenti interni*, gli *accordi interistituzionali*, le *dichiarazioni comuni*, le *comunicazioni*, gli *inviti*, i *codici di condotta*, gli *orientamenti generali*, le *istruzioni pratiche*, i *programmi generali*, e i *libri verdi e bianchi*.

Esiste una grande varietà di atti atipici, *alcuni previsti* da altri articoli dei trattati istitutivi dell'UE (regolamenti interni, accordi interistituzionali), laddove altri sono stati sviluppati *dalla pratica istituzionale* (conclusioni, risoluzioni o orientamenti). Generalmente hanno una portata politica. Taluni possono tuttavia avere effetti vincolanti, i quali restano comunque limitati all'ambito istituzionale dell'UE¹²⁰.

Tra i più importanti atti atipici in materia di *appalti pubblici* segnaliamo la Comunicazione adottata dalla Commissione il 27 novembre 1996, su proposta del Commissario Mario Monti, che presenta il "Libro Verde sugli appalti pubblici nell'Unione europea: spunti di riflessione per il futuro"; la Comunicazione, presentata dalla Commissione del 30 aprile 2004, che adotta il "Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni"; il "Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici", del 25 giugno 2008; l'Orientamento

¹²⁰ De Luca, P., *Gli atti atipici nel diritto dell'Unione europea*, Ed. G. Giappichelli, Torino 2012, p. 8.

del 2015 intitolato “Appalti pubblici: orientamenti per i funzionari responsabili degli appalti sugli errori più comuni da evitare nei progetti finanziati dai Fondi strutturali e d'investimento europei”; la Dichiarazione della Commissione sugli appalti pubblici, del 27 ottobre 2016, che riguarda l'accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra; e l'iniziativa dalla Commissione che introduce il “Libro Bianco sul futuro dell'Europa”, del 1 marzo 2017.

3.3. L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea e il dialogo con le fonti nazionali

Il *principio di autonomia* dell'ordinamento giuridico dell'UE è stato elaborato dalla Corte di Giustizia ancora nel 1963, con la *Sentenza Van Gend en Loos*, che ha stabilito che “la Comunità economica europea costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati membri hanno rinunciato, seppure in settori limitati, ai loro poteri sovrani ed al quale sono soggetti non soltanto gli Stati membri, ma pure i loro cittadini”¹²¹.

In seguito, la *Sentenza Flaminio Costa*, del 1964, ha affermato i *principi di autonomia* e di *indipendenza* del diritto comunitario, dimostrando la *supremazia o preminenza del diritto comunitario* su quello nazionale, nonché il *principio di uniforme applicazione* negli Stati membri¹²².

¹²¹ Unione europea, *Sentenza 5 feb. 1963, Causa 26/1962*, Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Tariefcommissie di Amsterdam, Massima, punto 3, *Raccolta della Giurisprudenza 1963-00003*).

¹²² In questo senso, la Corte di Giustizia ha stabilito che “a differenza dei comuni trattati internazionali, il trattato CEE ha istituito un *proprio ordinamento giuridico*, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'atto dell'entrata in vigore del trattato e che i

Il *principio di leale cooperazione* (ex art. 10 TCE)¹²³, secondo Alessandro Zanelli e Giuseppe Romeo, “statuisce, chiaramente, una superiorità del diritto comunitario su quello nazionale nonché afferma una necessità d’integrazione dello stesso concretizzando nell’architettura del TCE l’orientamento costante e consolidato di una giurisprudenza importante della *Corte di Giustizia* in materia. Non solo. Ma per misure di carattere *generale e particolare* si intende un’applicabilità del diritto comunitario piena e incondizionata nei sistemi nazionali”¹²⁴.

giudici nazionali sono tenuti ad osservare. Instituendo una comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità, di capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale, ed in ispecie di *poteri effettivi* provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni degli Stati alla comunità, questi hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi *un complesso di diritto vincolante* per i loro cittadini e per loro stessi. Tale integrazione nel diritto di ciascuno Stato membro di norme che promanano da fonti comunitarie e, più in generale, lo spirito e i termini del trattato hanno per corollario *l'impossibilità per gli Stati di far prevalere*, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non è opponibile all’ordinamento stesso. Scaturito da una *fonte autonoma*, il diritto nato dal trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, *trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno* senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa comunità (corsivi nostri) (Unione europea, *Sentenza 15 lug. 1964, Causa 6/1964, Domanda di pronuncia pregiudiziale Flaminio Costa contro E.N.E.L., Massima, punto 3, Raccolta della Giurisprudenza 1964-01129*).

¹²³ L’art. 10 del *Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE)*, successivamente cambiato in *Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE)* all’entrata in vigore del *Trattato di Lisbona*, stabiliva che “gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l’esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato, ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità ...”. Attualmente, il comma 1 dell’art. 291 TFUE dispone che “gli Stati membri adottano tutte le misure di diritto interno necessarie per l’attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell’Unione”.

¹²⁴ Zanelli, A., Romeo, G., *Profili di diritto dell’Unione europea*, Ed. Rubbettino, Soveria Mannelli 2002, pp. 221-2.

In questo senso e come abbiamo già analizzato, le norme del diritto derivato europeo munite di *efficacia diretta* (c.d. norme *self-executing*), non necessitano, per produrre effetti giuridici negli ordinamenti statali, di recezione interna, attribuendo ai singoli situazioni giuridiche soggettive da far valere innanzi ai giudici nazionali, sia nei confronti dei pubblici poteri (c.d. *efficacia verticale*) sia nei confronti di altri singoli (c.d. *efficacia orizzontale*), al fine di ottenere la *disapplicazione* di un provvedimento nazionale o la cessazione di una condotta in contrasto con la normativa del Trattato¹²⁵.

In base a quanto esposto, possiamo riassumere le *caratteristiche del diritto dell'Unione europea* affermando che si tratta di uno strumento dell'interesse comune dei popoli e degli Stati dell'Unione, che non è un diritto straniero o addirittura un diritto esterno (se così fosse, le sue caratteristiche legali sarebbero incomprensibili e inaccettabili): esso rappresenta il *diritto proprio di ogni Stato membro*, applicabile sul suo territorio così come nella sua legislazione nazionale, con quella qualità in più che corona la gerarchia degli atti normativi di ciascuno di essi. Per sua natura, infatti, il diritto dell'Unione ha una *forza di penetrazione* specifica nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri e possiede le seguenti proprietà: a) *applicabilità o integrazione immediata*: la norma europea acquisisce automaticamente lo stato di *diritto positivo* nell'ordinamento interno degli Stati membri; b) *applicabilità diretta o effetto diretto*: la norma dell'Unione può creare, di per sé, dei diritti e dei doveri per i privati; c) *primo o supremazia*: le norme dell'Unione hanno *rango superiore* rispetto a qualsiasi norma nazionale; tutto questo è possibile soltanto perché il diritto dell'UE costituisce un *ordinamento giuridico autonomo*¹²⁶.

¹²⁵ Michetti, M., *L'ordinamento europeo – Le politiche dell'Unione* (a cura di Mangiameli, S.), Ed. Giuffrè, Milano 2008, p. 56.

¹²⁶ Isaac, G., Blanquet, M., *Droit général de l'Union européenne*, Decima edizione, Ed. Sirey/Dalloz, Parigi 2012, pp. 367.

3.4. La Corte di Giustizia dell'Unione europea

La *Corte di Giustizia dell'Unione europea* (CGUE), con sede a Lussemburgo, è stata creata nel 1952 dai sei Stati membri fondatori dell'allora Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA), sotto il nome di "Corte di Giustizia della CECA" e con il ruolo di garantire il rispetto del diritto comunitario, di farlo applicare uniformemente da tutti gli Stati membri e di risolvere le controversie provocate dalla sua applicazione¹²⁷.

Il *ruolo* e la *potestà* della Corte di Giustizia vengono disciplinati attualmente dagli artt. 251 a 281 TFUE.

La Corte è un *organo unitario*, suddiviso in *tre nuclei* di attuazione: la *Corte di Giustizia*, il *Tribunale* e il *Tribunale della funzione pubblica*, quest'ultimo, creato nel 2004, con competenza per giudicare le cause che coinvolgono l'Unione e i propri dipendenti.

Conformemente a quanto stabiliscono gli artt. 253 e 254 TFUE, la Corte è composta di *un giudice* per ciascuno Stato membro, i giudici vengono assistiti da *otto avvocati generali*, designati dagli Stati membri, che hanno il compito di presentare pareri motivati sulle cause sottoposte al giudizio della Corte. Sia i giudici che gli avvocati generali sono scelti tra personalità che offrano tutte le garanzie di *indipendenza* e che riuniscano le condizioni richieste per l'esercizio, nei rispettivi paesi, delle *più alte funzioni*

¹²⁷ Con i Trattati di Roma, del 25 marzo 1957, istitutivi della Comunità economica europea (CEE) e della Comunità europea dell'energia atomica (EURATOM), la Corte di Giustizia della CECA fu ribattezzata *Corte di Giustizia delle Comunità europee* (CGCE), comune alle tre Comunità. Infine, in seguito al *Trattato di Lisbona*, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, la corte ha cambiato il nome in *Corte di Giustizia dell'Unione europea* (CGUE).

giurisdizionali, ovvero che siano giureconsulti di notoria competenza. Tanto i giudici quanto gli avvocati generali hanno un *mandato di sei anni, rinnovabile*.

L'esercizio della funzione giudiziaria all'interno dell'UE prevede un'articolazione dei lavori tra *Corte di Giustizia* e *Tribunale*. Quest'ultimo si pronuncia sulle cause promosse da privati cittadini, imprese ed organizzazioni, e su cause in materia di concorrenza. Le sue decisioni possono essere impugnate davanti alla Corte di Giustizia¹²⁸.

La Corte, invece, oltre a giudicare i ricorsi contro le sentenze del Tribunale di primo grado, dispone di un'ampia *competenza giurisdizionale* che comprende: a) il *ricorso per inadempimento*, avviato dalla Commissione, quando essa "reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati" (art. 258 TFUE); b) il *ricorso per annullamento*, nell'esercizio "del controllo di legittimità sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi", così come "il controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi" (art. 263 TFUE); c) il *ricorso per carenza* intrapreso dagli Stati membri e dalle altre istituzioni dell'Unione (art. 265 TFUE) "qualora, in violazione dei trattati, il Parlamento europeo, il Consiglio europeo, il Consiglio, la Commissione o la Banca centrale europea si astengano dal pronunciarsi"; d) il *rinvio pregiudiziale* sull'interpretazione dei trattati oppure sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli

¹²⁸ Cavino, M., Conte, L., *Il diritto pubblico*, Ed. Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2014, pp. 236-7.

organismi dell'Unione, dopo che la questione specifica sia stata sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri (art. 267 TFUE)¹²⁹.

Va sottolineato che dal 1979 la Corte di Giustizia ha consolidato la convinzione che, in virtù del *principio della preminenza del diritto comunitario*, "il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale"¹³⁰⁻¹³¹.

Andrea Sirotti Gaudenzi pone l'attenzione sul fatto che la consacrazione del primato del diritto eurounitario rende il giudice nazionale vero *protagonista* dell'applicazione del diritto dell'Unione senza, tuttavia, che sia possibile dar vita a *improbabili automatismi*, in virtù della possibilità che egli ha di rivolgersi

¹²⁹ Unione europea, *Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea*, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, 26.10.2012, c 326, pp. 47-390.

¹³⁰ Unione europea, *Sentenza 9 mar. 1978, Causa 106/1977*, Domanda di pronuncia pregiudiziale Amministrazione delle finanze dello Stato contro S.p.A. Simmenthal, Massima, punti 3 e 4, *Raccolta della Giurisprudenza* 1978-00629.

¹³¹ Celotto, A., La prevalenza del diritto comunitario sul diritto degli Stati: ambito e portata della disapplicazione, in *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional*, n. 8, pp. 113-129, 2007, p. 113.

al giudice comunitario ai sensi dell'art. 267 TFUE o qualora la contrarietà sia evidente *ictu oculi*¹³²⁻¹³³⁻¹³⁴.

3.5. L'adattamento dei diritti nazionali al diritto dell'Unione europea

Una delle principali caratteristiche dell'Unione europea rispetto ad altre organizzazioni internazionali riguarda la potestà di stabilire atti che creano diritti ed obblighi per i cittadini dei Paesi membri e quindi *devono essere integrati* negli ordinamenti giuridici nazionali con lo scopo di dare effettività ai diritti dei cittadini.

In questo senso, con il termine *adattamento* si fa riferimento "al procedimento mediante il quale le norme di un ordinamento straniero, nel nostro caso quelle dell'Unione, entrano a far parte del diritto interno di ciascuno Stato"¹³⁵.

¹³² Gaudenzi, A. S., *I ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, Ed. Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2015, p. 200-1.

¹³³ L'art. 267 TFUE stabilisce che "quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione".

¹³⁴ Unione europea, *Sentenza 29 apr. 1999, Causa 224/1997, Erich Ciola contro Land Vorarlberg, Domanda di pronuncia pregiudiziale Verwaltungsgerichtshof - Austria, Raccolta della Giurisprudenza 1999 I-02517*.

¹³⁵ Natale, E., *Compendio di diritto dell'Unione europea*, Settima edizione, Ed. Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2016, p. 177.

Questo è giustificato dal fatto che il c.d. “principio della preminenza” implica che il trasferimento di competenze dagli Stati all’Unione europea comporta il primato del diritto dell’Unione sulle norme interne con esso contrastanti, sia precedenti che successive, quale che sia il loro rango, anche costituzionale¹³⁶.

Va sottolineato che la preminenza del diritto dell’UE non significa la produzione di effetti assoluti nell’ordinamento interno, ma la risoluzione del conflitto tramite la non applicazione del diritto interno incompatibile, senza l’obbligo della previa rimozione di esso in via legislativa o mediante procedimenti costituzionali. Invece, se la norma comunitaria non è direttamente applicabile oppure non è in grado di produrre effetti diretti, la norma interna contrastante deve essere interpretata in modo da renderla conforme a quella comunitaria.

In quest’ottica, la giurisprudenza comunitaria ha costantemente affermato che “il giudice nazionale ha l’obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di dare al singolo la tutela che quel diritto gli attribuisce, disapplicando di conseguenza la norma interna configgente, sia anteriore che successiva a quella comunitaria”¹³⁷⁻¹³⁸

¹³⁶ D’Avino, F. M., *Compendio di diritto dell’Unione europea*, Ed. Primiceri, Padova 2016, p. 81.

¹³⁷ Tesauro, G., *Diritto comunitario*, Ed. Cedam, Padova 2001, p. 158.

¹³⁸ Il principio del *primato del diritto dell’Unione* viene riconosciuto dalla Corte di Giustizia UE nel 1964 in netto contrasto con quanto aveva deciso la Corte Costituzionale italiana, nella Sentenza Costa contro Enel, in cui affermava che “le norme comunitarie non erano dotate di particolare resistenza sotto il profilo costituzionale, potendo essere modificate, derogate o abrogate da successive leggi ordinarie deli Stati membri”. La Corte UE, invece, ha ritenuto che “a differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell’ordinamento giuridico degli Stati membri (...) che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare”. Gli Stati membri “hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini

La preminenza del diritto eurounitario, in *Francia*, viene riconosciuta dalla Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato nel 1970¹³⁹. In *Italia*, il cambiamento giurisprudenziale della Corte Costituzionale al fine di individuare il diritto dell'UE come principio costituzionale risale al 1984 ed è stato ribadito dal comma 1 dall'art. 117 della Costituzione, come riformato dalla Legge Costituzionale n. 3/2001¹⁴⁰.

L'adattamento dell'ordinamento interno agli *atti normativi primari* avviene mediante due distinti procedimenti: un *procedimento speciale*, con l'adozione dell'ordine di esecuzione, ovvero tramite la previsione nella legge di ratifica di una norma in cui si dà atto che viene data piena e intera esecuzione al trattato; o un *procedimento ordinario*, con la riformulazione da parte del legislatore di un nuovo testo legislativo¹⁴¹.

L'adattamento che ci interessa di più in questo studio riguarda le fonti di *diritto derivato*, dato che concernono direttamente la disciplina giuridica degli appalti pubblici.

L'adattamento alle fonti *derivate vincolanti* del diritto europeo avviene tramite l'adozione di provvedimenti nazionali che *gli stessi atti comunitari* impongono per la loro attuazione.

e per loro stessi" (CGUE, Flaminio Costa contro Enel, *Sentenza 15 lug. 1964, Causa 6/1964*, Raccolta della giurisprudenza 1964/01129) (Baratta, R., *Lezioni di diritto dell'Unione europea*, Ed. LUISS, Roma 2017, p. 215).

¹³⁹ Cour de Cassation Criminel 22 ott. 1970, Ramel, D. 1971, 221; 7 gen. 1972, Guérini, D. 1972, 498; Conseil d'État 10 lug. 1970.

¹⁴⁰ Corte Costituzionale, S.p.A. Granital contro Amministrazione delle Finanze dello Stato, *Sentenza 8 giu. 1984, n. 170*.

¹⁴¹ D'Avino, F. M., *Compendio di diritto dell'Unione europea*, Ed. Primiceri, Padova 2016, p. 84.

I *regolamenti* e le *decisioni*, come abbiamo visto nel paragrafo 3.2 di questo Capitolo, in linea di massima non richiedono l'adozione di provvedimenti nazionali, siano essi leggi o atti amministrativi, dato che sono obbligatori in tutti i loro elementi e, di solito, sono *direttamente applicabili* negli Stati membri. Le eccezioni concernono i regolamenti che non sono completi e devono essere integrati con misure di esecuzione e le decisioni rivolte agli Stati che impongano l'adozione di una normativa interna di attuazione¹⁴².

Le direttive, invece, che sono, come abbiamo visto, gli atti legislativi derivati europei *più rilevanti* in materia di gare e appalti pubblici, non sono direttamente applicabili e richiedono un'*attuazione* da parte degli Stati membri *nei limiti* da esse imposti.

In questo senso, il comma 1 dell'art. 26 della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 2014/24/UE, per esempio, sancisce che, nell'aggiudicazione degli appalti pubblici, "le amministrazioni aggiudicatrici applicano le procedure nazionali adattate in modo da essere conformi alla presente direttiva". La Direttiva, quindi, prevede il *recepimento obbligatorio* delle previsioni sulle procedure, lasciando un *margine di adattamento* ai diritti nazionali.

Tuttavia, nei successivi paragrafi 2 e 3 dell'art. 26, che riguardano, rispettivamente le possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di "applicare procedure aperte o ristrette" e "ricorrere a partenariati per l'innovazione", la norma stabilisce l'obbligo di applicazione "come disposto dalla presente direttiva", pertanto *senza lasciare spazio di adattamento*.

Un'altra soluzione riguarda la disciplina per la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara: l'art. 32 sancisce che questo

¹⁴² Calamia, A. M., Vigiak, V., *Manuale breve di diritto dell'unione europea*, Nona Edizione, Ed. Giuffrè, Milano 2017, p. 147.

procedimento può essere previsto dagli Stati membri risultando, dunque, a *recepimento facoltativo* ovvero *discrezionale*¹⁴³. In queste situazione, il recepimento è ad assoluta discrezione di ogni Paese, che può decidere di non recepire alcuni istituti, oppure di farli entrare ma con limitazioni o, infine, di consentire la più ampia applicazione delle nuove procedure.

In *Italia*, la Legge 24 dicembre 2012, n. 234, che fissa le norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea, negli artt. 29 e segg., *in base al principio di leale cooperazione*, sancisce i principali strumenti di *adeguamento agli atti giuridici dell'UE*, che sono: la *legge di delegazione europea*, da presentare al Parlamento entro il 28 febbraio di ogni anno, che concerne le deleghe legislative e le autorizzazioni all'attuazione in via regolamentare, e la *legge europea*, da presentare al Parlamento, che reca le disposizioni modificative o abrogative di norme interne al fine di adeguare l'ordinamento a quello dell'UE¹⁴⁴.

In *Francia* non esiste una legge che istituisca gli strumenti di adeguamento del diritto nazionale agli atti giuridici dell'UE come accade in Italia. Tuttavia, la Circolare del Primo Ministro del 27 settembre 2004, che reca la procedura di adattamento del diritto interno alle direttive e alle decisioni quadro negoziate nell'ambito delle istituzioni europee, emanata con

¹⁴³ Leggio, V., *Le procedure di gara*, in *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni* (a cura di Gallo, S.), Ed. Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2014, pp. 67-8.

¹⁴⁴ L'art. 37 della Legge n. 234/2012 prevede, inoltre, lo strumento delle "misure urgenti", su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro per gli affari europei al Consiglio dei Ministri alla fine dell'adozione di provvedimenti, anche urgenti, diversi dalla legge di delegazione europea e dalla legge europea, necessari a fronte di atti normativi dell'Unione europea o di sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea ovvero dell'avvio di procedure d'infrazione nei confronti dell'Italia che comportino obblighi statali di adeguamento, qualora il termine per provvedervi risulti anteriore alla data di presunta entrata in vigore della legge di delegazione europea o della legge europea relativa all'anno di riferimento.

l'obiettivo di ridurre il *deficit* di recepimento delle direttive in Francia, impone una serie di misure amministrative che devono essere osservate, sotto la responsabilità di una commissione interministeriale e il coordinamento dello Segretariato Generale degli Affari Europei (*Secrétariat général des affaires européennes – SGAE*).

Il SGAE trasmette alla Commissione europea, tramite la rappresentanza permanente della Francia presso l'Unione europea, tutte le informazioni relative alla trasposizione delle direttive e, più in generale, all'applicazione delle normative europee in Francia. In caso di problemi derivanti dall'applicazione del diritto eurounitario, le risposte delle autorità francesi alla CE, nell'ambito delle procedure precontenzie, sono preparate a livello interministeriale dal SGAE.

CAPITOLO III

LA PROCEDURA DI SCELTA DEL CONTRAENTE

1. INTRODUZIONE

Innanzitutto è importante sottolineare che una delle differenze più importanti tra la legislazione italiana e quelle francese e brasiliana in materia di appalti e di contratti pubblici riguarda la *natura giuridica* dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni.

Questo perché, differentemente dal “droit administratif” francese e dal “direito administrativo” brasiliano, il diritto amministrativo italiano non riconosce la categoria autonoma dei contratti amministrativi (“contrats administratifs” oppure “contratos administrativos”)¹⁴⁵.

Nel *diritto amministrativo italiano* prevale il convincimento che non esista un contratto amministrativo o un contratto di diritto pubblico *ontologicamente diverso* dai contratti in generale; in tal modo, ai rapporti convenzionali della P.A. vengono applicate le stesse regole che il Codice civile prevede per gli obblighi e i contratti in genere, ma pur sempre con gli opportuni aggiustamenti, a motivo dell’interesse pubblico coinvolto. Secondo la più risalente dottrina, i contratti delle pubbliche amministrazioni sono manifestazioni di *autonomia negoziale* della PA, caratterizzate dal

¹⁴⁵ Scoca, S. S., *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Ed. Giuffrè, Milano 2008, pp. 8-9.

perseguimento di scopi pubblicistici attraverso l'adozione di strumenti privati¹⁴⁶.

Dopo l'analisi della dottrina dai primi del '900 fino ad oggi, da Amorth a Giannini, si ritiene che "in definitiva, il contratto è e rimane uno strumento di diritto privato, disciplinato, salvo le norme 'speciali', dal diritto dei privati; la sua natura privatistica comporta che l'amministrazione si colloca in posizione paritaria rispetto alla controparte, e che entrambe sono titolari di diritti soggettivi; questo perché il raggiungimento dello scopo è assicurato dall'anteriore fase pubblicistica"¹⁴⁷.

In questo senso, è possibile distinguere i contratti della P.A. italiana in *tre categorie principali*: a) i *contratti ordinari di diritto privato*, che sono i classici contratti di diritto civile, disciplinati dalle ordinarie norme civilistiche senza alcuna differenza derivante dalla natura pubblicistica di uno dei contraenti (ad esempio, i contratti di vendita, d'appalto, di locazione); b) i *contratti speciali di diritto privato*, che presentano una disciplina speciale rispetto ai corrispondenti contratti di diritto comune (per esempio, il contratto di trasporto ferroviario); e c) i *contratti ad oggetto pubblico*, caratterizzati dall'incontro tra provvedimento amministrativo e contratto (si pensi ai contratti accessivi di concessione amministrativa, ai contratti ausiliari di provvedimenti e ai contratti sostitutivi).

¹⁴⁶ In questo senso, Antonio Cianflone, Giorgio Giovannini e Vincenzo Lopilato affermano: "L'attività che lo Stato e gli enti pubblici svolgono mediante strumenti propri del diritto privato è, peraltro, sempre indirettamente collegata all' interesse pubblico e indirettamente è influenzata e talvolta circoscritta dal diritto pubblico dalle cui norme, ciascun ente nel suo ambito, non può prescindere. Il diritto privato, per lo Stato e gli altri enti pubblici, è sempre mezzo per soddisfare interessi pubblici" (Cianflone, A., Giovannini, G., Lopilato, V., *L'appalto di opere pubbliche*, Tredicesima edizione, Ed. Giuffrè, Milano 2018, p. 332).

¹⁴⁷ Scoca, S. S., *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Ed. Giuffrè, Milano 2008, pp. 65-6.

In breve, i contratti della P.A. italiana sono disciplinati dal *diritto privato*, distinguendosi dai contratti firmati nel campo privato soltanto per *alcune deroghe* tipiche e necessarie al *perseguimento dell'interesse pubblico affidato alle sue cure*, così come da una preliminare fase procedimentale che addiende alla *deliberazione di contrattare*, seguita dalla *scelta del contraente*.

A sua volta, la dottrina amministrativista francese, che *ispira notevolmente il diritto amministrativo brasiliano*, riconosce due fattispecie fondamentali: il *contratto amministrativo* e il *contratto privato della pubblica amministrazione*. Alla prima categoria appartengono i c.d. *contratti speciali di diritto privato* e i *contratti ad oggetto pubblico* del diritto italiano, che sono quelli in cui l'Amministrazione esprime la sua posizione di supremazia o superiorità, mentre il contratto privato francese assomiglia ai c.d. *contratti ordinari di diritto privato* italiano¹⁴⁸.

Infatti, la determinazione della *natura giuridica*, amministrativa o non, di un contratto concluso da un ente pubblico o, in determinate condizioni, da un privato nell'esercizio di una potestà pubblica, è importante per definire la *legge applicabile* al contratto e la *giurisdizione competente* in caso di controversie relative al contratto¹⁴⁹.

La *natura dei contratti* della P.A. francese può essere stabilita dalla legge. In questo modo, sono contratti amministrativi, tra gli altri, gli *appalti di lavori*

¹⁴⁸ Waline, J., *Droit administratif*, Venticinquesima edizione, Ed. Dalloz, Parigi 2014, pp. 431-2. Frier, P. L., Petit, J. *Droit administratif*, Decima edizione, Ed. LGDJ, Parigi 2015, p. 392; tra gli altri.

¹⁴⁹ In questo senso, la giurisdizione applicabile ai contratti amministrativi già aggiudicati, in Italia, sarà sempre del giudice ordinario, soprattutto in vista dalla natura privatistica a essi riconosciuta. Invece, le controversie relative a eventuali vizi nel procedimento di evidenza pubblica sono soggette alla giurisdizione amministrativa, come avremo l'opportunità di analizzare in dettaglio nella Seconda Parte di questa tesi (Italia, Consiglio di Stato, *Sentenza 24 mar. 2004*, Sezione lav., n. 5941, II, 1577) [Massera, A., *Trattato del contratto* (a cura di Roppo, V.), v. 6, Ed. Giuffrè, Milano 2006, p. 1040].

pubblici (Legge del 28 Pluvioso, Anno VIII), i *contratti di concessione demaniale* (Decreto-Legge del 17 giugno 1938), l'*indebitamento pubblico dello Stato* (Leggi del 17 luglio 1790 e del 26 settembre 1793), i *contratti pubblici disciplinati dal codice degli appalti pubblici* (Legge 11 dicembre 2001, n. 1168, art. 2)¹⁵⁰⁻¹⁵¹.

In altri casi, la natura viene disposta dalla giurisprudenza, sia per un *criterio organico* (il contratto è considerato amministrativo se contiene almeno una persona pubblica come parte) oppure *materiale* (se sono presenti clausole

¹⁵⁰ La Corte di Cassazione (Francia, Cass. 1^a civ., 17 dic. 1996, Sté Locunivers: Bull, civ. I, n. 464; Dir. Amm., 1997, comm. n. 122, note L. Richer) e il *Tribunal des Conflits* (Francia, T. confl., 5 lug. 1999, Cne Sauve: Juris-Data n. 1999-100020, Dir. Amm, 1999, comm. n. 248, note R. S.; RFD amm., 1999, p. 1163, concl. R. Shartz; RD publ. 2000, p. 247, note Fl. Llorens) aveva accettato che gli appalti pubblici potessero essere contratti di diritto privato. Nella sentenza "Comune di Sauve", il *Tribunal des Conflits* aveva dichiarato che la semplice presentazione di un contratto per il Codice degli appalti non era sufficiente per conferire ad esso un carattere amministrativo, "qualora nell'esecuzione di un servizio pubblico non abbia partecipato alcun contraente privato e non sia stata prevista alcuna clausola esorbitante il diritto comune". Queste decisioni giurisprudenziali hanno portato alcuni a mettere in discussione il regime giuridico degli appalti pubblici "di diritto privato". Le principali questioni sollevate riguardavano la competenza da parte del giudice ordinario, nell'ipotesi di assenza della fase precontrattuale. Ansioso di rispondere alle domande poste dalla giurisprudenza, il legislatore ha scelto di intervenire. La Legge del 11 dicembre 2001, n. 2001-1168, sulle "misure urgenti per le riforme economiche e finanziarie", detta Legge "Murcef", ha stabilito nel suo art. 2 che "i contratti aggiudicati ai sensi del Codice degli appalti hanno carattere di contratti amministrativi" (Castaing, B., Noguellou, R., Prebissy-Schnall, C., *Les marchés publics*, Ed. Litec, Parigi 2002, pp. 4-5. Nello stesso senso: Chabanol, D., Jouguelet, J. P., Bourrachot, F., *Le régime juridique des marchés publics*, Ed. Le Moniteur, Parigi 2007, pp. 18-9).

¹⁵¹ In senso contrario, la legge può anche escludere automaticamente alcune categorie particolari di accordi dal regime giuridico dei contratti amministrativi: l'art. 25 della Legge del 2 luglio 1990, n. 90.568, stabilisce che le relazioni tra La Poste e France Telecom con i propri utenti, fornitori e parti terze sono regolate dalla legge comune.

di regime esorbitanti dal diritto comune oppure se l'oggetto è l'organizzazione o la realizzazione di un servizio pubblico)¹⁵².

Nello stesso modo, il *diritto amministrativo brasiliano* attribuisce ai contratti amministrativi *regime giuridico di diritto pubblico*, applicandosi, in maniera sussidiaria, le norme del diritto privato.

Questo è il contenuto del *caput* dell'art. 54 della Legge 21 giugno 1993, n. 8666, che apre il capitolo denominato "Dei Contratti" dello Statuto Federale sulle gare d'appalto brasiliano, *in verbis*:

"I Contratti amministrativi di cui tratta questa legge sono disciplinati dalle sue clausole e dai *principi di diritto pubblico*, a cui si applicano, in aggiunta, i principi della teoria generale dei contratti e le disposizioni del diritto privato" (corsivi nostri).

In questo senso, l'autorevole dottrina definisce il contratto amministrativo come "l'intesa che la P.A., nelle sue qualità, sigla con un'impresa privata o altra entità amministrativa per il raggiungimento di obiettivi di interesse pubblico, secondo le condizioni dettate dalla stessa Amministrazione"¹⁵³. In questo concetto s'inquadrano le intese dell'Amministrazione centralizzata o diretta e quelle dell'Amministrazione decentralizzata o indiretta, in quanto entrambe possono firmare contratti con

¹⁵² Rouault, M. C., *Droit administratif*, Dodicesima edizione, Gualino, Issy-Ies-Moulineaux, 2016, pp. 144-8. Morand-Deviller, J., *Droit administratif*, Quattordicesima edizione, LGDJ, Parigi, 2015, pp. 380-7. Lombard, M., Dumont, G., *Droit administratif*, Nona edizione, Dalloz, Parigi, 2011. pp. 268-73. Lebreton, G., *Droit administratif général*, Ottava edizione, Dalloz, Parigi, 2015, pp. 288-303. Velle, S. *Droit administratif*, Decima edizione, Vuibert, Parigi, 2013, pp. 168-72. Ricci, J.C., *Droit administratif général*, Quinta edizione, Hachette Supérieur, Parigi, 2013, p. 211.

¹⁵³ Meirelles, H. L., *Llicitação e contrato administrativo*, Dodicesima edizione, Ed. Malheiros, San Paolo 1999, pp. 172-3.

caratteristiche amministrative che li sottopongono ai precetti del *diritto pubblico*.

In poche parole, siamo in grado di concettualizzare il *contratto amministrativo*, nel diritto brasiliano, come l'intesa raggiunta tra la P.A. e, di regola, il vincitore di una gara, vincolata essenzialmente alle norme del diritto pubblico, che si propone come obiettivo la realizzazione di attività direttamente o indirettamente finalizzate al conseguimento dell'interesse pubblico.

Il regime giuridico di diritto pubblico conferisce alla P.A. brasiliana una *posizione di superiorità* rispetto ai contraenti, a causa, tra i vari aspetti, della presenza delle cosiddette *clausole esorbitanti*, che imprimono quello che i francesi chiamano "*la marque du Droit Public*"¹⁵⁴.

Analizziamo, dunque, in modo sintetico, la *procedura di scelta del contraente* nei tre paesi, senza avere l'ambizione di coprire tutti gli aspetti della questione, specialmente per quanto riguarda i requisiti di *partecipazione* e l'*esclusione della gara*, temi che costituiscono l'argomento principale della tesi e saranno approfonditi nella Seconda parte di questo lavoro. Lo scopo di tali osservazioni è unicamente fornire una panoramica generale sulla procedura nei tre paesi, affinché si possa sviluppare ulteriormente l'argomento.

¹⁵⁴ Infine, è importante ricordare che la legge brasiliana, come quella francese, prevede inoltre che gli enti pubblici stipulino contratti in condizioni di parità con gli appaltatori, come accade, tra gli altri, nei contratti di assicurazione, di finanziamento, di affitto in cui il potere pubblico sia locatario, di servizi pubblici in cui esso sia in qualità di utente. Questi contratti li denominiamo *contratti amministrativi atipici* o *contratti dell'Amministrazione* (Savonitti Miranda, H., *Licitações e contratos administrativos*, Quarta edizione, Ed. Senado Federal, Brasilia 2007, pp. 155-159).

2. PRIME OSSERVAZIONI COMPARATIVE TRA LE PROCEDURE NAZIONALI

La scelta del contraente in *Francia* e in *Italia* come, inoltre, in tutti gli altri paesi europei, si caratterizza per una forte *uniformità giuridica* in virtù della presenza delle *direttive*, strumento tipico di *ravvicinamento* delle legislazioni nazionali in tema di appalti pubblici per garantire i principi comunitari di *tutela della concorrenza* nei contratti ad evidenza pubblica.

Per quanto riguarda la *scelta del contraente* da parte del committente pubblico in Europa, il nostro punto di partenza sono le regole inserite nella Direttiva n. 2014/24/UE, che stabilisce le norme sugli *appalti pubblici* nel c.d. "settore ordinario".

Secondo quanto sanciscono gli artt. dal 25 al 32 della direttiva suddetta, le *possibili* procedure da adottare per gli Stati membri sono, a grande linee, sei: a) la *procedura aperta* (art. 27); b) la *procedura ristretta* (art. 28); c) la *procedura competitiva* con negoziazione (art. 29); d) il *dialogo competitivo* (art. 30); e) i *partenariati per l'innovazione* (art. 31); e f) la *procedura negoziata* senza pubblicazione di un bando (art. 32)¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Va sottolineato che la Corte di Giustizia dell'UE ha affermato, in base alla Direttiva n. 2004/18/CE, che conserva piena attualità, il *principio di tassatività* sia delle *procedure* che delle tipologie contrattuali. In questo senso, ha deciso che "le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute ad aggiudicare i loro appalti pubblici facendo ricorso vuoi alla procedura aperta o ristretta, vuoi, nelle circostanze specifiche espressamente previste all'art. 29 della direttiva 2004/18, al dialogo competitivo, vuoi ancora, nelle circostanze specifiche espressamente elencate agli artt. 30 e 31 della medesima direttiva, ad una procedura negoziata. L'aggiudicazione di appalti pubblici mediante altre procedure *non è autorizzata* dalla detta direttiva" (corsivo nostro) (Corte di Giustizia UE, Sezione III, *Sentenza 10 dic. 2009*, Causa n. 299/2008, Commissione europea contro Repubblica francese, punto n. 29).

Vengono previsti, in seguito, alcuni *procedimenti ausiliari* per gli appalti elettronici e aggregati, come gli *accordi quadro* (art. 33), i *sistemi dinamici di acquisizione* (art. 34), le *aste elettroniche* (art. 35) e i *cataloghi elettronici* (art. 36). Queste tecniche e strumenti, tuttavia, non possono essere considerati vere procedure di scelta del contraente, ma *strumenti per semplificare e dare trasparenza all'acquisizione*.

Inoltre, la direttiva stabilisce la possibilità di utilizzare una procedura specifica per i c.d. "contratti sotto soglia", a causa di un minor interesse, in genere, da parte delle aziende e dei prestatori di altri Stati membri, "a meno che non vi siano indicazioni concrete in senso contrario, come ad esempio il finanziamento dell'Unione per i progetti transfrontalieri" (considerando 114, comma 2).

In *Brasile*, invece, come abbiamo visto nel primo capitolo di questa tesi, nelle considerazioni sull'evoluzione storica della disciplina, l'attuale *Statuto generale per le gare d'appalto e i contratti pubblici* risale al 1993, frutto di un momento storico che apprezzava un modello *burocratizzato* di P.A. (eccessivamente vincolato alle procedure) rispetto ad uno più *imprenditoriale* (focalizzato sui risultati).

Per affrontare questa situazione, nel corso degli ultimi due decenni sono state emanate varie norme con l'obiettivo di *modernizzare* la legislazione brasiliana, stabilendo procedure di gara più flessibili, senza però *abrogare* lo Statuto generale. Di conseguenza, la *procedura di scelta del contraente* nel diritto brasiliano comporta una serie di procedure *diverse* (le modalità comuni, le modalità generali, l'asta a ribasso e il RDC), come avremo modo di specificare in seguito. Ciò ha reso la procedura di scelta del contraente, in Brasile, *più complessa* che in Italia e in Francia, a causa della quantità di norme diverse che sono coinvolte, fatto che rende piuttosto difficile la *comparazione verticale* della procedura brasiliana con quelle italiana e francese.

Inoltre, tra la promulgazione dell'attuale codice italiano e di quello francese e la legge generale brasiliana ci sono circa *23 anni di distanza*, con il risultato che la norma brasiliana non prevede innumerevoli innovazioni che sono state introdotte in Europa negli ultimi anni.

L'anno scorso, il Senato brasiliano ha approvato un *disegno di legge* (PLS n. 559/2013) che attualmente è in discussione alla Camera dei deputati. Questo progetto, se approvato, avvicinerà molto la legislazione brasiliana in materia a quella europea.

3. LA SCELTA DEL CONTRAENTE NEGLI ORDINAMENTI NAZIONALI

In Francia, l'art. L2120-1 del *Codice delle commesse pubbliche* (*Code de la commande publique*) ha definito le procedure di *scelta del contraente*, con una suddivisione in *tre gruppi* principali: a) *procedura negoziata senza previa indizione di una gara* (art. L2122-1); b) *procedura adattata* (art. L2123-1); e c) *procedura formalizzata* (art. L2124-1).

Nel primo caso, ossia quello della procedura negoziata *senza previa indizione di una gara*, la stazione appaltante può affidare un appalto *senza previa pubblicazione di un bando di gara* nei casi stabiliti da un Decreto del *Conseil d'Etat*, in particolare qualora ci sia stato un primo procedimento infruttuoso, o vi sia una particolare urgenza, o a motivo del suo oggetto o del suo valore stimato, o quando la procedura risulti inutile, impossibile o ovviamente contraria agli interessi dell'acquirente.

La *procedura adattata*, invece, si svolge: a) quando il valore stimato, IVA esclusa, è *inferiore alle soglie comunitarie*, indicate in un avviso allegato al suddetto codice; b) a causa dell'oggetto del contratto, alle condizioni stabilite da un decreto del *Conseil d'Etat*; e c) quando il valore di determinati lotti è

inferiore a una soglia stabilita dalla normativa anche se il valore stimato dell'acquisto è pari o superiore alle soglie della procedura formalizzata.

Infine, nel caso di gare del valore stimato pari o superiore alle soglie comunitarie (*procedura formalizzata*), si profilano *tre situazioni*: a) la *procedura di gara d'appalto aperta o ristretta*, che possiamo definire come una "procedura ordinaria", per cui l'acquirente sceglie la proposta economicamente più vantaggiosa senza negoziazione in base ai criteri oggettivi preventivamente portati a conoscenza dei candidati (art. L2124-2); b) la *procedura con negoziazione*, in base alla quale un'amministrazione aggiudicatrice negozia le condizioni dell'appalto pubblico con uno o più operatori economici (art. L2124-3); e c) la *procedura del dialogo competitivo* in cui l'acquirente dialoga con i candidati ammessi a partecipare alla procedura al fine di definire o sviluppare soluzioni che soddisfino le sue esigenze e sulla base delle quali tali candidati sono invitati a presentare un'offerta¹⁵⁶⁻¹⁵⁷.

In *Italia*, allo stesso modo, gli artt. dal 59 al 65 del D.lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) sanciscono le procedure di scelta del contraente per il

¹⁵⁶ Ubaud-Bergeron, M., *Droit des contrats administratifs*, Ed. Lexis Nexis, Parigi 2015, pp. 235-41.

¹⁵⁷ Conformemente al *Considerando n. 114 della Direttiva n. 2014/24/UE*, che stabilisce le norme sugli appalti pubblici nel "settore ordinario", gli Stati membri, nello stabilire la procedura di scelta del contraente nei c.d. "contratti sotto soglia", devono "godere di un'ampia discrezionalità così da organizzare la scelta dei fornitori di servizi nel modo che considerano più adeguato" tenendo conto "l'importanza del contesto culturale e della sensibilità di tali servizi". In questo senso, le norme della direttiva impongono "solo il rispetto dei principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento" e assicurano che le amministrazioni aggiudicatrici "abbiano la facoltà di applicare criteri di qualità specifici per la scelta dei fornitori di servizi, come i criteri stabiliti dal quadro europeo volontario della qualità per i servizi sociali, pubblicato dal comitato per la protezione sociale", tenendo conto dell'articolo 14 TFUE e del protocollo n. 26 (corsivi nostri). In tale contesto, gli Stati membri dovrebbero inoltre perseguire gli obiettivi della semplificazione e riduzione dell'onere amministrativo per le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici.

settore ordinario: a) le *procedure di gare d'appalto aperte o ristrette* previa pubblicazione di un bando o avviso di gara; b) la *procedura competitiva con negoziazione*; c) la *procedura negoziata* senza previa pubblicazione di un bando di gara; d) il *dialogo competitivo*; e e) il *partenariato per l'innovazione*.

Inoltre, come accade in Francia, esistono delle procedure speciali per i contratti "sotto soglia", che prevedono anche la possibilità in certi casi di ricorrere all'affidamento diretto.

Dunque, come avevo già accennato, nonostante il codice italiano e quello francese classifichino le ipotesi di scelta del contraente in modo un po' diverso, le possibilità messe a disposizione delle stazioni appaltanti sono le stesse, in virtù della forte influenza del diritto eurounitario (artt. 25 a 32 della Direttiva n. 2014/24/UE).

In Brasile, lo *Statuto generale per le gare d'appalto e i contratti pubblici*, istituito con la Legge 21 giugno 1993, n. 8666, progressivamente modificata attraverso diverse leggi, ha stabilito *cinque c.d. "modalità di gara"*, con lo scopo di realizzare procedure adeguate ad ogni peculiarità dell'attività amministrativa.

L'art. 22 dello Statuto generale per le gare d'appalto brasiliano definisce ammissibili le seguenti *modalità di gara*: a) *la concorrenza*; b) *la registrazione dei prezzi*; c) *l'invito*; d) *il concorso*; ed e) *l'asta*.

Tra le cinque modalità di gara stabilite dalla legge generale, le modalità *concorrenza*, *registrazione dei prezzi* e *invito* possono essere classificate come *modalità comuni*, in quanto sono utilizzabili per le contrattazioni in generale; la scelta di una di esse avrà luogo a partire dal valore stimato dal contratto.

Il *concorso* e l'*asta*, a loro volta, si applicano in situazioni particolari, che saranno specificate al paragrafo 3.2¹⁵⁸.

In seguito, con la Legge 17 luglio 2002, n. 10520, nel diritto brasiliiano è stata introdotta una nuova modalità di *asta* con modalità di negoziazione *al ribasso*, che può essere presenziale oppure elettronica (telematica), e che viene utilizzata per l'*acquisizione di beni e servizi comuni*, coerentemente con le disposizioni delle Direttive europee nn. 2014/24/CE e 2014/55/CE.

Infine, la Legge brasiliiana del 4 agosto 2011, n. 12.462, ha introdotto il c.d. “Regime Differenziato per i Contratti Pubblici – RDC” (*Regime Diferenciado de Contratações Públícas*, in portoghese), con l’obiettivo di modernizzare la legislazione brasiliiana in materia di appalti e di aggiudicazioni, introducendo una procedura ancora più flessibile per la selezione dei contraenti da parte della pubblica amministrazione.

È importante sottolineare che tutte le c.d. “modalità” di scelta del contraente nel diritto brasiliiano, tranne le possibilità di affidamento diretto, come in seguito si vedrà nel paragrafo 3.7, sono *procedure aperte previa pubblicazione di un bando di gara*. Dunque, non è ammissibile in nessuna situazione limitare il numero di partecipanti alla gara, perché questo costituirebbe un’offesa al principio dell’uguaglianza.

3.1. Procedura aperta previa pubblicazione di un bando di gara in Italia e in Francia

Le *procedure aperte* (*l’appel d’offres ouvert* – AAO, in francese) sono quelle in cui tutti gli operatori economici interessati possono partecipare alla

¹⁵⁸ Justen Filho, M., *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, Settima edizione, Ed. Dialética, San Paolo 2000. p. 196.

gara, preceduta da un *bando*, presentando le proprie offerte nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dalla stazione appaltante.

Secondo quanto afferma Sabino Cassese, ancora ai sensi del D.lgs. 163/2006, “alla *procedura di gara aperta* il legislatore italiano ha ricondotto la procedura per *pubblico incanto* (o *asta pubblica*), già disciplinata dalla normativa nazionale di contabilità dello Stato. Essa si contraddistingue per l'appunto per la caratteristica di consentire la massima competitività tra i soggetti aspiranti ad acquisire la posizione di controparte contrattuale dell'amministrazione pubblica ed ha avvio con la pubblicazione di un bando di gara (o ‘avviso d'asta’, secondo la terminologia più attuale)” (corsivi nell'originale)¹⁵⁹⁻¹⁶⁰.

L'art. 60 del Codice dei contratti pubblici italiano fissa a trentacinque giorni dalla data di trasmissione del bando di gara il *termine minimo* per la ricezione delle offerte, che devono essere accompagnate dalle informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione qualitativa.

¹⁵⁹ Cassese, S., *Corso di diritto amministrativo*, Terza edizione, Ed. Giuffrè, Milano 2009, p. 395.

¹⁶⁰ Nello stesso senso, Guido Corso afferma che “procedura *aperta* è quella in cui ogni operatore economico può presentare un'offerta. È sinonimo dell'asta pubblica (o pubblico incanto) prevista dalla nostra normativa di contabilità” (corsivo nell'originale) (Corso, G., *Manuale di diritto amministrativo*, Quinta edizione, Ed. G. Giappichelli, Torino 2010, p. 385).

Nel caso in cui le amministrazioni aggiudicatrici abbiano pubblicato un *avviso di preinformazione*¹⁶¹⁻¹⁶² che non sia stato usato come mezzo di indizione di una gara, il termine minimo per la ricezione delle offerte può essere *ridotto* a quindici giorni purché siano rispettate alcune regole riguardanti l'*avviso di preinformazione*, stabilite nel comma 2. Il comma 2-bis sancisce, altresì, che le amministrazioni aggiudicatrici possano ulteriormente ridurre di cinque giorni il termine minimo per la ricezione delle offerte nel caso di presentazione di offerte per *via telematica*.

L'art. L2151-1 del *Codice delle commesse pubbliche* francese (*Code de la commande publique*) stabilisce gli stessi termini per la ricezione delle offerte: di regola trentacinque giorni dalla data di trasmissione del bando, con la possibilità di una riduzione a quindici giorni nelle ipotesi in cui

¹⁶¹ Il c.d. "avviso di preinformazione" (*l'avis de préinformation*, in francese) consiste fondamentalmente in un adempimento imposto dalle norme comunitarie a carico delle amministrazioni aggiudicatrici che "mira a rendere edotto per tempo il mercato sui programmi degli enti aggiudicatori per il prossimo futuro, onde rendere trasparente la loro azione sul mercato e consentire agli operatori economici una più vivace e competitiva presenza". Tale adempimento non si richiede per le procedure negoziate senza pubblicazione preliminare di un bando di gara (Romano, S. A., *L'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Ed. Giuffrè, Milano 2011, p. 42).

¹⁶² L'art. 48 della Direttiva n. 2014/24/UE, che dispone sulla "Pubblicità e trasparenza", sancisce che le amministrazioni aggiudicatrici possano rendere nota l'intenzione di programmare appalti pubblicando un *avviso di preinformazione*. Tale avviso può essere pubblicato sia dall'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea che dalle amministrazioni aggiudicatrici sul loro c.d. "profilo di committente" (cioè nel proprio sito *internet*). Qualora l'*avviso di preinformazione* sia pubblicato dalle amministrazioni aggiudicatrici sul loro profilo di committente, esse inviano all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea un avviso della pubblicazione sul loro profilo di committente. Tali avvisi contengono le informazioni di cui all'Allegato V, Parte A. Il periodo coperto dall'*avviso di preinformazione* può durare al massimo dodici mesi dalla data di trasmissione dell'avviso per la pubblicazione. Tuttavia, nel caso di appalti pubblici per servizi sociali e altri servizi specifici, l'*avviso di preinformazione* può coprire un periodo superiore ai dodici mesi.

l'amministrazione aggiudicatrice abbia reso pubblico un avviso di preinformazione, oppure trenta giorni nel caso di offerta presentata per via elettronica. Il numero III del suddetto articolo del Codice francese prevede, inoltre, che qualora una situazione di emergenza, debitamente giustificata, renda impossibile il rispetto del termine minimo ordinario (ossia, trentacinque giorni) l'acquirente può fissare un termine non inferiore a quindici giorni dalla data di spedizione del bando di gara per la ricezione delle offerte. Oltre a quanto già detto, il Codice vieta espressamente che la stazione appaltante svolga negoziazione con gli offerenti, essendo possibile soltanto chiedere loro di specificare il contenuto della loro offerta.

Nella procedura aperta, nonché nella procedura ristretta, come in seguito si vedrà, la gara si svolge tra gli interessati in base ad un progetto di contratto ben definito in tutti i suoi elementi, in ordine al quale perciò è possibile per i partecipanti formulare un offerta precisa, la quale non potrà essere modificata in corso di gara e dovrà essere valutata dall'Amministrazione aggiudicatrice secondo i criteri prescelti dal bando, sulla base di una procedura rigida fondata, di solito, su automatismi, salvo limitati margini discrezionali¹⁶³.

3.1.1 *Il bando di gara*

Fatti salvi i casi in cui l'appalto sia aggiudicato mediante *procedura ristretta* o *procedura competitiva con negoziazione*, oppure nella situazione di *procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara* – procedure che saranno analizzate nei prossimi paragrafi –, tutte le procedure di scelta del contraente sono indette mediante *bandi di gara*.

¹⁶³ Cerulli Irelli, V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Terza edizione, Ed. G. Giappichelli, Torino 2012, p. 532.

In *Italia*, al fine di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti omogeneizzandone le condotte, l'Autorità Nazionale Anticorruzione – ANAC predisponde “bandi tipo” affinché i bandi di gara siano redatti in conformità agli stessi. Essi contengono le informazioni di cui all'Allegato XIV, e altresì i criteri ambientali minimi, e sono pubblicati conformemente all'art. 72 del Codice dei contratti pubblici. Nel caso la stazione appaltante decida di non usare i “bandi tipo” preparati dall'ANAC dovrà motivare espressamente la propria scelta nella delibera a contrarre¹⁶⁴.

In *Francia*, così come accade in Brasile, il metodo di pubblicità e il contenuto dell'avviso di indizione di gara (*l'Avis d'Appel à la Concurrence* – AAC, secondo la nuova denominazione stabilita con la riforma degli appalti pubblici del 2016), sono soggetti a diversi parametri, ovvero il loro ammontare, il loro scopo o lo stato dell'acquirente, e possono essere pubblicati in Gazzetta Ufficiale, nel Bollettino ufficiale di annunci degli appalti pubblici, oppure in un giornale specializzato nel corrispondente settore economico interessato¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Secondo l'autorevole dottrina “il bando di gara è soggetto a rigoroso regime di pubblicità dal diritto comunitario (e conseguentemente dal diritto nazionale) per le finalità proprie di questo ed ha di norma duplice carattere. Per un verso, è riproduttivo dei contenuti essenziali dello schema contrattuale già fissati nella determinazione di contrarre, dai quali viene reso effettivamente possibile quel grado di conoscibilità che può essere garantito solo da forme di pubblicizzazione” (Cassese, S., *Corso di diritto amministrativo*, Terza edizione, Ed. Giuffrè, Milano 2009, p. 395). Attualmente, la pubblicità è fatta tramite l'inserimento nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea (ovviamente per i soli contratti sopra-soglia), sul profilo del committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC, in cooperazione applicativa con i sistemi informatizzati delle regioni e le piattaforme regionali di *e-procurement*.

¹⁶⁵ L'art. L2151-1 del *Code de la commande publique*, in conformità con quanto stabilisce l'art. 52 della Direttiva n. 2014/24/UE, sancisce che gli avvisi destinati alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea – GUUE sono inviati per via elettronica all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, e che le pubblicazioni a livello nazionale non possono

Il *bando di gara*, secondo la giurisprudenza è assimilabile ad un *invito ad offrire (invitatio ad offerendum)*¹⁶⁶ e non ad una offerta al pubblico ai sensi di quanto sancisce l'art. 1336 del Codice civile. Di conseguenza, non ha *efficacia vincolante* nei confronti di terzi ed è *sempre revocabile* per sopravvenuti motivi di pubblico interesse. Il bando deve indicare tutti i dati necessari a consentire la partecipazione alla gara (come i requisiti di ammissione alla gara, gli adempimenti necessari per l'ammissione e i termini per la prestazione delle offerte), rendere esplicite le regole secondo le quali si svolgerà la procedura, i criteri per l'aggiudicazione dell'appalto, nonché le principali caratteristiche del contratto (soggetto, oggetto, tipo di prestazione). Con esso l'Amministrazione si vincola ad osservare, nell'espletamento della gara, tutte le condizioni stabilite dal bando¹⁶⁷.

Da un punto di vista contenutistico il bando è comunemente definito *l'ex specialis* della gara¹⁶⁸. Si tratta di espressione nel senso figurativo che non esprime la natura giuridica dello stesso, poiché è adottata per descrivere il carattere cogente delle regole con esso stabilite e per rilevare la necessità

essere fatte prima della pubblicazione nella GUUE. Nello stesso modo, le pubblicazioni a livello nazionale non possono fornire più informazioni di quelle inviate all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea.

¹⁶⁶ Cassazione, Sezione Unita, 10 lug. 1956, n. 2551; Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, 2 apr. 2008, n. 1801; Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, I Sezione, 11 feb. 2006, n. 1030.

¹⁶⁷ Cerulli Irelli, V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Terza edizione, Ed. G. Giappichelli, Torino 2012, p. 536.

¹⁶⁸ Consiglio di Stato, Sezione V, 28 feb. 2002, n. 1225; Consiglio Regionale Sicilia, 9 giu. 1998; Consiglio di Stato, Sezione V, 13 feb. 1993, n. 250.

della loro osservanza, sia da parte della stazione appaltante che le ha poste, sia da parte degli offerenti durante tutto lo sviluppo della procedura¹⁶⁹.

Il bando di gara deve contenere, secondo quanto sancisce l'art. 49 e l'Allegato V, Parte C, della Direttiva n. 2014/24/UE, l'art. 72 e l'Allegato XIV del Codice dei contratti pubblici e l'art. L2151-1 del *Codice delle commesse pubbliche* francese (*Code de la commande publique*), soprattutto: a) l'identificazione dell'amministrazione; b) il tipo di procedura; c) l'indicazione se l'appalto è connesso ad un progetto/ programma finanziato con fondi UE; d) il tipo di amministrazione aggiudicatrice; e) l'oggetto dell'appalto; f) la descrizione qualitativa e quantitativa dell'oggetto; g) il luogo dell'esecuzione; h) il termine per l'ultimazione dei lavori; i) le cauzioni e le garanzie richieste a corredo dell'offerta o della domanda di partecipazione; l) le modalità di pagamento del corrispettivo; m) l'indirizzo presso il quale è possibile ottenere informazioni; n) descrizione della documentazioni che deve essere inviata; o) domande o offerte di partecipazione; p) il termine ultimo per la presentazione delle offerte; q) la forma giuridica che deve assumere chi partecipa alla gara; r) il *richiamo alle norme in materia di esclusioni*; s) le modalità per provare la sussistenza dei requisiti di partecipazione; e t) la documentazione di gara, che deve comprendere il capitolato speciale, lo schema di contratto, il disciplinare di gara, le modalità di presentazione e di apertura delle offerte e il criterio di aggiudicazione. Nei casi di contratti di lavoro, la documentazione di gara deve includere, inoltre, gli elaborati grafici, il computo metrico e il piano di sicurezza.

¹⁶⁹ Il bando di gara, da un punto di vista pubblicistico, ha natura *provvidenziale*, essendo un tipico *atto amministrativo generale* (non un atto a valenza normativa), il cui scopo non è soltanto quello di manifestare l'intento della P.A. di arrivare alla stipula del contratto, ma soprattutto quello di avviare e successivamente guidare la procedura di scelta del contraente (Consiglio di Stato, Sezione IV, 22 set. 2005, n. 5005; Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Catanzaro, Sezione II, 11 giu. 2002, n. 1636).

3.2. Procedura aperta previa pubblicazione di un bando di gara in Brasile

Come abbiamo già accennato, l'art. 22 dello Statuto generale per le gare d'appalto brasiliano definisce ammissibili le seguenti *modalità* di gara: a) *la concorrenza*; b) *la registrazione dei prezzi*; c) *l'invito*; d) *il concorso*; ed e) *l'asta*.

La *concorrenza* (*concorrência*, in portoghese) può essere definita, secondo quanto disposto nel comma 1 dell'art. 22 del Diploma Federale brasiliano sulle Gare d'Appalto, come: "la modalità di gara tra tutti i soggetti interessati i quali, nella fase iniziale di qualificazione preliminare, dimostrino di avere la qualifica minima richiesta nel bando per l'esecuzione del suo oggetto".

La *concorrenza*, usata per le opere di grandi dimensioni, ammette la partecipazione di *tutte le parti interessate*, registrate o no, convocate con un anticipo di almeno trenta o quarantacinque giorni, a seconda dei casi. Attualmente, sono considerati contratti di grande valore quelli che superano 3.300.000 reais (circa 733.333 euro), quando abbiano come oggetto *opere e servizi di ingegneria*, e quelli superiori a 1.430.000 reais (circa 317.777 euro) se si riferiscono ad *acquisti e ad altri servizi* diversi da quelli di ingegneria.

Al di là di questi casi, la *concorrenza* è *obbligatoria* per tutti i casi di fornitura di servizi pubblici e di uso di beni pubblici, e per l'acquisto o l'alienazione di beni immobili, esclusi quelli acquisiti attraverso procedimenti

giudiziari o di pagamento in natura e quelli che possono essere venduti all'asta¹⁷⁰.

Per le *gare internazionali*, a prescindere dal valore dell'oggetto del contratto, la regola è la *concorrenza*. Tuttavia, osservando la tabella di valori indicati per ciascuna modalità, è possibile la realizzazione della gara internazionale attraverso la modalità della *registrazione dei prezzi* quando l'organo o l'ente dispongano di un registro di fornitori internazionali o di inviti in assenza di fornitori di quel bene o servizio in Brasile.

La *registrazione dei prezzi* (*tomada de preços*, nello Statuto brasiliano), a sua volta, è la forma di offerta da utilizzare per i contratti di medio valore, e ammette solo la partecipazione di soggetti iscritti prima dell'inizio del procedimento o che soddisfino tutti i requisiti di registrazione fino al terzo giorno anteriore alla data di presentazione delle proposte.

Secondo le attuali disposizioni, include le opere e i servizi d'ingegneria il cui valore contrattuale sia compreso tra i 330.000 a 3.300.000 reais (circa 73.333 a 733.333 euro), o per acquisti o servizi non di ingegneria, in contratti di un valore superiore agli 176.000 reais (circa 39.111 euro), fino a un massimo di 1.430.000 reais, circa 317.777 euro. Il *lasso di tempo minimo* tra la pubblicazione degli avvisi e la data di presentazione delle offerte è tra i quindici e i trenta giorni, a seconda dei casi¹⁷¹⁻¹⁷².

L'*invito* (*convite*, nella legge brasiliana) rappresenta la modalità *più semplice* per la realizzazione di una gara di appalto, destinata a contratti

¹⁷⁰ Carvalho Filho, J. S., *Manual de direito administrativo*, Ventisettesima edizione, Ed. Atlas, San Paolo 2014, p. 277.

¹⁷¹ Moreira Neto, D. F., *Curso de direito administrativo*, Sedicesima edizione, Ed. Forense, Rio de Janeiro 2014, p. 245.

¹⁷² Jacoby Fernandes, J. U., *Vade-mécum de licitações e contratos*, Settima edizione, Ed. Forum, Belo Horizonte 2016, p. 305.

aventi come oggetto acquisizioni di basso valore economico, limitate a 330.000 reais (circa 73.333 euro) in caso di appalti di lavori e servizi di ingegneria, oppure a 176.000 reais (circa 39.111 euro) nel caso di una procedura di gara destinata all'acquisizione di beni o contrattazione di servizi non d'ingegneria¹⁷³.

Non richiede la pubblicazione di bando di gara sulla *stampa ufficiale* o sui giornali a tiratura nazionale, in quanto rivolto direttamente a soggetti scelti dalla pubblica amministrazione, registrati o no, convocati attraverso lettera di invito. Inoltre, l'Amministrazione deve *affiggere copia* dell'avviso di convocazione in un luogo appropriato dei propri uffici. Questo perché i concorrenti delle specialità corrispondenti che *non siano stati invitati e vogliano partecipare siano messi nella condizione di farlo*, sempre che essi siano registrati ed esprimano interesse prima delle ventiquattro ore antecedenti l'ora stabilita per la presentazione delle proposte. Il periodo minimo tra la pubblicazione del bando e la data per la presentazione delle proposte è di cinque giorni lavorativi. Dunque, come abbiamo già accennato, in nessuna *modalità di gara* prevista dal diritto brasiliano è possibile *restringere il numero di partecipanti* nelle rispettive procedure di evidenza pubblica, come accade nel diritto europeo.

La procedura *d'invito*, di regola, deve avere almeno *tre partecipanti qualificati*, vale a dire, tre soggetti che posseggano *i requisiti tecnici e giuridici necessari* per stipulare contratti con la pubblica amministrazione. Nel caso di limitazioni di mercato o desistenza degli interessati che rendano impossibile il raggiungimento di tale numero, le motivazioni devono essere debitamente giustificate, pena la cancellazione da future gare. Laddove vi siano tre possibili offerenti, ad ogni nuova chiamata avente oggetto identico o simile è obbligatorio estendere l'invito ad almeno un altro interessato, e così

¹⁷³ Mazza, A., *Manual de direito administrativo*, Sesta edizione, Ed. Saraiva, San Paolo 2016, p. 574.

progressivamente fino a che tutti i soggetti registrati siano stati invitati alle gare¹⁷⁴.

Nel caso di *consorzi pubblici*, partenariati che si concludono tra enti della federazione per la fornitura di servizi pubblici in forma associata, si applica il doppio dei valori contrattuali previsti nelle modalità comuni, quando costituiti al massimo da tre enti della Federazione, e il triplo del valore quando i consorzi sono formati da un numero superiore.

Le *modalità speciali* per le gare d'appalto pubbliche previste dalla legislazione brasiliana, invece, sono il *concorso* e l'*asta*.

Il *concorso* (*concurso*, in portoghese) è la modalità di gara utilizzata per la scelta di lavori *tecnicci, artistici o scientifici*, attraverso l'istituzione di premi o compensi ai vincitori, sulla base di criteri preventivamente stabiliti nel bando, con lo scopo di promuovere la cultura, la tecnologia, le arti, la scienza, o trovare soluzioni a problemi quotidiani, in particolare nell'area sociale e urbanistica.

A differenza delle altre modalità di gara, il richiedente dovrà presentare il proprio lavoro artistico già concluso, prima della realizzazione di qualsiasi giudizio. Lo sforzo dell'interessato, in tal modo, viene effettuato in anticipo, a differenza di quanto accade nelle altre modalità analizzate, in cui l'oggetto dell'offerta è realizzato solo da colui che sarà dichiarato vincitore. Secondo questa procedura, è obbligatoria la consegna di un *premio* o di una

¹⁷⁴ L'invito viene esteso ad almeno un interessato in più ogni volta. Per esempio, se ci sono 10 aziende registrate e la prima volta ne sono state invitate 3, la seconda volta saranno invitate almeno 3 +1; la terza volta 3+2; la quarta volta 3+3, fino a che tutte le aziende siano state invitate dopo 6 o 7 gare per l'acquisto di oggetti identici o simili. (Savonitti Miranda, H., *Licitações e contratos administrativos*, Quarta edizione, Ed. Senado Federal, Brasilia 2007, pp. 127-8).

remunerazione in contanti, che non abbia necessariamente proporzione economica con il costo della produzione tecnico-scientifica¹⁷⁵.

Inoltre non vi è, di regola, la stipula di alcun *contratto* alla fine del procedimento, ammettendo così una deroga al tradizionale concetto di gara, che implica un procedimento amministrativo di preparazione finalizzato alla stipulazione di un *contratto*¹⁷⁶.

L'*asta* (*leilão*, nello Statuto brasiliano) è un procedimento di gara tra vari offerenti destinato alla vendita di beni mobili inutilizzati dalla P.A. o legalmente sequestrati o impegnati, nonché all'alienazione di beni immobili ricevuti in pagamento per debiti o per acquisizioni derivanti a seguito di procedimenti amministrativi o giudiziari.

In sostanza, a differenza delle altre modalità, nell'*asta* gli interessati si presentano alla data prestabilita per l'atto e formulano le loro proposte verbalmente. Durante l'*asta*, quindi, non c'è alcun segreto per quanto riguarda il contenuto delle proposte. Queste obbligano l'offerente fino a quando non venga effettuata un'offerta più elevata la quale, a sua volta, vincola il nuovo offerente.

In aggiunta all'ipotesi di procedura di *asta*, per le *alienazioni* di beni appartenenti alla P.A., con la Legge 17 luglio 2002, n. 10520, nel diritto brasiliano è stata introdotta una nuova *modalità di asta* con negoziazione *al ribasso* (*pregão*, in portoghese), che può essere presenziale oppure elettronica (telematica), e che viene utilizzata per l'*acquisizione di beni e servizi comuni*, coerentemente con le disposizioni delle Direttive europee n. 2014/24/CE e 2014/55/CE.

¹⁷⁵ Jacoby Fernandes, J. U., *Vade-mécum de licitações e contratos*, Settima edizione, Ed. Forum, Belo Horizonte 2016, p. 351.

¹⁷⁶ Di Pietro, M. S. Z., *Direito administrativo*, Ventottesima edizione, Ed. Atlas, San Paolo 2015, p. 292.

È importante sottolineare che tale misura non ha revocato la Legge 21 giugno 1993, n. 8666, ma ha solo *aggiunto* al sistema giuridico *un nuovo procedimento* che si è sommato alle c.d. “modalità comuni” in materia di appalti finora esistenti, vale a dire, la *concorrenza*, la *registrazione dei prezzi* e l'*invito*. Pertanto, è stata ammessa una nuova modalità di gara composta da procedure e requisiti differenziati al fine di selezionare la proposta più vantaggiosa per la P.A., che può utilizzarla in sostituzione delle modalità preesistenti.

Per *beni e servizi comuni* s'intendono quei beni e servizi i cui livelli di prestazione e qualità possono essere stabiliti senza la necessità di indagini approfondite, permettendo al banditore di decidere con relativa facilità sulla *accettabilità* della proposta¹⁷⁷.

Si tratta, quindi, di un chiaro tentativo di rendere più flessibile il procedimento di gara – diventato molto rigido con l'emanazione della Legge 21 giugno 1993, n. 8666 – e di conferire, almeno nelle intenzioni, maggiore efficienza ai procedimenti per gli appalti pubblici¹⁷⁸.

Infine, è importante sottolineare che l'asta (e anche il RDC, che vedremo in seguito) costituisce una *procedura unica* di appalto, così come avviene nel diritto europeo, contrapponendosi al sistema adottato dalla Legge generale brasiliana sugli appalti che, come abbiamo visto, comprende tre modalità comuni, con piccole differenze procedurali tra loro, come sopra esaminato.

Oltre a questi importanti aspetti, la legge prevede l'*inversione delle fasi*, allo scopo di conferire una maggiore flessibilità alla conclusione della procedura, in modo che il *giudizio* preceda l'*abilitazione*, permettendo che sia

¹⁷⁷ Justen Filho, M., *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*, Sesta edizione, Ed. Dialética, San Paolo 2013, p. 28.

¹⁷⁸ Savonitti Miranda, H., *Pregão: aspectos essenciais de uma nova modalidade de licitação*, *Universitas/Jus*, Brasilia, n. 6, p. 59-70, gen./giu. 2001.

analizzata solo la documentazione dell'offerente meglio qualificato. La fase di ricorso, invece, sarà *unica*, in modo da non permettere, come previsto nella Legge 21 giugno 1993, n. 8666, che gli offerenti entrino attraverso ricorsi in tutte le fasi del processo.

Infine, con la Legge brasiliana del 4 agosto 2011, n. 12.462, il legislatore brasiliano ha introdotto il c.d. "Regime Differenziato per i Contratti Pubblici – RDC" (*Regime Diferenciado de Contratações Públcas*, in portoghese), con l'obiettivo di modernizzare la legislazione brasiliana in materia di appalti e di aggiudicazioni, introducendo una procedura ancora più flessibile per la selezione dei contraenti da parte della pubblica amministrazione.

Come abbiamo accennato nel capitolo relativo all'evoluzione storico-normativa, nonostante la creazione di un sistema differenziato sia stata vincolata inizialmente dalle difficoltà nel rispettare le scadenze per il completamento dei lavori e degli impianti per i mega eventi sportivi del 2013 e del 2016 in Brasile, l'innovazione è stata anche l'occasione per cambiare la legislazione brasiliana sugli appalti e le aggiudicazioni. Attualmente, come già dimostrato, l'uso della RDC si è gradualmente ampliato, in particolare nel settore delle infrastrutture.

Tuttavia, sin dal suo inizio, il RDC è stato oggetto di molte critiche, sia dal punto di vista formale sia da quello materiale, che hanno prodotto due azioni dirette di incostituzionalità (DGA) dinanzi alla Corte Suprema brasiliana¹⁷⁹.

La disputa tra i giuristi brasiliani coinvolge coloro che sono favorevoli alla nuova legislazione, con motivazioni basate sul fatto che la Legge generale sugli appalti e le contrattazioni pubbliche (Legge del 21 giugno 1993, n. 8666)

⁴ Sono state proposte la ADI (DGA) n. 4.645, da parte dei partiti politici di opposizione, e la ADI (DGA) n. 4.655 da parte del Procuratore Generale della Repubblica (PGR) entrambe ancora senza decisione cautelare o di merito.

si è dimostrata inefficace rispetto ai suoi scopi principali, e coloro che sono contrari, sulla base del fatto che la flessibilità procedurale introdotta dal RDC aumenterebbe la corruzione e il rischio di deviazione di fondi.

Alcune delle maggiori controversie sul RDC riguardano il segreto sul preventivo elaborato dall'Amministrazione, il regime degli appalti integrati, la remunerazione variabile dei contratti di efficienza e l'istituzione di una graduatoria permanente¹⁸⁰.

Numerosi articoli scientifici brasiliani¹⁸¹ e la stessa Presidenza della Repubblica¹⁸², per giustificare l'inclusione del RDC nella legge brasiliana, affermano che il sistema è basato sull'esperienza internazionale, ispirata alle regole degli appalti dell'Unione europea e degli Stati Uniti, e agli orientamenti dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE). Tuttavia non danno alcuna informazione precisa su quali istituti o prassi internazionali sarebbero stati effettivamente integrati nel RDC.

¹⁸⁰ Nella tesi discussa all'Università Unitelma Sapienza, per ottenere il titolo di Master di II livello in *Organizzazione, management, innovazione nelle Pubbliche Amministrazioni*, ho esaminato questi quattro temi alla luce della legislazione europea (soprattutto italiana, francese e portoghese) e statunitense sulle gare e gli appalti pubblici. (Savonitti Miranda, H., *Principali innovazioni legislative sulle gare e appalti pubblici in Brasile, alla luce della legislazione europea e americana*, 95 p., Tesi, Relatore Prof. Gaetano Edoardo Napoli, Roma, 28 ott. 2015).

¹⁸¹ Ribeiro, R., O calcanhar de Aquiles no regime diferenciado de contratações públicas – RDC, Supervisione di Consulenza Finanziaria della Camera dei Deputati, *Nota tecnica n. 13/2013*, Brasilia, lug. 2013.

¹⁸² Brasile, Presidenza della Repubblica, Casa Civile, *Tire suas dúvidas sobre o regime diferenciado de contratações – RDC (Fare domande sul Regime differenziato per i contratti pubblici – RDC)*, 17 lug. 2011, in: <http://casa-civil.jusbrasil.com.br/noticias/2776614/tire-suas-duvidas-sobre-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-rdc> [consultato il 20 ago. 2016].

Non si può negare che diversi istituti previsti dal RDC rappresentino un *importante aggiornamento* della normativa in materia di appalti pubblici. Allo stesso modo, si può affermare che alcuni dei suoi istituti, in maggiore o minor misura, sono in linea con le migliori pratiche internazionali. Tuttavia, è anche necessario riconoscere che molti dei cambiamenti apportati dal RDC erano già stati incorporati nel sistema giuridico brasiliano a decorrere dalla Legge del 2002, n. 10.520, che aveva istituito l'asta e, in seguito, dalla Legge del 30 dicembre 2004, n 11.079, che ha stabilito, tra l'altro, il *partenariato pubblico-privato*¹⁸³.

Ai sensi del comma 1 dell'art. 1 della Legge 4 agosto 2011, n. 12462, il RDC ha i seguenti *obiettivi*: a) migliorare l'efficienza degli appalti pubblici e la concorrenza tra gli offerenti; b) promuovere lo scambio di esperienze e di tecnologia finalizzate alla ricerca di un migliore rapporto tra costi e benefici per il settore pubblico; c) promuovere l'innovazione tecnologica; e d) garantire un trattamento uguale tra i concorrenti e selezionare l'offerta più vantaggiosa per la pubblica amministrazione.

E, ai sensi dell'art. 4º della legge sopra menzionata, nelle gare sotto l'egida del RDC devono essere rispettate le seguenti *linee guida*: a) la standardizzazione dell'oggetto della contrattazione riguardo alle specifiche tecniche e alle prestazioni e, se del caso, le condizioni di manutenzione, assistenza tecnica e garanzia offerte; b) la standardizzazione degli strumenti convinatori e delle bozze dei contratti precedentemente approvati dall'organismo competente; c) la ricerca del maggiore beneficio per la pubblica amministrazione, tenendo conto dei costi e dei benefici, diretti e indiretti, economici, sociali o di natura ambientale, compresi quelli concernenti la manutenzione, lo smaltimento dei beni e dei residui, il tasso di ammortamento economico e altri fattori di uguale rilevanza; d) le condizioni di acquisizione,

¹⁸³ Savonitti Miranda, H., *Contratação integrada: o Brasil na contramão da história?*, in *Revista digital de Direito Administrativo*, v. 4, pp. 59-91, San Paolo 2017, p. 62.

di assicurazione, di garanzia e pagamento compatibili con le condizioni del settore privato, anche attraverso il pagamento di un compenso variabile legato al rendimento; e) l'utilizzo, quando possibile, nei fogli di calcolo, dei costi costanti delle proposte offerte dai concorrenti, manodopera, materiali, tecnologie e materie prime disponibili nel luogo di esecuzione, la manutenzione e il funzionamento del bene, servizio o lavoro, a condizione che non si producano danni all'efficienza dell'oggetto dell'esecuzione e che sia rispettato il limite del bilancio di previsione per la contrattazione; e f) la suddivisione dell'oggetto, volto a un'ampia partecipazione di offerenti, senza perdita di risorse economiche pianificate¹⁸⁴.

Le *linee guida* contenute nel RDC mostrano una chiara tendenza a *semplificare e accelerare* il procedimento di gara, attraverso la ricerca di una *standardizzazione* delle specifiche tecniche e qualitative degli oggetti della contrattazione nei bandi di gara. Nelle linee guida si ravvisa inoltre l'esigenza del rispetto delle norme di *sostenibilità ambientale*, l'*accessibilità* e la *tutela del patrimonio* culturale, storico, archeologico e immateriale, introducendo la possibilità per la P.A. di utilizzare il proprio potere d'acquisto come strumento per favorire lo sviluppo economico, sociale e ambientale¹⁸⁵.

¹⁸⁴ I contratti stipulati sulla base del RDC devono rispettare, in particolare, le norme concernenti: a) lo smaltimento ecologicamente corretto dei rifiuti solidi generati dai lavori appaltati; b) la mitigazione delle condizioni e delle compensazioni ambientali, che saranno definite nella procedura di licenza ambientale; c) l'uso di prodotti, attrezzature e servizi che dimostrino di ridurre il consumo di energia e di risorse naturali; d) la valutazione degli impatti nei luoghi limitrofi, nel rispetto della legislazione urbanistica; e) la tutela del patrimonio culturale, storico, archeologico e immateriale, anche attraverso la valutazione dell'impatto diretto o indiretto causato dai lavori appaltati; e f) l'*accessibilità* per l'utilizzo da parte di persone diversamente abili o a mobilità ridotta (Art. 4, comma 1, della Legge 4 agosto 2011, n. 12462).

¹⁸⁵ Justen Filho, M., *Comentários ao RDC*, Ed. Dialética, San Paolo 2013, p. 385.

Oltre alla standardizzazione degli oggetti e degli strumenti di convocazione, possiamo identificare come *meccanismi che mirano a semplificare* le procedure di gara: a) l'inversione delle fasi come avviene nella modalità di *asta*, nella quale il giudizio precede l'abilitazione; b) la fase di ricorso unica; c) la possibilità di applicazione immediata della proibizione di contrattare con la P.A. per un periodo di cinque anni a seconda della gravità dell'infrazione commessa; e d) la possibilità di utilizzare sia la modalità presenziale che quella telematica¹⁸⁶.

Oltre agli aspetti di cui sopra, il RDC ha apportato *nuove regole* nel sistema giuridico brasiliano che possono, secondo alcuni studi, vietare o limitare la partecipazione delle aziende più piccole alla gara o addirittura portare alla loro esclusione, come ad esempio l'espansione delle garanzie necessarie per la firma di contratti e la limitazione all'uso di estensioni contrattuali in caso di appalti integrati.

Questi temi saranno approfonditi nella Seconda parte di questa tesi, dove discuteremo specificamente i *requisiti di partecipazione* e l'*esclusione dalla gara*.

3.3. Procedura ristretta previa pubblicazione di un bando di gara

A norma dell'art. 28 della Direttiva n. 2014/24/UE, nelle *procedure ristrette* (*l'appel d'offres restreint* – AOR, in francese) qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara, fornendo le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione qualitativa.

¹⁸⁶ Pachioni Baeta, A., *Regime diferenciado de contratações públicas – RDC*, Ed. Pini, San Paolo 2014, p. 376.

Tuttavia, soltanto gli operatori economici invitati in tal senso dalle amministrazioni aggiudicatrici, in seguito alla valutazione delle informazioni fornite, potranno presentare un'offerta. Le amministrazioni aggiudicatrici possono limitare il numero di candidati idonei da invitare a partecipare alla procedura (la c.d. "forcella")¹⁸⁷.

La *procedura ristretta* corrispondente grosso modo alla *licitazione privata* dell'antica Legge di Contabilità italiana, istituita con l'art. 89 del Regio Decreto del 12 luglio 1934, n. 827, e consente la partecipazione alla gara solo a coloro che sono espressamente invitati dall'Amministrazione con la c.d. "lettera-invito", (contenente l'indicazione dell'oggetto del contratto, del luogo, del giorno e dell'ora stabiliti per la prestazione delle offerte) sulla base di determinati e più stringenti requisiti di idoneità previsti, ovvero a coloro che a seguito della richiesta di partecipazione formulata sulla base dei requisiti previsti dal bando sono invitati a partecipare dopo una scelta preliminare¹⁸⁸.

La dottrina pone l'attenzione su fatto che la limitazione della partecipazione alle sole ditte prescelte dall'amministrazione ha la funzione di escludere dal confronto concorrenziale imprese che potrebbero non essere idonee, ma porta con sé l'inconveniente di rimettere alla stazione appaltante

¹⁸⁷ L'art. 65 della Direttiva n. 2014/24/UE stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici devono indicare nel *bando di gara* o nell'*invito* a confermare interesse, i *criteri* o le *regole* obiettivi e non discriminatori che intendono applicare, il *numero minimo* di candidati che intendono invitare e, all'occorrenza, il *numero massimo*. Nelle procedure ristrette il *numero minimo* di candidati è cinque e le stazioni appaltanti devono indicare un numero di candidati almeno pari al numero minimo. Tuttavia, se il numero di candidati che soddisfano i criteri di selezione e i livelli minimi di capacità richieste è inferiore al numero minimo, l'amministrazione aggiudicatrice può proseguire la procedura invitando i candidati che abbiano chiesto di partecipare e siano in possesso delle capacità richieste.

¹⁸⁸ Cerulli Irelli, V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Terza edizione, Ed. G. Giappichelli, Torino 2012 p. 535.

una scelta che potrebbe essere ispirata da ragioni di favoritismo o di cointeressenza¹⁸⁹.

La *procedura ristretta*, dunque, differisce dalla *procedura aperta* per l'esistenza di una fase di selezione dei candidati, precedente e distinta da quella della presentazione delle offerte. Conclusa tale fase, le disposizioni che regolano le due procedure sono identiche¹⁹⁰.

3.4. Procedura competitiva con negoziazione

L'art. 62 del Codice dei contratti pubblici e l'art. L.2124-3 del Codice delle commesse pubbliche francese hanno recepito integralmente il dettato

¹⁸⁹ Secondo afferma Guido Corso, "per ovviare a questo grave difetto il legislatore italiano già da decenni ha modificato l'istituto, introducendo una fase di preselezione. L'amministrazione anziché diramare direttamente le c.d. "lettere-invito", pubblica un avviso di gara con l'indicazione dell'oggetto e dell'importo del contratto e dei requisiti di partecipazione. Le imprese che hanno interesse e possiedono i requisiti possono chiedere di essere invitate, entro il termine stabilito nell'avviso di gara" (Corso, G., *Manuale di diritto amministrativo*, Quinta edizione, Ed. G. Giappichelli, Torino 2010, p. 385-6). Secondo la previsione originaria a questo punto la stazione appaltante procedeva agli inviti decidendo chi invitare fra quanti avessero richiesto di partecipare. Nelle versioni successive (art. 11, D.lgs. n. 406/1991; artt. 5 e 7, D.lgs. n. 358/1992) l'invito va diramato a tutti coloro che hanno chiesto di partecipare, una volta verificato il possesso dei requisiti. In questo modo la *ratio* originaria della licitazione privata è andata perduta perché la licitazione ha finito sostanzialmente per coincidere con l'asta pubblica. La direttiva del 2004 e la normativa interna che ha dato ad essa attuazione restaurano in certo qual modo quella *ratio*, distinguendo le ditte che hanno chiesto di essere invitate da quelle che la stazione appaltante decide di invitare. Non è difficile immaginare che il mancato invito alimenterà un contenzioso tale da spingere l'amministrazione ad invitare tutte le ditte che ne hanno fatto richiesta.

¹⁹⁰ Braconnier, S., *Marchés publics de travaux : procédures de passation* (a cura di Malinvaud, P.), Ed. Dalloz, Parigi 2013, Dossier 414.660.

normativo di cui all'art. 29 della Direttiva n. 2014/24/UE, che statuisce la c.d. *“procedura competitiva con negoziazione”* (*procédure concurrentielle avec négociation*, in francese, recepita semplicemente come *procédure avec négociation*, nell'attuale terminologia del Codice delle commesse pubbliche), che non era prevista dalle Direttive antecedenti al 2014.

Nelle *procedure competitive con negoziazione* qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un *avviso di indizione di gara* contenente le prescritte informazioni. A tal fine, le amministrazioni aggiudicatrici devono individuare, nei documenti di gara, l'oggetto dell'appalto, fornendo una descrizione delle loro esigenze, illustrando le caratteristiche richieste per le forniture, i lavori o i servizi da appaltare, specificando i criteri per l'aggiudicazione dell'appalto e indicando, altresì, quali elementi della descrizione definiscono i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare¹⁹¹.

In seguito, solo gli operatori economici *invitati* dall'amministrazione aggiudicatrice, dopo la valutazione delle informazioni fornite, potranno presentare un'*offerta iniziale* che costituirà la base per la *successiva negoziazione*¹⁹². Le amministrazioni aggiudicatrici possono limitare il numero

¹⁹¹ La *procedura competitiva con negoziazione* si inserisce in una *fase intermedia* tra il *dialogo competitivo* e la *procedura ristretta*, contemplando anche le situazioni in cui avrebbe potuto essere utilizzata la procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara, non più riproposta nel testo della Direttiva n. 2014/24/UE.

¹⁹² In tale senso, l'oggetto della negoziazione fra la stazione appaltante e i concorrenti invitati sono le offerte iniziali, mentre sono esclusi dalla negoziazione i requisiti minimi e i criteri di aggiudicazione. La negoziazione è finalizzata a migliorare il contenuto delle offerte iniziali, con conseguente presentazione di offerte successive e progressiva riduzione del numero di offerte da negoziare, sino a che l'amministrazione non decide di chiudere le negoziazioni e stabilisce un termine entro il quale devono essere presentate le offerte finali. Fra queste, previa verifica della conformità ai requisiti minimi, l'appalto viene aggiudicato secondo i criteri di aggiudicazione già stabiliti (Torchia, L., La nuova direttiva europea in materia di appalti,

di candidati idonei da invitare a partecipare alla procedura ad un numero *minimo di tre*, a condizione che tale numero sia sufficiente ad assicurare un'effettiva concorrenza.

Va sottolineato che, trattandosi di una procedura "non ordinaria", i casi di ricorso alla procedura competitiva con negoziazione che, tra parentesi, sono gli stessi di quelli previsti per il dialogo competitivo, sono *espressamente* contemplati dal Codice dei contratti pubblici, nei termini sanciti dall'art 59, comma secondo (come modificato dal D.lgs. 56/2017), e dall'art. L.2124-4 del Codice delle commesse pubbliche¹⁹³⁻¹⁹⁴.

servizi e forniture nei settori ordinari, in *Diritto amministrativo*, fasc. 03-03, Milano 2015, p. 291).

¹⁹³ La *procedura competitiva con negoziazione* o il *dialogo competitivo* possono essere utilizzati dalle amministrazioni aggiudicatrici *soltanto* nelle seguenti ipotesi: a) per l'aggiudicazione di contratti di lavori, forniture o servizi in presenza di una o più delle seguenti condizioni: le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice perseguitate con l'appalto non possono essere soddisfatte senza adattare soluzioni immediatamente disponibili; implicano progettazione o soluzioni innovative; l'appalto non può essere aggiudicato senza previe negoziazioni a causa di circostanze particolari in relazione alla natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica dell'oggetto dell'appalto o a causa dei rischi a esso connessi; le specifiche tecniche non possono essere stabilite con sufficiente precisione dall'amministrazione aggiudicatrice con riferimento a una norma, una valutazione tecnica europea, una specifica tecnica comune o uno specifico riferimento tecnico; e b) per l'aggiudicazione di contratti di lavori, forniture o servizi per i quali, in esito a una procedura aperta o ristretta, sono state presentate soltanto offerte irregolari o inaccettabili, situazioni in cui le amministrazioni aggiudicatrici non sono tenute a pubblicare un bando di gara se includono nella ulteriore procedura tutti, e soltanto, gli offerenti in possesso dei requisiti prescritti che, nella procedura aperta o ristretta precedente, avevano presentato offerte conformi ai requisiti formali della procedura di appalto.

¹⁹⁴ La *procedura competitiva con negoziazione* assorbe in sé la "vecchia" procedura negoziata previa pubblicazione del bando di gara di cui all'art. 56, D.lgs. n. 163/2006, con l'aggiunta di nuove ipotesi applicative, che, in parte, le fanno perdere il carattere di specialità tipico della procedura negoziata di cui alla previgente disciplina. Allo stesso tempo essa assomiglia

3.5. Dialogo competitivo

La procedura di *dialogo competitivo* (*dialogue compétitif*, in francese)¹⁹⁵ può essere utilizzata nelle stesse situazioni fissate dal legislatore europeo per la *procedura competitiva con negoziazione*, come visto nel paragrafo precedente, e ha luogo laddove l'oggetto del contratto presenti elementi di particolare complessità che giustifichino l'apporto degli appaltanti, i quali vengono chiamati a svolgere un compito collaborativo preliminare al contratto stesso, ossia quello di definire specificamente il contenuto del futuro contratto.

Secondo l'autorevole dottrina, si tratta, dunque, "di procedimenti nei quali le diverse proposte progettuali dei partecipanti sono valutate, e una di essa prescelta, da una commissione aggiudicatrice, con riferimento agli interessi rilevanti ai fini dell'individuazione del contenuto del contratto; procedimenti a contenuto discrezionale (con forte componente tecnica) a differenza di quello di gara propriamente inteso"¹⁹⁶.

all'antico sistema del dialogo competitivo (e anche al partenariato per l'innovazione, in specie per quanto riguarda la possibilità del suo utilizzo nelle situazioni che implichino soluzioni innovative). La procedura competitiva con negoziazione presuppone una maggiore chiarezza nell'oggetto dell'appalto, con la conseguente possibilità di aggiudicazione anche sulla base delle sole offerte iniziali negoziate tra la P.A. aggiudicatrice e gli operatori economici che rispondono al bando di gara (Patrito, P., Il nuovo Codice dei contratti pubblici e il primo decreto correttivo (in corso di approvazione): primi spunti di riflessione, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.1, Milano 2017, p. 335).

¹⁹⁵ Il dialogo competitivo appare nell'ordinamento europeo con l'art. 29 della Direttiva 2004/18/CE, ed è presente nel codice italiano e in quello francese dal 2006, "nel caso di appalti particolarmente complessi", dovendo l'aggiudicazione dell'appalto essere fatta per mezzo del *criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*.

¹⁹⁶ Cerulli Irelli, V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Terza edizione, Ed. G. Giappichelli, Torino 2012, p. 538.

Nei dialoghi competitivi qualsiasi operatore economico *può chiedere* di partecipare in risposta a un bando di gara, fornendo le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione qualitativa. Tuttavia, soltanto gli operatori economici *invitati* dalle amministrazioni aggiudicatrici in seguito alla valutazione delle informazioni fornite possono partecipare al dialogo¹⁹⁷.

La stazione appaltante avvia con i partecipanti selezionati un dialogo finalizzato all'*individuazione* e alla *definizione dei mezzi più idonei* a soddisfare le proprie necessità, discutendo con i partecipanti selezionati tutti gli aspetti dell'appalto.

Il *dialogo competitivo* può svolgersi in *fasi successive* in modo da ridurre il numero di soluzioni da discutere durante la fase di dialogo, limitando il campo alle offerte ritenute effettivamente più interessanti. La stazione appaltante proseguirà la conversazione su tutti gli aspetti dell'appalto, sollecitando apporti collaborativi, nel rispetto della parità di trattamento tra tutti i partecipanti, finché non sarà in grado di individuare le soluzioni capaci di soddisfare le sue necessità. Dopo aver dichiarato terminato il dialogo e averne informato i partecipanti rimanenti, l'amministrazione aggiudicatrice invita ciascuno di loro a presentare le *offerte finali* in base alla soluzione o alle soluzioni presentate e specificate nella fase del dialogo. Tali offerte devono contenere tutti gli elementi richiesti e necessari per l'esecuzione del progetto¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara e le amministrazioni aggiudicatrici possono limitare il numero di candidati idonei da invitare a partecipare alla procedura in conformità dell'articolo 65, ossia, in numero minimo di tre. L'appalto viene aggiudicato unicamente sulla base del criterio di aggiudicazione dell'offerta con il miglior rapporto qualità/prezzo (art. 30, primo comma, della Direttiva n. 2014/24/UE).

¹⁹⁸ Kim Möric pone l'attenzione su fatto che più lungo è il processo di dialogo competitivo, maggiore è il rischio di *ridurre la concorrenza*. In questo senso, afferma che, nonostante non

3.6. Partenariato per l'innovazione

L'art. 65 del Codice dei contratti pubblici e l'art. L.2171-1 del Codice delle commesse pubbliche recepiscono l'art. 31 della Direttiva n. 2014/24/UE, disciplinando il *partenariato per l'innovazione* (*les partenariats d'innovation*, nel Codice francese), che consiste in una nuova procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici che dovrebbe coadiuvare il settore pubblico nella crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, anche a livello europeo, così come definito dalla Strategia Europea 2020¹⁹⁹⁻²⁰⁰.

esista una scadenza minima o massima per la durata della procedura di dialogo competitivo, al di fuori del termine per la presentazione delle domande di partecipazione e del termine per il periodo di attesa per notificare la decisione di aggiudicazione agli offerenti non selezionati, la pratica dimostra che la partecipazione a una procedura del genere è molto costosa perché i partecipanti devono sostenere i costi di preparazione di numerosi documenti tecnici, finanziari e giuridici richiesti dall'amministrazione aggiudicatrice, mentre solo un offerente sarà in grado di recuperare i frutti del proprio investimento. Dunque, le stazioni appaltanti devono cercare di mantenere una ragionevole durata della procedura in modo da tenere sotto controllo i costi a carico dei partecipanti e impedire loro di abbandonarla perché diventata troppo costosa (Möric, K., *Le dialogue compétitif et les marchés publics complexes : la mise en œuvre du dialogue compétitif, étape par étape*, Ed. Larcier, Bruxelles 2013, pp. 12-3).

¹⁹⁹ Gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella c.d. "Strategia Europa 2020", per una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva, costituendo uno degli strumenti, basati sul mercato, necessari alla realizzazione dei suoi obiettivi (Commissione Europa, Comunicazione della Commissione Europa 2020: una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, *Bruxelles, 3 mar. 2010*, p. 14).

²⁰⁰ Il partenariato per l'innovazione è stato introdotto in Italia con il D.lgs. 50/2016 (attuale Codice dei contratti pubblici), mentre in Francia è venuto alla luce con il Decreto n. 2014-1097, del 26 settembre 2014.

Nei *partenariati per l'innovazione* qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un bando di gara, presentando le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione qualitativa. Nei documenti di gara essa descrive l'esigenza di prodotti, servizi o lavori *innovativi* che non può essere soddisfatta acquistando prodotti, servizi o lavori disponibili sul mercato e individua quali elementi della descrizione definiscono i *requisiti minimi* che tutti gli offerenti devono soddisfare. L'amministrazione aggiudicatrice può decidere di instaurare il partenariato per l'innovazione con un solo *partner* o con più *partner* che conducono attività di ricerca e sviluppo separate, ma soltanto gli operatori economici invitati dalle amministrazioni aggiudicatrici, in seguito alla valutazione delle informazioni fornite, possono partecipare alla procedura²⁰¹.

Il partenariato per l'innovazione è strutturato in fasi successive, secondo la sequenza delle fasi del processo di ricerca e di innovazione (che può comprendere la fabbricazione di prodotti o la prestazione di servizi o la realizzazione di lavori), nel corso del quale si stabiliscono gli obiettivi intermedi che le parti devono raggiungere, e prevede il pagamento della remunerazione mediante congrue rate. In base ai suddetti obiettivi, l'amministrazione aggiudicatrice può decidere, *dopo ogni fase*, di risolvere il partenariato per l'innovazione o, nel caso di un partenariato con più partner, di ridurre il numero dei partner risolvendo singoli contratti, a condizione che essa abbia indicato nei documenti di gara tali possibilità e le condizioni per avvalersene. Salvo disposizione contraria previste dal bando di gara, le amministrazioni aggiudicatrici negoziano con gli offerenti le *offerte iniziali* e tutte le *offerte successive* da essi presentate, tranne le offerte finali, per migliorarne il

²⁰¹ Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara e la stazione appaltante può limitare a tre il numero di candidati idonei da invitare a partecipare alla procedura. Gli appalti sono aggiudicati unicamente sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

contenuto. I *requisiti minimi* e i *criteri di aggiudicazione* non sono soggetti a negoziazioni.

Il partenariato per l'innovazione ha, dunque, la natura di *procedura ristretta* che utilizza fasi negoziali successive (procedura flessibile competitiva con negoziazione) che consentono di sviluppare prodotti, servizi o lavori *innovativi*, non disponibili sul mercato, e di acquistarli successivamente, senza bisogno di una procedura di gara distinta per l'acquisto²⁰².

3.7. Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara

La *procedura negoziata* è quella in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto. È la "vecchia" *trattativa privata* della legislazione di contabilità italiana²⁰³.

Come abbiamo già accennato, il testo della Direttiva n. 2014/24/UE sancisce, nel c.d. "settore ordinario", soltanto le ipotesi di *procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara* (*procédures négociées sans publicité ni mise en concurrence préalables*, in francese), recepita dall'art. 63 del Codice italiano e dall'art. L2122-1 del *Codice delle commesse pubbliche francese* (*Code de la commande publique*). Tuttavia, l'art. 47 della Direttiva n. 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei c.d. "settori speciali" (settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali)

²⁰² Chiariello, C., Il partenariato per l'innovazione, in *Giustamm*, n. 2-2016, Roma 2016, p. 5286.

²⁰³ Corso, G., *Manuale di diritto amministrativo*, Quinta edizione, Ed. G. Giappichelli, Torino 2010, p. 385.

fissa delle ipotesi di *procedure negoziate con previa indizione di gara* (*procédure négociée avec mise en concurrence*)²⁰⁴.

La Direttiva n. 2014/24/UE sancisce, nei commi 2 a 5 dell'art. 32, le circostanze e i casi specifici nei quali le amministrazioni aggiudicatrici possono ricorrere all'*affidamento senza gara*²⁰⁵.

Nel caso degli *appalti pubblici di lavori, forniture e servizi*, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata nei casi seguenti: a) qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata,

²⁰⁴ Il dispositivo del diritto comunitario europeo viene recepito, in Italia, dall'art. 124 del Codice dei contratti pubblici e, in Francia, dall'art. L.2124-3 del Codice delle commesse pubbliche, che ha coniato l'espressione "procedura con negoziazione" (*procédure avec négociation*), in sostituzione alla c.d. "procedura competitiva con negoziazione" (*procédure concurrentielle avec négociation*) e alla c.d. "procedura negoziata preceduta da una gara" (*procédure négociée avec mise en concurrence préalable*), prescritte dall'art. 42 della abrogata Ordinanza 23 luglio 2015, n. 2015-899.

²⁰⁵ Il *Considerando n. 50* della *Direttiva n. 2014/24/UE* avverte che, tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in *circostanze del tutto eccezionali*. L'eccezionalità dovrebbe essere circoscritta ai casi nei quali la pubblicazione non sia possibile per cause di estrema urgenza dovute a eventi imprevedibili e non imputabili all'amministrazione aggiudicatrice, o se è chiaro fin dall'inizio che la pubblicazione non genererebbe maggiore competitività ovvero migliori risultati dell'appalto, non da ultimo perché un solo operatore economico è oggettivamente in grado di eseguire l'appalto. Ciò vale per le opere d'arte, in quanto l'identità dell'artista determina intrinsecamente il carattere e valore unico dell'opera d'arte stessa. L'esclusività può anche trarre origine da altri motivi, ma solo situazioni di reale esclusività possono giustificare il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione, se la situazione di esclusività non è stata creata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice in vista della futura gara di appalto. Per chiarire le determinazioni di questo dispositivo, in Italia, l'Autorità Nazionale Anticorruzione – ANAC ha emanato le *Linee guida n. 8*, che fissano il "ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili" (pubblicate nella Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 248, del 23 ottobre 2017).

né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché sia trasmessa una relazione alla Commissione su richiesta di quest'ultima; b) quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per ragioni artistiche, tecniche o di proprietà intellettuale; c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza, non imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici, derivanti da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati.

Nel caso degli *appalti pubblici di forniture*, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata nei casi seguenti: a) qualora i prodotti in questione siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo; b) nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate o al rinnovo parziale di forniture o di impianti o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligasse l'amministrazione aggiudicatrice ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate, situazione in cui la durata dei contratti e dei contratti rinnovabili non può, come regola, superare i tre anni; c) per forniture quotate e acquistate sul mercato delle materie prime; e d) per l'acquisto di forniture o servizi a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dal curatore o liquidatore di un fallimento, di un concordato giudiziario o di una procedura analoga prevista nelle legislazioni o regolamentazioni nazionali.

La procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata per i *servizi* quando l'appalto in questione consegue a un concorso di progettazione e debba, in base alle norme previste nel concorso di

progettazione, essere aggiudicato al vincitore o ad uno dei vincitori di tale concorso.

La procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata, infine, per *nuovi lavori o servizi* consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura in cui sia stato pubblicato un avviso di indizione di gara. In questi casi, il progetto di base deve indicare l'entità di eventuali lavori o servizi complementari e le condizioni alle quali essi verranno aggiudicati. Il ricorso a questa procedura viene limitato al triennio successivo alla conclusione dell'appalto iniziale.

Proprio come nel diritto amministrativo italiano e in quello francese, anche la *legge brasiliiana* prevede l'*affidamento diretto* di un lavoro, servizio o fornitura, senza previa pubblicazione di un *bando di gara*.

La differenza è che, in Brasile, le possibilità di *contrattazione diretta*, senza mettere l'oggetto in gara, sono molto più ampie rispetto a quelle esistenti nei paesi europei.

In questo senso, la legge prevede *tre grandi possibilità*: le gare *dispensate*, le gare *dispensabili* e le c.d. "gare *inesigibili*"²⁰⁶.

La *gara dispensata* (*licitação dispensada*, in portoghese) "è l'occorrenza, in realtà, dell'ipotesi legale in cui la P.A. è libera di fare la gara per espressa determinazione della legge"²⁰⁷.

²⁰⁶ Jacoby Fernandes, J. U., *Contratação direta sem licitação*, Decima edizione, Ed. Forum, Belo Horizonte 2016, p. 38.

²⁰⁷ Gasparini, D., *Direito administrativo*, Sesta edizione, Ed. Saraiva, San Paolo 2001, p. 400.

In questo caso, la P.A. non ha bisogno di intraprendere alcuna azione per vedersi sollevata dall'eseguire il processo di offerta. Si tratta di un *atto amministrativo vincolante* per non intraprendere la gara. Dunque, in presenza di uno dei casi previsti nei due paragrafi dell'art. 17 della legge, la P.A. resterà sollevata dall'obbligo di fare la gara. Si tratta di situazioni di *alienazione di beni immobili* (7 casi) e *di beni mobili* (6 casi)²⁰⁸.

Le deroghe all'obbligo di effettuare la gara per le *alienazioni di beni immobili* sono dovute a dazione in pagamento, donazione, permuta, vendita di area rimanente di un lavoro pubblico, vendita ad un'altra agenzia o ente, disposizione per soddisfare i programmi di alloggi di interesse sociale o procedura di legittimazione di possesso, concessione di titolo di proprietà o di diritto reale di uso.

Per i *beni mobili*, l'Amministrazione è sollevata dalla gara nei casi di donazione per finalità sociali, permuta, vendita di azioni in borsa, vendita di titoli, vendita di beni prodotti o commercializzati dalla P.A., e vendita di attrezzature e materiali non più utilizzabili da chi vende²⁰⁹.

L'art. 24 della Legge sugli Appalti Pubblici, a sua volta, elenca i casi in cui la gara è *dispensabile* (*licitaçõe dispensável*, in portoghese).

Va notato che in tali situazioni, l'assunzione diretta non funziona *automaticamente*, anche se i fatti si inseriscono nelle ipotesi esaustive annoverate in questo articolo. Questo dispositivo stabilisce soltanto che la gara *può essere omessa*. Pertanto, la P.A. ha l'obbligo di valutare, caso per

²⁰⁸ Meirelles, H. L., *Licitações e contratos administrativos*, Dodicesima edizione, Ed. Malheiros, San Paolo 1999. p. 96.

²⁰⁹ Pereira Júnior, J. T., *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, Quarta edizione, Ed. Renovar, Rio de Janeiro 1997, pp. 430-54.

caso, *la convenienza e l'opportunità* di contrarre senza intraprendere la gara²¹⁰.

Si tratta di *trentaquattro* situazioni riguardanti, ad esempio, gli acquisti, le opere e i servizi di ingegneria di scarso valore, situazioni di emergenza o calamità, la fornitura o l'apporto di energia elettrica, i contratti con le organizzazioni sociali, l'esecuzione di un appalto per un lavoro, servizio o fornitura rimasti incompleti, l'acquisto di prodotti freschi, pane e merci deperibili, l'acquisto di beni per la ricerca scientifica e tecnologica, circostanze di guerra o di grave turbamento dell'ordine pubblico, e i contratti tra gli enti della propria P.A.²¹¹⁻²¹².

Infine, vi sono casi delle c.d. "*inesigibilità di gara*" (*licitação inexigível*, in portoghese), stabiliti nell'art. 25 della legge brasiliana sugli appalti pubblici.

L'inesigibilità di gara si giustifica nei casi in cui esiste *un'impossibilità giuridica* di realizzazione dell'evento sia per la natura dell'oggetto in questione sia per gli obiettivi sociali perseguiti dall'Amministrazione.

Secondo il *caput* dell'art. 25 della Legge n. 8666, del 1993, "è inesigibile la gara quando c'è impraticabilità di competizione, in particolare", qui seguono tre paragrafi che contemplano situazioni di trattativa con un produttore o fornitore esclusivo, le contrattazioni di servizi forniti da un professionista o da

²¹⁰ Brasile, Tribunal de Contas da União, *Llicitações e contratos: orientações básicas*, Seconda edizione, Brasilia 2003, p. 163.

²¹¹ Di Pietro, M. S. Z., *Parcerias na administração pública*, Terza edizione, Ed. Atlas, Sao Paolo 1999, p. 204.

²¹² Gasparini, D., *Direito administrativo*, Sesta edizione, Ed. Saraiva, San Paolo 2001, p. 302.

un'azienda di riconosciuta competenza, e la contrattazione con artisti considerati di chiara fama dal pubblico o dalla critica specializzata²¹³⁻²¹⁴.

²¹³ Savonitti Miranda, H., *Llicitações e contratos administrativos*, Quarta edizione, Ed. Senado Federal, Brasilia 2007, pp. 63-116.

²¹⁴ Niebuhr, J. M., *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*, Quarta edizione, Ed. Forum, Belo Horizonte 2015, pp. 143-212.

PARTE II – REQUISITI DI PARTECIPAZIONE ED ESCLUSIONE DALLE GARE

CAPITOLO I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

1. INTRODUZIONE

La gara pubblica è un *procedimento amministrativo* sviluppato al fine di individuare la migliore proposta per la conclusione di un contratto.

A differenza dei privati, le amministrazioni pubbliche non sono libere di scegliere in maniera *discrezionale* i soggetti con cui vogliono contrattare, ma devono assumere tale decisione nell'ambito di procedure atte a garantire, da una parte, la *pattuizione più vantaggiosa* e l'*esecuzione alle condizioni di migliore tranquillità e sicurezza* e, dall'altra, la possibilità per gli operatori economici di *concorrere a parità di condizioni* all'aggiudicazione dell'appalto²¹⁵.

Nel diritto brasiliano, l'evidenza pubblica si contraddistingue per una determinazione accurata di *due fasi* e alcune *sottofasi*. La c.d. "fase interna

²¹⁵ In questo senso, la Corte di Cassazione italiana ha affermato che "è indubbio che la pubblica amministrazione debba sempre e comunque ispirare la sua azione al criterio della *massima economicità* di gestione, e che i contratti con cui essa è ammessa alla libera scelta dell'altra parte del rapporto, vengano di regola conclusi con procedure complesse, volte ad assicurare la *pattuizione più vantaggiosa* e l'*esecuzione nelle condizioni di migliore sicurezza ed economicità*" (Cassazione Civile, Sezione I, 09 mag. 2003, n. 7073, *GU 20 ott. 2003*).

della gara”, detta anche *fase preparatoria*, avviene prima della pubblicazione del bando, a seguito delle determinazioni dell'autorità competente, e consiste in diverse procedure formali tra le quali: la preparazione del progetto di base o delle specifiche di riferimento, la bozza del bando e del contratto, la realizzazione del preventivo dettagliato, l'elaborazione del parere di un consulente legale, la definizione del tipo e della modalità di gara²¹⁶. La *fase esterna* della procedura inizia con la divulgazione pubblica dell'offerta ed è composta di *cinque atti o sottofasi*.

Dunque, a *differenza* del diritto amministrativo italiano e di quello francese, che non *esplicita* la suddivisione in “fase interna” e “fase esterna”, nel diritto brasiliano tutto quello che è fatto *prima della pubblicazione* del bando di gara si trova nella c.d. “fase interna” dell’evidenza pubblica.

Tuttavia, nonostante la distinzione terminologica, il diritto eurounitario (tramite la Direttiva n. 2014/24/UE), così come il Codice dei contratti pubblici e il *Code de la commande publique* impongono l'adozione di una serie di procedure preparatorie prima della divulgazione del bando di gara, tra le quali si evidenzia la *consultazione preliminare di mercato* (che nel Codice francese prende il nome di "études et échanges préalables avec des opérateurs économiques")²¹⁷.

²¹⁶ Furtado, L. R., *Curso de licitações e contratos administrativos*, Sesta edizione, Ed. Forum, Belo Horizonte 2015, pp. 278-87.

²¹⁷ L'art. 40 della Direttiva n. 2014/24/UE, l'art. 66 del Codice dei contratti pubblici e gli artt. 4 e 5 del *Code des marchés publics* sanciscono le procedure di consultazione di mercato ai fini della preparazione dell'appalto e per informare gli operatori economici degli appalti da essi programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi. A tal fine, le amministrazioni aggiudicatrici possono ad esempio sollecitare o accettare consulenze da parte di esperti o autorità indipendenti o di partecipanti al mercato, che possono essere utilizzate nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, a condizione che non abbiano l'effetto di falsare la concorrenza e non comportino una violazione dei principi di *non discriminazione* e di *trasparenza*.

Inoltre, la fase preparatoria degli appalti pubblici comprende *la programmazione* (con l'adozione del programma biennale degli acquisti di beni e servizi e il programma triennale dei lavori pubblici), *la fase di studio e di elaborazione* (che include, in contraddittorio con i soggetti tecnicamente interessati, l'elaborazione del capitolato speciale d'appalto, dei criteri di scelta dell'operatore e di selezione delle offerte, della bozza del provvedimento di autorizzazione a contrarre, nonché la nomina del responsabile del procedimento) e *la predisposizione del bando, del disciplinare di gara e dei relativi allegati*²¹⁸.

Nel diritto amministrativo brasiliano, gli atti della c.d. "*fase esterna*" della *gara*, che inizia con la divulgazione pubblica dell'offerta, sono *cinque*, nei termini indicati dalla Legge 21 giugno 1993, n. 8666, cioè: il *bando*, *l'abilitazione*, *il giudizio*, *l'omologazione* e *l'aggiudicazione*.

Il *bando*, nella stessa prospettiva di quanto accade nel diritto europeo, è l'atto con il quale si convocano gli interessati a partecipare alla gara; esso stabilisce le condizioni che ne disciplineranno le modalità. Ha lo scopo, tra gli altri, di pubblicizzare l'offerta, identificarne l'oggetto, creare le condizioni per la qualificazione e la valutazione delle proposte e per definire i termini del contratto da stipulare²¹⁹⁻²²⁰.

²¹⁸ Gli artt. 21, 31, 32 e 72, del Codice dei contratti pubblici, nonché gli artt. 6 a 19 del *Code des marchés publics* statuiscono gli atti della fase preparatoria degli appalti pubblici.

²¹⁹ Bandeira de Mello, C. A., *Curso de direito administrativo*, Dodicesima edizione, Ed. Malheiros, San Paolo 2000. p. 502.

²²⁰ La Legge generale per le gare d'appalto e contrattazioni pubbliche brasiliana precisa che costituiscono *allegati al bando*: a) il progetto di base e quello esecutivo, incluse, se necessarie, tutte la parti complementari come disegni e specifiche; b) il preventivo in fogli di calcolo delle quantità e dei prezzi unitari; c) la bozza del contratto da firmare tra la P.A. e il contraente; e) le specifiche aggiuntive e le relative norme pertinenti alla gara.

L'*abilitazione*, a sua volta, è una fase esclusivamente documentale nella quale, l'interessato ad un contratto con il potere pubblico dimostra di possedere i *requisiti* e le *qualifiche* richieste dal bando. Nel diritto brasiliano, pertanto, i requisiti di partecipazione alla gara (e le conseguenti cause di esclusione) vengono valutati in questa *sottofase* della procedura di affidamento.

Superata la sottofase di abilitazione si svolge il *giudizio* della gara, destinato solo ai concorrenti che siano stati regolarmente *abilitati*; è il momento in cui le proposte presentate sono valutate al fine della scelta dell'offerta più vantaggiosa. È importante rilevare che, così come accade in Europa, il regolare giudizio delle proposte non genera, per il vincitore, il *diritto soggettivo* all'aggiudicazione dell'oggetto dell'offerta, ma solo l'*aspettativa al diritto* di essere contrattato²²¹⁻²²².

L'*omologazione* è l'atto di controllo attraverso il quale il controllore delle spese conferma l'abilitazione e la classificazione delle proposte formulate dalla commissione di gara. L'autorità avrà di fronte a sé tre possibilità: *confermare* il giudizio e *omologarlo*; ordinare la *rettifica* della classificazione in tutto o in parte, qualora occorrono irregolarità correggibili in giudizio; *annullare* il giudizio o tutto il procedimento di gara, se vengono scoperte irregolarità

²²¹ Meirelles, H. L., *Licitações e contratos administrativos*, Dodicesima edizione, Ed. Malheiros, San Paolo 1999. pp. 134-5.

²²² L'art. 45 della Legge generale per le gare d'appalto e contrattazioni pubbliche brasiliana evidenzia, nelle sue quattro sezioni, le *tipologie di gara* o le *tipologie di giudizio* che non si applicano alla modalità del concorso. Esse sono: a) prezzo più basso, quando il criterio di selezione dell'offerta più vantaggiosa per l'Amministrazione determina che il vincitore sia il concorrente che presenta l'offerta secondo le specifiche del bando e offre il prezzo più basso; b) migliore tecnica; c) tecnica e prezzo (che somiglia all'idea di offerta economicamente più vantaggiosa del diritto europeo); e d) migliore offerta in caso di alienazione di beni o concessione di diritti reali di utilizzo (Sundfeld, C. A., *Llicitação e contrato administrativo*, Ed. Malheiros, San Paolo 1994. p. 149).

insormontabili e pregiudiziali, in qualsiasi fase, per la continuazione della gara²²³.

Infine, l'*aggiudicazione* è l'atto con cui l'autorità amministrativa consegna ufficialmente l'oggetto al vincitore della gara e lo convoca per la stipulazione del contratto.

A differenza di quanto succede in Europa, il *legislatore brasiliano* ha fissato testualmente e in maniera sequenziale *la successione* delle fasi che compongono la procedura di evidenza pubblica. Così, nonostante la procedura si svolga secondo lo stesso ordine (ossia, prima si apre la busta, contenente la documentazione amministrativa, per poi esaminare la documentazione tecnica e l'offerta economica), in *Italia* e in *Francia* gli atti che compongono le procedure di scelta del contraente non vengono *tassativamente enumerati*.

In questo senso, va rilevato che, in Francia, l'art. L1411-5 del *Codice generali degli enti locali* (*Code général des collectivités locales*, in francese), modificato dall'art. 58 del Decreto 29 gennaio 2016, n. 2016-65, che oggi sancisce il ruolo della *Commissione di gara* (*Commission d'appel d'offres*), stabilisce che “una commissione apre le pieghe contenenti le candidature o le offerte e redige l'elenco dei candidati ammessi a presentare un'offerta *dopo aver esaminato* le loro garanzie professionali e finanziarie, e il rispetto da parte loro dell'obbligo di occupazione dei lavoratori (...”).

Tuttavia, nonostante nel *diritto brasiliano* l'abilitazione preceda solitamente il giudizio, va ricordato che nelle modalità di asta, nel partenariato pubblico privato e nel c.d. “Regime Differenziato per i Contratti Pubblici – RDC”, come abbiamo già analizzato, è prevista l'*inversione delle fasi*, allo scopo di conferire una maggiore flessibilità alla conclusione della procedura, in modo che il *giudizio preceda l'abilitazione*, permettendo che sia analizzata

²²³ Meirelles, H. L., *Licitações e contratos administrativos*, Dodicesima edizione, Ed. Malheiros, San Paolo 1999. p. 151.

solo la documentazione dell'offerente meglio qualificato. Questa tendenza è anche presente nel *diseño de ley* (PLS n. 559/2013) che attualmente è in discussione al Congresso Nazionale brasiliano con l'obiettivo di aggiornare la legislazione brasiliana in materia.

Nel diritto brasiliano, nel caso sopravvenga un motivo che renda l'offerta insoddisfacente per l'interesse pubblico, o si constati che, in qualsiasi momento nel corso del procedimento di gara, sia stata commessa qualsiasi infrazione di natura legale, la gara dovrà essere *revocata* o, nella seconda ipotesi, *annullata*. L'*annullamento* consiste nell'invalidazione della gara per motivi di *illegalità*, mentre la *revoca* avviene qualora subentri un fatto, adeguatamente motivato, per il quale l'evento di gara si riveli *non conveniente* o *inopportuno* al raggiungimento dell'interesse pubblico²²⁴. Trattasi, dunque, dello stesso potere di revoca e di recesso stabilito nel *diritto italiano e in quello francese*, frutto del *potere di autotutela* delle Pubbliche Amministrazione.

Così, non avrebbe senso che le leggi fissassero in modo talmente dettagliato l'intera procedura di *evidenza pubblica* se le stazioni appaltanti potessero affidare un appalto a un operatore economico²²⁵ *inidoneo*.

²²⁴ Di Pietro, M. S. Z., *Direito administrativo*, Ventottesima edizione, Ed. Atlas, San Paolo 2015, p. 296.

²²⁵ In questo senso, il Considerando n. 14 della Direttiva n. 2014/24/UE precisa che "la nozione di 'operatori economici' dovrebbe essere interpretata in senso ampio, in modo da comprendere 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. Pertanto, imprese, succursali, filiali, partenariati, società cooperative, società a responsabilità limitata, università pubbliche o private e altre forme di enti diverse dalle persone fisiche dovrebbero rientrare nella nozione di operatore economico, indipendentemente dal fatto che siano 'persone giuridiche' o meno in ogni circostanza".

La competizione, dunque, deve essere circoscritta soltanto a quei soggetti dei quali sia stata verificata l'*idoneità* e che quindi diano *garanzia di affidabilità* e risultino *meritevoli* di aggiudicarsi eventualmente la commessa pubblica.

L'*idoneità* di un operatore economico va valutata con riguardo a *due distinti aspetti*: a) sotto un *profilo soggettivo*, la stazione appaltante deve contrattare soltanto con soggetti che siano moralmente affidabili; e b) sotto un *profilo oggettivo*, la stazione appaltante deve contrattare con soggetti che diano prova di avere la necessaria competenza sia tecnica sia professionale per eseguire l'appalto messo in concorrenza, nonché la capacità economica e finanziaria per anticipare i costi necessari all'esecuzione²²⁶.

L'obiettivo di questo primo capitolo è quello di analizzare la valutazione che viene fatta dalle *stazioni appaltanti* dei *requisiti soggettivi* dei partecipanti, svolta subito dopo la divulgazione del bando di gara e finalizzata ad emanare il provvedimento che determina le *ammissioni* alla procedura oppure le *esclusioni* dalla stessa.

2. I REQUISITI DI ORDINE GENERALE COME CAUSE DI ESCLUSIONE

I *requisiti di ordine generale* (oppure *requisiti di c.d. "moralità professionale" del concorrente*) sono l'insieme delle condizioni soggettive che tutti i concorrenti devono possedere per contrattare con la pubblica amministrazione. La mancanza di tali requisiti impone di precludere la partecipazione alla gara e, qualora tale mancanza sopravvenga nel corso della

²²⁶ Felicetti, T., La partecipazione alla gara, in *Guida pratica per i contratti pubblici di servizi e forniture*, v. 2 (a cura della) Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche di gestione e sviluppo delle risorse umane, Roma 2011, p. 50.

procedura, di giustificare il rifiuto dell'amministrazione aggiudicatrice di stipulare il contratto²²⁷.

Secondo la sistematica adottata dall'art. 57 della Direttiva n. 2014/24/UE recepita, in Italia, dall'art. 80 del Codice dei contratti pubblici e, in Francia, dagli artt. da L2141-1 a L2141-14 del *Codice delle commesse pubbliche*, i *requisiti di ordine generale* di partecipazione alle gare vengono, in realtà, definiti come "motivi di esclusione" dalla partecipazione alla procedura d'appalto²²⁸.

Invece di nominare testualmente i *requisiti di partecipazione*, il legislatore europeo ha fatto un *ragionamento inverso*, quasi litotico (cioè affermando i requisiti di partecipazione negandone il loro contrario), ovvero sancendo che gli operatori economici che si trovino in determinate situazioni (per esempio, abbiano subito determinate condanne con sentenze definitive, non abbiano ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali, siano in stato di fallimento o oggetto di una procedura di insolvenza o di liquidazione, tra le varie ipotesi) *non saranno in grado di*

²²⁷ Raganelli, B., *Contratti pubblici e piccole medie imprese: gli strumenti a sostegno compatibili con la normativa comunitaria e nazionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2, 2011, Ed. Giuffrè, Milano 2011, pp. 551-596, p. 573.

²²⁸ Detta norma è contenuta nell'art. 57 della Direttiva UE, nella Sezione III, denominata "Selezione dei partecipanti e aggiudicazione degli appalti", del Capo III, intitolato "Svolgimento della procedura". Allo stesso modo, la norma viene trasposta nel Codice italiano all'art. 80, intitolato "Motivi di esclusione", collocato nella Sezione II del Capo III, dedicata alla selezione delle offerte, e negli artt. da L2141-1 a L2141-14 del *Codice delle commesse pubbliche francese*, nel Titolo IV, denominato "Fase di candidatura" (*Phase de candidature*), sotto il titolo "Motivi di esclusione dalla procedura di aggiudicazione" (*Motifs d'exclusions de la procédure de passation*). Da ciò deriva che la problematica dell'esclusione dalla gara sorge e deve essere affrontata in questa fase; dunque nella fase precontrattuale, in occasione della quale entra in gioco anche il *principio della buona fede*. Nello stesso senso, cfr. Nicodemo, A., *Gravi illeciti professionali, tutto cambia affinché nulla cambi*, in *Urbanistica e appalti* 1/2019, pp. 110-18, gen.-mar. 2019, p. 114-5.

partecipare (dato che sono esclusi) dalla procedura; *al contrario*, tutti quelli che non rientrano nelle suddette situazioni, *riusciranno a partecipare* alla gara.

Dunque, i *requisiti di ordine generale* sono espressi nella Direttiva (e, di conseguenza, nelle norme italiane e in quelle francesi) *in negativo*, nel senso che gli operatori economici non devono trovarsi in nessuna delle situazioni di esclusione ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti medesimi.

I requisiti di *ordine generale* si caratterizzano, dunque, *per l'assenza di condizioni soggettive impeditive*, mentre i requisiti di *ordine speciale*, quali l'idoneità professionale o l'iscrizione in un albo professionale competente, come dopo si vedrà, sono *requisiti positivi* da dimostrare.

2.1. La possibilità di ampliamento delle cause di esclusione in Europa a differenza della tassatività in Brasile

La Corte di Giustizia ha affermato la *tassatività* delle cause di esclusione dalle gare d'appalto previste dal diritto eurounitario, ma ha precisato che ciò *non impedisce* che uno Stato membro preveda altre misure restrittive, per garantire la *trasparenza* delle procedure, pur nei limiti della compatibilità con

il *principio di proporzionalità*²²⁹⁻²³⁰⁻²³¹. Inoltre, la giurisprudenza ha escluso che, anche con riguardo alla *singola gara*, la stazione appaltante possa, in sede di *lex specialis*, prevedere *ulteriori ipotesi di esclusione* rispetto a quelle incluse nell'elenco, *a meno che non siano giustificate*²³².

Mentre in passato i *requisiti di ordine generale* si diversificavano, peraltro senza ragione, a seconda del *tipo di appalto*, oggigiorno la Direttiva ha previsto che gli stessi siano *uguali* per tutte le tipologie di appalti di lavori, servizi e forniture. La norma mantiene, comunque, la distinzione tra cause di esclusione *obbligatorie* e *facoltative*, nonché mantiene l'obbligo di osservanza dei principi di *proporzionalità* e di *parità di trattamento*.

²²⁹ Corte di Giustizia, Grande Sezione, *Sentenza 16 dic. 2008, Causa 213/2007*, domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Symvoulio tis Epikrateias (Grecia) con decisione 8 dic. 2006, pervenuta in cancelleria il 23 apr. 2007, nella causa Michaniki AE contro Ethniko Symvoulio Radiotileorasis, Ypourgos Epikrateias.

²³⁰ Le cause di esclusione sono dunque tassative, nel senso che, incidendo sull'autonomia privata delle imprese e limitando la libertà di concorrenza nonché il *principio di massima partecipazione alle gare pubbliche*, non possono essere interpretate in via *estensiva* o *analogica* (Consiglio di Stato, Sezione IV, *Sentenza 21 ago. 2002*, n. 4268).

²³¹ In Francia, il Consiglio di Stato (*Conseil d'Etat*) ha ritenuto che anche per le procedure avviate in un momento in cui la Direttiva n. 2014/24/UE non era ancora stata recepita (pertanto, prima del 18 aprile 2016), si impone l'osservanza del *principio generale del diritto di imparzialità*, la cui mancanza costituisce una violazione degli obblighi di *pubblicità* e *concorrenza*. Ogni amministrazione aggiudicatrice è pertanto tenuta ad assicurare una procedura e un'analisi imparziale delle offerte dei candidati. *In casu*, il Consiglio di Stato francese ha affermato che la norma presuppone che l'amministrazione aggiudicatrice escluda dalla procedura di analisi delle offerte un ex-dipendente di una società appaltante, che ha assistito la suddetta autorità aggiudicatrice per il lodo, al fine di evitare ogni legittimo dubbio sull'*imparzialità* del trattamento riservato (*Conseil d'Etat, 7ème/ 2ème SSR, SA Applicam, Région Nord-Pas-de-Calais contro Société Revet, Sentenza 14 ott. 2015, n. 390968*).

²³² Consiglio di Stato, Sezione V, *Sentenza 22 ago. 2003, n. 4750*; Consiglio di Stato, Sezione IV, *Sentenza 21 ago. 2002, n. 4268*.

Molto innovativa è la possibilità concessa agli operatori economici che siano ricaduti in una causa di esclusione di avvalersi del limite della *proporzionalità* (comma 3) o di adottare *misure correttive (self-cleaning measures)* (comma 6), come di seguito si vedrà, che dovranno essere vagilate dalle amministrazioni aggiudicatrici²³³⁻²³⁴.

In *Brasile*, i requisiti di ordine generale e speciale, come abbiamo già accennato, appartengono alla c.d. “abilitazione”, fase esclusivamente documentale nella quale, l’interessato ad un contratto con il potere pubblico dimostra di possedere i *requisiti* e le *qualifiche* richieste dal bando.

Di norma, non è richiesta ai partecipanti alle gare alcuna iscrizione prima dell’inizio del procedimento, in quanto, la verifica dei requisiti legali per ottenere il contratto con la P.A. è riservata a questa fase, che è successiva alla pubblicazione del bando e alla consegna delle buste contenenti le proposte e la relativa documentazione. Tutti possono chiedere l’abilitazione a tempo debito secondo le scadenze previste nel bando. L’unica eccezione riguarda la procedura di *registrazione del prezzo*, che esige una registrazione preliminare

²³³ Corradino, M., Il sistema delle fonti e la loro evoluzione, in *I contratti pubblici* (a cura di Corradino, M., Galli, D., Gentile, D., Lenoci, M. C., Malinconico, C.), Ed. Wolters Kluwer, Milanofiore Assago 2017, pp. 19-20.

²³⁴ In questo senso, il paragrafo 6 dell’art. 57 della Direttiva n. 2014/24/UE afferma: “Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4 può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l’esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l’operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d’appalto. A tal fine, l’operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall’illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell’illecito. Se si ritiene che le misure siano insufficienti, l’operatore economico riceve una motivazione di tale decisione”.

delle parti interessate, in un database denominato “registro catastale”. In questo caso, la qualificazione è la prima fase della gara e precede la pubblicazione del bando.

Ai sensi dell'art. 27 della Legge sulle gare brasiliana, agli interessati è “richiesta *esclusivamente*” la documentazione concernente: a) la c.d. “abilitazione giuridica”, che consiste nel dimostrare l’identità del partecipante, persona fisica o giuridica; b) la *regolarità fiscale e lavorativa* dello stesso; c) la *qualificazione tecnica*; d) la *qualificazione economico-finanziaria*; ed e) il *rispetto del comma XXXIII dell'art. 7º della Costituzione Federale brasiliana* (che impone l’osservanza del divieto del lavoro minorile)²³⁵.

Così, a paragone con la legislazione europea, possiamo dire che i requisiti di *ordine generale* nel diritto brasiliano sono *tassativi* e riguardano l’abilitazione giuridica, la regolarità fiscale e lavorativa, e l’osservanza del divieto del lavoro minorile. La qualificazione tecnica e quella economico-finanziaria, invece, rientrano nei requisiti di *ordine speciale*.

In questo senso, la Corte di Cassazione brasiliana (*Superior Tribunal de Justiça*) ha ritenuto che l’elenco dei documenti stabiliti dagli artt. 28 a 31 della Legge Brasiliana sulle Gare d’Appalto è *tassativo*, in quanto è possibile, sulla *valutazione discrezionale* della stazione appaltante, che il bando di gara *richieda meno*, però mai più documenti. In tal senso, anche se ciò non viene mai esplicitamente dichiarato è possibile affermare che anche in Brasile, come

²³⁵ Pertanto, in questa fase qualsiasi altra richiesta al di là delle suddette è illegale e rappresenta una violazione dei principi di uguaglianza e di legalità, come recita espressamente la frase introduttiva all'art. 27 della Legge sulle gare d'appalto pubbliche (Carvalho Filho, J. S., *Manual de direito administrativo*, Ventisettesima edizione, Ed. Atlas, San Paolo 2014, p. 293).

di seguito si vedrà, ci sono delle *clausole di esclusione obbligatorie e altre facoltative*”²³⁶.

2.2. Le cause di esclusione obbligatorie e facoltative

Le Direttive nn. 2014/23/UE (sull’aggiudicazione dei contratti di concessione), 2014/24/UE (sugli appalti pubblici nel settore ordinario), e 2014/25/UE (sulle procedure d’appalto degli enti erogatori in settori speciali), stabiliscono varie *situazioni di esclusione*, alcune delle quali sono *imperative*, altre *facoltative*, lasciando alla discrezionalità degli Stati un *margine di adattamento*.

Per quanto riguarda gli appalti pubblici nel c.d. “settore ordinario”, l’art. 57 della Direttiva n. 2014/24/UE sancisce, nei paragrafi 1 e 2, l’ipotesi di *esclusione obbligatoria*. Tali divieti sono obbligatori in modo tale che, da un lato, le autorità nazionali siano obbligate a includere tali divieti nelle loro normative in materia di appalti pubblici e concessioni e, d’altro canto, tali divieti sono *vincolanti* per le amministrazioni aggiudicatrici e per gli enti che sono in una posizione di competenza, non essendo possibile accettare la partecipazione di un operatore in violazione di queste disposizioni. Il paragrafo 4 dello stesso articolo, invece, impone quelli divieti *facoltative*.

Il Considerando n. 100 della Direttiva n. 2014/24/UE, però, afferma che “gli Stati membri dovrebbero, tuttavia, avere la facoltà di prevedere una deroga a queste esclusioni obbligatorie in situazioni eccezionali in cui esigenze imperative di interesse generale rendano indispensabile l’aggiudicazione di un

²³⁶ Corte di Cassazione, Sezione I, *Sentenza 1º ago. 2018*, Procedura n. 627636/RJ, *DJe, 03 ago. 2018, n. 85731799*). Nello stesso senso: Justen Filho, M., *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, Settima edizione, Ed. Dialética, San Paolo 2000, p. 401.

appalto. Tale situazione potrebbe verificarsi, per esempio, se è possibile procurarsi vaccini o attrezzature di emergenza urgentemente necessari solo attraverso un operatore economico al quale altrimenti si applicano i motivi di esclusione obbligatori”.

In questa prospettiva, l'art. L2141-6 del Codice delle commesse pubbliche francese del 2018 afferma il diritto dell'acquirente di autorizzare, a *titolo eccezionale*, la partecipazione di un operatore economico che si trovi in un caso di *esclusione di pieno diritto*, a condizione che ciò sia giustificato da rilevanti motivi di interesse generale, che il contratto in questione possa essere affidato solo a questo singolo operatore economico, o a causa di una sentenza definitiva di un tribunale di uno degli Stati membri dell'Unione che gli garantisca il diritto alla partecipazione.

L'alternativa tra *obbligatorietà* e *facoltatività* dei motivi di esclusione di matrice europea esprime il differente *disvalore* che l'ordinamento sovranazionale riconduce a determinate fattispecie, imponendo, soltanto per le cause obbligatorie, un'uniformità applicativa negli ordinamenti nazionali, rispetto a altre cause, per le quali è legislativamente ammessa una distonia in sede di attuazione negli Stati membri. La distinzione si fonda quindi sul diverso grado di *vincolatività* che le fattispecie hanno nei confronti del legislatore nazionale in sede di recepimento, lasciando margine agli Stati membri, rispetto a quelle *facoltative*, di *rinunciare* all'applicazione, o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di *rigore variabile* in considerazione di ragioni giuridiche economiche o sociali, oppure di attenuare e rendere più flessibili i criteri stabiliti dalla norma europea, entro il limite costituito dal rispetto del principio di *proporzionalità*²³⁷.

²³⁷ Caldarelli, S., L'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica per "grave illecito professionale", in *Giornale di diritto amministrativo* 2/2019, pp. 149-60, mar.-apr. 2019, p. 151.

Il *Codice dei contratti pubblici italiano*, come in seguito si vedrà, non fa una *divisione esplicita* tra le due tipologie.

Il *diritto francese*, invece, nel senso di quanto stabilisce il nuovo *Codice delle commesse pubbliche* sancisce come cause di esclusione *obbligatorie* (che dal 2018 sono state denominate *esclusioni di pieno diritto* o, in francese, *exclusions de plein droit*): a) la condanna con sentenza passata in giudicato per vari tipi di reati ai sensi del Codice penale (art. L2141-1); b) l'inosservanza degli obblighi fiscali e sociali (art. L2141-2); c) l'insufficienza di garanzie di stabilità economica (art. L2141-3); d) l'applicazione di sanzioni relative al Codice del lavoro o al Codice penale (art. L2141-4); ed e) l'esclusione dai contratti amministrativi in virtù di una decisione amministrativa (art. L2141-5).

Altri divieti di gara sono *facoltativi*, potendo essere previsti e attuati durante una *procedura specifica*. Sono cause di *esclusione soggette alla valutazione del committente* (*exclusions à l'appréciation de l'acheteur*, nell'attuale terminologia del *Code de la commande publique*): a) carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto a causa di gravi violazioni degli obblighi contrattuali (art. L2141-7); b) mancata dimostrazione di garanzie sufficienti di probità (art. L2141-8); c) situazioni che possano risultare in una distorsione della concorrenza a causa di accordo con altri operatori economici (art. L2141-9); e d) situazioni che possano risultare in un conflitto di interessi dovuto alla previa partecipazione degli operatori alle consultazioni (art. L2141-10). Tali incompatibilità *non sono insanabili* poiché gli operatori possono cercare di dimostrare la loro affidabilità al fine di evitare l'*esclusione*²³⁸.

In queste situazioni, la stazione appaltante che intende escludere un operatore economico deve assegnare un *termine ragionevole* entro il quale

²³⁸ Ubaud-Bergeron, M., *Droit des contrats administratifs*, Ed. Lexis Nexis, Parigi 2015, pp. 260-1.

l'interessato possa dimostrare, con qualsiasi mezzo, che ha precedentemente adottato le *misure necessarie* per correggere le carenze e, se del caso, che la sua partecipazione alla procedura di appalto non è tale da incidere sulla parità di trattamento.

Le situazioni di esclusione *obbligatoria* e *facoltativa* di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto saranno analizzate nei paragrafi successivi.

3. LA CONDANNA PER GRAVI REATI

Il primo comma dell'art. 57 della Direttiva n. 2014/24/UE sancisce che l'operatore economico che è stato *condannato con sentenza definitiva* per una serie di *gravi reati*, accertati dalla P.A., viene *escluso* dalla partecipazione ad una procedura d'appalto.

I *reati* elencati dal legislatore europeo sono: a) *partecipazione a un'organizzazione criminale*, quale definita all'art. 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio; b) *corruzione*, quale definita all'art. 3 della convenzione concernente la lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, e all'art. 2, comma 1, della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, nonché corruzione come definita nel diritto nazionale dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'operatore economico; c) *frode* ai sensi dell'art. 1 della convenzione riguardante la tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee; d) *reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche*, quali definiti rispettivamente all'art. 1 e all'art. 3 della decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio ovvero istigazione, concorso, tentativo di commettere un reato quali definiti all'art. 4 di detta decisione quadro; e) *riciclaggio di proventi* di attività criminose o finanziamento del

terrorismo, quali definiti all'art. 1 della Direttiva n. 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio; e f) *lavoro minorile* e altre forme di *tratta di esseri umani* definite all'art. 2 della Direttiva n. 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio.

In Italia, il primo comma dell'art. 57 della Direttiva n. 2014/24/UE è stato recepito dall'art. 80 del D.lgs. n. 50/2016 e riguarda l'ipotesi in cui un operatore economico abbia riportato una *condanna con sentenza definitiva* o *decreto penale di condanna divenuto irrevocabile* o *sentenza di applicazione della pena* su richiesta ai sensi dell'art. 444 del Codice della Procedura Penale, anche riferita a un suo *subappaltatore* nei casi di cui all'art. 105, comma 6, facendo riferimento agli: a) artt. 416, 416-bis del Codice penale, agli art. 74 del D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), all'articolo 291-quater del D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 (Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale) e all'articolo 260 del D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale), per quanto riguarda il reato di *partecipazione a un'organizzazione criminale*; b) artt. 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del Codice penale nonché all'articolo 2635 del Codice civile, relativamente al reato di *corruzione*, e agli artt. 2621 e 2622 del Codice civile, per quanto concerne le *false comunicazioni sociali*, come introdotto dal D.lgs. 56/2017); c) *frode*; d) *terrorismo o reati connessi* alle attività terroristiche; e) artt. 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 del Codice penale e art. 1 del D.lgs. 22 giugno 2007, n. 109, per quanto riguarda il reato di *riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo*; f) D.lgs. 4 marzo 2014, n. 24, per lo sfruttamento del *lavoro minorile* e altre forme di *tratta di esseri umani*; e

g) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'*incapacità di contrattare* con la P.A.²³⁹.

In Francia, l'art. L2141-1 del *Codice delle commesse pubbliche* sancisce che sono escluse dalla procedura di evidenza pubblica le persone che sono state *condannate* per reati (inclusi i reati *tentati*, in alcuni casi, ove ammessi dal Codice penale francese) stabiliti nelle seguenti norme: a) artt. 222-34 a 222-40 del Codice penale (*manipolazione, occultamento e riciclaggio proveniente da partecipazione a un'organizzazione criminale di narcotraffico, nonché importazione, esportazione e spaccio di sostanze stupefacenti*); b) artt. 225-4-1 e 225-4-7 del Codice penale (*tratta di esseri umani*); c) artt. 313-1 e 313-3 del Codice penale (*truffa e tentativo di truffa*); d) art. 314-1 del Codice penale (*abuso di fiducia*); e) artt. 324-1, 324-5 e 324-6 del Codice penale (*riciclaggio di proventi di attività criminose*); f) artt. 421-1 a 421-2-4 e 421-5 del Codice penale (*direzione, organizzazione o partecipazione a un'organizzazione o a un atto terroristico*); g) artt. 432-10 del Codice penale (*concussione*); h) art. 432-11 del Codice penale (*corruzione passiva e traffico d'influenza illecita*); i) artt. 432-12 a 432-16 del Codice penale (*conflitto d'interesse, turbativa d'asta e appropriazione indebita*); l) artt. 433-1 e 433-

²³⁹ Ai sensi dell'art. 32-ter del Codice penale, "l'incapacità di contrattare con la P.A. comporta il divieto di concludere contratti con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio. Tale *incapacità* non può avere *durata inferiore ad un anno né superiore a cinque anni*" e, nel vigente ordinamento penale, non è previsto che le condanne fissino "il periodo di esclusione dalla partecipazione alle procedure di gara", ma è invece prevista la pena accessoria dell'incapacità di contrattare, che ha una portata più ampia (Commissione speciale del Consiglio di Stato sullo schema di Codice dei contratti pubblici, *Parere 1 aprile 2016, n. 855*). I casi nei quali alla condanna consegue l'*incapacità di contrattare* con la P.A. sono disciplinati dall'art. 32-quater del codice penale, ai sensi del quale "ogni condanna per i delitti previsti dagli artt. 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-bis, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 353, 355, 356, 416, 416-bis, 437, 452-bis, 452-quater, 452-sexies, 452-septies, 501, 501-bis, 640, numero 1) del secondo comma, 640-bis, 644, nonché dall'art. 260 del D.lgs. n. 152/2006, commessi in danno o in vantaggio di un'attività imprenditoriale o comunque in relazione ad essa, comporta l'incapacità di contrattare con la P.A".

2 del Codice penale (*corruzione attiva e traffico di influenza commesso dal privato*); m) artt. 434-9 e 434-9-1 del Codice penale (*impedimenti all'esercizio della giustizia*); n) artt. 435-3, 435-4, 435-9 e 435-10 del Codice penale (*corruzione e traffico d'influenze attive (oppure d'influenza attiva)*); o) artt. 441-1 a 441-7 e 441-9 del Codice penale (*falso*); p) artt. 445-1 e 445-2-1 del Codice penale (corruzione attiva e passiva di persona incaricata di un pubblico servizio); q) art. 450-1 del Codice penale (*partecipazione a un'organizzazione criminale*); e r) artt. 1741 a 1743, 1746 e 1747 del Codice Generale delle Imposte (*reati tributari di sottrazione, occultamento e mancato pagamento delle tasse*).

Le norme italiane²⁴⁰ e quelle francesi qui riportate, dunque, propongono una *lunga elencazione di reati*, che non sono altro che la *trasposizione*, con riferimento alle *legislazioni nazionali*, di quelle fattispecie elencate all'art. 57 della Direttiva n. 2014/24/UE.

Nel *diritto amministrativo brasiliano*, invece, la Legge generale sugli appalti e le contrattazioni pubbliche (Legge del 21 giugno 1993, n. 8666) *non statuisce* che l'operatore economico *condannato* per *gravi reati* venga escluso dalla partecipazione ad una procedura d'appalto. Allo stesso modo, per quanto possa sembrare incredibile, il Codice penale brasiliano (che risale al 1940), non stabilisce che a un soggetto che sia stato condannato per aver commesso qualche reato, anche contro la P.A., sia vietato di contrarre con la P.A., oppure gli sia applicata la pena accessoria dell'incapacità di contrattare.

Il diritto brasiliano, comunque, sancisce *una sola situazione* in cui un *condannato penalmente* è escluso dalla partecipazione a una procedura di gara, ossia, la condanna per *reato ambientale* che, secondo quanto stabilisce l'art. 10 della Legge 12 febbraio 1998, n. 9605 (c.d. "Legge Ambientale"), vieta al condannato di contrattare con la P.A., di ricevere agevolazioni fiscali

²⁴⁰ Gamberini, A., Giustiniani, M., *Lezioni di diritto dei contratti pubblici*, Ed. Dike Giuridica, Roma 2017, p. 117.

o altri vantaggi, nonché di partecipare alle gare, per un periodo di *cinque anni* in caso di reati dolosi e di *tre anni* in caso di reati colposi²⁴¹.

Inoltre, la Legge 2 giugno 1992, n. 8429, denominata "Legge di Improbità Amministrativa" (*Lei de Improbidade Administrativa*, in portoghese), elaborata con l'obiettivo di sanzionare gli *illeciti civili* consumati contro la P.A., prevede sanzioni applicabili agli operatori pubblici nelle ipotesi di *arricchimento illecito, danni erariali* o *violazione dei principi* della P.A., commessi durante l'esercizio di un incarico pubblico, o a causa di esso, e

²⁴¹ L'art. 81, comma 3, della c.d. "Legge Elettorale" brasiliana (Legge 30 settembre 1997, n. 9504) stabiliva che la persona giuridica che eccedesse il *limite legale di donazione* a favore dei partiti politici fosse soggetta al divieto di partecipare alle gare pubbliche e di concludere contratti con la P.A. per un periodo di cinque anni, come accertato dalla Giustizia Elettorale, in un processo in cui venisse assicurato il diritto di difesa e il contradditorio. Tuttavia, la riforma della Legge Elettorale, che è venuta alla luce nel 2015 (Legge 29 settembre 2015, n. 13165), ha vietato *le donazioni da parte delle persone giuridiche a favore delle campagne elettorali*, ragione per cui la norma è stata abrogata.

sancisce la discrezionalità del giudice civile di fissare, tra gli altri, la pena di divieto di contrattare con la P.A. per un periodo *fino a dieci anni*²⁴²⁻²⁴³⁻²⁴⁴.

3.1. Il problema della c.d. “clausola di chiusura”

Nel *diritto italiano*, la novità più rilevante rispetto al Codice degli appalti del 2006 comprende il mancato richiamo, quale motivo di esclusione, della c.d. “clausola di chiusura”, presente all’art. 38, comma 1, lettera “c”, cioè la condanna definitiva “per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale”.

Tale previsione lasciava l’elenco dei gravi reati meramente esemplificativo e consentiva alla stazione appaltante di operare una “valutazione discrezionale in ordine all’incidenza sulla moralità professionale di condanne definitive per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità, ulteriori rispetto a quelli già individuati dalla norma (per i quali, come già

²⁴² Savonitti Miranda, H., *Improbidade administrativa*, Ed. UnyLeYa, San Paolo 2012, p. 53.

²⁴³ La Corte di Cassazione brasiliana (*Superior Tribunal de Justiça*) ha deciso che la sentenza che impone una sanzione di *divieto di contrattare con la P.A.* ha effetti *ex nunc* e non ha il potere di incidere *automaticamente* sui contratti firmati prima della pronuncia definitiva. In questo senso, ha dichiarato che “l’immediata risoluzione di tutti i contratti firmati tra il ricorrente e la P.A., a causa di una dichiarazione di inidoneità, può rappresentare un danno maggiore al tesoro pubblico e agli interessi pubblici, dato che aprirà il rischio di incidere su un contratto che viene debitamente rispettato, contravvenendo così al principio di proporzionalità ed efficienza, imponendo spese inutili con la realizzazione di una nuova procedura di gara” (Corte di Cassazione, Sezione I, *Sentenza 13 mag. 2009*, Ordinanza restrittiva n. 13.101/DF, *DJe*, 25 mag. 2009, n. 882313).

²⁴⁴ Nello stesso senso è il Parere dell’Avvocatura Generale dell’Unione (Parere n. 113/2010/DECOR/CGU/AGU, Procedura amministrativa n. 00400.019746/2010-64, *Decisione 25 gen. 2011*).

rilevato, tale valutazione doveva considerarsi effettuata direttamente dal legislatore)"²⁴⁵.

Se l'assenza della *clausola di chiusura* nell'attuale Codice, da una parte rappresenta un elemento positivo, dato che indica l'intenzione di *ridurre il numero di contenziosi* nel prevedere unicamente *fattispecie tipiche*, attribuendo pertanto alla stazione appaltante un onere pressoché "notarile" di verifica, in negativo, della presenza di condanne per uno dei reati già individuati come rilevanti dal legislatore; dall'altra impone l'obbligo a se stesso di *rivedere l'elenco* ogni volta venga introdotta nell'ordinamento una nuova fattispecie criminale che possa essere considerata incidente sulla moralità professionale di un potenziale contraente della P.A.²⁴⁶.

Il Consiglio di Stato, nel *Parere n. 885/2016*, elaborato prima dell'entrata in vigore dal Codice, ha sostenuto la necessità di *integrare l'elenco* con una *clausola di chiusura* che sancisca comunque l'esclusione dalla gara in caso di condanne per reati gravi, comunque capaci di incidere sulla moralità professionale del concorrente o, *almeno*, prevedere l'esclusione nel caso di ogni altra condanna penale da cui derivi quale *pena accessoria* l'*incapacità di contrattare con la P.A.*, atteso che l'elenco dei reati contenuto nel comma 1 dell'art. 80 non è esaustivo di tutti i reati dai quali, secondo il vigente ordinamento penale, consegue l'*incapacità di contrarre con la P.A*²⁴⁷.

²⁴⁵ Mauro, A., Selezione delle offerte, in *I nuovi appalti pubblici* (a cura di Corradino, M., Sticchi Damiani, S.), Ed. Giuffrè, Milano 2017, p. 310.

²⁴⁶ Gamberini, A., Giustiniani, M., *Lezioni di diritto dei contratti pubblici*, Ed. Dike Giuridica, Roma 2017, p. 119.

²⁴⁷ In questo senso, il Consiglio di Stato ha dichiarato: "Si osserva sempre in relazione al comma 1, che, diversamente dal previgente codice che individuava le condanne penali rilevanti con una clausola generale (tutti i reati incidenti sulla moralità professionale), esso elenca alcuni specifici titoli di reato. È opportuno integrare l'elenco con una clausola di chiusura (quale quella già recata dall'art. 38, comma 1, lettera 'c' del previgente codice), che sancisca comunque l'esclusione dalla gara in caso di condanne per reati gravi, comunque

Nel testo finale, il *Codice italiano* ha seguito *quest'ultima indicazione*, confermando così l'intento di evitare questioni interpretative sull'identificazione dei reati incidenti sulla moralità professionale dell'imprenditore e di pervenire, invece, ad una *precisa e tassativa* individuazione delle ipotesi di reato ritenute ostative – in presenza di una condanna definitiva, beninteso – all'ammissione alle pubbliche gare.

Tuttavia, anche questa scelta del legislatore italiano ha lasciato ancora “aperto” l’elenco di esclusione dalle gare in ragione di condanne per reati gravi. Questo perché, la causa di esclusione contemplata dall’art. 80, comma 5, lettera “b”, ove si sanziona con l'estromissione dalla gara “la presenza di *gravi infrazioni debitamente accertate* alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro” (corsivi nostri), nonché agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro di cui all’art. 30, comma 3 del Codice, potrebbe astrattamente configurarsi per effetto della commissione di determinate fattispecie di reato. Ad esempio, i delitti aggravati dalla violazione in cantiere di norme antinfortunistiche, ovvero i reati ambientali diversi ed ulteriori rispetto a quelli che sono richiamati dal primo comma dello stesso art. 80. Dunque, anche se di portata meno ampia, resterà attuale la

idonei ad incidere sulla moralità professionale del concorrente. In tal caso, dopo la lettera ‘f’ del comma 1 si dovrebbe inserire una lettera ‘g’ del seguente contenuto: ‘g) ogni altro reato grave in danno dello Stato o dell’Unione europea che sia idoneo ad incidere sulla moralità professionale’. In subordine, dovrebbe quanto meno essere prevista l’esclusione nel caso di ogni altra condanna penale da cui derivi quale pena accessoria l’incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, atteso che l’elenco dei reati contenuto nel comma 1 dell’art. 80 non è esaustivo di tutti i reati dai quali, secondo il vigente ordinamento penale, consegue l’incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione. Siffatta integrazione non sembra incontrare limiti nel divieto di *gold plating*, se correttamente inteso, come indicato nella parte generale. In tal caso vengono in rilievo principi di tutela dell’ordine pubblico e non meri oneri burocratici” (Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, su “Schema di decreto legislativo recante ‘Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione’, ai sensi dell’art. 1, comma 3, della Legge 28 gennaio 2016, n. 11”, *Parere n. 885/2016, del 1° aprile 2016*).

giurisprudenza che, secondo le previsioni dell'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006, si è formata sull'individuazione delle fattispecie di reato in grado di incidere sulla moralità professionale dell'imprenditore²⁴⁸.

Inoltre, il testo delle nuove *Linee guida n. 6*, emanato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, aggiornate alla luce del correttivo al Codice dei contratti pubblici venuto alla luce con il D.lgs. n. 56/2017, che sancisce "l'indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lettera 'c' del Codice", ha introdotto un *elenco* di reati gravi che devono essere *valutati* dalle stazioni appaltanti ai fini dell'esclusione *anche se accertati sulla base di una condanna non definitiva*, ossia anche sulla base di una sentenza di primo grado. Le *condanne definitive* per tali delitti, invece, costituiscono motivo di *automatica esclusione*²⁴⁹⁻²⁵⁰.

²⁴⁸ Galli, D., I soggetti ammessi alle gare e la loro qualificazione, in *I contratti pubblici* (a cura di Corradino, M., Galli, D., Gentile, D., Lenoci, M. C., Malinconico, C.), Ed. Wolters Kluwer, Milanofiore Assago 2017, pp. 462-3.

²⁴⁹ Autorità Nazionale Anticorruzione, *Delibera 11 ottobre 2017, n. 1008*, Linee guida n. 6, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recanti "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice", *G.U. 7 nov. 2017, n. 260*.

²⁵⁰ Si tratta, in particolare dei seguenti *reati*: a) reato di *abusivo esercizio di una professione*; b) reati *fallimentari* (bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare, ricorso abusivo al credito); c) reati *tributari* ex D.lgs. n. 74/2000, i reati societari, i delitti contro l'industria e il commercio; d) reati *urbanistici*, di cui all'art. 44, comma 1 lettere "b" e "c" del Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, come la realizzazione dei lavori in totale difformità o assenza di permesso di costruire, la lottizzazione abusiva e la realizzazione di lavori senza permesso sui beni tutelati; ed e) reati previsti dal D.lgs. n. 231/2001. Infine, potrà essere motivo di esclusione anche una condanna in *primo grado* per reati contro la P.A.,

La scelta dell'ANAC è stata "validata" dalla Corte di Giustizia UE che, in Sentenza del 20 dicembre 2017, offre una serie di precisazioni sul contenuto delle dichiarazioni che gli operatori economici devono fornire alle amministrazioni aggiudicatrici in relazione ai *requisiti di moralità professionale*, basate sull'interpretazione delle regole della Direttiva 2004/18/CE e sulla normativa italiana di recepimento. Tali precisazioni si rivelano utili anche alla luce del mutato quadro legislativo interno, con riferimento alla previsione del "grave illecito professionale" di cui all'art. 80, comma 5, lettera "c" dell'attuale Codice dei contratti pubblici (che verrà analizzato nel paragrafo 2.5). I giudici della Corte hanno stabilito che una decisione giurisdizionale, pur *non definitiva*, riguardante gli amministratori cessati deve essere comunicata alla stazione appaltante sia perché *rilevante ai fini della dimostrazione della completa ed esaustiva dissociazione*, sia perché *costituisce mezzo di prova idoneo per l'eventuale dimostrazione di un grave errore professionale*. La Corte ha concluso affermando che i principi di *parità di trattamento* e *proporzionalità* non impediscono a una normativa nazionale di consentire all'amministrazione aggiudicatrice: a) di tener conto di una *condanna penale, anche non definitiva*, per un reato che incide sulla moralità professionale a carico dell'amministratore dell'impresa offerente, qualora lo stesso abbia cessato di esercitare le funzioni nell'anno precedente la pubblicazione del bando di gara; e b) di *escludere l'impresa* dalla procedura

come la *turbata libertà degli incanti*, la *turbata scelta del contraente*, l'*inadempimento contrattuale* o l'*astensione dagli incanti* e, da ultimo, la *frode nelle forniture* alla P.A. Potranno portare all'esclusione anche i provvedimenti comminati dall'Antitrust e dall'ANAC.

perché, omettendo di dichiarare tale condanna, non si è effettivamente e completamente dissociata dalla condotta dell'amministratore²⁵¹⁻²⁵².

Va rilevato che, *in Francia*, la giurisprudenza ha ritenuto che le cause di esclusione *per gravi reati* debbano essere fissate in modo *esplicito*, sia nell'ex art. 45 dell'Ordinanza n. 2015-899 (che stabiliva i divieti obbligatori e generali di partecipazione, e che è stato sostituito dagli artt. da L2141-1 a 2141-6 del Codice del 2018), sia nell'art. 48 (che sanzionava le cause di esclusione facoltative, attualmente sancite dagli artt. da L2141-7 a 2141-10 del Codice del 2018) che in altro *documento normativo*. In questo senso, per quanto riguarda la *condanna per bancarotta*, il Consiglio di Stato ha deciso che "né l'art. 45 del Decreto sugli appalti pubblici del 23 luglio 2015, che definisce il divieto obbligatorio e generale di partecipazione, né l'art. 48 del detto decreto, che elenca i divieti di esclusioni facoltative, né alcun altro testo prevede che la condanna per bancarotta costituisca un motivo di esclusione dalla procedura di appalto pubblico"²⁵³. L'attuale Codice delle commesse pubbliche, allo stesso modo, *non l'ha previsto in modo esplicito*, ragione per cui, in Francia, questa specie di condanna non può essere considerata *causa di esclusione*.

3.2. Le persone fisiche da considerare per la valutazione dei precedenti penali

²⁵¹ Cozzio, M., La condanna non definitiva quale causa di esclusione dalle gare, in *Giornale di diritto amministrativo* 3/2018, pp. 335-43, mag.-giu. 2018, p. 335.

²⁵² Corte di Giustizia UE, Sezione IV, *Sentenza 20 dic. 2017, Causa 178/2016*, Impresa di Costruzioni Ing, E. Mantovani S.p.A. e Guerrato S.p.A. contro Provincia Autonoma di Bolzano ed altri.

²⁵³ Consiglio di Stato, Seconda Camera, Société Citta et Société Strada Ingénierie contro Metropoli di Aix-Marseille-Provence, 31 ott 2017, n. 410496.

Il comma 3 dell'art. 80 del Codice dei contratti pubblici italiano, modificato dal correttivo emanato dal D.lgs. 56/2017, sancisce che l'esclusione a causa di *condanna per gravi reati o di mancato pagamento di imposte o contributi*, di cui ai commi 1 e 2, va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti: a) del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; b) di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; c) dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; e d) dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio.

In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti *cessati dalla carica nell'anno antecedente* la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata; l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima²⁵⁴.

Se ne ricava che, secondo le *Linee guida n. 6*, la condanna anche *non definitiva* per uno dei reati ivi indicati, adottata nei confronti di un soggetto

²⁵⁴ In questo senso, il Consiglio di Stato italiano ha limitato "l'applicabilità dell'esclusione stabilita dall'art. 38, nell'ipotesi di omessa dichiarazione, ai soli amministratori e non anche ai procuratori speciali o *ad negotia*, i quali non sono amministratori, e ciò a prescindere dall'esame dei poteri loro assegnati (...)" (Consiglio di Stato, Sezione IV, Expo 2015 S.p.A. contro Geco Consorzio Stabile Soc. Cons. A.R.L., *Sentenza 9 feb. 2015, n. 656*).

diverso dall'operatore economico in quanto tale o dal suo legale rappresentante, rientrante però nell'elenco di cui al comma 3 dell'art. 80, potrebbe essere considerata come "grave illecito professionale".

Tuttavia, l'obbligo di dichiarare il grave illecito professionale *non può essere estendibile* ai soggetti di cui al comma 3 dell'art. 80 del Codice, a causa delle seguenti considerazioni: a) l'*interpretazione letterale* (sia dell'art. 57, comma 1, della Direttiva n. 2014/24/UE, che del comma 3 dell'art. 80 del D.lgs. n. 50/2016), che definiscono la tassonomia dei soggetti facenti parte di organi di un operatore economico soltanto a causa dell'esclusione motivata da condanne penali definitive per reati nominati; b) l'*interpretazione sistematica* determina che i motivi di esclusione c.d. "facoltativi", trasposti al comma 5 dell'art. 80, hanno un nucleo comune incentrato sull'attività riferibile all'operatore economico in quanto tale; c) l'applicazione del *divieto di gold plating*, che proibisce l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione rispetto a quanto previsto dalle direttive europee; d) i principi di *certezza e trasparenza* dei presupposti che consentono agli operatori economici di concorrere all'affidamento di commesse pubbliche, che implicano che "tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, così da permettere a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e di interpretarle allo stesso modo"²⁵⁵; ed e) la circostanza che l'interpretazione dei presupposti di partecipazione alle gare, con particolare riferimento alle cause di esclusione, deve essere improntata al *rigore formale* imposto dal principio di *stretta legalità* e dai suoi corollari di *tipicità* e *tassatività* delle cause

²⁵⁵ Corte di Giustizia UE, Sezione IV, *Sentenza 14 dic. 2016*, Causa 171/2015, Connexion Taxi Services BV contro Staat der Nederlanden e altri, punto n. 40.

di esclusione, ai sensi dell'art. 83, comma 8, ultimo periodo del Codice dei contratti pubblici²⁵⁶⁻²⁵⁷.

La suddetta previsione normativa italiana *non trova similitudine nel diritto francese e in quello brasiliano*.

4. LA REGOLARITÀ FISCALE E CONTRIBUTIVA

Il secondo comma dell'art. 57 della Direttiva n. 2014/24/UE afferma che l'operatore economico che non ha ottemperato agli obblighi riguardanti il *pagamento di imposte o contributi previdenziali*, e se ciò è stato stabilito da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto *definitivo e vincolante* secondo la legislazione del paese dove è stabilito o dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice, è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante è a conoscenza del fatto.

Inoltre, le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere o possono essere obbligate dagli Stati membri a escludere dalla partecipazione a una procedura d'appalto un operatore economico se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con *qualunque mezzo adeguato* che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali.

La presente disposizione non è applicabile quando l'operatore economico ha ottemperato ai propri obblighi *pagando o impegnandosi in modo vincolante*

²⁵⁶ Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia, Sezione I, Società S. S.r.l. contro Comune di Santa Maria La Longa, *Sentenza 6 giu. 2017, n. 202*.

²⁵⁷ Caldarelli, S., L'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica per "grave illecito professionale", in *Giornale di diritto amministrativo* 2/2019, pp. 149-60, mar.-apr. 2019, p. 154.

*a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe*²⁵⁸.

In Italia, il comma 4 dell'art. 80 sancisce che un operatore economico sia escluso dalla partecipazione a una procedura di gara se ha commesso "violazioni gravi, definitivamente accertate", rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sia stabilito.

E prosegue offrendo il concetto di violazioni "gravi e definitivamente accertate": a) costituiscono *gravi violazioni* quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'art. 48-bis, commi 1 e 2-bis del D.P.R 29 settembre 1973, n. 602; b) costituiscono *violazioni definitivamente accertate* quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione; e c) costituiscono *gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale* quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla G.U. del 1 giugno 2015, n. 125, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale.

La Corte di Giustizia UE, ancora ai sensi del D.lgs. 163/2006, ha chiarito che la nozione di violazione *definitivamente accertata* "non si oppone ad una normativa o ad una prassi amministrativa nazionale (quale quella vigente in Italia) in base alla quale un prestatore di servizi che, alla data di scadenza per

²⁵⁸ Il Consiglio di Stato italiano ha deciso che non è sufficiente che prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta il contribuente abbia semplicemente inoltrato istanza di rateizzazione, occorrendo anche che, entro la predetta data, il relativo procedimento si sia concluso con un provvedimento favorevole per l'amministrazione finanziaria (Consiglio di Stato, Sezione V, Team System S.r.l. contro Ministero dell'interno, *Sentenza 12 feb. 2018, n. 856*). Nello stesso senso: Consiglio di Stato, Sezione III, Fu. It. S.r.l. contro Regione Calabria Stazione Unica Appaltante, *Sentenza 21 lug. 2017, n. 3614*.

la presentazione della domanda di partecipazione alla gara, non ha adempiuto, effettuando integralmente il pagamento corrispondente, i suoi obblighi in materia di contributi previdenziali e di imposte e tasse, può regolarizzare la sua situazione successivamente: a) in forza di misure di condono fiscale o di sanatoria adottate dallo Stato; b) in forza di un concordato al fine di una rateizzazione o di una riduzione dei debiti; e c) mediante la presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale, a condizione che provi, entro il termine stabilito dalla normativa o dalla prassi amministrativa nazionale, di aver beneficiato di tali misure o di un tale concordato, o che abbia presentato un tale ricorso entro questo termine”²⁵⁹⁻²⁶⁰.

Il *Consiglio di Stato italiano* ha deciso che la nozione di “violazione grave” non è rimessa alla valutazione caso per caso da parte della stazione appaltante, “ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva”; ne consegue che “la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l’aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (DURC) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto”. Inoltre, la regolarità contributiva deve sussistere fin dalla *presentazione dell’offerta* e deve permanere per *tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del*

²⁵⁹ La Corte di Giustizia, infatti, ha concluso che la possibilità di impugnare la cartella, nonché la pendenza dei termini a tal fine fissati, non pone in discussione la definitività della sottostante violazione tributaria, la quale risulta accertata attraverso la stessa emanazione della cartella (Corte di Giustizia, *Sentenza 9 feb. 2006, Causa 226/2004, La Cascina Soc. coop. A.r.l. e Zilch S.r.l. contro Ministero della Difesa, e Causa 228/2004, Consorzio G. f. M. contro Ministero della Difesa e La Cascina Soc. coop. A.r.l.*).

²⁶⁰ Nella stessa direzione: Consiglio di Stato, Sezione V, Egg Events S.r.l. e Rti Carlson Wagonlit Italia S.r.l. contro Consip S.p.A., *Sentenza 3 apr. 2018, n. 2049*; Consiglio di Stato, Sezione V, signor Antonio Picone contro Unione dei Comuni dell’Appennino Bolognese ed altri, *Sentenza 10 ago. 2017, n. 3985*.

rapporto con la stazione appaltante, restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva²⁶¹.

In Francia, l'art. L2141-2 del *Codice delle commesse pubbliche* stabilisce che le persone che non hanno sottoscritto le dichiarazioni che incombono su di loro in materia fiscale o sociale o che non hanno pagato tasse, contributi o contributi previdenziali il cui elenco "è fissato da un ordine del Ministro dell'Economia allegato al presente Codice" sono escluse dalle gare.

L'appendice n. 4 denominata "Ordine che fissa l'elenco delle imposte, tributi, contributi o contributi di sicurezza sociale che danno luogo al rilascio dei certificati per l'aggiudicazione di appalti dell'ordine pubblico", dell'Ordinanza del 22 marzo 2019 del Ministero dell'Economia, stabilisce che l'elenco delle imposte, dei contributi o contributi previdenziali che danno luogo all'emissione dei *certificati* previsti negli articoli R2143-7, R2343-9 e R3123-18 del Codice sono: a) l'imposta sul reddito, società e imposta sul valore aggiunto; b) dichiarazioni sociali e pagamento di contributi e contributi previdenziali, il cui certificato è rilasciato dall'agenzia centrale delle organizzazioni di sicurezza sociale; c) dichiarazioni sociali e pagamento di contributi e contributi previdenziali il cui certificato rilasciato dalla società di assicurazioni sociali agricole; d) contributi pensionistici, il cui certificato è emesso dall'organizzazione "Pro BTP"; ed e) regolarità della situazione del datore di lavoro per quanto riguarda l'obbligo di impiegare lavoratori disabili, rilasciato dall'associazione per la gestione del fondo di sviluppo per

²⁶¹ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, Ricorso proposto dal Consorzio Cooperative Costruzioni – CCC contro l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, *Sentenza 4 mag. 2012, n. 8*. Nello stesso senso: Consiglio di Stato, Sezione V, Di Bella Salvatore contro Ministero dell'Interno e Agenzia del Demanio, *Sentenza 23 mar. 2018, n. 1853*; Consiglio di Stato, Sezione VI, Engineering.IT S.p.A. contro Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), *Sentenza 15 set. 2017, n. 4349*, tra gli altri.

l'integrazione professionale dei disabili²⁶². La persona interessata può ottenere i documenti direttamente tramite il sistema di appalti pubblici semplificato (*Marché Public Simplifié - MPS*)²⁶³.

In *Brasile*, come menzionato sopra, ai sensi degli artt. 27 e 28 dello Statuto generale sulle gare d'appalto, uno dei requisiti per la c.d. "abilitazione" consiste nel dimostrare la *regolarità fiscale e lavorativa* del partecipante, comprovata tramite l'esibizione dei seguenti documenti: a) prova dell'iscrizione nel Catasto di Persone Fisiche (*Cadastro de Pessoa Física - CPF*), per le persone fisiche, o nel Catasto Nazionale di Persone Giuridiche (*Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ*), per le aziende; b) prova dell'iscrizione nel catasto dello Stato membro o del Comune locale, se del caso, relativo al domicilio o sede dell'offerente, pertinente al campo di attività professionale e compatibile con l'oggetto del futuro contratto; c) prova della regolarità del pagamento delle imposte e tasse rilasciata dalla tesoreria federale, statale e comunale del domicilio o sede dell'offerente, o altro equivalente, secondo la legge; d) prova della regolarità relativa ai contributi previdenziali e al Fondo per la Garanzia del Tempo di Lavoro (*Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS*), che dimostra la regolarità nell'adempimento degli oneri sociali stabiliti dalla legge; e e) prova di non esistenza di debiti con i propri lavoratori,

²⁶² Il Consiglio di Stato francese, in *Sentenza 22 gennaio 2018*, ha deciso che il certificato riguardante l'impiego di lavoratori disabili, ai sensi degli artt. L. 5212-1, L. 5212-2 e L. 5212-5 del Codice del Lavoro, menzionato nel Decreto del 25 maggio 2016, potrebbe non essere richiesto, al momento dell'assegnazione di un appalto pubblico, a (richiedere a qualcuno) un candidato che impieghi meno di venti dipendenti. (Consiglio di Stato, Settima e Seconda Camera riunite, *Société Comptoir de négoce d'équipements contro Comune di Vitry-le-François, Sentenza 22 gen. 2018, n. 414860*).

²⁶³ Arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales donnant lieu à la délivrance de certificats pour l'attribution des contrats de la commande publique – NOR : ECOM1830220A, *JORF 31 mar. 2019, n. 0077, testo n. 14*.

tramite la presentazione del Certificato Negativo di Debiti di Lavoro (Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT).

La *regolarità fiscale e lavorativa*, dunque, viene dimostrata a conferma della *registrazione del partecipante nelle tesorerie competenti*, oltre ai documenti che attestano lo *scarico o la sospensione* dell'esigibilità del credito d'imposta, così come con il Fondo per la Garanzia del Tempo di Lavoro e la non esistenza di debiti con i propri lavoratori. Così come succede in Italia e in Francia, l'esistenza di debiti tributari *non impedisce* la partecipazione alla gara se il partecipante si impegna in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti²⁶⁴.

Inoltre, la Legge aggiuntiva 14 settembre 2006, n. 123, come modificata dalla Legge aggiuntiva 7 agosto 2014, n. 147, che stabilisce lo Statuto Nazionale delle *micro e piccole imprese*, predispone una serie di misure in favore di queste tipologie di aziende.

Con questo meccanismo, la dimostrazione della regolarità fiscale delle imprese sarà richiesta solo ai fini della *firma del contratto*. A quel punto, se si costata l'occorrenza di tributi non adempiuti, la stazione appaltante fisserà il termine di *cinque giorni lavorativi*, la cui durata iniziale sarà il momento in cui il richiedente viene dichiarato vincitore della gara, prorogabile a discrezione della P.A. per uno stesso periodo, affinché l'interessato possa *presentare il comprovante* di pagamento delle imposte o il documento in cui *si impegna in modo vincolante* a tale pagamento.

²⁶⁴ La Corte di Cassazione brasiliana (*Superior Tribunal de Justiça*) ha ritenuto che, nel senso di quanto stabilisce l'art. 206 del Codice Tributario Nazionale brasiliano (*Código Tributário Nacional* – CTN), il Certificato Positivo con effetti di negativo (*Certidão Positiva com efeito de negativa*) viene mantenuto quando il contribuente deposita in giudizio o amministrativamente il valore corrispondente all'integralità del debito di imposta, o effettua la rateizzazione dello stesso, e non emerge alcun avviso di nuovi debiti in scadenza (Corte di Cassazione, *Sentenza 3 ago. 2018, Procedura n. 1.487.378/RS, DJe, 15 ago. 2018, n. 86021446*).

La non regolarizzazione della documentazione entro il termine stabilito implica la *decadenza* del diritto di assunzione del contratto, fatta salva l'applicazione della sanzione di *divieto di contrarre* con la P.A. per un periodo *massimo di due anni*, previsto dalla legge sugli appalti, assicurando alla stazione appaltante il diritto di convocare i restanti offerenti, nell'ordine di classifica delle loro proposte, per la firma del contratto, o revocare l'offerta.

La *ratio* dell'esclusione, secondo l'autorevole dottrina, è evidente: "da un lato, si tutela l'esigenza di garantire la stazione appaltante circa la *solvibilità e solidità finanziaria* del potenziale contraente; e, dall'altro lato, si vuole *impedire* che un concorrente che *non paga* imposte e tasse o i contributi previdenziali dovuti ai suoi dipendenti ne possa trarre (non solo un lucro illecito *ex se*, ma anche un) indebito vantaggio competitivo rispetto ad imprese che operano invece nella *legalità*"²⁶⁵.

4.1. Deroga alle cause di esclusione a causa di condanna per gravi reati o di mancato pagamento di imposte o contributi in Europa

Il terzo paragrafo dell'art. 57 della Direttiva n. 2014/24/UE, a *recepimento facoltativo*, afferma la possibilità degli Stati membri di prevedere una *deroga alle cause di esclusione* obbligatoria per mancato pagamento di imposte o contributi nei casi in cui un'esclusione sarebbe *chiaramente sproporzionata*, in particolare qualora non siano stati pagati solo *piccoli importi* di imposte o contributi previdenziali o qualora l'operatore economico sia stato informato dell'importo preciso dovuto a seguito della sua violazione degli obblighi relativi al pagamento di imposte o di contributi previdenziali in un

²⁶⁵ Galli, D., I soggetti ammessi alle gare e la loro qualificazione, in *I contratti pubblici* (a cura di Corradino, M., Galli, D., Gentile, D., Lenoci, M. C., Malinconico, C.), Ed. Wolters Kluwer, Milanofiore Assago 2017, p. 490.

momento in cui *non aveva la possibilità di prendere provvedimenti in merito*, prima della scadenza del termine per richiedere la partecipazione ovvero, in procedure aperte, del termine per la presentazione dell'offerta.

Gli Stati membri possono, inoltre, prevedere, in via eccezionale, una deroga alle esclusioni obbligatorie a causa di *condanna per gravi reati* o di *mancato pagamento di imposte e tasse e dei contributi previdenziale* per esigenze imperative connesse a un *interesse generale* quali la *salute pubblica* e la *tutela dell'ambiente*.

5. L'INOSERVANZA DEGLI OBBLIGHI IN MATERIA DI SALUTE, AMBIENTE E SICUREZZA SUL LAVORO

Il quarto comma, lettera "a", dell'art. 57 della Direttiva n. 2014/24/UE afferma che le stazioni appaltanti possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico nel caso in cui "l'amministrazione aggiudicatrice possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la violazione degli obblighi applicabili di cui all'art. 18, paragrafo 2".

Il suddetto dispositivo, che dispone su "Principi per l'aggiudicazione degli appalti", a sua volta, sancisce che gli Stati membri devono adottare "misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di *diritto ambientale, sociale e del lavoro* stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'Allegato X"²⁶⁶.

²⁶⁶ L'Allegato X della Direttiva n. 2014/24/UE porta "l'Elenco delle convenzioni internazionali in materia sociale e ambientale di cui all'art. 18, paragrafo 2". La lista è composta di dodici

In *Italia*, il dispositivo viene recepito dal comma 5 dall'art. 80, che afferma l'esclusione di un operatore economico dalla partecipazione ad una procedura d'appalto qualora "la stazione appaltante possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 del presente Codice"²⁶⁷.

Il Consiglio di Stato italiano ha deciso che l'osservanza della disciplina in materia deve essere fatta dalla *stazione appaltante* e non da parte degli operatori economici concorrenti²⁶⁸.

convenzioni internazionali in materia che riguardano la libertà d'associazione e la tutela del diritto di organizzazione, il diritto di organizzazione e di negoziato collettivo, il concetto di lavoro forzato, l'abolizione del lavoro forzato, l'età minima, la discriminazione nell'ambito del lavoro e dell'occupazione, la parità di retribuzione, le peggiori forme di lavoro infantile, la protezione dello strato di ozono e le sostanze che riducono lo strato di ozono, il controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e del loro smaltimento, gli inquinanti organici persistenti e la procedura di previo assenso informato per taluni prodotti chimici e pesticidi pericolosi nel commercio internazionale.

²⁶⁷ L'art. 30, comma 3, del Codice dei contratti pubblici italiano, che stabilisce "Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni", afferma: "Nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X". L'Allegato X del Codice italiano riproduce lo stesso Allegato X della Direttiva n. 2014/24/UE.

²⁶⁸ In questo senso, il Consiglio di Stato ha affermato che "non è ammissibile che la relativa valutazione sia eseguita, a monte, dalla concorrente la quale autonomamente giudichi irrilevanti i propri precedenti negativi, omettendo di segnalarli con la prescritta dichiarazione. Nemmeno, nel caso di specie, la valutazione di gravità dell'illecito imputato al legale rappresentante dell'impresa ausiliaria appare obiettivamente implausibile. Anche sul punto, infatti, deve farsi applicazione dell'insegnamento giurisprudenziale maturato nella vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici (in particolare, sul preceppo dell'art. 38, comma 1 lett. e del D.lgs. n. 163 del 2006), applicabile al caso di specie per identità di *ratio* nella parte in cui si riferiva a gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza sul

L'art. 80 del Codice dei contratti pubblici potrebbe rappresentare un'innovazione a confronto del Codice del 2006 dato che, *in teoria*, introduce nell'ordinamento italiano il numero chiuso delle ipotesi di reato per la cui condanna (purché definitiva e salvi comunque i casi di cui i commi 7 e 10 dello stesso art. 80) è prevista l'esclusione dalle gare pubbliche.

Occorre considerare che anche la causa di esclusione contemplata dall'art. 80, comma 5, lettera "b" del Codice - ove si sanziona con l'estromissione dalla gara "la presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi [in materia ambientale, sociale e del lavoro] di cui all'art. 30, comma 3 del presente Codice", secondo l'autorevole dottrina, tuttavia, "potrebbe astrattamente configurarsi per effetto (mai automatico, però) della commissione di determinate fattispecie di reato. Si pensi, ad esempio, ai delitti aggravati dalla violazione in cantiere di norme antinfortunistiche, ovvero ai reati ambientali diversi ed ulteriori rispetto a quelli che sono richiamati dal primo comma dello stesso art. 80"²⁶⁹.

Nel *diritto francese*, il dispositivo figura nell'art. L2141-4 del *Codice delle commesse pubbliche*, che determina l'esclusione dalla procedura d'appalto dell'operatore che non abbia rispettato gli obblighi previsti dagli artt. L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-5 (*attività lavorativa dissimulata*), L. 8231-1 (*contrattazione irregolare o fraudolenta*), L. 8241-1 (*prestito illegittimo di manodopera*), L. 8251-1 e L. 8251-2 (*infrazioni alle norme di occupazione dei lavoratori stranieri*) del Codice del Lavoro, o sia stato condannato ai sensi (non

lavoro, dovendosi ricoprendere in tale contesto sia l'omicidio colposo che le lesioni personali colpose, commesse con violazione delle norme antinfortunistiche, integrano la causa di esclusione prevista dalla norma in commento" (Consiglio di Stato, Sezione V, Scg Impianti & Costruzioni S.p.A. contro Porto Turistico di Capri S.p.A., *Sentenza 28 mar. 2018, n. 1935*).

²⁶⁹ Galli, D., *I soggetti ammessi alle gare e la loro qualificazione*, in *I contratti pubblici* (a cura di Corradino, M., Galli, D., Gentile, D., Lenoci, M. C., Malinconico, C.), Ed. Wolters Kluwer, Milanofiore Assago 2017, pp. 462-3.

I ho mai visto al singolare “al senso” dell’art. L. 1146-1 (*inosservanza delle disposizioni relative all’uguaglianza professionale tra gli uomini e le donne*) dello stesso Codice, o dell’art. 225-1 del Codice penale (*reato di discriminazione*).

Secondo la normativa francese, sono escluse dalle procedure d’appalto anche le imprese che, al 31 dicembre dell’anno precedente a quello in cui ha avuto luogo l’avvio della procedura, non hanno terminato la negoziazione sulla *remunerazione di un loro dipendente*, oppure, nel caso in cui non sia stato possibile raggiungere un accordo, non abbiano dato esecuzione all’obbligo di redigere il *verbale di disaccordo*, ai sensi di quanto sancisce l’art. L. 2242-1 del Codice del Lavoro²⁷⁰.

Con la pubblicazione del nuovo *Code de la commande publique*, il diritto francese ha stabilito, inoltre, l’esclusione dalla procedura d’appalto delle *aziende* che sono state condannate ai sensi dell’art. 131-39, quinto comma, del Codice penale (*esclusione dagli appalti pubblici* in via definitiva o per un periodo massimo di cinque anni), o delle *persone fisiche* condannate a una pena di *esclusione dal mercato*.

Allo stesso modo, l’art. L2141-5 del *Codice delle commesse pubbliche*, sanziona l’esclusione dalla procedura di appalto delle persone che sono oggetto di una misura di esclusione dai contratti pubblici in ragione di una *decisione amministrativa* assunta ai sensi dell’articolo L.8272-4 del Codice del lavoro. Come previsto dal summenzionato dispositivo, quando l’autorità amministrativa è a conoscenza di un’infrazione prescritta dai paragrafi da 1 a 4 dell’articolo L.8211-1 dello stesso Codice, ossia, *attività lavorativa dissimulata* (comma 1), *mercanteggiamento* (comma 2), *prestito illegittimo di manodopera* (comma 3) e *impiego di stranieri non autorizzati a lavorare* (comma 4), può, se la proporzione di dipendenti interessati lo giustifica, e a

²⁷⁰ Pourcel, E., *Exclusion des marchés publics : il n'est pas interdit d'interdire...*, in *Contrats et marchés publics: revue mensuelle LexisNexis Juris Classeur*, gen. 2017, LexisNexis, p. 4.

causa della ripetizione o della gravità dei fatti accertati, stabilire, attraverso decisione motivata presa contro la persona che ha commesso l'infrazione, l'esclusione dai contratti amministrativi per un periodo *non superiore a sei mesi*.

In *Brasile*, dal punto di vista dall'osservanza degli obblighi in materia di *salute, ambiente e sicurezza sul lavoro*, il comma 5 dell'art. 27 della Legge 21 giugno 1993, n. 8666, afferma soltanto che l'interessato deve dimostrare rispetto di quanto sancisce il comma XXXIII dell'art. 7° della Costituzione Federale brasiliana, che impone l'osservanza del *divieto al lavoro minorile*.

Dunque, nei confronti di quanto sancisce il diritto europeo degli appalti pubblici che, come abbiamo visto, nell'Allegato X della Direttiva n. 2014/24/UE impone l'osservanza di *dodici* convenzioni internazionali in materia, la normativa brasiliana determina l'adempimento di una soltanto: la Convenzione 17 giugno 1999, n. 182, dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, relativa alla *proibizione delle forme peggiori di lavoro minorile*.

6. L'ESISTENZA DI PROCEDURE CONCORSUALI

A esclusiva tutela della pubblica amministrazione contraente e a garanzia dell'affidabilità economica dell'impresa, il quarto comma, lettera "b", dell'art. 57 della Direttiva n. 2014/24/UE sancisce che le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico che sia "in stato di fallimento o è oggetto di una procedura di insolvenza o di liquidazione, se è in stato di amministrazione controllata, se ha stipulato un concordato preventivo con i creditori, se ha cessato le sue attività o si trova in qualsiasi altra situazione

analoga derivante da una procedura simile ai sensi di leggi e regolamenti nazionali”.

Nel *Codice dei Contratti pubblici italiano*, il dispositivo viene recepito dalla lettera “b” del comma 5 del art. 80, che afferma l’esclusione dalla procedura d’appalto di un operatore economico che “si trovi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall’art. 110”.

La Corte di Giustizia dell’Unione europea ha dichiarato la *compatibilità* con la disciplina comunitaria della normativa italiana che consente l’esclusione da una procedura di appalto pubblico dell’impresa ammessa al concordato preventivo “in bianco” *senza contestuale presentazione* del piano che prevede la prosecuzione dell’attività, come sancito dall’art. 161 della Legge Fallimentare (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267)²⁷¹⁻²⁷².

Il Consiglio di Stato italiano ha ritenuto, però, che il principio, secondo il quale, *nelle more* tra il deposito della domanda e l’ammissione al concordato preventivo *con continuità aziendale*, l’impresa conserva la facoltà di partecipare alle gare di affidamento dei pubblici contratti, vale anche

²⁷¹ La Corte ha osservato che l’art. 45, paragrafo 2 della Direttiva n. 2004/18/CE lasciava alla valutazione degli Stati membri l’applicazione dei *sette casi* di esclusione menzionati, tra cui in particolare quello che consente – al fine di garantire la solvibilità della controparte contrattuale dell’amministrazione aggiudicatrice – che sia escluso dalla partecipazione a un appalto pubblico ogni operatore economico a carico del quale sia in corso un procedimento di *concordato preventivo* (Corte di Giustizia UE, Sezione X, *Sentenza 28 mar. 2019, Causa 101/2018, Idi S.r.l. contro Agenzia Regionale Campana Difesa Suolo (Arcadis) nei confronti di Regione Campania*).

²⁷² Il nuovo *Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza* (D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* del 14 feb. 2019, che entrerà in vigore il 15 agosto 2020, sancisce il *concordato preventivo* negli artt. 84 e seguenti.

nell'ipotesi in cui l'impresa abbia inizialmente proposto una domanda di ammissione "in bianco", con riserva di presentare, *nel termine complessivo massimo*, fissato dal giudice, di centottanta giorni decorrenti dal deposito della domanda (e, cioè, centoventi giorni, ai quali si aggiunge una ulteriore eventuale proroga di sessanta giorni per giustificati motivi), la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 186-bis della Legge Fallimentare²⁷³.

In Francia, il dispositivo è stato recepito dall'art. L2141-3 del *Code de la commande publique*, che esclude dalle procedure di gare le persone o le aziende: a) soggette alla procedura di liquidazione prevista nell'art. L. 640-1 del Codice di commercio (*Code de commerce*), che sancisce la procedura di liquidazione giudiziale, o sottomesse ad una procedura equivalente disciplinata da una legge straniera; b) soggette, nella data in cui l'acquirente decide sull'ammissibilità della loro domanda, ad una misura di fallimento personale o di altro tipo di divieto di gestione, disciplinata dagli artt. L. 653-1 a L. 653-8 del Codice di commercio, o ad una misura equivalente prevista dalla legge straniera; e c) sottomesse a una procedura di liquidazione giudiziaria istituita dall'art. L. 631-1 del Codice di commercio, o ad una procedura equivalente disciplinata da una legge straniera, che non consenta di proseguire le loro attività durante il prevedibile periodo di esecuzione dell'appalto²⁷⁴.

Così come accade in Italia, anche in Francia l'ammissione all'*amministrazione controllata*, prevista dall'articolo L. 631-1 del Codice di

²⁷³ Consiglio di Stato, Sezione III, Società Cooperativa Sociale Consortile L'Agorà d'Italia contro Azienda Sanitaria Unica Regionale delle Marche (ASUR), *Sentenza 20 mar. 2018, n. 1772*.

²⁷⁴ In questo senso, il Tribunale amministrativo di Châlons-en-Champagne, ha ritenuto che una società non può presentare domanda per l'aggiudicazione di un contratto di appalto quando viene messa in fallimento. (Tribunale amministrativo di Châlons-en-Champagne, *Sentenza 22 ago. 2017, n. 1701517*).

commercio, è pronunciata da un giudice. La stazione appaltante deve verificare, sulla base dei documenti giustificativi forniti dal candidato (copia della sentenza o delle decisioni in questione), che quest'ultimo sia stato autorizzato a continuare la propria attività durante il prevedibile periodo di esecuzione del contratto. In questo caso, non sarà possibile respingere il candidato in questione²⁷⁵⁻²⁷⁶.

In *Brasile*, lo scopo della c.d. “qualificazione economico-finanziaria” è quello di assicurare alla stazione appaltante che il futuro contraente abbia una situazione *economica e finanziaria stabile*. La *situazione economica* solida è dimostrata dall'analisi del *patrimonio netto* dell'impresa, mentre la *salute finanziaria* dell'azienda consiste nella sua capacità di *adempiere* gli obblighi patrimoniali assunti.

In questo senso, il comma 2 dell'art 31 della Legge Brasiliana sugli Appalti richiede, a titolo di dimostrazione di *capacità finanziaria*, la presentazione di un *certificato negativo di fallimento o concordato*, o, in caso di persona fisica, riguardo l'assenza di *procedura di esecuzione*, rilasciato dal Tribunale competente nel luogo dove ha sede la persona giuridica o, in caso, la persona fisica.

Così, diversamente da quanto accade in *Italia* e in *Francia*, la legge brasiliana sugli appalti pubblici *vieta esplicitamente* che una azienda in

²⁷⁵ Di Martino, M., *Entreprises en difficulté et marchés publics*, in *Revue des procédures collectives*, n. 1, gen. 2017, prat. 1, LexisNexis.

²⁷⁶ Nel caso in cui la società candidata all'aggiudicazione di un appalto sia stata posta sotto l'*amministrazione controllata* dopo il termine per la presentazione delle offerte, essa deve *informare senza indugio* l'amministrazione aggiudicatrice, che deve quindi verificare se la società è autorizzata a continuare la propria attività oltre il periodo di esecuzione del contratto e a valutare se la sua domanda rimane ricevibile. In caso contrario, l'amministrazione aggiudicatrice non può continuare la procedura con questa società. (Consiglio di Stato, Société Ateliers Bois e Société EDM Projets contro Commune de Chaumont, Sezione S, *Sentenza 26 mar. 2014, n. 374387*).

situazione di *amministrazione controllata* possa contrattare con la pubblica amministrazione. Tuttavia, la Corte di Cassazione brasiliana ha deciso *in senso contrario*, ritenendo che all'operatore economico che si trovi in regime di amministrazione controllata deve essere consentito partecipare alle gare *purché dimostri*, durante la fase di qualificazione, la sua *viabilità economica e finanziaria*, dato che il proseguimento dell'attività dell'azienda, la sua funzione sociale e l'incentivo all'attività economica servono anche gli interessi della comunità, nella misura in cui si cerca di mantenere attiva la fonte di produzione, il posto di lavoro dei dipendenti, così come la possibilità di soddisfare gli interessi dei creditori²⁷⁷.

7. I GRAVI ILLECITI PROFESSIONALI

Nel senso di quanto sancisce l'art. 57, comma quattro, lettera "c", della Direttiva n. 2014/24/UE, le stazioni appaltanti possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle stazioni appaltanti di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico "se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità".

In *Italia*, il dispositivo è stato incluso nella lettera "c" del comma 5 dell'art. 80, che afferma l'esclusione di un operatore economico dalla partecipazione ad una procedura d'appalto qualora "la stazione appaltante dimostri con *mezzi adeguati* che l'operatore economico si è reso colpevole di *gravi illeciti*

²⁷⁷ Corte di Cassazione, Sezione I, *Sentenza 26 giu. 2018*, Procedura n. 309867/ES, *DJe*, 8 ago. 2018, n. 1731236.

professionali, tali da rendere dubbia la sua *integrità* o *affidabilità*" (corsivi nostri).

Tra queste situazioni rientrano: a) le significative mancanze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la *risoluzione anticipata*, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al *risarcimento del danno* o ad altre sanzioni; b) il tentativo di *influenzare indebitamente* il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere *informazioni riservate* ai fini di proprio vantaggio; e c) il fornire, anche per negligenza, *informazioni false o fuorvianti* suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione²⁷⁸.

Così, una prima rilevante differenza, rispetto alla previgente disposizione dell'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006, che valorizzava i precedenti *errori professionali*, o gli episodi di *negligenza o malafede* nell'esecuzione di pubblici contratti, è il diverso – perché *più ampio* – ambito di applicazione della nuova causa di esclusione per grave illecito professionale²⁷⁹. Oltre alle condotte

²⁷⁸ Le *Linee guida n. 6*, emanate dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, aggiornate alla luce del correttivo al Codice dei contratti pubblici venuto alla luce con il D.lgs. n. 56/2017, sanciscono "l'indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lettera 'c' del Codice".

²⁷⁹ In questo senso, il TAR Sicilia ha ritenuto che la nuova disciplina "ha una portata molto più ampia rispetto a quella previgente", dato che "non fa più riferimento soltanto alla negligenza o errore professionale ma, più in generale, all'illecito professionale che abbraccia molteplici fattispecie, anche diverse dall'errore o negligenza ed include condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale ma anche in fase di gara" (Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Consorzio Sisifo contro Azienda Sanitaria provinciale di Palermo, *Sentenza 22 ott. 2018, n. 2148*).

tenute dall'operatore economico nell'esecuzione di altri appalti (anche se affidati da amministrazioni diverse da quella precedente), l'attuale dispositivo si riferisce espressamente – con una elencazione che pare peraltro solo *esemplificativa* – anche a comportamenti (come le “influenze indebite” o le “informazioni false”) che esulano dal momento propriamente esecutivo del contratto per collocarsi invece nella fase della selezione del contraente. Si tratta, ovviamente, sempre di condotte che hanno la capacità di incidere negativamente (salvo in ogni caso la loro eventuale rilevanza penale) sul *rapporto fiduciario* con la stazione appaltante e soprattutto sull'*integrità del concorrente* (corsivi nostri)²⁸⁰.

In questo senso, il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, in relazione a una fattispecie in cui l'esclusione è stata motivata in base a “mere” *negligenze* poste in essere dal concorrente in ordine alle quali sussisteva “una situazione di conflittualità e di reciproche contestazioni”, ma difettavano gli effetti legali tipici escludenti previsti dall'art. 80, ha affermato che l'elencazione dei *gravi illeciti professionali rilevanti* contenuta nella lettera “c” del comma 5 dell'art. 80 è *meramente esemplificativa*. Secondo la sentenza, il suddetto dispositivo, oltre ad individuare, a titolo esemplificativo, gravi illeciti professionali rilevanti, ha anche lo scopo di alleggerire l'onere della stazione appaltante di fornirne la dimostrazione con “mezzi adeguati”. Il Tribunale, *in casu*, ha stabilito che il provvedimento di rinvio a giudizio emesso nell'ambito di un procedimento penale a carico degli amministratori di un'impresa legittima l'esclusione dalla gara anche in assenza di una pronuncia definitiva²⁸¹.

²⁸⁰ Galli, D., I soggetti ammessi alle gare e la loro qualificazione, in *I contratti pubblici* (a cura di Corradino, M., Galli, D., Gentile, D., Lenoci, M. C., Malinconico, C.), Ed. Wolters Kluwer, Milanofiore Assago 2017, p. 512.

²⁸¹ Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sezione VII, Società Cooperativa A.r.L. contro Comune di Sorrento, *Sentenza 26 giu. 2018, n. 4271*.

Il Consiglio di Stato italiano ha deciso che la norma sotto analisi, nel consentire l'esclusione dalla gara dell'operatore economico che fornisca "anche per negligenza informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni" sulla selezione o l'aggiudicazione, include, indubbiamente, nell'ambito delle dichiarazioni da essa considerate rilevanti, anche quelle concernenti le *caratteristiche dell'offerta* ove idonee a *influire sul processo decisionale dell'amministrazione*, riguardo all'attribuzione del punteggio o più in generale all'individuazione del concorrente aggiudicatario. In questo senso, nessun elemento ermeneutico consente di *restringere* la portata della disposizione normativa alle sole false dichiarazioni sul possesso dei requisiti di carattere generale o speciale. La *ratio* della norma si sostanzia nell'evitare alla stazione appaltante di trattare con operatori economici che non diano sufficienti garanzie sulla propria *affidabilità morale e professionale*, affidabilità che può essere pregiudicata anche da comportamenti consistenti nel rappresentare qualità dell'offerta tecnica non veritiero che abbiano avuto l'effetto di alterare gli esiti della gara²⁸².

Il Consiglio di Stato ha ritenuto, inoltre, che eventuali *esclusioni da precedenti procedure di gara*, per quanto siano state accertate dal giudice amministrativo, assumono pertanto rilevanza *solo se e fino a quando risultino iscritte* nel Casellario, per gli effetti e con le modalità previste nell'art. 80, comma 12, del Codice, qualora l'ANAC ritenga che emerga il dolo o la colpa grave dell'impresa interessata, in considerazione della importanza o della gravità dei fatti. Addirittura, ha chiarito, in modo del tutto condivisibile, che *nessun obbligo di segnalazione* e, pertanto, *nessuna omissione dichiarativa* può dirsi sussistente rispetto "ad un episodio risolutivo che, in quanto ancora *sub iudice* e non avente dunque i connotati della definitività, per espressa previsione di legge non può costituire elemento idoneo a mettere in dubbio,

²⁸² Consiglio di Stato, Sezione V, Zucchetti Informatica S.p.A. e Service Trade S.p.A. contro Consip S.p.A., *Sentenza 8 mag. 2018, n. 2747*.

nemmeno astrattamente, l'integrità o l'affidabilità dell'impresa concorrente”²⁸³.

Tuttavia, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha ritenuto che anche in presenza di una risoluzione per inadempimento che si trovi *sub iudice*, alla stazione appaltante *non è precluso* applicare ugualmente la causa di esclusione secondo quanto stabilisce l'ex art. 80, comma 5, lettera “c” del Codice. In questo modo ha valorizzato la *clausola normativa di chiusura* sulla possibilità di dimostrare comunque “con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da *rendere dubbia* la sua integrità o affidabilità”; essendo, però, necessario che la stazione appaltante dimostri, con *elementi probatori* e *motivi* adeguati, l'*effettività, gravità e inescusabilità* degli inadempimenti dell'impresa²⁸⁴.

Inoltre, il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio ha ritenuto che le già indicate *Linee guida n. 6*, emanate dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, che sanciscono “l'indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lettera 'c' del Codice”, hanno natura *non vincolante*²⁸⁵.

²⁸³ Consiglio di Stato, Sezione III, Cosmopol S.p.A. contro Istituto di Vigilanza Metronotte S.r.l., *Sentenza 12 lug. 2018, n. 4226*. Nello stesso senso: Consiglio di Stato, Sezione V, Ladisa S.p.A. contro Rti - La Cascina Global Service S.r.l. et alii, *Sentenze del 4 lug. 2017, nn. 3257 e 3258*.

²⁸⁴ Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, Emanuele Fiore Mancini S.r.l. contro Fondazione Istituto G. Giglio di Cefalù, *Sentenza 30 apr. 2018, n. 252*.

²⁸⁵ In questo senso, il Tribunale ha affermato “Rilevato, in disparte i profili di ammissibilità del gravame, che verranno approfonditi nella sede di merito, che l'istanza cautelare non possa essere accolta per difetto di un pregiudizio grave e irreparabile derivante dall'esecuzione del provvedimento impugnato, alla luce della natura non vincolante delle linee guida” (Tribunale

Nel *diritto francese*, invece, la norma comunitaria europea è stata recepita nell'art. L2141-8 del nuovo *Codice delle commesse pubbliche* sancisce, che sancisce come cause di *esclusione soggette alla valutazione del committente* (*exclusions à l'appréciation de l'acheteur*, nell'attuale terminologia del Codice), *due situazioni*: a) le persone che si sono impegnate a *influenzare indebitamente* il processo decisionale della stazione appaltante o ad ottenere *informazioni riservate* che potrebbero conferire loro un vantaggio sleale durante la procedura di appalto pubblico o che hanno fornito *informazioni fuorvianti* che potrebbero avere un'influenza decisiva sulle decisioni di esclusione, selezione o aggiudicazione; e b) le persone che, con il loro coinvolgimento diretto o indiretto nella *preparazione* della procedura di appalto pubblico, hanno avuto accesso a informazioni atte a creare una *distorsione della concorrenza* nei confronti di altri candidati, laddove non può essere rimediato con altri mezzi.

La nuova redazione del Codice francese ha *abrogato* una delle tre situazioni di gravi illeciti professionali precedentemente sanzionate nei paragrafi da 1 a 3 dell'art. 48 dell'Ordinanza 23 luglio 2015, n. 2015-899, ossia, quella delle "persone che, nel corso dei tre anni precedenti alla partecipazione alla gara, hanno dovuto *pagare danni, sono state sanzionate* a causa di una *risoluzione* o sono state oggetto di una sanzione comparabile per una *violazione grave o persistente* delle loro obbligazioni contrattuali nell'esecuzione di un precedente contratto di concessione o di un precedente contratto pubblico".

Secondo la giurisprudenza francese, in effetti, il *nuovo* ambito di questo articolo deve essere relativizzato nella misura in cui alcuni dei divieti facoltativi stabiliti da esso erano già *previsti dalla giurisprudenza*. Infatti, la norma scolpita dall'art. 48, paragrafo 1, punto 1, del Decreto 23 luglio 2015, n. 2015-

899, che permette di escludere i candidati che non hanno rispettato i loro obblighi contrattuali riguardo all'esecuzione di *contratti precedenti*, era stata affermata dal Consiglio di Stato a partire dal 2009, nella c.d. "sentenza Lorraine", che ha ritenuto possibile l'esclusione di un operatore economico qualora l'acquirente, *entro un termine ragionevole e con ogni mezzo*, sia in grado di accertare l'assenza di professionalità e affidabilità dell'interessato, tali da *pregiudicare la parità di trattamento* in caso di sua partecipazione alla procedura di gara²⁸⁶.

La Circolare 14 febbraio 2012, sulla *Guida alle buone prassi in materia di appalti pubblici* (*Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics*) sancisce che i candidati all'aggiudicazione di un appalto pubblico devono dichiarare sul loro onore di non trovarsi in una delle situazioni che impediscono la presentazione di un'offerta²⁸⁷.

²⁸⁶ Consiglio di Stato, Settima e Seconda Camera riunite, Société ACE BTP contro Comuni della Regione di Lorraine, *Sentenza 10 giu. 2009, n. 324153*.

²⁸⁷ A tal fine, il modulo DC1 "Lettera di candidatura – abilitazione del mandatario del contraente" (*Lettre de candidature – habilitation du mandataire par ses cotraitants*) integra l'insieme di dichiarazioni sull'onore richieste. La firma del modulo da parte del candidato costituisce un certificato che attesta l'onore della regolarità del candidato per quanto riguarda i suoi *obblighi sociali e fiscali*, nonché *tutti i divieti di presentare offerte* in sede di gara. La fornitura di questo modulo, che non è obbligatorio, lo esenta pertanto dal fornire l'insieme di attestati e di certificati ufficiali in questa fase della procedura. Il certificato sull'onore deve essere datato e firmato, e non può essere consegnato in fotocopia. Invece gli attestati e i certificati ufficiali possono essere forniti sotto forma di fotocopia; l'acquirente pubblico non può richiedere la fornitura di originali o copie autenticate. Dal 2001, gli attestati e i certificati ufficiali sono richiesti solo all'operatore economico vincitore. Il contratto può essere aggiudicato solo se l'interessato fornisce gli attestati e i certificati richiesti quando viene informato di essere stato designato come potenziale titolare del contratto (Circolare 14 febbraio 2012, sulla Guida alle buone prassi in materia di appalti pubblici, *Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, JORF 15 feb. 2012, n. 39, p. 2600, testo n. 16*).

In Brasile, l'art. 87 della Legge sugli Appalti Pubblici afferma che, in caso di *inadempimento totale o parziale* del contratto amministrativo, la P.A., assicurato il contraddittorio e la ampia difesa, può applicare al contraente le seguenti sanzioni: a) *avvertenza*; b) *multa*, come previsto nel bando di gara; c) *sospensione temporanea di partecipazione alle gare e impedimento di contrattare con la P.A.* per un periodo non superiore a due anni; e d) *dichiarazione di inidoneità a presentare offerte o a firmare un contratto con la P.A.* mentre persistano i motivi determinanti della punizione o fino a quando sia effettuata la riabilitazioni davanti alla stessa autorità che ha imposto la penalità. La riabilitazione verrà rilasciata quando il contraente risarcirà la P.A. delle perdite derivanti dalle sue azioni e dopo la scadenza della sospensione temporanea.

Il ritardo ingiustificato nell'esecuzione di un contratto sottopone il contraente alla *multa di mora*, nei termini previsti dal bando di gara oppure dal contratto. L'applicazione della multa *non impedisce* all'Amministrazione aggiudicatrice di risolvere unilateralmente il contratto amministrativo, così come di applicare le altre sanzioni previste dalla Legge brasiliana sugli appalti pubblici.

La *multa*, applicata dopo un giusto processo amministrativo, sarà dedotta dalla garanzia presentata al momento della formalizzazione del contratto. Nel caso il valore della multa inflitta sia superiore a quello della garanzia fornita, oltre la sua perdita, il contraente sarà responsabile per la differenza, che sarà detratta dagli eventuali pagamenti dovuti dalla P.A. o richiesta in giudizio.

Le altre sanzioni possono essere applicate *insieme* alla multa, nello stesso processo amministrativo, fatto salvo il diritto di presentare la difesa entro cinque giorni lavorativi.

La penalità di *dichiarazione di inidoneità a presentare offerte o a firmare un contratto con la P.A.* è di esclusiva competenza del Ministro di Stato, del Segretario di Stato o Comunale, se del caso, tramite un regolare processo

amministrativo, assicurando il diritto di presentazione di difesa del soggetto interessato nei rispettivi procedimenti entro dieci giorni. La riabilitazione può essere richiesta dopo *due anni* dalla applicazione della pena.

Da molto tempo si discute sulla *portata degli effetti* delle pene di sospensione temporanea e di dichiarazione di inidoneità a presentare offerte o a firmare un contratto con la P.A.: si tratta di restrizioni limitate alle agenzie o agli enti che le hanno applicate, all'intero ente federativo (Unione, Stato, Distretto Federale o Comune) o, più ampliamente, ai quattro ordini di persone giuridiche di diritto costituzionale interno, vale a dire Unione, Stati membri, Distretto Federale e Comuni?

L'intesa espressa dalla Corte di Cassazione brasiliana (*Superior Tribunal de Justiça*) è che le suddette punizioni *raggiungono l'intera P.A. brasiliana*, e non solo l'entità o la sfera federativa dell'entità che ha applicato la punizione²⁸⁸.

Le sanzioni di *sospensione temporanea* e di *dichiarazione di inidoneità* possono essere applicate anche ad aziende o professionisti che, a causa di contratti disciplinati dalla Legge del 21 giugno 1993, n. 8666: a) hanno subito una condanna definitiva per la pratica, in modo doloso, di *frode fiscale* per non aver pagato alcun tributo; b) hanno commesso *atti illeciti al fine di distorcere la concorrenza*; e c) dimostrano di *non avere l'idoneità* di contrattare con l'Amministrazione a causa di atti illeciti praticati.

²⁸⁸ La Corte di Cassazione brasiliana ha ritenuto che "la punizione prevista al comma 3 dell'art. 87 della Legge n. 8666/1993 non riguarda solo l'ente o l'entità federativa che abbia determinato la punizione, ma l'intera P.A., perché altrimenti si consentirebbe che la società sospesa rimanesse in grado di contrattare durante il periodo di sospensione, togliendo efficacia alla misura" (Corte di Cassazione, Sezione II, *Sentenza 19 ott. 2004*, Procedura n. 174274/SP, *DJe*, 22 nov. 2004, n. 1503741). Nello stesso senso: Corte di Cassazione, Sezione II, *Sentenza 25 feb. 2003*, Procedura n. 151567/RJ, *DJe*, 14 apr. 2003, n. 681878.

Inoltre, la Legge 17 luglio 2002, n. 10520, che, come abbiamo visto, ha introdotto la modalità di *asta* con negoziazione al ribasso (*pregão*, in portoghese), così come la Legge 4 agosto 2011, n. 12462, che ha inserito il c.d. “Regime Differenziato per i Contratti Pubblici – RDC” (*Regime Diferenciado de Contratações Públícas*) sanciscono la possibilità di applicazione della penalità di *proibizione di contrattare con la P.A.* per un periodo *fino a cinque anni* a seconda della gravità dell’infrazione commessa.

È importante sottolineare che, come abbiamo visto, l’esclusione di un operatore economico dalla partecipazione ad una procedura d’appalto a causa di un *grave illecito professionale*, in *Italia* e in *Brasile*, si inserisce nell’elenco di cause di esclusione *obbligatorie*, mentre in *Francia* è *facoltativa*, collocandosi nel campo della *discrezionalità* della pubblica amministrazione.

8. IL CONFLITTO DI INTERESSE NON DIVERSAMENTE RISOLVIBILE

L’art. 57, paragrafo 4, lettera “e” della Direttiva n. 2014/24/UE afferma la possibilità della stazione appaltante di escludere, oppure degli Stati membri di chiedere alla stazione appaltante di escludere dalla partecipazione alla procedura di gara un operatore economico “se un conflitto di interessi ai sensi dell’art. 24 non può essere risolto efficacemente con altre misure meno intrusive”²⁸⁹.

²⁸⁹ L’art. 24, comma 1, della Direttiva n. 2014/24/UE stabilisce il concetto di *conflitti di interessi, in verbis*: “Il concetto di conflitti di interesse copre almeno i casi in cui il personale di un’amministrazione aggiudicatrice o di un prestatore di servizi che per conto dell’amministrazione aggiudicatrice interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti o può influenzare il risultato di tale procedura ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere

L'Italia ha recepito la norma comunitaria nell'art. 80, comma 5, lettera "d", che sanziona l'esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto quando "la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'art. 42, comma 2, non diversamente risolvibile". Il comma 2 dell'art. 42, a sua volta, afferma l'esistenza di *conflitto di interesse* "quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazioni di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'art. 7 del D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62".

Dunque, il primo obbligo di astensione a cui si può fare riferimento è quello stabilito dallo stesso art. 7 del D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, che afferma l'obbligo generale per il dipendente pubblico di astenersi dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Inoltre, il

percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto".

funzionario deve astenersi in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza.

Lo stesso Codice dei contratti pubblici italiano sancisce *altre situazioni* di *conflitto di interesse* come, ad esempio, il comma 7 dell'art. 24, circa l'esclusione dal novero dei possibili aggiudicatari di appalti o concessionari di lavori pubblici, nonché degli eventuali subappalti o cottimi, coloro i quali siano affidatari dei relativi incarichi di progettazione; il medesimo divieto è esteso ai soggetti controllati, controllanti o che comunque siano collegati all'affidatario degli incarichi di progettazione²⁹⁰.

In Francia, la norma è stata integrata dall'art. L2141-10 del nuovo *Codice delle commesse pubbliche*, il quale afferma la possibilità di esclusione delle persone "che con la loro partecipazione creano una situazione di conflitto di interesse che non può essere risolta con altri mezzi. Costituisce una situazione di conflitto di interessi qualsiasi situazione in cui una persona che partecipa o possa influenzare l'esito della procedura di appalto pubblico abbia, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro tipo di interesse personale che potrebbe compromettere la sua imparzialità o indipendenza nel processo di aggiudicazione dell'appalto".

Per stabilire se esiste una situazione di *conflitto di interessi* che suscita un *dubbio legittimo* sull'*imparzialità* dell'acquirente, il Consiglio di Stato francese ha giudicato che si deve tenere conto di quanto segue: a) la natura, l'intensità e la durata dei collegamenti diretti o indiretti tra la persona che partecipa alla procedura di gara e chi rappresenta l'amministrazione aggiudicatrice o la società richiedente, o l'ha rappresentata in passato, da un punto di vista finanziario, economico, personale o familiare; e b) l'influenza che la persona che rappresenta la stazione appaltante è suscettibile di

²⁹⁰ Bottega, D., Ciaralli, F. M., *Requisiti di partecipazione e cause di esclusione nelle gare pubbliche*, Ed. Dike Giuridica, Roma 2017, p. 51.

esercitare sul risultato del procedimento in considerazione delle sue funzioni e della sua partecipazione al processo decisionale di scelta del contraente²⁹¹.

In Brasile, la Legge 16 maggio 2013, n. 12813, sancisce le situazioni di conflitto di interesse nell'esercizio di incarichi o posti di lavoro nel Potere Esecutivo Federale e i successivi impedimenti al loro esercizio.

La legge brasiliana considera *conflitto di interessi* la situazione creata dal confronto tra gli interessi pubblici e privati, che possa *compromettere l'interesse collettivo o influenzare scorrettamente la prestazione della funzione pubblica*. Considera, inoltre, *informazione privilegiata*, quella che riguarda *questioni riservate o rilevanti* per il processo decisionale nell'ambito del Potere Esecutivo, che abbia ripercussione *economica o finanziaria* e che non sia di *ampio dominio pubblico*.

La legge afferma che l'assegnatario dell'incarico o del posto di lavoro deve agire al fine di *prevenire o impedire* eventuale conflitto di interesse e salvaguardare le informazioni privilegiate.

Tra le situazioni che costituiscono conflitto di interessi *nell'esercizio d'incarico o lavoro pubblico* rientrano: a) divulgare o utilizzare informazioni privilegiate a proprio vantaggio o a favore di terzi, ottenute in ragione delle attività svolte; b) svolgere attività che implica la prestazione di servizio o mantenimento di rapporto commerciale con una persona fisica o giuridica che abbia un interesse nelle decisioni del dipendente pubblico o del Collegio a cui partecipa; c) esercitare, direttamente o indirettamente, attività che per sua natura sia incompatibile con le attribuzioni dell'incarico o dell'occupazione, considerandosi come tale, addirittura, l'attività svolta in settori o materie affini; d) agire, sia pure in modo informale, come avvocato, consulente, consigliere o mediatore di interessi privati negli organi o enti della P.A. di

²⁹¹ Consiglio di Stato, Settima e Seconda Camera riunite, Société RevetSens contro Région Nord-Pas-de-Calais, *Sentenza 14 ott. 2015, n. 390968*.

qualsiasi dei Poteri dell'Unione, Stati, Distretto Federale o Comuni; e) agire a beneficio di interessi di persona giuridica a cui partecipano il dipendente, il coniuge, il convivente, o parenti in linea retta o collaterale fino al terzo grado, e che possano trarre beneficio o influire nei suoi atti di gestione; f) ricevere regali da chiunque abbia interesse nelle decisioni dell'agente pubblico o del Collegio a cui il funzionario partecipa al di fuori dei limiti e delle condizioni stabilite dal Regolamento; e g) fornire servizi, anche se occasionali, alla società la cui attività sia controllata, sorvegliata o regolata dall'entità a cui il funzionario è collegato.

Configura conflitto di interesse *dopo* l'esercizio dell'incarico o del posto di lavoro, *in qualsiasi periodo*, divulgare o fare l'uso di informazioni privilegiate ottenute in ragione delle attività svolte. Inoltre, nel periodo di *sei mesi*, dalla data del licenziamento, dimissioni o pensionamento, ad eccezione di quanto espressamente autorizzato, a seconda del caso, dalla *Commissione di Etica Pubblica (Comissão de Ética Pública)* o dal *Controllore Generale dell'Unione (Controladoria Geral da União)*: a) fornire, direttamente o indirettamente, qualsiasi tipo di servizio a persona fisica o giuridica con cui sia stato stabilito un rapporto rilevante a causa dell'esercizio dell'incarico o del posto di lavoro; b) accettare l'incarico di amministratore o consigliere o stabilire rapporto professionale con persona fisica o giuridica che svolga attività connessa all'area di competenza inherente all'incarico o al posto di lavoro occupato; c) concludere, con gli organi o le entità del Potere Esecutivo Federale, contratti di servizio, consulenza o attività simile, collegati, anche se indirettamente, all'organo o all'entità in cui sia stato svolto l'incarico o l'impiego; oppure d) intervenire, direttamente o indirettamente, a favore di interesse privato dinanzi all'organo o all'entità nel cui sia stato svolto l'incarico o l'impiego o nel quale sia stato stabilito rapporto rilevante dovuto all'esercizio della propria funzione.

Il *Controllore Generale dell'Unione* brasiliano ha sviluppato il *Sistema elettronico per la prevenzione dei conflitti di interesse (Sistema eletrônico de*

prevenção de Conflito de Interesses - SeCI), che consente l'invio di consultazioni e richieste di autorizzazione in modo semplice e agile da parte di soggetti pubblici, tramite il web.

9. LA DISTORSIONE DELLA CONCORRENZA NON ALTRIMENTI RISOLVIBILE

L'art. 57, comma 4, lettera "f" della Direttiva n. 2014/24/UE afferma la possibilità di esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto di un operatore economico "se una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto di cui all'art. 41 non può essere risolta con altre misure meno intrusive".

In questo senso, l'art. 41 della Direttiva afferma l'obbligo dell'amministrazione aggiudicatrice di adottare misure adeguate a garantire che la concorrenza non sia *falsata* dalla partecipazione di un candidato, un offerente o un'impresa collegata ad un candidato o a un offerente che abbia fornito una consulenza all'amministrazione aggiudicatrice, o abbia altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto. Tali misure includono la *comunicazione* agli altri candidati e offerenti di informazioni pertinenti scambiate nel quadro della partecipazione del candidato o dell'offerente alla preparazione della procedura o ottenute a seguito di tale partecipazione, nonché la *fissazione di termini* adeguati per la ricezione delle offerte. Il candidato o l'offerente interessato è *escluso* dalla procedura *unicamente* nel caso in cui non vi siano altri mezzi per garantire il rispetto dell'obbligo di osservare il principio della parità di trattamento. Prima di tale eventuale esclusione, ai candidati o agli offerenti è concessa la *possibilità di provare* che la loro partecipazione alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto non è un elemento in grado di *falsare*

la concorrenza. Le misure adottate sono documentate nella *Relazioni uniche sulle procedure di aggiudicazione degli appalti*, ai sensi dell'art. 84 della Direttiva.

Come già statuito dalla Corte UE, l'obbligo del rispetto del principio della *parità di trattamento* corrisponde all'essenza stessa delle direttive in materia di appalti pubblici, che mirano in particolare a favorire lo sviluppo di una *concorrenza effettiva* ed enunciano criteri di attribuzione dell'appalto volti a garantire una siffatta concorrenza²⁹².

In *Italia*, il dispositivo è stato recepito quasi letteralmente dall'art. 80, comma 5, lettera "e" del Codice dei contratti pubblici.

Nel *diritto francese*, la norma viene integrata dal comma 3 dell'art. 48 del Decreto 23 luglio 2015, n. 2015-899 che, tra le cause di esclusione facoltative, afferma l'impossibilità di partecipazione alla gara delle "persone che, con il loro coinvolgimento diretto o indiretto nella preparazione della procedura di appalto pubblico, hanno avuto accesso a informazioni atte a creare una distorsione della concorrenza nei confronti di altri candidati, laddove non può essere rimediata con altri mezzi".

In *Francia*, la norma è stata integrata dall'art. L2141-9 del nuovo *Codice delle commesse pubbliche* che, tra le cause di esclusione soggette *alla valutazione del committente*, afferma la possibilità di esclusione delle persone contro le quali ci siano "prove sufficienti o un insieme di indizi seri, gravi e coerenti da dedurre che abbia stipulato un accordo con altri operatori economici per falsare la concorrenza".

²⁹² Corte UE, Sezione II, Fabricom S.A. contro Belgio, *Sentenza 3 mar. 2005, Cause riunite C-21/03 e C-34/03*. Nello stesso senso: Corte UE, Concordia Bus Finland Oy Ab, già Stagecoach Finland Oy Ab contro Helsingin kaupunki e HKL-Bussiliikenne, *Sentenza 17 set. 2002, Causa 513/1999, Raccolta della Giurisprudenza 2002 I-07213*.

Le situazioni tipiche che fanno riferimento a questa ipotesi si riscontrano nella gestione del progetto: quando nella fase preparatoria, il proprietario del progetto, come un ufficio di progettazione, un programmatore o un assistente di progettazione, che partecipa ai lavori preparatori del contratto (definizione della necessità, studio di fattibilità, attuazione del programma operativo, ecc.) si presenta alla gara per l'esecuzione del progetto²⁹³.

In questo senso, il Consiglio di Stato francese ha sancito che la stazione appaltante deve assicurarsi che le informazioni raccolte dal candidato durante il lavoro preparatorio non lo favoriscano nella procedura di gara né pregiudichino l'uguaglianza di trattamento dei candidati. Deve inoltre garantire che tutti i potenziali candidati abbiano lo stesso livello di informazione, tenendo conto del grado di coinvolgimento dell'azienda nella preparazione del contratto²⁹⁴.

In Brasile, l'art. 9 della Legge 21 giugno 1993, n. 8666, sanziona il *divieto di partecipare direttamente o indirettamente* alla procedura di gara o all'esecuzione di un lavoro, servizio o fornitura ai seguenti soggetti: a) l'autore del progetto di base o esecutivo, persona fisica o giuridica; b) la società, da sola o in consorzio, responsabile della preparazione del progetto di base o esecutivo o di cui l'autore del progetto sia un dirigente, gestore, azionista o detentore di più del 5% del capitale votante o sia azionista di controllo; e c) il dipendente pubblico o il gestore dell'organo o dell'entità aggiudicatrice o il responsabile dell'offerta.

Recentemente, la Corte dei Conti brasiliana ha *sanzionato* i membri di una Commissione giudicatrice a causa dell'ammissione a partecipare alla gara di un dipendente di un'azienda, autore del progetto di base, licenziato due

²⁹³ Hourcabie, A., Fontaine, C., Bérard-Walsh, A. C., Braconnier, S., *Passation des marchés publics*, Ed. Le Moniteur, Parigi 2016, p. 207.

²⁹⁴ Consiglio di Stato, Settima e Decima Camera riunite, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice contro Société Genicorp, *Sentenza 29 giu. 1998, n. 177952*.

giorni prima del lancio del documento di gara. In tal caso, è stata messa in dubbio l'integrità della procedura d'appalto²⁹⁵.

10. LE SANZIONE INTERDITTIVE

L'art. 57, comma quattro, lettera "g", della Direttiva n. 2014/24/UE, afferma la possibilità per le stazioni appaltanti di escludere, oppure degli Stati membri di chiedere alle stazioni appaltanti l'esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto "se l'operatore economico ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili".

In *Italia*, con una formulazione sostanzialmente identica a quella del previgente art. 38, comma 1, lettera "m" del Codice del 2006, il dispositivo viene recepito dall'art. 80, comma 5, lettera "f" del Nuovo Codice che sancisce l'esclusione dalle procedure di affidamento dell'operatore economico che sia "stato soggetto alla sanzione interdittiva di cui all'art. 9, comma 2, lettera 'c' del D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231²⁹⁶, o ad altra sanzione che comporta il divieto

²⁹⁵ Corte dei Conti, Sezione II, Sentenza 17 mag. 2016, n. 5464, Procedura n. 9917/2016.

²⁹⁶ L'art. 9, comma 2, lettera 'c' del D.lgs. n. 231/2001 afferma "il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio". E, nel senso di quanto stabilisce il comma 2 del suo art. 13, "le sanzioni interdittive hanno una durata *non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni*".

di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'art. 14 del D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81”²⁹⁷.

Com'è previsto per ogni fattispecie escludente considerata dal quinto comma dello stesso art. 80, l'esclusione verrà disposta – sempre ai danni dell'operatore economico – anche laddove la sanzione sia stata comminata ad un suo subappaltatore “designato” (inserito, cioè, nella terna di cui all'art. 105, comma 6, del Nuovo Codice)²⁹⁸.

In Francia, la norma viene integrata dall'art. 2141-7 del Codice che, tra le cause di esclusione facoltative, afferma l'impossibilità di partecipazione alla gara delle persone che nel corso dei *tre anni precedenti* sono state condannate a pagare un risarcimento, sono state sanzionate da una multa o sono state soggette a una sanzione comparabile, a causa di una violazione grave o persistente dei loro obblighi contrattuali durante l'esecuzione di un precedente contratto di concessione o di un precedente contratto d'appalto. L'acquirente deve consentire all'operatore economico interessato "di stabilire, entro un termine ragionevole e con ogni mezzo, che la sua professionalità e la sua affidabilità non può più essere messa in discussione e, se del caso, che la sua partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto non pregiudichi la parità di trattamento"²⁹⁹.

Quindi, quasi come succede nelle ipotesi delle *offerte anormalmente basse*, le stazioni appaltanti devono lasciare ai candidati l'opportunità di spiegare e, se necessario, dimostrare che la loro situazione è cambiata rispetto

²⁹⁷ L'art. 14 del D.lgs. n. 81/2008, a sua volta, stabilisce le “Disposizioni per il contrasto del lavoro irregolare e per la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori”.

²⁹⁸ Galli, D., I soggetti ammessi alle gare e la loro qualificazione, in *I contratti pubblici* (a cura di Corradino, M., Galli, D., Gentile, D., Lenoci, M. C., Malinconico, C.), Ed. Wolters Kluwer, Milanofiore Assago 2017, p. 528.

²⁹⁹ Consiglio di Stato, Settima e Seconda Camera riunite, Société ACE BTP contro Comuni della Regione di Lorraine, *Sentenza 10 giu. 2009, n. 324153*.

al precedente contratto, potrebbero aver commesso delle degli errori. Basta dire che, proprio come nel caso di offerta anormalmente bassa, il percorso è particolarmente difficile per i compratori pubblici, che non possono licenziare un candidato con cui hanno avuto una brutta esperienza passata, davanti alla dimostrazione che da allora ha rafforzato i propri mezzi (tecnici, umani, finanziari, tra gli altri), e che è perfettamente in grado di eseguire correttamente i servizi per cui si è candidato.

La normativa francese ha trascritto la giurisprudenza più risalente degli ultimi anni. In questo senso, il Consiglio di Stato aveva già ritenuto che la commissione di gara non potesse fare una valutazione esclusivamente in base alle presunte carenze di una società nell'esecuzione di precedenti contratti senza cercare di analizzare se altri elementi della domanda presentata le consentano di giustificare il cambiamento della situazione³⁰⁰.

Allo stesso modo, l'acquirente deve assicurarsi che il documento di gara fornito a supporto della candidatura non presenti "nuove garanzie offerte da questa società dopo l'appalto per cui è stata punita". Tuttavia, è necessario anche escludere gli elementi positivi che hanno preceduto l'appalto controverso³⁰¹. Inoltre, se l'acquirente non prende in considerazione tutti questi elementi per aggiudicare l'appalto, la procedura di aggiudicazione può essere considerata irregolare, fatto che costituisce un'anomalia soggetta a responsabilità della commissione di gara, a condizione che la società in questione non sia privata di alcuna possibilità di vincita del contratto³⁰².

³⁰⁰ Consiglio di Stato, Settima Camera, Société Blanchisserie Roncaglia contro Centre Hospitalier de Bastia, *Sentenza 15 dic. 2001, n. 348110*.

³⁰¹ Consiglio di Stato, Settima e Decima Camera riunite, Ministre de la Defense e Société Multi Travaux contro Directeur de l'infrastructure de la défense à Cayenne, *Sentenza 10 nov. 2010, n. 341132*.

³⁰² Corte d'appello di Nancy, Prima Camera, SARL TP2B contro Commune de Dommartin-sur-Vraine, *Sentenza 4 ott. 2012, n. 11NC01940*.

Dunque, non solo gli acquirenti pubblici devono *fornire la prova e le tracce* di notevoli carenze che hanno dato luogo a sanzioni nei confronti del candidato nell'esecuzione di precedenti contratti o concessioni, ma dovranno dargli la *possibilità di spiegare* e dimostrare che tali carenze non si verificheranno in un nuovo contratto.

In *Brasile*, come abbiamo visto nel paragrafo 7, l' *inadempimento totale o parziale* del contratto amministrativo, a giudizio della P.A., e assicurato il contraddittorio e l'ampia difesa, può provocare la *sospensione temporanea di partecipazione alle gare e l'impedimento di contrattare con la P.A.*, per un periodo non superiore a due anni, così come la *dichiarazione di inidoneità a presentare offerte o a firmare un contratto con la P.A.* mentre persistono i motivi determinanti della punizione o fino a quando sia effettuata la riabilitazioni davanti alla stessa autorità che ha imposto la penalità. Il documento di riabilitazione verrà rilasciato quando il contraente avrà risarcito la P.A. delle perdite derivanti dalle sue azioni e dopo la scadenza della sospensione temporanea.

11. LE FALSE AUTODICHIARAZIONI

Il quarto comma, lettera "h", dell'art. 57 della Direttiva n. 2014/24/UE afferma che le stazioni appaltanti possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto l'operatore economico che si è reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni richieste per dimostrare l'assenza di motivi di esclusione o il rispetto dei criteri di selezione, oppure non ha trasmesso tali informazioni o non è stato in grado di presentare i documenti complementari di cui all'art. 59 (DGUE).

In questo senso, l'art. 80, comma 5, lettera "g" del Codice dei contratti pubblici *italiano* prevede l'esclusione dell'operatore economico che risulti "iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione, per il periodo durante il quale perdura l'iscrizione". Lo stesso operatore, peraltro, verrà estromesso dalla selezione anche nell'ipotesi in cui ad essere iscritto nel casellario informatico sia uno dei suoi subappaltatori indicati in gara.

In *Francia* il dispositivo non viene espressamente recepito, nonostante, così come accade in Italia, l'interessato debba presentare il Documento di gara unico europeo (DGUE), come si vedrà nel prossimo capitolo. Inoltre, la Circolare francese 14 febbraio 2012, sulla *Guida alle buone prassi in materia di appalti pubblici* (*Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics*) sancisce che i candidati ad aggiudicazione di un appalto pubblico devono *dichiarare sul loro onore* di non trovarsi in una delle situazioni che impediscono la presentazione di un'offerta³⁰³.

In *Brasile*, l'art. 28 del Decreto 31 maggio 2005, n. 5450, che disciplina la Legge 17 luglio 2002, n. 10520, che, come abbiamo visto, ha introdotto la modalità di *asta* con negoziazione al ribasso (*pregão*, in portoghese), sancisce che a coloro che, convocati entro il termine di validità della loro proposta, non firmino il contratto o l'accordo quadro, non consegnino la documentazione richiesta nel documento di gara, presentino documentazione falsa, ritardino l'esecuzione dell'oggetto dell'appalto, non mantengano la proposta, non adempiano gli obblighi derivanti dall'esecuzione del contratto, si comportino in modo inidoneo, *presentino falsa dichiarazione* o commettano frode fiscale, garantita l'ampia difesa, sarà impedito di presentare offerte e di contrarre con

³⁰³ Circolare 14 febbraio 2012, sulla Guida alle buone prassi in materia di appalti pubblici, (*Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, JORF 15 feb. 2012, n. 39, p. 2600, testo n. 16*).

la P.A. per una durata massima di *cinque anni*, senza pregiudizio di multe e altre misure previste nel bando e nel contratto. Le sanzioni devono essere registrate presso il Sistema di Catasto dell'Amministrazione Federale (*Sistema de Cadastro da Administração Federal – SICAF*)³⁰⁴.

12. ALTRE SITUAZIONE SANCITE DAL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI ITALIANO

Il Codice dei contratti pubblici italiano, *senza corrispondenza esplicita* nel Codice francese o nella legge *brasiliiana* sulla gara, sancisce alcune altre cause di esclusione dalle gare.

La prima situazione riguarda la *violazione del divieto di intestazione fiduciaria*. In una logica di prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale nell'esecuzione degli appalti pubblici, l'art. 80, comma 5, lettera "h" del D.lgs. n. 50/2016 prevede l'esclusione dalle pubbliche gare dell'operatore economico che abbia violato il divieto di cui all'art. 17 della Legge 19 marzo 1990, n. 55, stabilendo che "l'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non è stata rimossa"³⁰⁵.

³⁰⁴ Il Sistema di Catasto dell'Amministrazione Federale consente la registrazione dei fornitori di materiali e servizi per gli organi e gli enti della P.A. brasiliiana nell'ambito del Sistema Integrato di Servizi Generali (*Sistema Integrado de Serviços Gerais – SISG*). Una volta registrato nel SICAF, il fornitore sarà registrato in qualsiasi organo o gli enti che fa parte del SISG, in tutto il territorio nazionale, indipendentemente dal luogo in cui è avvenuta la registrazione.

³⁰⁵ L'art. 17 della Legge 19 marzo 1990, n. 55, che riguarda le nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di

La lettera “i” del comma 5 dell’art. 80 del Codice, come modificato dal correttivo emanato dal D.lgs. 56/2017, attenendosi nella sostanza alle disposizioni del previgente art. 38 del D.lgs. n. 163/2006, sanziona l’esclusione dalla gara dell’operatore economico che *non presenti la certificazione* di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, ovvero non autocertifichi la sussistenza del medesimo requisito, di cui all’art. 17 della Legge 12 marzo 1999, n. 68³⁰⁶.

L’art. 80, comma 5, lettera “I”, del Nuovo Codice prevede l’esclusione dalle pubbliche gare dell’operatore economico che, pur essendo stato vittima dei reati previsti e puniti dagli artt. 317 e 629 del Codice penale (rispettivamente concussioni e estorsioni), aggravati ai sensi dell’art. 7 del Decreto-Legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla

pericolosità sociale, prevede, con Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro del tesoro, d'intesa con il Ministro dei lavori pubblici, la definizione di disposizioni per il controllo sulle composizioni azionarie dei soggetti aggiudicatari di opere pubbliche, ivi compresi i concessionari, e sui relativi mutamenti societari. Con lo stesso decreto sono comunque vietate intestazioni ad interposte persone, di cui deve essere comunque prevista la cessazione entro un termine predeterminato, salvo le intestazioni a società fiduciarie autorizzate ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966, a condizione che queste ultime provvedano, entro trenta giorni dalla richiesta effettuata dai soggetti aggiudicatari, a comunicare alle amministrazioni interessate l'identità dei fiducianti; in presenza di violazioni di queste disposizioni, si procede alla sospensione dall'Albo nazionale dei costruttori o, nei casi di recidiva, alla cancellazione dall'Albo stesso. Il provvedimento è stato emanato con D.P.C.M. 11 maggio 1991, n. 187.

³⁰⁶ L’art. 17 della Legge 12 marzo 1999, n. 68, afferma: “Le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, nonché apposita certificazione rilasciata dagli uffici competenti dalla quale risulti l’ottemperanza alle norme della presente legge, pena l’esclusione”.

Legge 12 luglio 1991, n. 203³⁰⁷, non risulti aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrono i casi previsti dall'art. 4, primo comma, della Legge 24 novembre 1981, n. 689.

La circostanza di cui al paragrafo precedente deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'ANAC, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio.

Al termine del comma 5 (lettera "m"), l'art. 80 del Codice italiano prevede l'esclusione dell'operatore economico che si trovi, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 del Codice civile³⁰⁸ o in una qualsiasi relazione,

³⁰⁷ L'art. 7 del Decreto-Legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito in Legge 12 luglio 1991, n. 203, su provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa, afferma: "Per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale [e, pertanto, tramite associazioni di tipo mafioso anche straniere] ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, la pena è aumentata da un terzo alla metà".

³⁰⁸ L'art. 2359 del Codice civile italiano, che disciplina le società controllate e le società collegate, sancisce che sono considerate società controllate: a) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; b) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; e c) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Nei due primi casi si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta; non si computano i voti spettanti per conto di terzi. Sono considerate collegate, invece, le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa.

anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.

La *ratio* del dispositivo è vietare la riconducibilità di più offerte ad un unico centro decisionale, così come aveva già deciso la giurisprudenza comunitaria, sin dal 2009, nel riconoscere la possibilità in una normativa nazionale di non autorizzare la partecipazione ad una medesima procedura di aggiudicazione, in modo concorrente, di società aventi fra loro un rapporto di controllo o d'influenza notevole³⁰⁹⁻³¹⁰.

Come per tutte le ipotesi di esclusione considerate dall'art. 80, comma 5, D.lgs. n. 50/2016, anche in questi ultimi casi l'operatore economico potrà essere escluso dalla selezione per effetto della condotta tenuta da uno dei membri della sua terna di subappaltatori, potendo venire in rilievo, in una simile evenienza, l'esistenza di collusione tra detto subappaltatore ed uno degli altri concorrenti.

³⁰⁹ Corte di Giustizia CE, Sezione IV, *Sentenza 19 mag. 2009, Assitur S.r.l. contro Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, Causa 538/2007*.

³¹⁰ La sentenza della Corte di Giustizia, da un lato, ha evidenziato la necessità di scongiurare (a tutela della parità di trattamento dei candidati e della trasparenza della procedura) ogni possibile forma di collusione tra i partecipanti ad una medesima procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico; ma, dall'altro lato, ha rilevato l'incompatibilità comunitaria (per violazione del principio di proporzionalità) di una norma nazionale che stabilisca "un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara" [Galli, D., I soggetti ammessi alle gare e la loro qualificazione, in *I contratti pubblici* (a cura di Corradino, M., Galli, D., Gentile, D., Lenoci, M. C., Malinconico, C.), Ed. Wolters Kluwer, Milanofiore Assago 2017, p. 543].

CAPITOLO II

REQUISITI DI ORDINE SPECIALE

1. INTRODUZIONE

I *requisiti di ordine generale*, analizzati nel Capitolo precedente, vanno tenuti distinti dai requisiti di *capacità tecnica ed economica* che attengono all'idoneità sotto il profilo tecnico ad espletare l'attività oggetto di gara, oltre che alla solidità finanziaria e, quindi, all'idoneità a far fronte agli impegni contrattuali assunti³¹¹.

I requisiti di ordine soggettivo, dunque, si rivestono di carattere generale, e comportano l'incapacità di contrarre con la P.A., mentre i *criteri di selezione* devono essere intesi come *requisiti di qualificazione*. Per i contratti pubblici si rilevano, quindi, una serie di regole che sono dirette a garantire che l'operatore economico che partecipa alle gare possieda sia le prescritte capacità *tecniche, professionali, economiche e finanziarie* in grado di garantire l'esatta esecuzione del contratto (*requisiti di qualificazione*), sia taluni requisiti di ordine soggettivo (*requisiti di carattere generico*), per cui l'*aggiudicazione definitiva* diventa *efficace* dopo la verifica dei prescritti requisiti³¹².

In questo senso, le amministrazioni aggiudicatrici devono indicare nel bando di gara le *esigenze* e i *requisiti* che devono essere posseduti dagli operatori economici interessati a partecipare della procedura.

³¹¹ Greco, R., *Requisiti di ordine generale*, in *Codice degli appalti pubblici* (a cura di Garofoli, R., Ferrari, G.), Ed. Neldiritto, Roma 2009, p. 335.

³¹² Caringella, F., Protto, M., *Il Codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Ed. Dike Giuridica, Roma 2017, pp. 393-40.

L'art. 58 della Direttiva n. 2014/24/UE afferma che i requisiti di ordine speciale, denominati "criteri di selezione", possono riguardare: a) *abilitazione all'esercizio dell'attività professionale*; b) *capacità economica e finanziaria*; e c) *capacità tecniche e professionali*.

Inoltre, sancisce che le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre agli operatori economici, come requisiti di partecipazione, *unicamente* i suddetti criteri, limitando i requisiti a quelli *adeguati* ad assicurare che un candidato o un offerente abbia la *capacità giuridica e finanziaria* e le *competenze tecniche e professionali* necessarie per eseguire l'appalto da aggiudicare. Rileva, come abbiamo detto, che tutti i requisiti devono essere *attinenti e proporzionati* all'oggetto dell'appalto.

Le stazioni appaltanti devono indicare le *condizioni di partecipazione* richieste, che possono essere espresse come *livelli minimi di capacità*, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel *bando di gara* o nell'*invito a confermare interesse*.

In *Italia*, il dispositivo comunitario viene recepito dall'art. 83 del Codice dei contratti pubblici, mentre in *Francia* la norma è stata attuata dall'art. L2141-2 del Codice delle commesse pubbliche (*Code de la commande publique*), del 2018.

Gli artt. da R2142-1 a 2142-4 del Codice delle commesse pubbliche francese (inseriti dal Decreto 3 dicembre 2018, n. 2018-1075, sulla parte *normativa* del Codice, in vigore dal 1° aprile 2019), che sanciscono le condizioni generali di partecipazione, affermano l'obbligo di indicare nel bando di gara o nell'invito a confermare l'interesse o, in assenza di tale avviso, nei documenti della consultazione, *tutte le condizioni di partecipazione* alla procedura di aggiudicazione relative alle *capacità* del candidato, nonché i *mezzi di prova* accettabili. I *livelli minimi di capacità*, ove richieste, possono essere solo quelli che siano *collegati e proporzionati* all'oggetto del contratto o alle sue condizioni di prestazione.

Inoltre, la normativa francese afferma che un operatore economico può ricorrere alle *capacità* di altri operatori economici, indipendentemente dalla natura giuridica dei collegamenti che li vincolano³¹³. L'acquirente può richiedere agli operatori economici interessati di essere *responsabili in solido* nella misura necessaria alla corretta esecuzione del contratto; in questo caso, l'acquirente deve *giustificare* questo requisito nei documenti della consultazione. La stessa persona non può rappresentare più di un candidato per lo stesso contratto.

In *Brasile*, come abbiamo già segnalato, gli artt. 27 e seguenti della Legge sulle gare d'appalto, sanciscono come requisiti di *ordine speciale*, tassativamente, la *qualificazione tecnica* e la *qualificazione economico-finanziaria*.

2. REQUISITI DI IDONEITÀ PROFESSIONALE

Il secondo comma dell'art. 58 della Direttiva n. 2014/24/UE sanziona che, per quanto riguarda *l'abilitazione all'esercizio dell'attività professionale*, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che gli operatori economici siano iscritti in un *registro professionale o commerciale*, tenuto nello Stato membro in cui hanno sede, come descritto nell'Allegato XI della stessa direttiva, o soddisfino *qualsiasi altro requisito previsto in tale allegato*.

³¹³ In questo senso, la Corte di Giustizia UE ha ritenuto che un'amministrazione aggiudicatrice, nel capitolato d'oneri relativo ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, non può obbligare un offerente che faccia affidamento sulle capacità di altri soggetti, prima dell'aggiudicazione di detto appalto, a stipulare con questi ultimi un accordo di partenariato o a costituire con essi una società in nome collettivo (Corte di Giustizia, Sezione I, *Sentenza 14 gen. 2016, Causa 234/2014, Ostas celtnieks SIA contro Talsu novada pašvaldība, Iepirkumu uzraudzības birojs*).

Nelle procedure di appalto per *servizi*, se gli operatori economici devono essere in possesso di una particolare autorizzazione ovvero appartenere a una particolare organizzazione per poter prestare nel proprio paese d'origine il servizio in questione, l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere loro di provare il possesso di tale autorizzazione ovvero l'appartenenza all'organizzazione di cui trattasi.

Nell'ordinamento *italiano* il dispositivo è stato trasposto nel terzo comma dell'art. 83 del Codice dei contratti pubblici, modificato dal correttivo emanato dal D.lgs. 56/2017, determinando che i concorrenti alle gare, se cittadini italiani o di altro Stato membro residenti in Italia, devono essere iscritti nel registro della Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle Commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti ordini professionali.

Al cittadino di altro Stato membro non residente in Italia, invece, è richiesta la prova dell'iscrizione, secondo le modalità vigenti nello Stato di residenza, in uno dei registri professionali o commerciali di cui all'Allegato XVI del Codice, mediante dichiarazione giurata o secondo le modalità vigenti nello Stato membro nel quale è stabilito ovvero mediante attestazione, sotto la propria responsabilità, che il certificato prodotto è stato rilasciato da uno dei registri professionali o commerciali istituiti nel Paese in cui è residente.

Nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, se i candidati o gli offerenti devono essere in possesso di una particolare autorizzazione ovvero appartenere a una particolare organizzazione per poter prestare nel proprio Paese d'origine i servizi in questione, la stazione appaltante può chiedere loro di provare il possesso di tale autorizzazione ovvero l'appartenenza all'organizzazione³¹⁴.

³¹⁴ La corrispondenza fra le aree per cui si è effettuata l'iscrizione e l'appalto oggetto di affidamento non deve tradursi, alla stregua della recente giurisprudenza, in una perfetta ed assoluta sovrappponibilità tra tutte le componenti dei due termini di riferimento, atteso che

In Francia, invece, l'art. R2142-5 del Codice delle commesse pubbliche, trattando dei requisiti di idoneità professionale, si limita ad affermare in forma più succinta di quanto previsto nel diritto italiano: "quando un operatore economico deve essere registrato in un registro professionale, l'acquirente può esigere una giustificazione".

Inoltre, l'Ordinanza 29 marzo 2016, che stabilisce l'elenco delle informazioni e dei documenti che possono essere richiesti ai candidati per gli appalti pubblici (*Arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics*), nel suo art. 1, prevede che per i *contratti di servizi*, quando gli operatori economici hanno bisogno di una *specifica autorizzazione* o di essere *membri di una specifica organizzazione* per prestare, nel loro paese d'origine, il servizio in questione, l'acquirente può chiedere loro di provare il possesso di tale autorizzazione o l'appartenenza all'organizzazione³¹⁵.

Allo stesso modo, in Brasile, come abbiamo già accennato, ai sensi di quanto stabilisce l'art. 27 della Legge sulle gare e contratti pubblici, uno dei requisiti previsti per la partecipazione alle gare riguarda la c.d. "abilitazione giuridica", che consiste nella dimostrazione dell'*identità del partecipante*, persona fisica o giuridica.

Così, l'art. 28 della suddetta legge afferma che la documentazione concernente l'*abilitazione giuridica*, secondo i casi, consiste in: a) carta

tale prospettiva, per un verso, finirebbe per contraddirne l'esigenza funzionale di *favor partecipationis* e, per altro verso, frustrerebbe la finalità di confronto concorrenziale cui l'evidenza pubblica è preordinata (Bottega, D., Ciaralli, F. M., *Requisiti di partecipazione e cause di esclusione nelle gare pubbliche*, Ed. Dike Giuridica, Roma 2017, p. 94).

³¹⁵ Queste disposizioni sono incluse nel modulo DC2 alla voce "E - Informazioni sull'attitudine all'esercizio dell'attività professionale oggetto del contratto" (*E - Renseignements relatifs à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle concernée par le contrat*), aggiornato il 1° aprile 2019.

d'identità, per le persone fisiche; b) registro commerciale, nel caso di una società individuale; c) atto costitutivo, statuto o contratto sociale in vigore, debitamente registrato, nel caso di società commerciali, e, nel caso di società per azioni, accompagnato da documenti di elezione dei suoi dirigenti; d) registrazione dell'atto costitutivo, accompagnato dal documento che dimostra chi sono i membri del consiglio di amministrazione in carica, nel caso di società civili; ed e) decreto di autorizzazione, nel caso di una società straniera o società operante nel Paese, e un atto di registrazione o autorizzazione per l'operazione emessa dall'organismo competente, quando l'attività lo richieda.

L'iscrizione nei competenti *ordini professionali*, in Brasile, si trova tra le esigenze di *capacità tecniche e professionali*.

3. CAPACITÀ ECONOMICA E FINANZIARIA

Per quanto riguarda la *capacità economica e finanziaria*, l'art. 58, comma 3, della Direttiva n. 2014/24/UE afferma che le stazioni appaltanti possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano la *potenzialità* necessaria per eseguire l'appalto.

A tal fine, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere, in particolare, che gli operatori economici: a) abbiano un determinato *fatturato minimo annuo*, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto; e b) forniscano informazioni riguardo ai loro *conti annuali* che evidenzino i rapporti, ad esempio, tra attività e passività. Possono inoltre esigere un livello adeguato di *copertura assicurativa* contro i *rischi professionali*.

L'obbligo di *fatturato minimo annuo* che le aziende interessate devono dimostrare di avere non può superare il *doppio del valore stimato* dell'appalto, salvo in circostanze debitamente motivate relative ai *rischi specifici* connessi

alla natura dei lavori, servizi o forniture³¹⁶. L'amministrazione aggiudicatrice deve indicare i *motivi principali* di tale requisito nei documenti di gara o nelle *relazioni uniche sulle procedure di aggiudicazione degli appalti*, previste dall'art. 84 della stessa norma comunitaria.

Ad esempio è possibile tenere conto del rapporto tra attività e passività se l'amministrazione aggiudicatrice specifica, nei documenti di gara, i metodi e i criteri per prendere in considerazione tale rapporto. Tali metodi e criteri devono essere *trasparenti, oggettivi* e non *discriminatori*.

Per gli appalti divisi in *lotti*, le presenti esigenze si applicano per *ogni singolo lotto*. Tuttavia, l'amministrazione aggiudicatrice può fissare il fatturato minimo annuo che gli operatori economici devono avere con riferimento a *gruppi di lotti* nel caso in cui all'aggiudicatario siano aggiudicati *più lotti* da eseguirsi contemporaneamente.

³¹⁶ Il Considerando n. 83 della Direttiva afferma che l'esigenza di un *fatturato minimo annuo* più elevato può essere collegata a circostanze che riguardano gli alti rischi connessi alla esecuzione dell'appalto o il fatto che la sua tempestiva e corretta realizzazione è di fondamentale importanza, ad esempio in quanto costituisce un presupposto necessario per l'esecuzione di altri appalti. In questi casi, debitamente giustificati, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero mantenere la facoltà di decidere autonomamente se sia opportuno e pertinente stabilire requisiti di fatturato minimo più elevati senza essere soggette a supervisione amministrativa o giudiziaria. Qualora si dovessero applicare requisiti di fatturato minimo più elevati, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero mantenere la facoltà di stabilirne il livello a condizione che sia collegato e proporzionato all'oggetto dell'appalto. Se l'amministrazione aggiudicatrice decide che il requisito del fatturato minimo debba essere fissato a un livello superiore al doppio del valore stimato dell'appalto, la relazione unica o i documenti di gara dovrebbero contenere un'indicazione relativa ai principali motivi della scelta dell'amministrazione aggiudicatrice. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero poter inoltre richiedere informazioni sui rapporti, ad esempio, tra attività e passività nei conti annuali. Un rapporto positivo che mostri livelli di attività più elevati rispetto a quelli delle passività potrebbe fornire ulteriori prove del fatto che la capacità finanziaria degli operatori economici è sufficiente.

Se gli appalti basati su un *accordo quadro* devono essere aggiudicati in seguito alla riapertura della gara, il requisito del fatturato annuo massimo di cui al secondo comma del presente paragrafo è calcolato sulla base del valore massimo atteso dei contratti specifici che saranno eseguiti contemporaneamente, se conosciuto, altrimenti sulla base del valore stimato dell'accordo quadro. Nel caso di *sistemi dinamici di acquisizione*, invece, il requisito del fatturato annuo massimo, di cui al secondo comma, è calcolato sulla base del valore massimo atteso degli appalti specifici da aggiudicare nell'ambito di tale sistema.

In *Italia*, il dispositivo è stato recepito nei quarto e quinto paragrafo dell'art. 83 del Codice dei contratti pubblici, modificato dal correttivo emanato dal D.lgs. 56/2017, che sanciscono, per gli *appalti di servizi e forniture*, la possibilità di richiedere: a) che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto; b) che gli operatori economici forniscano informazioni riguardo ai loro conti annuali che evidenzino in particolare i rapporti tra attività e passività; e c) un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali.

Facendo riferimento agli orientamenti comunitari, il Codice italiano prevede che il fatturato minimo annuo richiesto non possa comunque superare il doppio del valore stimato dell'appalto, calcolato in relazione al periodo di riferimento dello stesso, salvo in circostanze adeguatamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei servizi e forniture, oggetto di affidamento. La stazione appaltante, ove richieda un fatturato minimo annuo, deve indicarne le ragioni nei documenti di gara. Per gli appalti divisi in lotti, le stazioni appaltanti possono fissare il fatturato minimo annuo che gli operatori economici devono avere con riferimento a gruppi di lotti nel caso in cui all'aggiudicatario siano aggiudicati più lotti da eseguirsi contemporaneamente. Se gli appalti basati su un accordo quadro devono essere aggiudicati in seguito alla riapertura della gara, il requisito del fatturato annuo massimo è calcolato

sulla base del valore massimo atteso dei contratti specifici che saranno eseguiti contemporaneamente, se conosciuto, altrimenti sulla base del valore stimato dell'accordo quadro. Nel caso di sistemi dinamici di acquisizione, il requisito del fatturato annuo massimo è calcolato sulla base del valore massimo atteso degli appalti specifici da aggiudicare nell'ambito di tale sistema³¹⁷.

Allo stesso modo, *in Francia*, gli artt. da R2142-6 a R2142-12 del Codice delle commesse pubbliche, prevede gli stessi requisiti per dimostrare la *capacità economica e finanziaria* del proponente, vale a dire: a) *fatturato minimo* richiesto non superiore al doppio dell'importo stimato del contratto pubblico o del lotto, ad eccezione dei motivi relativi al suo oggetto o alle condizioni di esecuzione; b) nel caso di un appalto pubblico diviso in lotti il massimale si applica per ciascun lotto; c) l'acquirente può richiedere un *fatturato annuo minimo* per gruppi di lotti, nel caso in cui un titolare sia aggiudicatario di più lotti da eseguire nello stesso momento; d) per gli *accordi quadro*, questo massimale è calcolato sulla base dell'importo totale massimo dei contratti successivi o degli ordini di acquisto che potrebbero essere eseguiti dallo stesso titolare in concomitanza o, se tale importo non può essere stimato, sulla base del valore totale stimato dei contratti aggiudicati sulla base del contratto quadro o degli ordini di acquisto che possono essere aggiudicati allo stesso titolare durante il periodo di validità dell'accordo quadro; ed e) per i sistemi dinamici di acquisizione tale massimale viene calcolato sulla base del

³¹⁷ In materia di appalti di *servizi e forniture*, la stazione appaltante gode di una certa *discrezionalità* nel fissare i requisiti, pur nel rispetto dei ricordati principi di *proporzionalità e pertinenza*. Nel caso del requisito suddetto, il Codice fissa un limite circa il volume del fatturato, al fine di impedire distorsioni della concorrenza e favorire l'ingresso nelle gare anche di piccole e medie imprese. La derogabilità di tale limite è soggetta, comunque, ad una motivazione particolarmente approfondita (Caringella, F., Protto, M., *Il Codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Ed. Dike Giuridica, Roma 2017, p. 415).

valore totale stimato degli specifici contratti previsti durante la durata totale del sistema.

Il Codice francese afferma, inoltre, che l'acquirente può anche richiedere agli operatori economici di fornire informazioni sui loro conti annuali indicando in particolare la relazione tra *attività e passività*. In questo caso, l'acquirente deve specificare, nei documenti della consultazione, *i metodi e i criteri oggettivi e non discriminatori* che applicherà per tenere conto di tali informazioni. È possibile, in aggiunta, richiedere un livello adeguato di assicurazione del *rischio professionale*.

L'Ordinanza francese 29 marzo 2016 sancisce che, se per un *motivo giustificato*, l'operatore economico *non è in grado di produrre le informazioni e i documenti* richiesti dall'acquirente, può dimostrare la propria capacità economica e finanziaria con *qualsiasi altro mezzo ritenuto appropriato* dalla stazione appaltante³¹⁸⁻³¹⁹.

³¹⁸ L'Ordinanza francese 29 marzo 2016, che stabilisce l'*elenco delle informazioni e dei documenti* che possono essere richiesti ai candidati per gli appalti pubblici, oltre a quanto già detto, nel suo art. 2, afferma che nella misura in cui sono necessari per la valutazione della *capacità economica e finanziaria* dei candidati, l'acquirente può in particolare richiedere *una o più* delle seguenti informazioni o documenti giustificativi: a) dichiarazione del *fatturato complessivo* dell'interessato e, se del caso, del fatturato dell'area di attività coperta dal contratto pubblico, compresi al massimo gli ultimi tre anni, disponibili secondo la data della creazione della società o l'inizio dell'attività dell'operatore economico, nella misura in cui sono disponibili le informazioni su tali cifre del fatturato; b) dichiarazioni *bancarie* appropriate o, se del caso, prova dell'*assicurazione dei rischi professionali* rilevanti; e c) *bilancio o estratti del bilancio*, per gli ultimi tre anni, degli operatori economici per i quali la costituzione di bilanci è obbligatoria in virtù della legge.

³¹⁹ Il Consiglio di Stato francese ha affermato, ancora sotto l'egida del Codice del 2006, che, in sede di esame delle domande, la Commissione di gara verifica, da un lato, che tutti i documenti richiesti dal Codice e dal bando di gara siano stati prodotti da ciascuna società candidata e, dall'altra, che le aziende abbiano tutte le garanzie tecniche e finanziarie necessarie per eseguire il contratto pertinente. Al fine di valutare tali garanzie, la commissione

L'art. 31 della Legge generale per le gare d'appalto e contrattazioni pubbliche *brasiliана* precisa che la documentazione relativa alla *qualificazione economico-finanziaria* è limitata a: a) bilancio e altre dimostrazioni contabili dell'ultimo anno fiscale, che attestino la buona condizione finanziaria: è vietata la sua sostituzione con i bilanci intermedi, potendo avere l'aggiornamento monetario del bilancio per indice ufficiale quando lo stesso viene chiuso più di tre mesi prima dalla data di presentazione della proposta; b) certificato negativo di fallimento o concordato, emesso dal Tribunale dove è situata la sede della persona giuridica o, in caso, della persona fisica; o certificato dell'assenza di procedura di esecuzione, rilasciato dal Tribunale di domicilio della stessa; e c) garanzie, nelle stesse modalità e criteri previsti nell'art. 56 (per la stipulazione del contratto), limitate all'uno per cento del valore stimato dell'oggetto del contratto.

La richiesta di indici sarà limitata alla dimostrazione della *capacità finanziaria* dell'offerente in vista degli impegni che dovrà prendere in caso di aggiudicazione del contratto; è vietata la richiesta del *fatturato minimo precedente, indici di redditività o remuneratività*.

La stazione appaltante, nei contratti di acquisti per *consegne future e nell'esecuzione di opere e servizi di ingegneria*, può stabilire, nel bando di gara, l'esigenza di *capitale sociale o di patrimonio netto minimo*, oppure le *garanzie* stabilite nell'art. 56 della suddetta legge, al fine di accertare la

di gara non può basarsi unicamente sulla carenza di una società nell'esecuzione di precedenti contratti, senza valutare la capacità attuale della azienda, esaminando nel suo insieme il fascicolo di domanda presentato dalla società (Corte d'appello amministrativa di Parigi, Société GAR contro Commune de Congis-sur-Thérouanne, *Sentenza 2 ott. 2007, n. 06PA02495*). Nello stesso senso: Corte d'appello amministrativa di Nancy, Société Siloxane contro Departement de la Moselle, *Sentenza 12 mag. 2005, n. 01NC00913*.

qualificazione economico-finanziaria degli offerenti e allo scopo di garantire l'adempimento del futuro contratto³²⁰.

Il capitale sociale o il *patrimonio netto minimo* richiesto non può superare il 10% (dieci per cento) del valore stimato del contratto. La dimostrazione di questi requisiti viene attestata alla data di presentazione della proposta nelle modalità previste dalla legge, secondo cui è ammesso l'aggiornamento monetario per indici ufficiali.

Può essere richiesto, inoltre, l'elenco degli *impegni assunti* dall'interessato che includano la diminuzione della capacità operativa o l'assorbimento dei fondi disponibili, calcolato sulla base del patrimonio netto.

La dimostrazione di solida situazione finanziaria della società deve essere fatta in *modo oggettivo*, e deve essere calcolata attraverso gli *indici contabili previsti nel bando e debitamente giustificati* dalla stazione appaltante; è vietata la richiesta di indici e valori non solitamente adottati per la corretta valutazione della situazione finanziaria sufficiente a soddisfare gli obblighi derivanti dalla gara.

Dunque, *diversamente* da quanto succede in *Italia* e in *Francia*, la legge brasiliana *vieta espressamente* di richiedere la dimostrazione del *fatturato minimo* come condizione di partecipazione alla gara.

³²⁰ L'art. 56 della legge brasiliana sancisce che, per la stipulazione del contratto, è possibile che l'amministrazione aggiudicatrice richieda al contraente di fornire una *garanzia pecuniaria*, a sua scelta, che può essere prestata tramite una *garanzia in contanti o in titoli di Stato, assicurazione o fideiussione bancaria*. Questa garanzia, di norma, non può *superare il 5%* (cinque per cento) del valore del contratto. Tuttavia, nei contratti considerati di *grande valore* (che sono quelli che superano gli 82 milioni di reali o circa 18 milioni di euro) e che comportino *un'elevata complessità tecnica e un notevole rischio finanziario*, come dimostrato da un parere tecnico approvato dall'autorità competente, il valore della garanzia può raggiungere il 10% (dieci per cento) del valore dell'appalto (Savonitti Miranda, H., *Licitações e contratos administrativos*, Quarta edizione, Ed. Senado Federal, Brasilia 2007, pp. 118-9).

4. CAPACITÀ TECNICHE E PROFESSIONALI

L'art. 58, comma 4, della Direttiva n. 2014/24/UE afferma che le *capacità tecniche e professionali* vengono dimostrate tramite il possesso dell'esperienza e delle risorse umane e tecniche necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere, in particolare, che gli operatori economici dispongano di un livello sufficiente di *esperienza* comprovato da opportune referenze relative a *contratti eseguiti in precedenza*. Inoltre, un'amministrazione aggiudicatrice può ritenere che un operatore economico *non possieda* le capacità professionali richieste quando essa abbia accertato che l'operatore economico ha *conflitti di interesse* che possono influire negativamente sull'esecuzione del contratto.

Nelle procedure d'appalto per *forniture* che necessitano di lavori di posa in opera o di installazione, servizi o lavori, la capacità professionale degli operatori economici di fornire tali servizi o di eseguire l'installazione o i lavori può essere valutata con riferimento alla loro *competenza, efficienza, esperienza e affidabilità*.

Nell'*ordinamento italiano* il dispositivo viene recepito nel sesto comma dell'art. 83 del Codice dei contratti pubblici, che afferma, per gli appalti di servizi e forniture, la possibilità delle stazioni appaltanti di richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità. Sancisce, inoltre, che le informazioni richieste non possono eccedere l'oggetto dell'appalto e che l'amministrazione deve, comunque, tener conto dell'esigenza di protezione dei segreti tecnici e commerciali.

In Francia, oltre a quanto già sancito dalle norme comunitarie, gli artt. R2142-13 e R2142-14 del Codice delle commesse pubbliche, dispone che, negli appalti di opere, servizi e forniture che necessitano di lavori di posa in opera o di installazione, l'acquirente può richiedere ai candidati di indicare *i nomi e le qualifiche professionali* pertinenti delle persone fisiche a cui sarà affidata l'esecuzione dell'appalto in questione. La stazione appaltante può richiedere agli operatori economici di dimostrare un *sufficiente livello di esperienza*, attraverso l'esecuzione adeguata di precedenti contratti pubblici. Tuttavia, l'assenza di riferimenti concernenti l'esecuzione di appalti pubblici della stessa natura non può giustificare, *da sola*, l'eliminazione di un candidato³²¹.

A questo fine, l'Ordinanza francese 29 marzo 2016, nel suo art. 4, dettaglia tutti i documenti che *possono essere richiesti, nella misura in cui siano necessari*, al fine di dimostrare le capacità tecniche e professionali dell'interessato.

In tale senso, il comma 1 del dispositivo suddetto sancisce che, per i contratti di *lavoro*, è possibile esigere un elenco dei *lavori eseguiti negli ultimi cinque anni*, accompagnato da certificati di buona esecuzione per i lavori più importanti. Se del caso, al fine di garantire un livello sufficiente di concorrenza, l'acquirente può indicare che saranno prese in considerazione le prove relative al lavoro svolto più di cinque anni prima. I certificati di buona esecuzione devono indicare l'importo, la data e il luogo di esecuzione dei lavori

³²¹ Il Consiglio di Stato francese ha ritenuto che le disposizioni degli artt. 44 e 52 del Codice definiscono, in modo preciso ed esauriente, i motivi per i quali le domande possono essere respinte e i termini del rifiuto. Di conseguenza, la Città di Marsiglia, *in casu*, non ha potuto respingere regolarmente una società per aver aggiunto un documento tecnico complementare nel suo fascicolo, oltre ai documenti previsti dalle disposizioni del bando di gara. La società richiedente ha, quindi, il diritto di chiedere l'annullamento della procedura per i lotti sui quali ha fatto causa (Consiglio di Stato, Settima e Seconda Camera riunite, Société librairie Maupetit contro Ville de Marseille, *Sentenza 8 ago. 2008, n. 312370*).

e specificare se siano stati eseguiti secondo le buone pratiche e svolti regolarmente.

Nei contratti di *servizi*, invece, ai sensi del comma 2, è possibile richiedere un elenco delle *principali consegne effettuate o dei principali servizi forniti negli ultimi tre anni* o, per i contratti di difesa pubblica o di sicurezza, nel corso degli ultimi cinque anni, indicando l'importo, la data e il destinatario pubblico o privato. Se del caso, al fine di garantire un livello sufficiente di concorrenza, l'acquirente può indicare che saranno prese in considerazione le prove relative a prodotti o servizi pertinenti forniti più di tre anni prima. Le consegne e i

servizi sono comprovati da certificati del destinatario o, in mancanza, da una dichiarazione dell'operatore economico³²²⁻³²³.

³²² Inoltre, è possibile richiedere le seguenti dimostrazioni: a) dichiarazione che indichi *l'organico medio annuo* del prestatore e il numero di membri del personale di vigilanza negli ultimi tre anni; b) per gli appalti pubblici di lavori, di servizi o di fornitura pubblica che comprendono anche lavori o servizi di installazione, un'indicazione delle *qualifiche professionali* e di formazione del candidato o del personale della società, compresi i responsabili della fornitura di servizi o dello svolgimento di lavori della stessa natura di quelli del contratto pubblico; c) l'indicazione dei *tecnic i o degli organismi tecnici*, in particolare coloro che sono responsabili del controllo di qualità e, nel caso di appalti pubblici di lavori, a cui il candidato può ricorrere per l'esecuzione del lavoro; d) la descrizione degli *strumenti, del materiale e delle attrezzature tecniche* che il candidato avrà a disposizione per l'esecuzione dell'appalto pubblico; e) la descrizione delle attrezzature tecniche e delle misure utilizzate dal candidato per garantire la *qualità e i mezzi di studio e ricerca* della sua azienda; f) l'indicazione dei *sistemi di gestione e monitoraggio* della filiera che il candidato può mettere in atto durante l'esecuzione del contratto pubblico; g) l'indicazione delle misure di *gestione ambientale* che il candidato può applicare durante l'esecuzione del contratto pubblico; h) *campioni, descrizioni o fotografie* delle forniture; i) certificati redatti da istituti o servizi ufficiali di *controllo della qualità*, autorizzati a certificare la conformità delle forniture con riferimento a determinate specifiche tecniche, o altre prove di equivalenti misure di garanzia della qualità prodotte dai richiedenti nel caso non sia possibile avere accesso a tali certificati o ottenerli entro i termini stabiliti; l) certificati di *qualifica professionale* emessi da organismi indipendenti; possono essere forniti tutti i mezzi di prova equivalenti nonché certificati equivalenti prodotti da organismi stabiliti in altri Stati membri; e m) quando i prodotti o i servizi da prestare siano di *natura complessa* o, eccezionalmente, siano richiesti per una finalità particolare, una verifica eseguita da parte dell'acquirente o per suo conto da un organismo ufficiale competente del paese in cui è stabilito il prestatore di servizi, che riguardi la capacità di produzione del fornitore e la capacità tecnica del prestatore di servizi e, se necessario, gli strumenti di studio e di ricerca e le misure che egli intende adottare per il controllo della qualità.

³²³ In alternativa, il candidato può solitamente utilizzare il *Modulo DC2* (precedente Modulo DC5, per la segnalazione della candidatura). Il Modulo DC2 può, inoltre, essere sostituito dal Documento di Gara Unico europeo - DGUE (*Document Unique de Marché Européen - DUME o ESPD*, in francese).

In *Brasile*, l'art. 30 della Legge sulle gare d'appalto sanziona che la *qualificazione tecnica* è dimostrata tramite: a) l'iscrizione presso l'entità professionale competente; b) la dimostrazione di idoneità per la prestazione di attività pertinenti e compatibili in caratteristiche, quantità e scadenze con l'oggetto della gara, e l'indicazione delle strutture, delle attrezzature e del personale tecnico idoneo e disponibile per la realizzazione dell'oggetto della gara, così come la qualificazione di ciascuno dei membri del *team* tecnico che sarà responsabile del lavoro; c) le prove, fornite dalla stazione appaltante, che l'interessato ha ricevuto i documenti e, ove richiesto, che ha preso atto di tutte le informazioni e delle condizioni locali per l'adempimento degli obblighi derivanti dal contratto; e d) la prova di conformità ai requisiti stabiliti da una legge specifica, ove applicabile.

La prova di idoneità a svolgere le suddette "attività pertinenti e compatibili con l'oggetto della gara", nei casi di *opere e servizi*, sarà effettuata tramite *certificati* forniti da persone giuridiche di diritto pubblico o privato, debitamente registrate negli organismi professionali competenti.

È sempre ammessa la dimostrazione di idoneità tramite *certificati o attestati* di lavori o servizi *analoghi*, di *complessità tecnologia e operativa equivalente o superiore*.

Nelle gare per *fornitura di beni*, la prova di idoneità, se del caso, sarà effettuata mediante *certificati* forniti dalle persone giuridiche di diritto pubblico oppure privato.

È vietata l'esigenza di dimostrazione di attività o idoneità con *limitazioni di tempo, periodo o luoghi specifici*, o qualsiasi altra esigenza non prevista dalla legge, che inibisce la partecipazione alle gare.

I requisiti minimi per l'installazione di cantieri, macchinari, attrezzature e personale tecnico specializzato, considerati essenziali per l'adempimento dell'oggetto della gara, saranno soddisfatti presentando una *relazione esplicita* sulle apparecchiature e sul personale che saranno coinvolti nell'esecuzione

dell'appalto, insieme aduna dichiarazione formale della loro *disponibilità*; è *vietata* la richiesta di certificati di proprietà e di disponibilità *prima dell'inizio* dell'esecuzione.

CAPITOLO III

ASPETTI PROCEDURALI

1. INTRODUZIONE

Al fine di garantire che i requisiti di ordine generale e di capacità *tecnica ed economica* dei soggetti partecipanti alla gara vengono osservati, la disciplina europea in materia di appalti pubblici sancisce una serie di misure ausiliari volte ad assicurare l'idoneità della valutazione fatta dalle amministrazioni aggiudicatrici.

L'importanza di queste misure è giustificata dal fatto che la presentazione delle offerte e l'esame dei requisiti di partecipazione sono i principali momenti di interazione tra la P.A. e gli interessati a contrattare.

L'obiettivo di questo Capitolo è quello di analizzare gli istituti periferici previsti dalla Direttiva in materia, nonché dai Codici nazionali, che rendono possibile lo svolgimento della procedura di scelta del contraente, come il ruolo dei responsabili del procedimento e della commissione di gara, le caratteristiche del documento di gara unico europeo (DGUE), la possibilità di soccorso istruttorio (anche a pagamento) e il sistema del *rating* di impresa, previsto unicamente dal diritto italiano.

2. IL RUOLO DEL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO E DELLA COMMISSIONE DI GARA

Come noto, la P.A. si presenta dinanzi ai propri interlocutori contrattuali nelle persone di coloro cui è affidata la responsabilità di seguire e controllare

l'andamento delle operazioni legate ai contratti. In questo senso, la figura del "responsabile del procedimento" individua non solo l'ufficio, ma la persona fisica, nonché la responsabilità di quest'ultima, che non può mancare ogni volta la P.A. agisca con moduli procedurali³²⁴.

In *Italia*, l'art. 31 del Codice dei contratti pubblici, come modificato dal correttivo emanato dal D.lgs. 56/2017, sancisce che, per ogni singola procedura per l'affidamento di un appalto o di una concessione, le stazioni appaltanti individuano, nell'atto di adozione o di aggiornamento dei programmi, ovvero nell'atto di avvio relativo ad ogni singolo intervento per le esigenze non incluse in programmazione, un *Responsabile Unico del Procedimento - RUP* per le fasi della *programmazione*, della *progettazione*, dell'*affidamento*, dell'*esecuzione*³²⁵.

Le stazioni appaltanti che ricorrono a sistemi di acquisto e di negoziazione delle centrali di committenza nominano, per ciascuno dei detti acquisti, un responsabile del procedimento che assume specificamente, in ordine al singolo acquisto, il ruolo e le funzioni sudette.

Fatti salvi i casi in cui le stazioni appaltanti non sono pubbliche amministrazioni o enti pubblici, il RUP è nominato con *atto formale* del soggetto responsabile dell'unità organizzativa, che deve essere di *livello apicale*, tra i dipendenti di ruolo addetti all'unità medesima, dotati del necessario livello di inquadramento giuridico in relazione alla struttura della

³²⁴ Bottiglieri, A., La direzione dell'esecuzione del contratto, in *Trattato sui contratti pubblici* (a cura di Sandulli, M. A., De Nictolis, R., Garofoli, R.), v. 5, Ed. Giuffrè, Milano 2008, p. 3477.

³²⁵ In Italia, l'istituto risale alla Legge 7 agosto 1990, n. 241, che, nel suo art. 5, ha introdotto l'obbligo per le pubbliche amministrazioni italiane di procedere alla nomina di un responsabile del procedimento per ogni opera di loro competenza attraverso un'unità organizzativa della stessa.

pubblica amministrazione e di competenze professionali adeguate in relazione ai compiti per cui è nominato.

Laddove sia accertata la carenza nell'organico della suddetta unità organizzativa, il RUP è nominato tra gli altri dipendenti in servizio. L'ufficio di responsabile unico del procedimento è *obbligatorio* e non può essere rifiutato.

Il nominativo del RUP è indicato nel *bando o avviso* con cui si indice la gara per l'affidamento del contratto di lavori, servizi, forniture, ovvero, nelle

procedure in cui non vi sia bando o avviso con cui si indice la gara, nell'invito a presentare un'offerta³²⁶⁻³²⁷⁻³²⁸.

³²⁶ Oltre ai *compiti* specificatamente previsti da altre disposizioni del Codice, in particolare, il RUP: a) formula proposte e fornisce dati e informazioni al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e dei relativi aggiornamenti annuali, nonché al fine della predisposizione di ogni altro atto di programmazione di contratti pubblici di servizi e di forniture e della predisposizione dell'avviso di preinformazione; b) cura, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria e ai tempi di realizzazione dei programmi; c) cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure; d) segnala eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi; e) accerta la libera disponibilità di aree e immobili necessari; f) fornisce all'amministrazione aggiudicatrice i dati e le informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento, necessari per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo di sua competenza e sorveglia l'efficiente gestione economica dell'intervento; g) propone all'amministrazione aggiudicatrice la conclusione di un accordo di programma, ai sensi delle norme vigenti, quando si rende necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse amministrazioni; h) propone l'indizione o, ove competente, indice la conferenza di servizi ai sensi della Legge 7 agosto 1990, n. 241, quando sia necessario o utile per l'acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, permessi, licenze, nulla osta, assensi, comunque denominati; e i) verifica e vigila sul rispetto delle prescrizioni contrattuali nelle concessioni.

³²⁷ Nella Sentenza n. 10 del 2 gennaio 2018 il Tribunale Amministrativo Regionale per la Umbria si è soffermato sul *cumulo* in capo allo stesso soggetto delle funzioni di *Presidente della Commissione di gara* e di *Responsabile unico del relativo procedimento*. I Giudici hanno posto in evidenza l'art. 77, comma 4, del D.lgs. n. 50/2016, che obbliga a valutare l'incompatibilità con riferimento alla singola procedura, affermando che nel ricorso in esame manca la prova circa un'eventuale situazione di incompatibilità, così sostenendo che il principio non può essere applicato apoditticamente ma deve essere declinato in relazione alla singola procedura, rispetto alla quale occorre provare l'effetto dannoso della violazione. Quindi, non sempre le funzioni del RUP sono incompatibili con quelle di Presidente della Commissione di gara perché la nomina del RUP a membro delle Commissioni di gara deve valutarsi con riferimento alla singola procedura (Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria, Sezione I, EN S.r.l. contro Comune di Terni, *Sentenza 2 gen. 2018, n. 10*).

Il Comma 3 dell'art. 31 del Codice dei Contratti Pubblici afferma che il RUP, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previsti dal Codice dei contratti pubblici, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti³²⁹.

Per i *lavori* e i *servizi* attinenti all'*ingegneria* e all'*architettura* il RUP deve essere un tecnico; ove non sia presente tale figura professionale, le competenze sono attribuite al responsabile del servizio al quale attiene il lavoro da realizzare.

Nel caso di appalti di particolare complessità in relazione all'opera da realizzare ovvero alla specificità della *fornitura* o del *servizio*, che richiedano necessariamente valutazioni e competenze *altamente specialistiche*, il responsabile unico del procedimento propone alla stazione appaltante di conferire appositi incarichi a supporto dell'intera procedura o di parte di essa, da individuare sin dai primi atti di gara.

³²⁸ Nella stessa prospettiva, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria ha ritenuto che "le esigenze di trasparenza e terzietà dell'attività demandata alla Commissione, cui è assegnata, quale organo straordinario e temporaneo dell'amministrazione aggiudicatrice, la specifica funzione di esame e valutazione delle offerte formulate dai concorrenti, inducono a ritenere comunque illegittima la sua composizione qualora la parte interessata dia concreta dimostrazione dell'incompatibilità sotto il profilo dell'interferenza nella specifica gara" (Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione I, Italcantieri F. Lli Mirante S.r.l. contro Comune di Marcedusa, *Sentenza 24 apr. 2018, n. 952*).

³²⁹ In questo senso, il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio ha affermato che la suddetta norma assegna al R.U.P., "che non coincide con la persona del dirigente/responsabile del servizio, compiti di impulso, istruttoria e proposta e tra questi non compaiono quelli legati all'adozione dell'atto finale della procedura, specie se connotati da margini di discrezionalità, quali la revoca dell'intera gara" (Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione III, Car Segnaletica Stradale S.r.l. contro Rfi - Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., *Sentenza 4 dic. 2018, n. 11781*).

La stazione appaltante, allo scopo di migliorare la qualità della progettazione e della programmazione complessiva, può, nell'ambito della propria autonomia organizzativa e nel rispetto dei limiti previsti dalla vigente normativa, istituire una struttura stabile a supporto dei RUP, anche alle dirette dipendenze del vertice della pubblica amministrazione di riferimento. Con la medesima finalità, nell'ambito della formazione obbligatoria, organizza attività formativa specifica per tutti i dipendenti che hanno i requisiti di inquadramento idonei al conferimento dell'incarico di RUP, anche in materia di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture.

Le stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni o enti pubblici individuano, secondo i propri ordinamenti, uno o più soggetti cui affidare i compiti propri del responsabile del procedimento, limitatamente al rispetto delle norme del presente decreto alla cui osservanza sono tenute.

Nel caso in cui l'organico della stazione appaltante presenti carenze accertate o in esso non sia compreso nessun soggetto in possesso della specifica professionalità necessaria per lo svolgimento dei compiti propri del RUP, secondo quanto attestato dal dirigente competente, i compiti di supporto all'attività del RUP possono essere affidati, con le procedure previste dal presente codice, ai soggetti aventi le specifiche competenze di carattere tecnico, economico-finanziario, amministrativo, organizzativo e legale, dotati di adeguata polizza assicurativa a copertura dei rischi professionali, assicurando comunque il rispetto dei principi di pubblicità e di trasparenza.

Il soggetto responsabile dell'unità organizzativa competente in relazione all'intervento, individua preventivamente le modalità organizzative e gestionali attraverso le quali garantire il controllo effettivo da parte della stazione appaltante sull'esecuzione delle prestazioni, programmando accessi diretti del RUP o del direttore dei lavori o del direttore dell'esecuzione sul luogo dell'esecuzione stessa, nonché verifiche, anche a sorpresa, sull'effettiva ottemperanza a tutte le misure mitigative e compensative, alle prescrizioni in

materia ambientale, paesaggistica, storico-architettonica, archeologica e di tutela della salute umana impartite dagli enti e dagli organismi competenti. Il documento di programmazione, corredata dalla successiva relazione su quanto effettivamente effettuato, costituisce obiettivo strategico nell'ambito del piano della performance organizzativa dei soggetti interessati e conseguentemente se ne tiene conto in sede di valutazione dell'indennità di risultato.

Il Codice italiano ha fissato il termine di novanta giorni per l'ANAC per l'adozione delle linee guida che definiscono con maggiore dettaglio i compiti specifici del RUP, i presupposti e le modalità di nomina, nonché gli ulteriori requisiti di professionalità³³⁰.

L'art. 77 del Codice dei contratti pubblici, come modificato dal correttivo emanato dal D.lgs. 56/2017, afferma che nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una *commissione giudicatrice*, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto. La commissione è costituita da un numero dispari di commissari, non superiore a cinque, individuati dalla stazione appaltante, e può lavorare a distanza con procedure telematiche che salvaguardino la riservatezza delle comunicazioni³³¹.

³³⁰ Con le medesime *linee guida* sono determinati, altresì, l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista, con il direttore dei lavori o con il direttore dell'esecuzione (Autorità Nazionale Anticorruzione, *Delibera 11 ottobre 2017, n. 1007*, Linee guida n. 3, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recanti "Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni", approvate dal Consiglio dell'Autorità con deliberazione n. 1096 del 26 ottobre 2016, G.U. 7 nov. 2017, n. 260, p. 15).

³³¹ L'art. 77 del Codice italiano sancisce, inoltre, che i commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo a proposito del

In Francia, il ruolo di *Responsabile dell'Appalto* (*Personne Responsable du Marché – RPM*) è stato abbandonato con il Codice del 2006.

Con l'Ordinanza 23 luglio 2015, n. 2015-899 e il Decreto 25 marzo 2016, n. 2016-360, i nuovi testi francesi sugli appalti pubblici hanno fatto sorgere un nuovo attore: l'*amministrazione aggiudicatrice* (*pouvoir adjudicateur*). Va rilevato che il concetto di *amministrazione aggiudicatrice* si differenzia dal concetto di *ente aggiudicatore* secondo un criterio funzionale. Questo perché il termine *amministrazione aggiudicatrice* si riferisce agli acquirenti pubblici nel loro insieme, mentre il termine *ente aggiudicatore* si riferisce agli acquirenti pubblici che svolgono una missione nell'organizzazione o nella gestione di reti energetiche, idriche o di trasporto.

Oltre a questa prima distinzione di origine comunitaria, esiste una *seconda distinzione francese* basata su un *criterio organico*: distinzione tra gli organismi soggetti al Codice e quelli non soggetti al Codice, a causa della loro differente natura giuridica. Gli organismi soggetti al Codice sono lo Stato, le autorità locali e le loro istituzioni pubbliche. Quelli non soggetti al Codice sono altre persone, di diritto pubblico o privato, che svolgono una missione di interesse generale e vengono finanziati principalmente con fondi pubblici. Questi organismi sono soggetti al Decreto n. 2005-649, del 6 giugno 2005³³².

contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura. Coloro che, nel biennio antecedente all'indizione della procedura di aggiudicazione, hanno ricoperto cariche di pubblico amministratore, non possono essere nominati commissari giudicatori riguardo i contratti affidati dalle Amministrazioni presso le quali hanno esercitato le proprie funzioni d'istituto.

³³² Le Moniteur, *La notion de « pouvoir adjudicateur »*, Fiche technique - mars 2007 MINEFI, in <https://www.lemoniteur.fr/article/la-notion-de-pouvoir-adjudicateur.1717949> [consultato il 22 set. 2018].

I nuovi testi parlano delle c.d. "amministrazione aggiudicatrice" che, all'interno della stazione appaltante, è responsabile per l'acquisto, la preparazione della gara e il monitoraggio dell'esecuzione del lavoro, servizio e forniture. Inoltre, l'*acquirente pubblico* è responsabile del controllo di tutti gli aspetti economici, tecnici e finanziari dell'appalto³³³⁻³³⁴.

Dato che la conoscenza dei beni e servizi, dei prezzi, delle tecniche di acquisto e dell'arte di negoziazione sono essenziali per l'efficienza dell'acquisto pubblico, i nuovi testi offrono agli acquirenti pubblici più strumenti per acquisti di successo, come: a) la possibilità di approvvigionarsi all'apertura di procedure negoziate attraverso l'avvento di meccanismi per valutare acquisti efficienti e/o innovativi; b) discutere con gli operatori economici al fine di valutare la loro capacità di soddisfare gli obiettivi economici perseguiti; c) valutare il mercato per identificare la fattibilità dell'offerta e la capacità professionale, tecnica e finanziaria degli operatori economici; d) mettere in atto strategie per soluzioni innovative nel processo di acquisto mediante la strutturazione delle informazioni; ed e) ottenere l'efficacia degli appalti pubblici e il corretto utilizzo dei fondi pubblici.

³³³ La nozione di *amministrazione aggiudicatrice* – come quella dell'ente aggiudicatore – è apparsa sin dalla versione del 2006 del *Code des Marchés Publics*. In questo senso, gli artt. da L1210-1 a L1212-4 del nuovo *Codice delle commesse pubbliche (Code de la commande publique)* disciplinano il ruolo degli enti aggiudicatori (L1212-1), delle imprese statali (L1212-2) e degli operatori di reti (L1212-3 e L1212-4).

³³⁴ In questa prospettiva, alle c.d. "amministrazioni aggiudicatrici" appartengono tre categorie di persone: le persone giuridiche di diritto pubblico, le persone giuridiche di diritto privato, che svolgono una missione di interesse generale e sono controllate o finanziate principalmente da fondi pubblici, e le persone giuridiche di diritto privato con personalità giuridica costituite dalle amministrazioni aggiudicatrici allo scopo di svolgere congiuntamente determinate attività (Ubaud-Bergeron, M., *Champ d'application du Code de la commande publique*, in *Contrats et Marchés Publics*, n. 1, gen. 2019, Ed. Lexis Nexis, Parigi 2019).

In *Brasile*, il ruolo del RUP è svolto dalla c.d. “*autorità competente*” (anche chiamata “ordinatore di spese”) che, ai sensi di quanto sancisce l’art. 80 della Legge brasiliana di Contabilità e Finanza Pubblica, è qualsiasi autorità i cui atti determinino la riserva, l’autorizzazione al pagamento, la liquidazione e l’effettiva spesa di risorse pubbliche.

L’autorità competente ha il compito di iniziare e di finire la c.d. “fase esterna” della procedura di gara. Dunque, ad essa spetta la divulgazione del bando di gara e, finita la procedura di scelta del contraente, l’*omologazione* e l’*aggiudicazione* dell’appalto³³⁵.

La scelta del contraente, invece, compete alla *Commissione di Gara*. Ai sensi dell’art. 51 della Legge sulle gare d’appalto, “la qualificazione preliminare, l’iscrizione ai registri catastali, la modifica o la cancellazione dei registri, e le proposte, saranno trattate e giudicate da un *comitato, permanente o speciale*, composto da almeno *tre membri*, dei quali almeno due sono dipendenti pubblici qualificati appartenenti al personale permanente dell’organo amministrativo responsabile dell’offerta”.

Così, la *Commissione di Gara* è un *organo collegiale* istituito per condurre la *fase esterna* dell’offerta, a cui spettano le funzioni di *ricevere, esaminare e giudicare* tutti i documenti e le procedure relative alle offerte e alla registrazione degli offerenti³³⁶.

³³⁵ Savonitti Miranda, H., *Licitações e contratos administrativos*, Quarta edizione, Ed. Senado Federal, Brasilia 2007, p. 132.

³³⁶ In sintesi, possono essere elencate le seguenti *attribuzioni* della *commissione di gara* nel diritto brasiliano: a) esaminare le domande di registrazione (nonché quelle di modifica e cancellazione) degli offerenti interessati al registro catastale gestito dalla stazione appaltante (come previsto dagli artt. da 34 a 37 della suddetta legge); b) istruire il processo di offerta, allegando i documenti pertinenti; c) fornire informazioni alle parti interessate; d) organizzare la pubblicazione degli atti in modo tempestivo; e) avviare la fase di qualificazione, provvedendo, alla data precedentemente indicata, all’apertura delle buste e all’analisi dei documenti; f) promuovere o determinare l’esecuzione delle procedure e abilitare o disabilitare

In aggiunta a quanto previsto dall'art. 51, l'art. 45 dello stesso Statuto prevede che la *valutazione* delle proposte, che verrà svolta dal Comitato, dovrebbe essere *obiettiva*, tenendo conto del *tipo di offerta* e dei *criteri* precedentemente stabiliti nel bando di gara³³⁷.

Il periodo dell'incarico della *Commissione Permanente* per le offerte non può superare un anno, è vietata la proroga dell'incarico alla totalità dei suoi membri per il periodo successivo. In situazioni molto specifiche, è possibile l'istituzione di una *Commissione Speciale* di gara, di natura temporanea, che verrà automaticamente estinta con la chiusura dei lavori³³⁸.

Le attività della *Commissione di Gara* finiscono con la chiusura della fase di valutazione delle offerte, l'esaurimento della fase di ricorso e, se del caso, l'invio del procedimento all'autorità competente. Concluso il lavoro del comitato di gara, il fascicolo verrà inviato all'autorità competente per l'*omologazione* e l'*aggiudicazione* della procedura.

3. IL DOCUMENTO DI GARA UNICO EUROPEO (DGUE)

Il Documento di Gara Unico europeo - DGUE (*Document Unique de Marché Européen* - *DUME* o *ESPD*, in francese, senza previsione similare nel

gli offerenti; g) esaminare e rendere noti i ricorsi presentati e rivedere, di propria iniziativa o tramite richiesta dell'interessato, le decisioni, inoltrando il ricorso all'autorità competente; e h) esaminare, giudicare e classificare le proposte (Justen Filho, M., *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, Settima edizione, Ed. Dialética, San Paolo 2000, p. 1274).

³³⁷ Corte di Cassazione, Sezione I, *Sentenza 15 mag. 2017*, Procedura n. 1087082/RN, *DJe*, 10 mag. 2017, n. 72339481).

³³⁸ Gasparini, D., *Direito administrativo*, Sesta edizione, Ed. Saraiva, San Paolo 2001, p. 689.

diritto brasiliano) consiste in una dichiarazione formale da parte dell'operatore economico in cui egli attesta di non trovarsi in alcuna delle situazioni nelle quali gli operatori economici devono o possono essere esclusi e di soddisfare i pertinenti criteri di selezione, e altresì fornisce le informazioni rilevanti richieste dall'amministrazione aggiudicatrice³³⁹.

Il Considerando n. 84 della Direttiva n. 2014/24/UE riconosce che molti operatori economici, non da ultimo le PMI, ritengono che un ostacolo principale alla loro partecipazione agli appalti pubblici consista negli oneri 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, può comportare una notevole semplificazione a vantaggio sia delle amministrazioni aggiudicatrici che degli operatori economici³⁴⁰.

³³⁹ L'art. 58 della Direttiva n. 2014/24/UE disciplina il *documento di gara unico europeo (DGUE)*.

³⁴⁰ Il Considerando n. 84 della Direttiva n. 2014/24/UE afferma, inoltre, che l'offerente al quale è stato deciso di aggiudicare l'appalto dovrebbe essere tenuto a fornire le prove pertinenti e le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero concludere appalti con offerenti che non siano in grado di produrre le suddette prove. Così, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche avere la facoltà di richiedere in qualsiasi momento tutti i documenti complementari o parte di essi se ritengono che ciò sia necessario per il buon andamento della procedura. L'obbligo di presentare i documenti complementari al momento della selezione dei candidati da invitare potrebbe essere giustificato per evitare che le amministrazioni aggiudicatrici invitino candidati che poi non risultino in grado di presentare i documenti complementari nella fase di aggiudicazione, impedendo la partecipazione di candidati altrimenti qualificati. Occorre stabilire esplicitamente che il DGUE dovrebbe fornire altresì le pertinenti informazioni sui soggetti alle cui capacità si affida un operatore economico, in modo che la verifica delle informazioni relative a tali soggetti possa essere effettuata contestualmente alla verifica relativa all'operatore economico principale e alle medesime condizioni.

Se l'operatore economico si affida alle capacità di altri soggetti, nel DGUE sono comprese altresì le stesse informazioni in relazione a tali soggetti.

Se l'amministrazione aggiudicatrice può ottenere i *documenti complementari* direttamente accedendo a una banca dati, il DGUE riporta altresì le informazioni richieste a tale scopo, quali l'indirizzo internet della banca dati, eventuali dati di individuazione e, se del caso, la necessaria dichiarazione di consenso all'accesso ai dati³⁴¹.

Il DGUE, attualmente fornito esclusivamente in *forma elettronica*, è elaborato sulla base di un modello di formulario, stabilito dalla Commissione mediante atti d'esecuzione. La Commissione riesamina l'applicazione pratica del DGUE tenendo conto degli sviluppi tecnici delle banche dati negli Stati membri. Se del caso, la Commissione formula proposte per soluzioni volte a ottimizzare l'accesso transfrontaliero a tali banche dati e l'utilizzo di certificati e attestati nel mercato interno.

L'amministrazione aggiudicatrice può chiedere a offerenti e candidati, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare *tutti* i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura³⁴².

Tuttavia, agli operatori economici non è richiesto di presentare documenti complementari o altre prove documentali qualora e sempre che l'amministrazione aggiudicatrice abbia la possibilità di ottenere i certificati e le informazioni pertinenti direttamente accedendo a una banca dati nazionale

³⁴¹ Gli operatori economici possono riutilizzare il DGUE utilizzato in una procedura d'appalto precedente purché confermino che le informazioni ivi contenute sono ancora valide.

³⁴² Prima dell'aggiudicazione dell'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice richiede la presentazione di tutti i documenti all'offerente a cui ha deciso di aggiudicare l'appalto, tranne nel caso di appalti basati su accordi quadro. L'amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici a integrare i certificati ricevuti o a fornire eventuali chiarimenti.

che sia disponibile gratuitamente in un qualunque Stato membro, come un registro nazionale degli appalti, un fascicolo d'impresa virtuale (Virtual Company Dossier), un sistema elettronico di archiviazione dei documenti o un sistema di preselezione.

Inoltre, agli operatori economici non è richiesto di presentare documenti complementari qualora l'amministrazione aggiudicatrice, avendo aggiudicato l'appalto o concluso l'accordo quadro, possieda già tali documenti.

Gli Stati membri devono garantire che le banche dati contenenti informazioni pertinenti sugli operatori economici e che possono essere consultate dalle rispettive amministrazioni aggiudicatrici possano essere consultate altresì, alle medesime condizioni, dalle amministrazioni aggiudicatrici di altri Stati membri.

Gli Stati membri mettono a disposizione e aggiornano su *e-Certis* un elenco completo di banche dati contenenti informazioni pertinenti sugli operatori economici che possono essere consultate dalle amministrazioni aggiudicatrici di altri Stati membri. Su richiesta, gli Stati membri comunicano agli altri Stati membri le informazioni relative alle banche dati.

In *Italia*, l'ANAC ha sancito che è compito delle stazioni appaltanti verificare in corso di gara i requisiti di ordine generale e di capacità dei soggetti partecipanti alla gara e dichiarati nella presentazione delle offerte, così come svolgere le verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti ai sensi del D.P.R. 445/2000 mediante l'utilizzo del modello di DGUE³⁴³.

³⁴³ Autorità Nazionale Anticorruzione, Comunicato del Presidente del 8 novembre 2017, recante "Indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici sulla definizione dell'ambito soggettivo dell'art. 80 del D.lgs. 50/2016 e sullo svolgimento delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti ai sensi del D.P.R. 445/2000 mediante utilizzo del modello di DGUE", depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 novembre 2017.

In Francia, il DGUE è contenuto nell'art. R2143-4 del *Codice delle commesse pubbliche*. La presentazione del DGUE sostituisce l'obbligo di presentazione dei moduli DC1, DC2 e DC4 che contengono, rispettivamente: a) i certificati sull'onore, le informazioni sui lotti e sul raggruppamento di operatori economici; b) la dichiarazione del singolo richiedente o del membro del gruppo; e c) la dichiarazione di eventuale subappalto³⁴⁴.

4. IL SOCCORSO ISTRUTTORIO

Il *soccorso istruttorio* nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica è un *invito a regolarizzare* la documentazione prodotta, finalizzato a consentire la *massima partecipazione* alla gara, attenuando i casi di esclusione per *errori meramente formali* di concorrente in possesso dei requisiti di ordine generale e della capacità tecnica ed economica³⁴⁵.

La ratio dell'istituto, dunque, è evidentemente quella di limitare le ipotesi di esclusione degli operatori economici dalle procedure di gara ai *soli casi di carenze gravi e sostanziali* dei requisiti di partecipazione alla gara, conseguentemente ampliando la possibilità di concorrere all'aggiudicazione del contratto pubblico, in ossequio al principio del *favor participationis*.

Nel diritto europeo sugli appalti pubblici, l'istituto risale alla Direttiva n. 1971/305/CEE che, nell'art. 27, sanciva che "entro i limiti degli articoli da 23 a 26, l'amministrazione aggiudicatrice può invitare l'imprenditore a completare i certificati e documenti presentati o a chiarirli".

³⁴⁴ La Rosa, S., *Droit européen de la commande publique*, Ed. Bruylants, Bruxelles, 2017, p. 289.

³⁴⁵ Mauro, A., La selezione dei partecipanti, in *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni* (a cura di Gallo, S.), Ed. Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2014, p. 130.

Oggiorno, il comma 3 dell'art. 56 della Direttiva n. 2014/24/UE sancisce che "se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza".

In Italia, il comma 9 dell'art. 83 del Codice dei contratti pubblici, come modificato dal correttivo emanato dal D.lgs. 56/2017, sancisce che le carenze di qualsiasi *elemento formale* della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di *soccorso istruttorio*.

In particolare, in caso di *mancanza*, *incompletezza* e di *ogni altra irregolarità essenziale* degli elementi e del DGUE, *con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica*, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a *dieci giorni*, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di *inutile decorso* del termine di regolarizzazione, il concorrente è *escluso dalla gara*³⁴⁶.

³⁴⁶ Il Consiglio di Stato italiano, ancora sotto l'egida del Codice del 2006, ha affermato che "nelle gare pubbliche eventuali dubbi sulla paternità della sottoscrizione dell'offerta e sulla correlata spendita di potere rappresentativo possono al più indurre l'Amministrazione a chiedere chiarimenti, in virtù del potere di soccorso istruttorio previsto dall'art. 46, D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ma non certo condurre all'esclusione della ricorrente, in presenza di una dichiarazione comunque ritualmente inclusa tra i documenti da essa presentati per partecipare alla gara" (Consiglio di Stato, Sezione V, Gregorio Costruzioni e Turismo S.r.l contro Comune di Orria, *Sentenza 27 apr. 2015, n. 2080*).

Secondo quanto afferma il Codice italiano, costituiscono *irregolarità essenziali non sanabili* le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Recentemente, l'ANAC ha pubblicato una "Rassegna ragionata delle massime di precontenzioso in tema di 'avvalimento' e 'soccorso istruttorio' per l'anno 2017". In linea con quanto previsto dal dettato normativo del comma 9 dell'art. 83 del Codice, l'ANAC ribadisce che non è consentito attivare il soccorso istruttorio per precisare o integrare elementi dell'offerta tecnica o economica, così come non è possibile acquisire dichiarazioni integrative al fine di rettificare un'offerta errata, dal momento che il completamento o l'integrazione dell'offerta "si porrebbe in contrasto con la par condicio, il libero gioco della concorrenza, il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura e con la violazione del principio di segretezza dell'offerta". Tuttavia, qualora vi sia incertezza interpretativa della legge di gara l'imparzialità a cui è ispirata qualsiasi procedura di appalto e che comporta come regola l'esclusione nei casi sopra citati cede il passo al principio generale del *favor participationis*, considerato anche il consolidato principio giurisprudenziale secondo il quale "le offerte di gara sono suscettibili di essere interpretate, ed eventualmente rettificate, dalla stazione appaltante alla ricerca dell'effettiva volontà del dichiarante, purché non si attinga a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima"³⁴⁷.

In Francia, gli artt. da R2144-1 a R2144-7 del *Codice delle commesse pubbliche*, che sanciscono "Termini e condizioni per la verifica delle candidature" (*Modalités de vérification des candidatures*, in francese),

³⁴⁷ Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), *Rassegna ragionata delle massime di precontenzioso in tema di "avvalimento" e "soccorso istruttorio" per l'anno 2017*, in https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/ana_cdocs/Attività/Pubblicazioni/RapportiStudi/ContrattiPubblici/Rassegna.massime.2017.Avvalimento_Soccorso.Istruttorio.pdf [consultato il 05 settembre 2018].

stabiliscono che l'acquirente che ritiene che i *documenti* o le *informazioni* richiesti per la domanda siano *assenti* o *incompleti* può chiedere a tutti i candidati interessati di completare il loro fascicolo di domanda in un tempo adeguato e identico per tutti.

La *stazione appaltante* deve controllare tutte le informazioni contenute nella domanda, comprese quelle degli operatori economici sulle cui capacità si basa il candidato. Tale verifica viene effettuata alle seguenti *condizioni*: a) la verifica dell'idoneità all'esercizio dell'attività professionale, della capacità economica e finanziaria e delle capacità tecniche e professionali dei candidati può essere effettuata in *qualsiasi momento* della procedura e al massimo in ritardo rispetto all'aggiudicazione dell'appalto pubblico; e b) l'Amministrazione non può vietare che l'unico candidato a cui si prevede venga aggiudicato l'appalto presenti l'offerta. Tuttavia, quando l'acquirente *limita il numero di candidati* ammessi a proseguire la procedura, questi controlli sono effettuati al più tardi prima dell'invio del bando di gara o della partecipazione al dialogo³⁴⁸.

L'acquirente può chiedere al candidato di completare o spiegare i documenti giustificativi e le prove fornite o ottenute.

Se l'interessato *non soddisfa* le condizioni di partecipazione stabilite dall'acquirente, produce, a sostegno della sua domanda, *informazioni o documenti falsi* o *non può produrre* entro il termine specificato *i documenti giustificativi, i mezzi di prova, i complementi o le spiegazioni* richiesti dal compratore, la sua domanda è dichiarata *inammissibile* e il candidato è *eliminato*. In questo caso, quando la verifica delle domande avviene *dopo la selezione* dei candidati o la classificazione delle offerte, il candidato o l'offerente la cui candidatura o l'offerta è stata classificata immediatamente

³⁴⁸ Francia, Consiglio di Stato, Settima e Seconda Camera riunite, Société Solutech.net contro Collectivité d'outre-mer de Saint-Barthélemy e Dauphin Télécom, *Sentenza 25 gen. 2019, n. 421844*.

dopo quella del candidato escluso è sollecitato a produrre i documenti necessari. Se necessario, questa procedura può essere riprodotta fintantoché vi sono ancora domande o offerte ammissibili che non sono state respinte in quanto ritenute inappropriate, irregolari o inaccettabili.

In merito ai *limiti di ammissibilità* del soccorso istruttorio, recentemente la Corte UE ha ritenuto che i principi delle direttive comunitarie sugli appalti, infatti, *non ostano* agli Stati membri di prevedere un meccanismo di soccorso istruttorio grazie al quale l'amministrazione aggiudicatrice può invitare l'offerente la cui offerta sia viziata da irregolarità essenziali, a *regolarizzare la propria offerta previo pagamento di una sanzione pecuniaria*, purché l'importo di tale sanzione rimanga conforme al principio di proporzionalità, circostanza questa che spetta al giudice del rinvio verificare. Di contro, però, il soccorso istruttorio non può essere utilizzato per porre rimedio ad una mancanza che deve *portare alla esclusione* dalla gara o per eliminare le irregolarità che inficiano la sua offerta in modo che le correzioni o modifiche apportate finirebbero con l'equivalere alla presentazione di una nuova offerta. In questo senso, la Corte UE ha ammesso che l'amministrazione aggiudicatrice può invitare un offerente a *chiarire un'offerta o a rettificare un errore materiale* manifesto contenuto in quest'ultima, a patto di rispettare determinati requisiti e, in particolare, che un tale invito sia rivolto a qualsiasi offerente che si trovi nella stessa situazione, che tutti gli offerenti siano trattati in modo uguale e leale e che tale chiarimento o tale rettifica non possa essere assimilato alla presentazione di una nuova offerta³⁴⁹.

³⁴⁹ La Corte ha affermato, inoltre, che una richiesta di chiarimenti non può ovviare alla *mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione fosse richiesta dai documenti dell'appalto*, dovendo l'amministrazione aggiudicatrice osservare rigorosamente i criteri da essa stessa fissati. Una siffatta richiesta non può infatti condurre alla presentazione, da parte dell'offerente interessato, di quella che in realtà sarebbe una nuova offerta. Conformemente al principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, le misure adottate dagli Stati membri non devono andare al di là di quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo. Spetta al giudice del rinvio, il solo competente ad

In Brasile, lo *Statuto generale per le gare d'appalto pubbliche* (che, come abbiamo già affermato, risale al 1993, ed è estremamente minuzioso in quanto comporta procedure molto rigorose in ragione del momento storico in cui è stato promulgato) *non ammette il soccorso istruttorio, neanche per la correzione di piccoli vizi formali*.

Tuttavia, la *Legge brasiliana 4 agosto 2011, n. 12462*, che ha introdotto il c.d. Regime Differenziato per i Contratti Pubblici – RDC, ispirata al diritto eurounitario, nel suo art. 24, sancisce che “le proposte che contengono vizi insanabili saranno declassificate”. Dunque, con questa misura, il diritto brasiliano *apre la possibilità* di soccorso istruttorio, che può essere svolto, in senso contrario, nelle situazioni in cui il Comitato delle Offerte ritenga che il *vizio sia sanabile*, vale a dire che non *riguardi direttamente l'offerta economica e l'offerta tecnica* come, per esempio, il prezzo e il modo di esecuzione dell'opera o del servizio³⁵⁰⁻³⁵¹.

4.1. Il c.d. "soccorso istruttorio a pagamento"

accertare e valutare i fatti delle controversie principali, esaminare se, tenuto conto delle circostanze, le regolarizzazioni richieste dalle amministrazioni aggiudicatrici riguardino la comunicazione di documenti la cui mancanza deve comportare l'esclusione degli offerenti o se, al contrario, con tutta evidenza semplici richieste di chiarimenti in merito a offerte che devono essere corrette o completate su singoli punti o essere oggetto di una correzione di errori materiali manifesti (Corte di Giustizia, Ottava Sezione, *Sentenza 28 feb. 2018, Cause riunite 523/2016 e 536/2016, MA.T.I. SUD S.p.A. contro Centostazioni S.p.A. e Duemme SGR S.p.A. contro Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e Periti Commerciali - CNPR*).

³⁵⁰ Araújo, E. N., *Curso de direito administrativo*, Ottava Edizione, Ed. Saraiva, San Paolo, 2018, p. 486.

³⁵¹ Corte dei Conti, Plenario, *Sentenza 14 mag. 2014, Procedura n. 1197/2014*.

Nel *diritto italiano*, nel vecchio Codice degli appalti (e anche nella prima versione del Codice attuale) era previsto il c.d. "soccorso istruttorio a pagamento", non più contemplato dal Codice dei contratti pubblici di cui al D.lgs. n. 50/2016, dopo il correttivo emanato dal D.lgs. 56/2017.

Come abbiamo accennato sopra, la Corte di Giustizia UE ha validato il c.d. "soccorso istruttorio a pagamento", affermando che la modalità "costituisce certamente un *mezzo appropriato* per conseguire gli obiettivi legittimi perseguiti dallo Stato membro, consistenti, da un lato, nel responsabilizzare gli offerenti in sede di predisposizione delle loro offerte e, dall'altro, nel compensare l'onere finanziario che qualsiasi regolarizzazione può rappresentare per l'amministrazione aggiudicatrice". Tuttavia importi di sanzioni *eccessivamente elevati* (come nelle suddette due cause) appaiono di per sé *manifestamente esorbitanti*, tenuto conto dei limiti entro i quali devono mantenersi sia la regolarizzazione di un'offerta sia il chiarimento di un'offerta³⁵².

L'introduzione del *soccorso istruttorio gratuito* in Italia riporta coerenza tra l'istituto e la Legge Delega n. 11/2016 per la predisposizione del nuovo Codice degli appalti pubblici che, nella lettera "z" del comma 1 dell'articolo 1 sanciva la "riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti, con attribuzione a questi ultimi della piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda, purché non attenga agli elementi oggetto di valutazioni sul merito dell'offerta".

Anche il Consiglio di Stato italiano, con *Parere n. 855/2016*, sullo schema del decreto delegato del 2016, si era già pronunciato sulla necessità di

³⁵² Corte di Giustizia, Ottava Sezione, *Sentenza 28 feb. 2018, Cause riunite 523/2016 e 536/2016, MA.T.I. SUD S.p.A. contro Centostazioni S.p.A. e Duemme SGR S.p.A. contro Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e Periti Commerciali (CNPR)*.

*eliminare il soccorso istruttorio a pagamento, suggerendo, al fine di rispettare il fondamentale criterio di *semplificazione* imposto dalla delega, di prevedere due sole fattispecie alternative: le *carenze formali sanabili* (non onerosamente) e le *lacune essenziali*, non sanabili, attraverso il soccorso istruttorio, nemmeno previo il pagamento di una sanzione pecunaria*³⁵³.

5. IL SISTEMA DEL RATING DI IMPRESA

Il c.d. *rating di impresa*, che *non trova una trattazione esplicita* nella Direttiva n. 2014/24/UE, né nel diritto francese né in quello brasiliano, trova l'ispirazione nel c.d. *rating di legalità*, disposto dall'art. 5-ter del Decreto-Legge 24 gennaio 2012, n. 1 (successivamente convertito in Legge 24 marzo 2012, n. 27), ed era finalizzato ad *eliminare* o almeno *minimizzare* i rischi di *corruzione* e *illegalità* nel sistema degli appalti pubblici e stabilire parametri per la *valutazione delle imprese*, allo scopo di facilitare la concessione di *finanziamenti* dinanzi alle P.A., nonché l'accesso al *credito bancario*, in istituzioni pubbliche o private.

Il compito di procedere all'elaborazione ed all'attribuzione alle imprese di un *rating di legalità* è stato demandato dall'art. 5-ter del Decreto-Legge n. 1/2012 all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) — autorità amministrativa *antitrust* che premia le imprese che operano nel rispetto dei principi di *legalità, trasparenza e responsabilità sociale* —, che ha adottato lo specifico "Regolamento di attuazione"³⁵⁴.

³⁵³ Commissione speciale del Consiglio di Stato sullo schema di Codice dei contratti pubblici, *Parere 1º aprile 2016, n. 855*.

³⁵⁴ Il *Regolamento di attuazione* è stato adottato con Delibera dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 14 novembre 2012, n. 24075, sostituita, da ultimo, con Delibera del 15 maggio 2018, n. 27165.

Secondo detto regolamento, possono accedere al *rating* le sole imprese operanti in Italia, iscritte al registro delle imprese da almeno *due anni* e con un *fatturato minimo* pari ad almeno due milioni di euro nell'ultimo esercizio, chiuso nell'anno precedente alla richiesta, riferito alla singola impresa o al gruppo di appartenenza e risultante da un bilancio regolarmente approvato dall'organo aziendale competente e pubblicato ai sensi di legge.

Il *rating di legalità* viene articolato in *diversi range* (da un minimo di una "stelletta", per le aziende che soddisfino i requisiti legali obbligatori, a un massimo di tre "stellette", assegnate alle società che si siano conformate a tutti i requisiti facoltativi) e l'attribuzione del *rating* viene disposta dall'Autorità Antitrust sulla base di dichiarazioni rese dalle imprese, che verranno successivamente verificate tramite controlli incrociati con i dati in possesso delle pubbliche amministrazioni interessate³⁵⁵. Con il nuovo Codice, il *rating* diviene anche strumento di "qualificazione" delle imprese, da intendersi in senso ampio come capacità di quest'ultime ad accedere alle gare, sia, pertanto, nell'ambito degli appalti di lavori che di servizi e forniture³⁵⁶.

5.1. Il concetto di reputazione professionale negli Stati Uniti

³⁵⁵ Tra i benefici previsti dal Decreto 20 febbraio 2014, n. 57 – MEF-MISE, in materia di appalti pubblici, assumono particolare rilievo: a) la preferenza in graduatoria; b) l'attribuzione di punteggio aggiuntivo; e c) la riserva di quota delle risorse finanziarie allocate. In relazione all'accesso al *finanziamento bancario*, il Decreto prevede la riduzione dei tempi di analisi della documentazione per la concessione di finanziamenti, delle spese amministrative e dei tassi di interesse.

³⁵⁶ Galli, D., I soggetti ammessi alle gare e la loro qualificazione, in *I contratti pubblici* (a cura di Corradino, M., Galli, D., Gentile, D., Lenoci, M. C., Malinconico, C.), Ed. Wolters Kluwer, Milanofiore Assago 2017, pp. 600-1.

L'evoluzione del concetto di reputazione professionale delle aziende che partecipano alle gare pubbliche a livello europeo si ispira all'istituto della *past performance* (performance passate) introdotto nel sistema legale degli Stati Uniti nei primi anni '90 grazie all'intervento dell'*Office of Federal Procurement Policy – OFPP* (Ufficio della Politica Federale sugli Appalti), che, attraverso la *Policy Letter 92-5* (Lettera di Politica n. 92-5), del 30 dicembre 1992, ha stabilito le *linee guida* per i dipartimenti e per le agenzie federali, con l'obiettivo di *migliorare* la condotta delle aziende interessate a contrattare con la Pubblica Amministrazione, sulla base dell'analisi dettagliata dei precedenti contratti. In questo senso, alle agenzie esecutive è stato raccomandato di *valutare* la performance delle aziende nell'esecuzione di contratti amministrativi per un valore superiore a 100.000USD (centomila dollari), nonché di analizzare la *performance precedente* delle società nei processi di offerta di valore stimato pari o superiore a tale importo³⁵⁷.

Pertanto, da oltre 25 anni, l'analisi delle performance precedenti ha assunto l'importante ruolo di *criterio essenziale* di valutazione delle proposte, come indicatore fondamentale della performance delle imprese in *future aggiudicazioni*. Proprio come negli appalti privati, una solida esperienza professionale è un elemento *indispensabile* per garantire gli obblighi dell'appaltatore³⁵⁸.

³⁵⁷ La *Policy Letter 92-5* è stata ratificata dal Congresso degli Stati Uniti e il suo contenuto è entrato a far parte del *Federal Acquisition Streamlining Act - FASA* (Legge di Semplificazione degli Acquisti Federale) del 1994. Nel maggio 1995, l'*OFPP* ha pubblicato un manuale di buone prassi per l'utilizzo della *past performances*, che ha visto una nuova versione nel maggio 2000 (United States Department of Commerce, Office of Federal Procurement Policy, *A guide to best practices for past performances*, Washington 1995. United States Department of Commerce, Office of Federal Procurement Policy, *Best practices for collecting and using current and past performance information*, Washington 2000).

³⁵⁸ Kelman, S., *Past performance: becoming part of the solution*, in *The Procurement Lawyer*, v. 30, n. 2, 1995, p. 12-3.

Secondo l'espressa prescrizione del paragrafo 42, punto 1.501, del *Federal Acquisition Regulation* (FAR), la *performance passata* è l'insieme di "informazioni pertinenti ai fini della selezione futura dei fornitori relativi alle azioni di un contraente in contratti precedentemente aggiudicati. Comprende, ad esempio, la registrazione fatta dall'appaltatore delle previsioni e del controllo dei costi; la conformità alle scadenze contrattuali, inclusi gli aspetti amministrativi e di performance; lo storico del contraente relativo al comportamento ragionevole e cooperativo, impegnato a soddisfare il cliente; e in generale, l'impegno del contraente per la soddisfazione dell'interesse del cliente".

In questo modo, la *valutazione* delle performance precedenti delle società viene effettuata, *fondamentalmente*, sulla base dell'analisi del *rispetto* dei termini contrattuali e dei costi, nonché della capacità di *collaborazione* con la Pubblica Amministrazione contraente, della *soddisfazione* delle aspettative e dell'attenzione rivolta agli interessi dell'Amministrazione³⁵⁹.

È importante sottolineare che il concetto di *past performance* non dev'essere confuso con il concetto di *prior experience* (esperienza precedente). Sebbene entrambi i concetti si riferiscano alla precedente esperienza degli offerenti, la *prior experience* si riferisce solo alla prova di aver precedentemente svolto un lavoro o un servizio per la Pubblica Amministrazione o, a seconda dei casi, la dimostrazione di possedere conoscenze sulla natura dell'oggetto degli appalti. La *past performance*,

³⁵⁹ Causey, N., *Past performance information, "de facto" debarments, and due process: debunking the myth of Pandora's box*, in *Public Contract Law Journal*, v. 29, n. 4, pp. 637-91, American Bar Association 2000, pp. 641-50.

invece, si riferisce alla *qualità* della precedente esecuzione contrattuale, evidenziando la sua *natura di requisito reputazionale* dell'offerente³⁶⁰.

La valutazione delle performance precedenti viene effettuata in *due momenti diversi*: inizialmente, nella fase di *offerta*, con l'obiettivo di verificare l'*accettabilità delle proposte* presentate; successivamente, in *esecuzione contrattuale*, al fine di raccogliere informazioni che verranno utilizzate in future gare d'appalto.

Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, la Parte 42, punti 1.502 e 1.503 del *Federal Acquisition Regulation – FAR*, sancisce i *criteri* e le *procedure* che le agenzie devono adottare per l'*analisi* e la *valutazione* delle informazioni riguardanti il comportamento delle società appaltate. Ogni anno vengono valutati i contratti che hanno valore superiore a 150.000 USD (centocinquantamila dollari), importo attualmente fissato come parametro per la *simplified acquisition threshold* (soglia di acquisizione semplificata), fatta salva la preparazione di una relazione finale al momento della risoluzione del contratto. La determinazione del *livello di prestazione* verrà effettuata, almeno, alla luce dei seguenti aspetti: a) tecnico (qualità del prodotto o del servizio); b) controllo dei costi - non applicabile ai contratti stipulati secondo i criteri dei prezzi fissi e definitivi (*firm-fixed-price*) o dei prezzi fissi riaggiustabili; c) rispetto degli orari e delle scadenze; d) gestione o relazioni commerciali; e) subappalto di piccole imprese; e f) altri, ove applicabile, ad esempio ritardi o mancati pagamenti a subappaltatori, inadempienze fiscali, mancata notifica al contraente (secondo termini e condizioni contrattuali), inesattezza di dati o costi, e risoluzioni.

Il *risultato della valutazione* deve essere presentato alla *manifestazione* della parte interessata, che avrà un periodo di *quattordici giorni* per fornire le

³⁶⁰ Galli, L., Ramajoli, M., Il ruolo della reputazione nel mercato dei contratti pubblici: il rating d'impresa, in *Rivista della regolazione dei mercati*, f. 1/2017, pp. 63-90, Ed. Giappichelli, Torino 2017, pp. 70-1.

informazioni che ritiene pertinenti. In caso di *disaccordo* sul risultato della valutazione, è garantito il diritto di presentare ricorso. Le informazioni fornite dalla società e il risultato del giudizio di ogni appello presentato dalla società appariranno come *allegati* della valutazione, essendo parti integranti della documentazione, a tutti gli effetti, e rimarranno disponibili per l'analisi nelle gare future.

Le agenzie devono rendere disponibili i risultati delle valutazioni in una banca dati nazionale e pubblica, denominata *Past Performance Information Retrieval System – PPIRS*, in cui saranno mantenute per un periodo massimo di *tre anni*, essendo disponibili per la *consultazione pubblica* da parte di tutti gli offerenti, allo scopo di valutare la *past performance* in successive procedure di gara.

5.2. L'innovatività del modello italiano

Il sistema di reputazione professionale e di *rating di impresa* (o *sistema di premialità*) istituito dal comma 10 dell'art. 83 del Codice dei contratti pubblici, modificato dal correttivo emanato dal D.lgs. 56/2017, nonostante trovi ispirazione nell'istituto della *past performance* (performance passate), introdotto nell'ordinamento giuridico degli Stati Uniti nel 1990, ha numerose peculiarità che lo distinguono dal modello statunitense.

Questo perché il modello italiano *approfondisce* l'idea originale di progettare un *compleSSo autonomo*, che intende agire come un vero "sistema", secondo la terminologia adottata dal Codice stesso.

Nel modello americano, le certificazioni di performance sono attribuite dalle singole *agenzie*, che condividono con gli altri soggetti le valutazioni delle prestazioni da esse effettuate, in modo da poter essere esaminate nell'ambito di future procedure d'appalto, in base ai criteri stabiliti nei bandi.

Il Codice italiano, invece, prevede il rilascio di una *certificazione unica*, che riassume la *qualità* delle esperienze di lavoro passate e i *requisiti di reputazione* delle imprese, al fine di *premiarle* in future gare, tramite un sistema *centralizzato, standardizzato e amministrato* dall'Autorità del settore (ANAC).

Inoltre, come vedremo in seguito, il sistema di valutazione di impresa italiano si compone di *altri fattori*, come il *rating* della società nel già analizzato *"rating di legalità"*, l'esame di conformità delle scadenze e dei costi negli acquisti precedenti, la regolarità nel pagamento delle tasse e l'indice delle controversie con risultati negativi.

Allo stesso modo, il confronto del modello di valutazione di imprese applicato in Italia con le procedure adottate in altri paesi, tra cui la Francia e il Brasile, rende ancora più evidente il carattere di avanguardia del suo *sistema di valutazione di impresa*.

Questo perché, in Francia, le norme adottate dal *Code de la commande publique* si limitano a dare attuazione a un testo praticamente identico a quello dell'art. 58, paragrafo 4, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 24/2014, che consente alle amministrazioni aggiudicatrici di imporre esigenze di capacità tecniche e professionali per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche, e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità, aggiungendo soltanto un *limite temporale* (in genere di *cinque anni*) di accettabilità per i *certificati* che dimostrano la capacità tecnica e professionale dei professionisti degli offerenti³⁶¹.

In Brasile, con esiti peggiorativi, non è nemmeno possibile stabilire un *termine di validità* per l'accettabilità dei certificati che dimostrino la capacità

³⁶¹ Art. 51 dell'*Ordinance n. 2015-899 du 23 juillet 2015* e art. 44 del *Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016*, che le dà attuazione.

tecnica e professionale, essendo sufficiente che l'offerente dimostri di avere tra il suo personale permanente dei professionisti che abbiano già effettuato un lavoro o fornito un servizio di complessità pari o superiore, anche se decenni prima. Allo stesso modo, dato che i certificati di capacità tecnica e professionale sono rilasciati a nome dei professionisti e, di regola, la legge brasiliana vieta la richiesta di certificati a nome di un'azienda, non è raro che il contratto venga stipulato con società di nuova costituzione e senza alcuna esperienza nel mercato³⁶²⁻³⁶³.

Inoltre, in Francia e in Brasile la *past performance* è valutata solo nella fase di gara, senza la possibilità che venga utilizzata come uno dei criteri per giudicare le proposte o allo scopo di ridurre le garanzie da fornire. In questi due paesi non esiste un vero e proprio sistema di *classificazione*, cioè un *singolo indice* della reputazione professionale delle società, sulla base di un *rating di impresa* unificato a livello nazionale, ma soltanto la dimostrazione di quello che la legge americana ha chiamato esperienza precedente (*prior experience*), come già analizzato.

Il sistema del *rating di impresa* italiano verrà istituito presso l'ANAC, che ne curerà la *gestione* e le relative *premialità*, tramite l'apposita *certificazione* che verrà rilasciata agli operatori economici che lo richiederanno. Il sistema sarà connesso a *requisiti reputazionali* valutati sulla base di *indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili*, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono l'*affidabilità*.

È compito dall'ANAC definire i *requisiti reputazionali* e i *criteri di valutazione* degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante linee guida, che dovrebbero essere adottate entro tre

³⁶² Art. 30, paragrafi 1°, 3°, e 5°, della Legge 21 giugno 1993, n. 8666 (Statuto generale per le gare d'appalto e i contratti pubblici).

³⁶³ Savonitti Miranda, H., *Licitações e contratos administrativos*, Quarta edizione, Ed. Senado Federal, Brasilia 2007, pp. 63-116.

mesi dalla data di entrata in vigore del Codice. Tali linee guida andrebbero a istituire altresì un sistema amministrativo, regolato sotto la direzione dell'ANAC, di *penalità e premialità* per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi, prevedendo anche uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva denuncia.

I *requisiti reputazionali* alla base del *rating di impresa* tengono conto, in particolare, dei *precedenti comportamenti dell'impresa*, con riferimento al mancato utilizzo del *soccorso istruttorio*, all'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive, nonché al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e dell'incidenza e degli esiti del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara sia in fase di esecuzione del contratto.

Per il *calcolo* del *rating di impresa* si tiene conto del comportamento degli operatori economici tenuto nelle procedure di affidamento avviate dopo l'entrata in vigore della presente disposizione. L'ANAC attribuisce elementi premiali agli operatori economici anche per comportamenti anteriori all'entrata in vigore della presente disposizione che siano conformi a quanto previsto per il rilascio del *rating di impresa*.

Nel maggio 2018, l'ANAC ha diffuso e messo in consultazione uno schema di *Linee Guida* e una nota esplicativa recanti "Istituzione del rating di impresa e delle relative premialità" in cui sono illustrate le ragioni delle scelte proposte e sono contenute domande rivolte ai partecipanti alla consultazione³⁶⁴.

³⁶⁴ Il documento è rimasto in consultazione fino al 29 giugno 2018. Il *rating di impresa* potrà essere richiesto su base volontaria da parte dei singoli operatori economici e potrà essere utilizzato per le seguenti finalità: a) qualificazione in gara per i servizi, forniture e lavori di importo inferiore a 150.000 euro; b) determinazione dell'incremento convenzionale premiante ai fini dell'attestazione di cui all'art. 84 del Codice dei contratti pubblici; c) calcolo dell'offerta

economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95, comma 13, del Codice; e d) riduzione della garanzia per la partecipazione alla procedura e della garanzia definitiva, ai sensi degli artt. 93, comma 7 e 103, comma 1 del Codice (Autorità Nazionale Anticorruzione, Linee Guida n ... recanti "Istituzione del rating di impresa e delle relative premialità", Documento di consultazione, in: <https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/ConsultazioniOnline/Documento%20di%20consultazione.pdf>).

CONCLUSIONI

Nel diritto eurounitario, secondo la sistematica adottata dall'art. 57 della Direttiva n. 2014/24/UE recepita, in Italia, dall'art. 80 del Codice dei contratti pubblici e, in Francia, dagli artt. da L2141-1 a L2141-14 del *Codice delle commesse pubbliche*, i *requisiti di ordine generale* di partecipazione alle gare vengono, in realtà, definiti *in negativo*, come "motivo di esclusione" dalla partecipazione alla procedura d'appalto.

I requisiti di *ordine generale* si caratterizzano, dunque, per l'assenza di condizioni soggettive impeditive, mentre i requisiti di *ordine speciale*, quali l'idoneità professionale o l'iscrizione in un registro professionale competente, sono *requisiti positivi* da dimostrare.

In Brasile, i requisiti di ordine generale e speciale, appartengono alla c.d. "abilitazione", fase esclusivamente documentale nella quale l'interessato ad un contratto con il Potere pubblico dimostra di possedere i *requisiti* e le *qualifiche* richieste dal bando.

I requisiti di *ordine generale* nel *diritto brasiliano* riguardano l'abilitazione giuridica, la regolarità fiscale e lavorativa, e l'osservanza del divieto del lavoro minorile. Alla qualificazione tecnica e a quella economico-finanziaria, invece, si applicano i requisiti di *ordine speciale*. Non esistono, dunque, cause di esclusione facoltative.

Mentre nel diritto brasiliano i requisiti di *ordine generale* sono sempre *tassativi*, nel diritto europeo possono essere *facoltativi* o *tassativi*; inoltre, il *diritto francese* fa una divisione esplicita tra le due tipologie (attualmente nominate cause di esclusione *di pieno diritto* o cause di esclusione *soggette alla valutazione del committente*), nel senso di quanto stabilisce il nuovo *Codice delle commesse pubbliche*, laddove nel *Codice dei contratti pubblici*

italiano i requisiti di ordine generale, siano quelli facoltativi o i tassativi, sono trattati tutti insieme.

Per quanto riguarda la *condanna per gravi reati*, le disposizioni italiane e francesi propongono una lunga elencazione di reati, che non è altro che la *trasposizione*, con riferimenti tratti dalle *legislazioni nazionali*, di quelli che nella fattispecie sono elencati all'art. 57 della Direttiva n. 2014/24/UE. Il diritto brasiliano, invece, sancisce *una sola situazione* in cui un *condannato penalmente* è escluso dalla partecipazione a una procedura di gara, ossia, la condanna per *reato ambientale*.

In tema di *regolarità fiscale e contributiva*, salvo piccole differenze procedurali, i tre ordinamenti sanciscono l'esclusione dalle gare a causa di violazioni gravi *definitivamente accertate*. Allo stesso modo, l'esclusione non è applicabile quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi *pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare* le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe.

Per quanto concerne il rispetto degli obblighi applicabili in materia di *diritto ambientale, sociale e del lavoro*, a confronto con quanto sancisce il diritto europeo degli appalti pubblici che, come abbiamo visto, nell'Allegato X della Direttiva n. 2014/24/UE impone l'osservanza di *dodici* convenzioni internazionali in materia, la normativa brasiliana determina l'adempimento di una convenzione soltanto: la Convenzione 17 giugno 1999, n. 182, dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, relativa alla *proibizione delle forme peggiori di lavoro minorile*.

L'esistenza di *procedure concorsuali*, nei tre paesi analizzati, non determina l'esclusione dalla gara a patto che l'imprenditore sia ammesso al regime di *amministrazione controllata* e la stazione appaltante possa verificare, sulla base dei documenti giustificativi forniti dal candidato (copia della sentenza o delle decisioni in questione), che quest'ultimo sia stato

autorizzato a continuare la propria attività durante il prevedibile periodo di esecuzione del contratto.

Le cause di esclusione dalle gare che comportano più differenze tra i paesi investigati riguardano le questioni concernenti i *gravi illeciti professionali*. Il problema centrale risiede nel fatto che l'espressione "gravi illeciti professionali" si presenta come un *concetto giuridico indeterminato*, lasciando perciò grande margine per interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali diverse. Come abbiamo potuto dimostrare, i vari Tribunali Amministrativi Regionali italiani, così come la giurisprudenza francese e quella brasiliana, presentano decisioni divergenti in materia.

È importante sottolineare che, come abbiamo visto, l'esclusione di un operatore economico dalla partecipazione ad una procedura d'appalto a causa di un *grave illecito professionale*, in *Italia* e in *Brasile*, si inserisce nell'elenco di cause di esclusione *obbligatorie*, mentre in *Francia* è *facoltativa*, collocandosi nel campo della *discrezionalità* della Pubblica amministrazione.

In tema di *conflitti di interesse* e di *distorsione della concorrenza*, non altrimenti risolvibile, non si notano differenze significative. Va sottolineato, però, che in Brasile, il *Controllore Generale dell'Unione* ha sviluppato il *Sistema elettronico per la prevenzione dei conflitti di interesse* (*Sistema Eletrônico de Prevenção de Conflito de Interesses - SeCI*), che consente l'invio di consultazioni e richieste di autorizzazione in modo semplice e agile da parte di soggetti pubblici tramite il web.

Per quanto concerne le *sanzioni interdittive*, il D.lgs. italiano n. 231/2001 dispone il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione per un periodo *non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni*, mentre in Francia il Decreto 23 luglio 2015, n. 2015-899, afferma l'impossibilità di partecipazione alle gare delle persone che sono state sanzionate nel corso dei *tre anni precedenti*. In Brasile, la sospensione temporanea di partecipazione alle gare e l'impeditimento a contrattare con la Pubblica amministrazione possono

protrarsi per un massimo di *due anni*, vi è inoltre la possibilità di dichiarare l'inidoneità a presentare offerte o a firmare un contratto con la P.A. *mentre persistano i motivi determinanti della punizione* o fino a quando sia effettuata la riabilitazione davanti alla stessa autorità che ha imposto la penalità, che verrà rimossa quando il contraente avrà risarcito la P.A. delle perdite derivanti dalle sue azioni e dopo la scadenza della sospensione temporanea.

Relativamente alle *false autodichiarazioni*, il diritto europeo sancisce la possibilità di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione alla procedura d'appalto per un periodo *fino ad un anno*³⁶⁵. In Brasile, all'operatore economico che, convocato entro il termine di validità della sua proposta, non firmi il contratto o l'accordo quadro, non consegni la documentazione richiesta nel documento di gara, presenti documentazione falsa, ritardi l'esecuzione dell'oggetto dell'appalto, non mantenga la proposta, non adempia l'esecuzione del contratto, si comporti in modo inidoneo, *presenti falsa dichiarazione* o commetta frode fiscale, garantita l'ampia difesa, sarà impedito di presentare offerte e di contrarre con la P.A. per una durata massima di *cinque anni*, senza pregiudizio di multe e altre misure previste nel bando e nel contratto.

Il Codice dei contratti pubblici italiano, *senza corrispondenza esplicita* nel Codice francese o nella legge brasiliiana sugli appalti, sancisce quattro altre cause di esclusione dalle gare, ossia: a) *violazione del divieto di intestazione fiduciaria*; b) *non presentazione della certificazione* di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, ovvero nel caso il candidato non autocertifichi la sussistenza del medesimo requisito; c) mancata denuncia di essere stato *vittima dei reati* previsti e puniti dagli artt. 317 e 629 del Codice penale (concussioni ed estorsioni, rispettivamente); e

³⁶⁵ Comunicato del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione del 31 maggio 2016, su Procedimenti per l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'art. 80, comma 5, lett. g) del D.lgs. n. 50/2016, depositato presso la Segreteria del Consiglio il 1° giugno 2016 e *Guida alle buone prassi in materia di appalti pubblici* (*Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics*).

d) riconducibilità di più offerte ad un unico centro decisionale, così come aveva già deciso la giurisprudenza comunitaria sin dal 2009³⁶⁶.

Per quanto riguarda i requisiti di *ordine speciale*, le differenze più rilevanti tra gli ordinamenti analizzati riguardano la *capacità economica e finanziaria* e le *capacità tecniche e professionali*.

In questo senso, i requisiti di *capacità economico-finanziaria*, in *Italia* e in *Francia*, sono molto simili, e riproducono, quasi letteralmente, le norme sancite dal diritto eurounitario, con la differenza che il diritto francese consente all'operatore economico, che *non sia in grado di produrre le informazioni e i documenti* richiesti dall'acquirente, di dimostrare la propria capacità economica e finanziaria con *qualsiasi altro mezzo ritenuto appropriato* dalla stazione appaltante³⁶⁷. In *Brasile*, invece, i requisiti sono altri e, diversamente da quanto succede in Italia e in Francia, la legge brasiliana *vieta espressamente* l'esigenza di dimostrazione di *fatturato minimo* come condizione di partecipazione alla gara.

In tema di *capacità tecniche e professionali* richiama attenzione l'Ordinanza francese 29 marzo 2016 che, in modo più dettagliato del Codice dei contratti pubblici italiano, nel suo art. 4, definisce tutti i documenti che possono essere richiesti, nella misura in cui siano necessari, al fine di dimostrare le capacità tecniche e professionali degli operatori. Va sottolineato che il diritto francese contempla una *trasposizione più restrittiva e complessa* del diritto europeo rispetto al diritto italiano, con circa 14 testi normativi, tra cui il Codice delle commesse pubbliche (*Code de la commande publique*), pur assicurando un'assoluta egualianza di trattamento tra i candidati

³⁶⁶ Corte di Giustizia CE, Sezione IV, *Sentenza del 19 mag. 2009*, Assitur S.r.l. contro Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, *Causa 538/2007*.

³⁶⁷ L'Ordinanza francese 29 marzo 2016 che stabilisce l'*elenco delle informazioni e dei documenti* che possono essere richiesti ai candidati per gli appalti pubblici.

(largamente protetta e garantita da un contenzioso estremamente rapido ed efficace).

Per quanto riguarda gli aspetti procedurali, va notato che il Documento di Gara Unico europeo – DGUE (ora disponibile esclusivamente in forma elettronica), presente in *Italia* e in *Francia*, senza previsione similare nel diritto brasiliano, soddisfa l'importante ruolo di semplificare sensibilmente l'analisi dei requisiti di ordine generale e le conseguenti cause di esclusione dalla gara.

Per quanto concerne il soccorso *istruttorio*, al momento esclusivamente gratuito nei tre paesi, la *Legge brasiliana 4 agosto 2011, n. 12462*, che ha introdotto il c.d. Regime Differenziato per i Contratti Pubblici – RDC e che è ispirata al diritto dell'Unione europea, *apre la possibilità* di soccorso istruttorio, che può essere svolto nelle situazioni in cui il Comitato delle offerte ritenga che il *vizio nella presentazione delle proposte sia sanabile*, vale a dire, che non *riguardi direttamente l'offerta economica e l'offerta tecnica* come, per esempio, il *prezzo e il modo di esecuzione* dell'opera o del servizio.

Il c.d. *rating di impresa*, che *non trova una trattazione esplicita* nella Direttiva n. 2014/24/UE, né previsione nel *diritto francese* e in quello *brasiliano*, consiste in un'interessante previsione del diritto italiano, che diviene anche strumento di “qualificazione” delle imprese, da intendersi in senso ampio come capacità di queste ultime di accedere alle gare, pertanto sia nell'ambito degli appalti di lavori che di servizi e forniture. Insieme al c.d. *rating di legalità*, il *rating di impresa* può essere utilizzato per la qualificazione, il giudizio e la riduzione delle garanzie da fornire per la partecipazione al processo di gara e la firma dei contratti, nella misura del 30% (trenta per cento) del valore richiesto alle altre imprese. Inoltre, penalizzando le società che non rispettano l'obbligo di denunciare tempestivamente *richieste estorsive e corruttive*, il rating di impresa persegue obiettivi che vanno oltre i tipici meccanismi reputazionali, in quanto questo strumento è concepito non solo per assicurare l'affidabilità dell'operatore economico e la qualità della

prestazione finale, ma anche per *contrastare la corruzione* nel settore degli appalti³⁶⁸.

Il diritto italiano si caratterizza anche per l'esistenza dell'*Autorità Nazionale Anticorruzione* – ANAC che, nel suo ruolo di predisporre le *linee guida*, solleva numerosi punti di domanda sulla sua natura giuridica e legittimità nel sistema delle fonti dell'ordinamento giuridico italiano.

Va sottolineato che il legislatore dell'Unione europea, con le direttive del 2014, ha profondamente ridisegnato le regole dei sistemi di contrattazione pubblica degli Stati membri, anche tramite soluzioni innovative in materia di informatizzazione dei sistemi di contrattazione (procedure elettroniche), circolazione transfrontaliera degli operatori (documento di gara unico europeo), semplificazione e riduzione degli oneri amministrativi (autocertificazioni), negoziazione dei contenuti del contratto (consultazioni preliminari di mercato), flessibilità dei contratti in fase di esecuzione (rinegoziazione dei contenuti), modalità per il controllo sull'attuazione e sul funzionamento delle regole (governance, monitoraggio e relazioni) e contrasto a favoritismi, frodi e corruzioni (esclusioni, conflitto di interessi)³⁶⁹⁻³⁷⁰.

Per tutte queste ragioni, riteniamo che, nonostante l'esistenza di differenze puntuali, i requisiti di partecipazione e l'esclusione dalle gare in *Francia* e in *Italia* siano caratterizzati da una forte *uniformità giuridica* in virtù dalla presenza delle *direttive*, strumento tipico di *ravvicinamento* delle

³⁶⁸ Galli, L., Ramajoli, M., Il ruolo della reputazione nel mercato dei contratti pubblici: il rating d'impresa, in *Rivista della regolazione dei mercati*, f. 1/2017, pp. 63-90, Ed. Giappichelli, Torino 2017, p. 80.

³⁶⁹ Cozzio, M., Appalti pubblici e concessioni, in *Temi e istituti di diritto privato dell'Unione europea* (a cura di Benacchio, G., Casucci, F.), Ed. G. Giappichelli, Torino 2017, p. 58 e seguenti.

³⁷⁰ Cozzio, M., La nuova strategia europea in materia di appalti pubblici, in *Giornale di diritto amministrativo* 1/2019, pp. 53-62, gen.-mar. 2019, p. 53.

legislazioni nazionali in tema di appalti pubblici, atte a garantire il principio comunitario di *tutela della concorrenza*, pertanto è possibile affermare l'esistenza di un vero diritto europeo degli appalti pubblici.

Nel diritto brasiliano, invece, come abbiamo già segnalato, l'attuale *Statuto generale per le gare d'appalto e i contratti pubblici* risale al 1993, frutto di un momento storico che apprezzava un modello *burocratizzato* di Pubblica amministrazione (eccessivamente vincolato alle procedure) ad uno più *imprenditoriale* (focalizzato sui risultati). Nonostante ciò, riteniamo che, a cause delle varie norme emanate nel corso degli ultimi due decenni con l'obiettivo di *modernizzare* la legislazione in materia, il regime brasiliano di partecipazione e di esclusione dalle gare sia relativamente simile a quello europeo. Inoltre, l'anno scorso, il Senato brasiliano ha approvato un *disegno di legge* (PLS n. 559/2013) che attualmente è in discussione alla Camera dei deputati. Questo progetto, se approvato, avvicinerà, ancora più, la legislazione brasiliana in materia a quella europea.

Alla luce dell'esperienza delle regole europee sugli appalti pubblici e, in particolare, del diritto francese e italiano, i *principali accorgimenti* che potrebbero essere adottati per il miglioramento della legislazione brasiliana in materia sono: a) un ampliamento delle ipotesi di esclusione a causa di *condanne per gravi reati*, principalmente per quanto riguarda i reati contro la P.A.; b) un potenziamento dei casi di esclusione in ragione dell' inosservanza degli obblighi in materia di *diritto ambientale, sociale e del lavoro*, soprattutto nei casi di *lavoro forzato, discriminazione* nell'ambito del lavoro, *parità di retribuzione*, peggiori forme di *lavoro infantile* e protezione dello *strato di ozono*; c) l'esigenza di *fatturato minimo annuo*, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto, che potrebbe essere quello del doppio del valore stimato dell'appalto, salvo in circostanze debitamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei lavori, servizi o forniture; d) l'adozione di un documento simile al *DGUE*, esclusivamente in modo telematico, al fine di *semplificare e agevolare* l'analisi

dei requisiti di ordine generale e le conseguenti cause di esclusione dalla gara; ed e) l'adozione dei c.d. *rating di legalità* e *rating di impresa*, in modo da garantire la qualificazione, il giudizio e la riduzione delle garanzie da fornire per la partecipazione al processo di gara, forse anche come strumento per ridurre la durata massima della penalità applicata a coloro che presentino dichiarazioni false (oggi fissata a cinque anni), stimolando la denuncia delle richieste estorsive e corruttive, e riducendo i costi per la partecipazione alle gare.

Va sottolineato che nel diritto brasiliano (ma anche in Italia e in Francia, seppur in misura minore), l'azione del legislatore si traduce primariamente in una serie di *regole e vincoli procedurali*, che imbrigliano l'autonomia negoziale delle parti con l'obiettivo di annullare o ridurre i rischi di *parzialità* del pubblico amministratore³⁷¹.

Per quanto riguarda l'analisi del *potere discrezionale* di cui la P.A. dispone nell'individuare l'oggetto, stabilire i requisiti per la partecipazione alle gare e le ipotesi di esclusione dalle stesse, la giurisprudenza consolidata ritiene che la *discrezionalità* nell'individuazione dei requisiti da richiedere nella *lex specialis* incontri il limite del rispetto dei *principi di proporzionalità e ragionevolezza*, che vanno valutati con riferimento all'oggetto specifico

³⁷¹ Con riferimento alla regolamentazione italiana alcuni studiosi, soprattutto giuristi comparatisti, non esitano a parlare di normazione connotata da "fissazione regolatoria" espressione della "volontà di ingabbiare la realtà fattuale in formule precostituite" [Caranta, R., *I contratti pubblici*, Seconda edizione, Ed. G. Giappichelli, Torino 2012, p. 301; Picozza, E., *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, v. I, (a cura di Franchini, C.), Ed. UTET, Torino 2007, p. 5 e seguenti].

dell'appalto, non solo con riguardo all'importo, ma anche alle caratteristiche peculiari della prestazione oggetto di affidamento³⁷²⁻³⁷³.

In questa prospettiva, la *discrezionalità strategica* presiede alla scelta dei procedimenti per l'individuazione del contraente privato e caratterizza un negoziatore capace di definire i termini di un rapporto che deve durare a lungo. La *discrezionalità tecnica* infatti si introduce nella P.A. determinandone l'agire, con una dinamica di apprendimento circolare che assimila lo sviluppo degli eventi per aggiustare continuamente la scelta e il rapporto a seguito delle dichiarazioni dei concorrenti, del dialogo con gli stessi, della diversa pressione concorrenziale, delle nuove tecnologie intervenute, delle prescrizioni imposte dagli enti, dell'evoluzione degli interessi pubblici. Accanto alla *discrezionalità strategica* si pone quella *strumentale*. Quest'ultima è sempre disciplinata dalla *discrezionalità strategica* e il suo esercizio è regolato dalle prescrizioni contenute nella *lex specialis* pubblicata nei bandi. Quindi la *discrezionalità strumentale* è *vincolata* e il suo esercizio è sottoposto al sindacato giurisdizionale ed emerge nei momenti di *qualificazione* dei concorrenti, nella

³⁷² Sono stati ritenuti *illegittimi* i bandi di gara che richiedessero *requisiti economici e/o tecnici* del tutto *sproporzionati* rispetto all'oggetto della gara, o *palesemente estranei* all'oggetto medesimo. Esiste una vasta giurisprudenza in materia (tra gli altri Consiglio di Stato, Sezione V, *Sentenza del 8 set. 2008*, n. 3083; Consiglio di Stato, Sezione VI, *Sentenza del 23 lug. 2008*, n. 3655; Consiglio di Stato, Sezione IV, *Sentenza del 12 giu. 2007*, n. 3103). È stato precisato che ai fini della legittimità del bando è comunque richiesta la *motivazione* in ordine all'aggravamento delle condizioni di gara (Consiglio di Stato, Sezione IV, *Sentenza del 12 giu. 2007*, n. 3103). Si rinvia alla giurisprudenza citata in Greco, R., *Capacità economica e finanziaria dei fornitori e prestatori*, in *Codice degli appalti pubblici* (a cura di Garofoli, R., Ferrari, G.), Ed. Neldiritto, Roma 2009, p. 377.

³⁷³ Raganelli, B., *Contratti pubblici e piccole medie imprese: gli strumenti a sostegno compatibili con la normativa comunitaria e nazionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2, 2011, Ed. Giuffrè, Milano 2011, pp. 551-596, p. 573-4.

loro esclusione e nell'attività di *selezione delle offerte* con l'offerta economicamente più vantaggiosa per l'aggiudicazione dei contratti³⁷⁴

La più risalente dottrina ritiene che la *qualificazione*, intesa quale insieme di regole preordinate alla definizione dei livelli di idoneità dei potenziali concorrenti, è uno degli strumenti su cui il legislatore comunitario ha fatto leva per perseguire gli obiettivi ispiratori delle nuove direttive³⁷⁵

Dunque, il concorrente dovrà dimostrare alla stazione appaltante a) di *saper fare*, in quanto ha già eseguito lavori, servizi o forniture analoghe a quelle oggetto dell'appalto; b) che *riuscirà a fare*, poiché dispone di un'adeguata organizzazione tecnica rispetto a quanto richiesto dalla *lex* di gara. In altre parole, i requisiti speciali della capacità tecnica mirano a dimostrare che il concorrente è sufficientemente organizzato per eseguire la commessa pubblica, oltre ad avere una certa stabilità economico-finanziaria idonea a garantire la buona esecuzione dell'appalto, per tale ragione essi sono individuati dalle stazioni appaltanti in relazione all'oggetto di gara³⁷⁶.

³⁷⁴ Fracanzani, M. M., *Il nuovo codice dei contratti pubblici: fra concorrenza e turbata libertà degli incanti*, Relazione tenuta al convegno “Diritto penale degli appalti pubblici”, Aula Magna dell’Università di Padova, 29 settembre 2008, inedito.

³⁷⁵ In questo senso, Domenico Galli ritiene che “le politiche mirate allo sviluppo di una crescita sostenibile, intelligente ed inclusiva non possono prescindere da una disciplina coordinata, omogenea ed equilibrata del regime di qualificazione. La declinazione dei requisiti di qualificazione presuppone una delicata opera di bilanciamento idonea a coniugare esigenze diverse, ed apparentemente contrastanti: da un lato, una rigorosa selezione dei potenziali contraenti, a presidio della qualità delle prestazioni; dall’altro, un contestuale miglioramento delle dinamiche concorrenziali, ispirato ad una più ampia apertura del mercato anche nei confronti degli operatori di piccole e medie dimensioni” [Galli, D., I soggetti ammessi alle gare e la loro qualificazione, in *I contratti pubblici* (a cura di Corradino, M., Galli, D., Gentile, D., Lenoci, M. C., Malinconico, C.), Ed. Wolters Kluwer, Milanofiore Assago 2017, p. 545-6].

³⁷⁶ Castrogiovanni, A., Ricci, S., *Codice Appalti, le imprese dovranno dimostrare di "saper fare": ecco i requisiti*, 7 ott. 2016, in: <http://www.forumpa.it/pa-digitale/codice-appalti-le->

A tale proposito, l'art. 42 della Direttiva n. 2014/24/UE sancisce che le *specifiche tecniche* che definiscono le caratteristiche previste per lavori, servizi o forniture, siano *collegate* all'oggetto dell'appalto e *proporzionate* al suo valore e ai suoi obiettivi.

Nello stesso senso, il Considerando n. 83 pone l'attenzione sul fatto che "requisiti eccessivamente severi relativi alla capacità economica e finanziaria spesso costituiscono un ostacolo ingiustificato alla partecipazione delle PMI agli appalti pubblici", e avverte che "eventuali requisiti dovrebbero essere *attinenti e proporzionati* all'oggetto dell'appalto" (corsivi nostri).

Accogliendo questa prospettiva, il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, per esempio, con la *Sentenza 8 maggio 2017, n. 2115*, nel ritenere che la clausola del bando di gara, che prevede l'obbligo della disponibilità di un impianto a non eccessiva distanza dal Comune appaltante, sia legittima in quanto *ragionevole* e *giustificata*, ha ribadito la suddetta giurisprudenza amministrativa che ha sempre riconosciuto alla stazione appaltante un margine apprezzabile di discrezionalità nel richiedere requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica ulteriori e più severi rispetto a quelli normativamente previsti, con il rispetto della *proporzionalità* e *ragionevolezza* e nel limite della continenza e non estraneità rispetto all'oggetto della gara. Tale esercizio della *discrezionalità* è stato ritenuto, dunque, compatibile con i principi della *massima partecipazione, concorrenza, trasparenza e libera circolazione* delle prestazioni e dei servizi purché i requisiti richiesti siano *attinenti e proporzionati* all'oggetto dell'appalto e la loro applicazione più rigorosa si correli a circostanze *debitamente giustificate*³⁷⁷.

imprese-dovranno-dimostrare-di-saper-fare-ecco-i-requisiti-richiesti [consultato il 19 lug. 2018].

³⁷⁷ Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda Ter, Società Suacotex S.r.l. contro Ama S.p.A., *Sentenza del 8 mag. 2017, n. 2115*.

In Brasile, allo stesso modo, la Corte dei Conti ha ritenuto che i requisiti che riguardano la *qualificazione tecnica* devono essere limitati a ciò che sia *strettamente necessario*, essendo preferibile adottare un'interpretazione *restrittiva*, poiché lo standard normativo impone parametri ristretti in materia di abilitazione³⁷⁸. Allo stesso modo, in osservanza ai principi di *imparzialità* e *proporzionalità*, il Tribunale ha affermato che i parametri che riguardano i requisiti di *capacità tecnica* devono essere *necessari, sufficienti e pertinenti* all'oggetto di offerta e non devono rappresentare una restrizione al carattere concorrenziale della gara³⁷⁹. Inoltre, la Corte brasiliana ha coniato il concetto di *autovincolatività* per affermare l'obbligo della P.A. di mantenere lo stesso modello di comportamento per situazioni simili³⁸⁰⁻³⁸¹.

In tal modo la *discrezionalità* della P.A. nell'individuazione dei requisiti da richiedere nel bando di gara, nei tre paesi investigati, incontra il limite del rispetto dei *principi di proporzionalità e ragionevolezza*, che vanno valutati con riferimento all'oggetto *specifico* dell'appalto, con riguardo all'*importo* e alle *caratteristiche peculiari* della prestazione oggetto di affidamento, pur nel rispetto dei principi di *uguaglianza, libera concorrenza e pertinenza*.

³⁷⁸ Corte dei Conti, Plenario, Sentenza 30 set. 2015, n. 2406, Procedura n. 5131/2011, *DJe 20 nov. 2015*.

³⁷⁹ Corte dei Conti, Sezione I, Sentenza 28 gen. 2013, n. 32, Procedura n. 7358/2012, *DJe 1 feb. 2013*.

³⁸⁰ Corte dei Conti, Sezione I, Sentenza 15 ago. 2007, n. 1636, Procedura n. 10798/2007, *DJe 17 ago. 2007*.

³⁸¹ Corte dei Conti, Sezione I, Sentenza 29 ago. 2007, n. 1771, Procedura n. 4.719/2007, *DJe 31 ago. 2007*.

BIBLIOGRAFIA

- Accioly, E., *Mercosul & União Europeia: estrutura jurídico-institucional*, Quarta edizione, Ed. Juruá, Curitiba 2010.
- Araújo, E. N., *Curso de Direito Administrativo*, Ottava Edizione, Ed. Saraiva, San Paolo, 2018.
- Arnaud, V. G., *Mercosur – Unión Europea, Nafta y los processos de integración regional*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1996.
- Balasso, R., *Difformità, vizi e difetti delle opere edili*, Ed. Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2015.
- Bandeira de Mello, C. A., *Curso de direito administrativo*, Dodicesima edizione, Ed. Malheiros, San Paolo 2000.
- Bandeira de Mello, C. A., *Natureza e regime jurídico das autarquias*, Ed. Revista dos Tribunais, San Paolo 1968.
- Bandeira de Mello, O. A., *Princípios gerais de direito administrativo*, v. 1, Ed. Forense, Rio de Janeiro 1979.
- Baratta, R., *Lezioni di diritto dell'Unione europea*, Ed. LUISS, Roma 2017.
- Barros Arana, D., *Historia general de Chile*, t. VIII, Ed. Imprenta Cervantes, Santiago 1887.
- Bonanno, M., *Diritto dell'unione europea* (a cura di Triolo, D. P.), Ed. Key, Vicalvi 2016.
- Bottega, D., Ciaralli, F. M., *Requisiti di partecipazione e cause di esclusione nelle gare pubbliche*, Ed. Dike Giuridica, Roma 2017.

Bottiglieri, A., La direzione dell'esecuzione del contratto, in *Trattato sui contratti pubblici* (a cura di Sandulli, M. A., De Nictolis, R., Garofoli, R.), v. 5, Ed. Giuffrè, Milano 2008.

Braconnier, S., *Marchés publics de travaux : procédures de passation* (a cura di Malinvaud, P.), Ed. Dalloz, Parigi 2013.

Braconnier, S., *Précis du droit des marchés publics*, Quarta edizione, Ed. Le Moniteur, Parigi 2012.

Brasile, Tribunal de Contas da União, *Licitações e contratos: orientações básicas*, Seconda edizione, Brasilia 2003.

Calamia, A. M., Vigiak, V., *Manuale breve di diritto dell'Unione europea*, Nona edizione, Ed. Giuffrè, Milano 2017.

Caldarelli, S., L'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica per "grave illecito professionale", in *Giornale di diritto amministrativo* 2/2019, pp. 149-60, mar.-apr. 2019.

Caramelo Gomes, J., *Lições de direito da União Europeia*, Ed. Almedina, Coimbra 2009.

Caranta, R., *I contratti pubblici*, Seconda edizione, Ed. G. Giappichelli, Torino 2012.

Carducci, M., Diritto pubblico e "flussi giuridici" tra Italia e Brasile, in *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, anno 11, n. 46, pp. 13-41, Ed. Forum, Belo Horizonte 2011.

Caringella, F., Protto, M., *Il Codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Ed. Dike Giuridica, Roma 2017.

Caringella, F., *Manuale di diritto amministrativo*, Settima edizione, Ed. Dike Giuridica, Roma 2014.

Caroli Casavola, H. *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Ed. Giuffrè, Milano 2012.

Carvalho, L. A., Os processos de integração econômica regional da União Europeia e do Mercosul: breve abordagem histórico-evolutiva, in *Scientia iuris*, v. 5/6, 2001/2002, pp. 59-92.

Carvalho, P. B., Sousa, R. G., Ataliba, G., *Comentários ao CTN*, Seconda edizione, Ed. Revista dos Tribunais, San Paolo 1984.

Carvalho Filho, J. S., *Manual de direito administrativo*, Ventisettesima edizione, Ed. Atlas, San Paolo 2014.

Casetta, E., *Manuale di diritto amministrativo* (a cura di Fracchia F.), Sedicesima edizione, Ed. Giuffrè, Milano 2014.

Castaing, B., Noguellou, R., Prebissy-Schnall, C., *Les marchés publics*, Ed. Litec, Parigi 2002.

Causey, N., Past performance information, "de facto" debarments, and due process: debunking the myth of Pandora's box, in *Public Contract Law Journal*, v. 29, n. 4, pp. 637-91, American Bar Association 2000.

Cavino, M., Conte, L., *Il diritto pubblico*, Ed. Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2014.

Celotto, A., La prevalenza del diritto comunitario sul diritto degli Stati: ambito e portata della disapplicazione, in *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional*, n. 8, pp. 113-129, 2007.

Cerulli Irelli, V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Terza edizione, Ed. G. Giappichelli, Torino 2012.

Chabanol, D., Jouguelet, J. P., Bourrachot, F., *Le régime juridique des marchés publics*, Ed. Le Moniteur, Parigi 2007.

Chiariello, C., Il partenariato per l'innovazione, in *Giustamm*, n. 2-2016, Roma 2016.

Chieppa, R., Giovagnoli, R., *Manuale di diritto amministrativo*, Ed. Giuffrè, Milano 2012.

Cianflone, A., Capitolato, da *Enciclopedia del diritto* (a cura di Calasso, F.), Volume VI, Ed. Giuffrè, Milano 1958.

Cianflone, A., Giovannini, G., Lopilato, V., *L'appalto di opere pubbliche*, Tredicesima edizione, Ed. Giuffrè, Milano 2018.

Clergerie, J. L., Gruber, A., Rambaud, P., *L'Union européenne*, Nona edizione, Ed. Dalloz, Parigi 2012.

Commissione Europa, Comunicazione della Commissione Europa 2020: una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, *Bruxelles, 3 mar. 2010.*

Conforti, B., *Diritto internazionale*, Nona edizione, Ed. Scientifica, Napoli 2013.

Corradino, M., Il sistema delle fonti e la loro evoluzione, in *I contratti pubblici* (a cura di Corradino, M., Galli, D., Gentile, D., Lenoci, M. C., Malinconico, C.), Ed. Wolters Kluwer, Milanofiore Assago 2017.

Corso, G., *Manuale di diritto amministrativo*, Quinta edizione, Ed. G. Giappichelli, Torino, 2010.

Cozzio, M., Appalti pubblici e concessioni, in *Temi e istituti di diritto privato dell'Unione europea* (a cura di Benacchio, G., Casucci, F.), Ed. G. Giappichelli, Torino 2017.

Cozzio, M., La condanna non definitiva quale causa di esclusione dalle gare, in *Giornale di diritto amministrativo* 3/2018, pp. 335-43, mag.-giu. 2018.

Cozzio, M., La nuova strategia europea in materia di appalti pubblici, in *Giornale di diritto amministrativo* 1/2019, pp. 53-62, gen.-mar. 2019.

D'Alberti, M., *Diritto amministrativo comparato: trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Ed. Il Mulino, Bologna 1992.

D'Avino, F. M., *Compendio di diritto dell'Unione europea*, Ed. Primiceri, Padova 2016.

De Luca, P., *Gli atti atipici nel diritto dell'Unione europea*, Ed. G. Giappichelli, Torino 2012.

Di Martino, M., Entreprises en difficulté et marchés publics, in *Revue des procédures collectives*, n. 1, gen. 2017, prat. 1, LexisNexis.

Di Pietro, M. S. Z., *Direito administrativo*, Ventottesima edizione, Ed. Atlas, San Paolo 2015.

Di Pietro, M. S. Z., *Parcerias na administração pública*, Terza edizione, Ed. Atlas, Sao Paolo 1999.

Draetta, U., *Elementi di diritto dell'Unione europea: parte istituzionale, ordinamento e struttura dell'Unione europea*, Quinta edizione, Ed. Giuffrè, Milano 2009.

Duvergier, J. B., *Collection complète des lois, décrets ordonnances, réglements et avis du Conseil-d'État*, t. 2, Ed. A. Guyot, Parigi 1824.

Edwards, G., Walton, A. M., Il dibattito nel Regno Unito sulle elezioni dirette del Parlamento europeo, in *I partiti e le elezioni del Parlamento europeo: interessi nazionali ed europei a confronto* (a cura di Bonvincini, G., Solari, S.), Ed. Il Mulino, Bologna 1979.

Fabbricotti, A., Gli accordi di integrazione economica regionale ed il GATT/OMC: i parametri normativi e l'opera del CRTA, in *Diritto del commercio internazionale*, fasc. 1, 2000.

Felicetti, T., La partecipazione alla gara, in *Guida pratica per i contratti pubblici di servizi e forniture*, v. 2 (a cura della) Presidenza del Consiglio dei Ministri,

Dipartimento per le politiche di gestione e sviluppo delle risorse umane, Roma 2011.

Fiorentino, L., *Appalti pubblici e concorrenza, nel 20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (a cura di Bedogni, C. R., Barucci, P.), t. I, Ed. G. Giappichelli, Torino 2010.

Fonseca, T. P. da, *Autarquias administrativas*, Ed. Saraiva, San Paolo 1935.

Fracanzani, M. M., *Il nuovo codice dei contratti pubblici: fra concorrenza e turbata libertà degli incanti*, Relazione tenuta al convegno diritto penale degli appalti pubblici, Aula Magna dell'Università di Padova, 29 settembre 2008, inedito.

Fragola, M., *Nozioni di diritto dell'Unione europea*, Ed. Giuffrè, Milano 2012.

Franco, I., *Manuale del nuovo diritto amministrativo*, Ed. Cedam, Padova 2012.

Frier, P. L., Petit, J. *Droit administratif*, Decima edizione, Ed. LGDJ, Parigi 2015.

Furtado, L. R., *Curso de licitações e contratos administrativos*, Sesta edizione, Ed. Forum, Belo Horizonte 2015.

Galli, D., I soggetti ammessi alle gare e la loro qualificazione, in *I contratti pubblici* (a cura di Corradino, M., Galli, D., Gentile, D., Lenoci, M. C., Malinconico, C.), Ed. Wolters Kluwer, Milanofiore Assago 2017.

Galli, L., Ramajoli, M., Il ruolo della reputazione nel mercato dei contratti pubblici: il rating d'impresa, in *Rivista della regolazione dei mercati*, f. 1/2017, pp. 63-90, Ed. Giappichelli, Torino 2017.

Gallo, S., Gli appalti pubblici nell'ordinamento dell'Unione europea, in *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni* (a cura di Gallo, S.), Ed. Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2014.

Gamberini, A., Giustiniani, M., *Lezioni di diritto dei contratti pubblici*, Ed. Dike Giuridica, Roma 2017.

Garofoli, R. L'organismo di diritto pubblico, in *Trattato sui contratti pubblici* (a cura di Sandulli, M. A., De Nictolis, R., Garofoli, R.), v. 1, Ed. Giuffrè, Milano 2008.

Gasparini, D., *Direito administrativo*, Sesta edizione, Ed. Saraiva, San Paolo 2001.

Gaudenzi, A. S., *I ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, Ed. Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2015.

Giannini, M. S., *Diritto amministrativo*, v. 2, Terza edizione, Ed. Giuffrè, Milano 1993.

Godiveau, G., Leclerc, S., *Droit du marché intérieur de l'Union européenne : les libertés de circulation et de concurrence*, Ed. Gualino, Issy-Ies-Moulineaux 2016.

Greco, R., Requisiti di ordine generale, in *Codice degli appalti pubblici* (a cura di Garofoli, R., Ferrari, G.), Ed. Neldiritto, Roma 2009.

Guerra Martins, A. M., *Manual de direito da União Europeia*, Ed. Almedina, Coimbra 2014.

Hachem, D. W., *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, Ed. Forum, Belo Horizonte 2010.

Hamon, F., Troper, M., *Droit constitutionnel*, Trentanovesima edizione, Ed. LGDJ, Parigi 2018.

Herman, E., *Traité d'administration départementale*, t. 1, Ed. Librairie Administratives, Parigi 1855.

Hirst, M., Democracia, seguridad e integración: América latina en un mundo en transición, Ed. Norma, Buenos Aires 1996, pp. 138-9, in *Comparazione e*

rapporti tra Comunità Europea e Mercosur (a cura di Bucci, A.), Ed. Serafica, Roman 2005.

Hourcable, A., Fontaine, C., Bérard-Walsh, A. C., Braconnier, S., *Passation des marchés publics*, Ed. Le Moniteur, Parigi 2016.

Iaricci, G.P., *Istituzioni di diritto pubblico*, Ed. Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2014.

Isaac, G., Blanquet, M., *Droit général de l'Union européenne*, Decima edizione, Ed. Sirey/Dalloz, Parigi 2012.

Jacoby Fernandes, J. U., *Contratação direta sem licitação*, Decima edizione, Ed. Forum, Belo Horizonte 2016.

Jacoby Fernandes, J. U., *Vade-mécum de licitações e contratos*, Settima edizione, Ed. Forum, Belo Horizonte 2016.

Justen Filho, M., *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*, Sesta edizione, Ed. Dialética, San Paolo 2013.

Justen Filho, M., *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, Settima edizione, Ed. Dialética, San Paolo 2000.

Justen Filho, M., *Comentários ao RDC*, Ed. Dialética, San Paolo 2013.

Kelman, S., Past performance: becoming part of the solution, in *The Procurement Lawyer*, v. 30, n. 2, 1995.

Lang, A., Giustizia e affari interni, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* (a cura di Chiti, M. P., Greco, G.), Parte Speciale, t. II, Seconda edizione, Ed. Giuffrè, Milano 2007.

Lebreton, G., *Droit administratif général*, Ottava edizione, Ed. Dalloz, Parigi 2015.

Leclerc, S., *Les institutions de l'Union européenne*, Sesta edizione, Ed. Gualino, Issy-Ies-Moulineaux 2016.

Leggio, V., Le procedure di gara, in *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni* (a cura di Gallo, S.), Ed. Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2014.

Lescot, C., *Organisations européennes: Union européenne, Conseil de l'Europe et autres organisations*, Diciassettesima edizione, Ed. Larcier, Bruxelles 2015.

Lomar, P. J. V., Perfil constitucional da licitação, in *Curso avançado de licitações e contratos públicos* (a cura di Mukai, T.), Ed. Juarez de Oliveira, San Paolo 2000.

Lombard, M., Dumont, G., *Droit administratif*, Nona edizione, Ed. Dalloz, Parigi 2011.

Massera, A., *Trattato del contratto* (a cura di Roppo, V.), v. 6, Ed. Giuffrè, Milano 2006.

Mauro, A., La selezione dei partecipanti, in *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni* (a cura di Gallo, S.), Ed. Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2014.

Mauro, A., Selezione delle offerte, in *I nuovi appalti pubblici* (a cura di Corradino, M., Sticchi Damiani, S.), Ed. Giuffrè, Milano 2017.

Mazza, A., *Manual de direito administrativo*, Sesta edizione, Ed. Saraiva, San Paolo 2016.

Mazzarolli, L. A., *Il concetto di "materie" nell'art. 117, Titolo V, Cost.*, - Se i "lavori pubblici" e gli "appalti pubblici" si prestino ad esservi riportati e come si attui, per essi, il riparto di competenze tra enti, in *Le Regioni*, 3-4/2007, pp. 473-514.

Meirelles, H. L., *Licitações e contratos administrativos*, Dodicesima edizione, Ed. Malheiros, San Paolo 1999.

Mengozzi, P., *Casi e materiali di diritto comunitario e dell'unione europea*, Quarta edizione, Ed. Cedam, Padova 2006.

Michetti, M., *L'ordinamento europeo – Le politiche dell'Unione* (a cura di Mangiameli, S.), Ed. Giuffrè, Milano 2008.

Morand-Deviller, J., *Droit administratif*, Quatordicesima edizione, Ed. LGDJ, Parigi 2015.

Morbidelli, G., Zoppolato, M., Appalti pubblici, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* (a cura di Chiti, M. P., Greco, G.), Parte Speciale, Tomo I, Seconda edizione, Ed. Giuffrè, Milano 2007.

Moreira Neto, D. F., *Curso de direito administrativo*, Sedicesima edizione, Ed. Forense, Rio de Janeiro 2014.

Morelli, U., I progetti costituzionali di origine parlamentare nel processo di integrazione europea prima della dichiarazione di Laeken, in *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona* (a cura di Bilancia, P., D'Amico, M.), Ed. Giuffrè, Milano 2009.

Möric, K., *Le dialogue compétitif et les marchés publics complexes : la mise en œuvre du dialogue compétitif, étape par étape*, Ed. Larcier, Bruxelles 2013.

Morrone, A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Ed. FrancoAngeli, Milano 2007.

Motta, F., Influência do direito administrativo italiano na construção das bases dogmáticas do direito administrativo brasileiro, in *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 2, n. 6, p. 11-31, Ed. Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro 2014.

Napolitano G. (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Ed. Giuffrè, Milano 2007.

Napolitano G., Le norme di unificazione economica, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fascicolo n. 1/2011, pp. 97 segg., Ed. Giuffrè, Milano 2011.

Natale, E., *Compendio di diritto dell'Unione europea*, Settima edizione, Ed. Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2016.

Neves da Pozzo, A., *Panorama geral dos regimes de execução previstos no regime diferenciado de contratações: a contratação integrada e seus reflexos*, Ed. Forum, Belo Horizonte 2012.

Nicodemo, A., Gravi illeciti professionali, tutto cambia affinché nulla cambi, in *Urbanistica e appalti 1/2019*, pp. 110-18, gen.-mar. 2019.

Niebuhr, J. M., *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*, Quarta edizione, Ed. Forum, Belo Horizonte 2015.

Oliveira, M. O., *União Europeia: processos de integração e mutação*, Ed. Juruá, Curitiba 1999.

Oliveira Pais, S., *Estudos de direito da União Europeia*, Terza edizione, Ed. Almedina, Coimbra 2015.

Orsello, G. P., *Ordinamento comunitario e Unione europea*, Settima edizione, Ed. Giuffrè, Milano 2006.

Pachioni Baeta, A., *Regime diferenciado de contratações públicas – RDC*, Ed. Pini, San Paolo 2014.

Patrito, P., Il nuovo Codice dei contratti pubblici e il primo decreto correttivo (in corso di approvazione): primi spunti di riflessione, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.1, Milano 2017.

Peiser, G., *Droit administratif général*, Ventiseiesima edizione, Ed. Dalloz, Parigi 2014.

Pellizzari, S., Le opere pubbliche: nozioni fondamentali, in *Diritto urbanistico e delle opere pubbliche* (a cura di Pretis, D. di e Simonati, A.), Seconda edizione, Ed. G. Giappichelli, Torino 2014.

Pereira Júnior, J. T., *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, Quarta edizione, Ed. Renovar, Rio de Janeiro 1997.

Perrone, N. M., Barral, W., El Parlamento del Mercosur. ¿Un avance hacia la institucionalización?, in *Agenda Internacional*, Instituto de Estudios Internacionales (IDEI), Año XIV, n. 25, pp. 237-247, 2007.

Planteda, R., *I danni cagionati dallo Stato, dalla P.A. e dal Fisco* (a cura di Viola, L.), Ed. Halley, Matelica 2008.

Picozza, E., I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, v. I, (a cura di Franchini, C.), Ed. UTET, Torino 2007.

Piris, J. C., *Il trattato di Lisbona*, Ed. Giuffrè, Milano 2013.

Pittalis, G., Capitolati di appalto, da *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Volume II, Quarta edizione, Ed. UTET, Torino 1987.

Pittalis, G., Licitazione privata, da *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Volume IX, Quarta edizione, Ed. UTET, Torino 1987.

Poli, E., Vai, L., L'impatto del Parlamento europeo sul processo legislativo europeo e nazionale, in *Il Parlamento europeo per la nuova Unione* (a cura di Bonvicini, G.), Ed. Nuova Cultura, Roma 2014.

Pourcel, E., Exclusion des marchés publics : il n'est pas interdit d'interdire..., in *Contrats et marchés publics : revue mensuelle LexisNexis Juris Classeur*, gen. 2017, LexisNexis.

Raganelli, B., Contratti pubblici e piccole medie imprese: gli strumenti a sostegno compatibili con la normativa comunitaria e nazionale, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2, 2011, Ed. Giuffrè, Milano 2011, pp. 551-596.

Reale, M., O direito italiano na cultura brasileira, in *A presença italiana no Brasil* (a cura di De Boni, L. A.), v. 2, pp. 735-740, Ed. Fondazione Giovanni Agnelli, Porto Alegre 1990, p. 737.

Ramalho, J. E., *Fundamentos da integração regional*: o Mercosul, Ed. Instituto Legislativo Brasileiro – ILB, Brasilia 2007.

Rangel de Mesquita, M. J., *Introdução ao contencioso da União Europeia*, Ed. Almedina, Coimbra 2015.

Rezek, F., *Direito internacional público*, Quindicesima edizione, Ed. Saraiva, San Paolo 2014.

Ribeiro, R., O calcanhar de Aquiles no regime diferenciado de contratações públicas – RDC, Supervisione di Consulenza Finanziaria della Camera dei deputati, *Nota tecnica n. 13/2013*, Brasilia lug. 2013.

Ricci, J. C., *Droit administratif général*, Quinta edizione, Ed. Hachette Supérieur, Parigi 2013.

Rizzo, G., *La concessione di servizi*, Ed. G. Giappichelli, Torino 2012.

Rouault, M. C., *Droit administratif*, Dodicesima edizione, Ed. Gualino, Issy-Ies-Moulineaux 2016.

Romano, S. A., *L'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Ed. Giuffrè, Milano 2011.

Rotelli E., *Romagnosi 1814 "Instituzioni di diritto amministrativo"*, Ed. Il Mulino, Milano 2014.

Savonitti Miranda, H., Contratação integrada: o Brasil na contramão da história?, in *Revista digital de direito administrativo*, v. 4, pp. 59-91, San Paolo 2017.

Savonitti Miranda, H., *Curso de direito administrativo*, Quinta edizione, Ed. Senado Federal, Brasilia 2007.

Savonitti Miranda, H., *Curso de direito constitucional*, Quinta edizione, Ed. Senado Federal, Brasilia 2007.

Savonitti Miranda, H., *Improbidade administrativa*, Ed. UnyLeYa, San Paolo 2012.

Savonitti Miranda, H., *Llicitações e contratos administrativos*, Quarta edizione, Ed. Senado Federal, Brasilia 2007.

Savonitti Miranda, H., Pregão: aspectos essenciais de uma nova modalidade de licitação, in *Universitas/Jus*, n. 6, p. 59-70, gen./giu., 2001.

Savonitti Miranda, H., *Principali innovazioni legislative sulle gare e appalti pubblici in Brasile alla luce della legislazione europea e americana*, Tesi, Relatore Prof. Gaetano Edoardo Napoli, Roma 28 ott. 2015.

Schultz, P., *Éléments du droit des marchés publics*, Seconda edizione, Ed. LGDJ, Parigi 2002.

Scoca, S. S., *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Ed. Giuffrè, Milano 2008.

Seabra Fagundes, M. *O contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, Terza edizione, Ed. Forense, Rio de Janeiro 1957.

Stolfi, M., Appalto, da *Enciclopedia del diritto* (a cura di Calasso, F.), Volume II, Ed. Giuffrè, Milano 1958.

Sundfeld, C. A., *Llicitação e contrato administrativo*, Ed. Malheiros, San Paolo 1994.

Tesauro, G., *Diritto comunitario*, Ed. Cedam, Padova 2001.

Torchia, L., Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo, in *Giornale di diritto amministrativo* 5/2016, pp. 605-12, set.-ott. 2016.

Torchia, L., La nuova direttiva europea in materia di appalti, servizi e forniture nei settori ordinari, in *Diritto amministrativo*, fasc. 03-03, Milano 2015, p. 291

Ubaud-Bergeron, M., Champ d'application du Code de la commande publique, in *Contrats et Marchés Publics*, n. 1, gen. 2019, Ed. Lexis Nexis, Parigi 2019.

Ubaud-Bergeron, M., *Droit des contrats administratifs*, Ed. Lexis Nexis, Parigi 2015.

United States Department of Commerce, Office of Federal Procurement Policy, *A guide to best practices for past performances*, Washington 1995.

United States Department of Commerce, Office of Federal Procurement Policy, *Best practices for collecting and using current and past performance information*, Washington 2000.

Velley, S. *Droit administratif*, Decima edizione, Ed. Vuibert, Parigi 2013.

Velloso, C. M. S., A nova característica do mandado de injunção, in *Revista de direito público*, Ed. Malheiros, n. 100, pp. 169-174, San Paolo ott.-dic. 1991.

Ventura, D. F. L., *As assimetrias entre o Mercosul e a União Europeia: os desafios de uma associação inter-regional*, Ed. Manole, Barueri 2003.

Villani, U., *Istituzione di diritto dell'unione europea*, Terza edizione riveduta e aggiornata, Ed. Cacucci, Bari 2013.

Vinti, S., *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Ed. Cedam, Padova 2008.

Waline, J., *Droit administratif*, Venticinquesima edizione, Ed. Dalloz, Parigi 2014.

Zanelli, A., Romeo, G., *Profili di diritto dell'Unione europea*, Ed. Rubbettino, Soveria Mannelli 2002.

SITOGRAFIA

Associação Latino-Americana de Integração, *Quienes somos*, in: <http://www.aladi.org/sitioAladi/quienesSomosP.html> [consultato il 19 set. 2016].

Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), *Rassegna ragionata delle massime di precontenzioso in tema di "avvalimento" e "soccorso istruttorio" per l'anno 2017*, in https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/Pubblicazioni/RapportiStudio/ContrattiPubblici/Rassegna.massime.2017.Avvalimento_Soccorso.Istruttorio.pdf [consultato il 05 settembre 2018].

Bastidas, Y., *Descubren manuscrito original con la Carta de Jamaica del Libertador escrita en español*, 4 nov. 2014, in: <http://www.correodelorinoco.gob.ve/nacionales/descubren-primer-documento-carta-jamaica-libertador-escrita-espanol> [consultato il 19 set. 2016].

Brasile, Presidenza della Repubblica, Casa Civile, *Tire suas dúvidas sobre o regime diferenciado de contratações – RDC* (Fare domande sul Regime differenziato per i contratti pubblici – RDC), 17 lug. 2011, in: <http://casa-civil.jusbrasil.com.br/noticias/2776614/tire-suas-duvidas-sobre-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-rdc> [consultato il 20 ago. 2016].

Castrogiovanni, A., Ricci, S., *Codice Appalti, le imprese dovranno dimostrare di "saper fare": ecco i requisiti*, 7 ott. 2016, in: <http://www.forumpa.it/padigitale/codice-appalti-le-imprese-dovranno-dimostrare-di-saper-fare-ecco-i-requisiti-richiesti> [consultato il 19 lug. 2018].

Coutinho, K. R. M., *Protocolo de Olivos: um novo sistema de solução de controvérsias para o Mercosul*, nel *Avvocato Portal Jurídico*, Brasilia, n. 10, set. 2004, 16 pp., p. 5, in: <http://www.avvocato.com.br/doutrina/ed0010.2004.gui0003.htm> [consultato il 27 set. 2016].

Latour, G., Salerno, M., *Dall'aggiudicazione alle varianti: l'Abc della riforma degli appalti in 70 voci*: guida alla riforma del sistema degli appalti che sta prendendo forma in Parlamento a partire dal nuovo testo base della delega al Governo approvata dalla Commissione Lavori pubblici del Senato, 16 apr. 2015, in http://www.ediliziaeterritorio.ilsole24ore.com/art/norme/2015-04-16/dallaggiudicazione-varianti-riforma-appalti112700.php?uuid=AbJpm8jL&refresh_ce [consultato il 20 ago. 2016].

Le Moniteur, *La notion de « pouvoir adjudicateur »*, Fiche technique - mars 2007 MINEFI, in <https://www.lemoniteur.fr/article/la-notion-de-pouvoir-adjudicateur.1717949> [consultato il 22 set. 2018].

Mercosur, Parlamento del Mercosur, *O Mercosul na vida do cidadão*, in: <http://www.mercosul.gov.br/o-mercossul-na-vida-do-cidadao/parlamento-do-mercossul> [consultato il 25 set. 2016].

Mercosur, Parlamento del Mercosur, *Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul*, 9 dic. 2005, in: https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/4296/1/protocolo_pt.pdf [consultato il 25 set. 2016].

Mercosur, Parlamento del Mercosur, *Regimento interno do Parlamento do Mercosul*, 6 ago. 2007, in: https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/7556/1/regulamento_interno_pt.pdf [consultato il 25 set. 2016].

Organisation for Economic Co-operation and Development – OCDE, *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement*, in: <http://www.oecd.org/competition/cartels/42851044.pdf> [consultato il 5 ago. 2016].

Unione europea, Informazioni essenziali sull'UE, *Dichiarazione Schuman* – 9 maggio 1950, in: https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_it [consultato il 29 set. 2016].

Unione europea, *L'acquis di Schengen - 1º maggio 1999*, in:
<https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/SCH.ACQUIS-IT.pdf>
[consultato il 3 ott. 2016].

Unione europea, *Regolamenti, direttive e altri atti*, disponibile in
https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_it [consultato il 2 apr. 2017].

ELENCO NORMATIVO

BRASILE

Decreto de 14 de maio de 1862, n. 2926, aprova o regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas, *Coleção de Leis do Império do Brasil 1862, v. 1, p. 126.*

Lei de 30 de dezembro de 1909, n. 2221, fixa a despeza geral da Republica dos Estados Unidos do Brazil para o exercicio de 1910, e dá outras providencias, *DOU 31 dic. 1909, p. 9932.*

Lei de 5 de janeiro de 1917, n. 3232, fixa a despeza geral da Republica dos Estados Unidos do Brazil para o exercicio de 1917, *DOU 6 gen. 1917, p. 167.*

Lei de 6 de janeiro de 1918, n. 3454, fixa a despeza geral da Republica dos Estados Unidos do Brazil para o exercicio de 1918, *DOU 8 gen. 1918, p. 315.*

Lei de 5 de janeiro de 1920, n. 3991, fixa a despeza geral da Republica dos Estados Unidos do Brazil para o exercicio de 1920, *DOU 6 gen. 1920, p. 243.*

Decreto de 28 de janeiro de 1922, n. 4536, organiza o Codigo de Contabilidade da União, *DOU 1 feb. 1922, p. 2397.*

Decreto de 10 de agosto de 1922, n. 4555, provê as despesas publicas no exercicio de 1922, *DOU 12 ago. 1922, p. 15415.*

Decreto de 24 de maio de 1961, n. 50656, promulga o tratado que estabelece uma zona de livre comércio e institui a Associação latino-americana de livre comércio, concluído em Montevidéu, a 18 de fevereiro de 1960, entre Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguai, Peru e Uruguai, *DOFC 25 mag. 1961.*

Decreto-Lei de 25 de fevereiro de 1967, n. 200, dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências, *DOU 27 feb. 1967, Seção 1, p. 4.*

Decreto de 23 de março de 1982, n. 87054, promulga o tratado de Montevidéu 1980, *DOU 24 mar. 1982.*

Decreto-Lei de 21 de novembro de 1986, n. 2300, dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências, *DOU 25 nov. 1986, Seção 1, p. 17673.*

Constituição da República Federativa do Brasil, *DOU 191-A, 5 ott. 1988.*

Decreto de 22 de setembro de 1989, n. 98177, promulga o tratado de integração, cooperação e desenvolvimento, entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina, *DOU 25 set. 1989.*

Decreto Legislativo de 26 de março de 1991, n. 197, Tratado de Assunção, Tratado para a Constituição de um mercado comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, *DOU 26 set. 1991, p. 20.781.*

Decreto de 21 de novembro de 1991, n. 350, promulga o tratado para a Constituição de um mercado comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, *DOU 22 nov. 1991.*

Lei de 21 de junho de 1993, n. 8666, regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, *DOU 22 giu. 1993, p. 8269.*

Decreto de 10 de setembro de 1993, n. 922, promulga o protocolo para a solução de controvérsias, firmado em Brasília em 17 de dezembro de 1991, no âmbito do Mercado Comum do Sul, Mercosul, *DOU 13 set. 1993.*

Decreto de 9 de maio de 1996, n. 1901, promulga o protocolo adicional ao tratado de Assunção sobre a estrutura institucional do Mercosul, Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994, *DOU 10 mag. 1996*.

Decreto de 19 de novembro de 1996, n. 2075, dispõe sobre a execução do acordo de complementação econômica, entre Brasil, Argentina, Paraguai, Uruguai e Chile, de 30 de setembro de 1996, *DOU 20 nov. 1996*.

Decreto de 28 de maio de 1997, n. 2240, dispõe sobre a execução do acordo de complementação econômica entre os governos dos Estados Partes do Mercosul, e o Governo da República da Bolívia, de 17 de dezembro de 1996, *DOU 30 mag. 1997*.

Lei de 17 de julho de 2002, n. 10520, institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências, *DOU 18 lug. 2002, Seção 1, p. 1.*

Decreto de 21 de fevereiro de 2003, n. 4604, dispõe sobre a execução do acordo de complementação econômica n. 56, entre os Governos da República da Bolívia, da República da Colômbia, da República Bolivariana da Venezuela, da República do Equador e da República do Peru, Países-membros da Comunidade Andina, e da República Federativa do Brasil, da República Argentina, da República do Paraguai e da República Oriental do Uruguai, Estados Partes do Mercosul, de 6 de dezembro de 2002, *DOU 24 feb. 2003*.

Decreto de 9 de fevereiro de 2004, n. 4982, promulga o protocolo de Olivos para a solução de controvérsias no Mercosul, *DOU 10 feb. 2004*.

Emenda Constitucional de 30 de dezembro de 2004, n. 45, altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal,

e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências, *DOU 31 dic. 2004.*

Decreto de 31 de janeiro de 2005, n. 5361, dispõe sobre a execução do acordo de complementação econômica n. 59, entre os Governos da República Argentina, da República Federativa do Brasil, da República do Paraguai, da República Oriental do Uruguai, Estados Partes do Mercosul, e os Governos da República da Colômbia, da República do Equador, da República Bolivariana da Venezuela, Países Membros da Comunidade Andina, *DOU 1 feb. 2005.*

Decreto de 30 de abril de 2007, n. 6105, promulga o protocolo constitutivo do Parlamento do Mercosul, aprovado pela Decisão n. 23/05, do Conselho do Mercado Comum, assinado pelos Governos da República Federativa do Brasil, da República Argentina, da República do Paraguai e da República Oriental do Uruguai, em Montevidéu, *DOU 2 mag. 2007.*

Lei de 4 de agosto de 2011, n. 12462, institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nn. 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória n. 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998, *DOU 5 ago. 2011, Seção 1, Edição Extra, p. 1.*

Decreto de 6 de dezembro de 2012, n. 7859, promulga o protocolo de adesão da República Bolivariana da Venezuela ao Mercosul, firmado pelos Presidentes

dos Estados Partes do Mercosul e da República Bolivariana da Venezuela em Caracas, em 4 de julho de 2006, *DOU 7 dic. 2012*.

Acordo-Quadro de Associação entre o Mercosul e a República Cooperativista da Guiana, Montevidéu, *11 lug 2013*.

Acordo-Quadro de Associação entre o Mercosul e a República do Suriname, Montevidéu, *11 lug 2013*.

Projeto de Lei do Senado de 23 de dezembro de 2013, n. 559, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, *3 feb. 2017*.

FRANCIA

Décret 21 avril 1791, n. 190, Décret relatif aux vivres et fourrages de l'armée, *Bull. XIII, p. 206*.

Loi concernant la division du territoire de la République et l'administration (Loi du 28 pluviôse an VIII), *Bull., III, t. 1, n. 17, 1800, p. 268*.

Décret 11 juin 1806, sur L'organisation et les attributions du Conseil d'État, *Bull. IV, B, n. 98, p. 1652*.

Loi 31 janvier 1833, Loi portant règlement définitif du budget de l'exercice 1829, *Bull. LXXXIII, IX, 1^{er} part., n. 190*.

Ordonnance 4 décembre 1836, Ordonnance du Roi portant règlement sur les marchés passés au nom de l'État, *Bull. CDLXX, IX, n. 6, p. 606*.

Ordonnance 14 novembre 1837, Ordonnance du Roi portant règlement sur les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes ed des établissements de bienfaisance, *Bull. DXLVI, IX, n. 7183*.

Décret 18 novembre 1882, Relatifs aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'Etat, *Bull. 157, p. 2817, J.M., p. 420*.

Instruction Ministériel 31 juillet 1889, pour les adjudications publiques dans les divers services de l'administration de la guerre, *Bull. 24, p. 63.*

Décret 6 avril 1942, n. 42-1082, relatif aux marchés passés au nom de l'Etat, *JORF 11 apr. 1942, p. 1370.*

Ordonnance 2 novembre 1945, n. 45-2707, relative à la réglementation des marchés des communes, des syndicats de communes et des établissements communaux de bienfaisance et d'assistance, *JORF 5 nov. 1945, p. 7288.*

Loi 15 septembre 1947, n. 47-1826, modification de l'article 2 de l'Ordonnance du 2 novembre 1945, *JORF 17 set. 1947, p. 9310.*

Décret 13 mars 1956, n. 56-256, relatif aux marchés passés au nom de l'Etat, *JORF 16 mar. 1956, p. 2562.*

Décret 28 février 1957, n. 57-250, modification de l'article 98 du décret 12 juillet 1893, marches sur simple facture et marches de gré a gré : marches départementaux, *JORF 1 mar. 1957, p. 2343.*

Instruction 21 mars 1957, pour l'application du décret n. 56-256 du 13 mars 1956 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat, *JORF 31 mar. 1956, p. 3376.*

Décret 22 mai 1957, n. 57-657, portant codification des textes législatifs concernant l'administration communale, *JORF 2 giu. 1957.*

Décret 26 août 1957, n. 57-1015, relatif aux contrôles des marchés passés au nom de l'Etat, *JORF 18 set. 1957, p. 8965.*

Décret 8 janvier 1958, n. 58-15, relatif au règlement des marchés de l'Etat et des établissements publics nationaux non soumis aux lois et usages du commerce passés ou exécutés dans les territoires d'outre-mer, *JORF 14 gen. 1958, p. 548.*

Décret 25 juillet 1960, n. 60-724, nouvelle réglementation des marchés passés au nom des départements, communes, syndicats de communes et

établissements publics départementaux ou communaux, *JORF 27 lug. 1960*, p. 6923.

Décret 17 juillet 1964, n. 64-729, portant codification des textes réglementaires relatifs aux marchés publics, *JORF 21 lug. 1964*, p. 6438.

Décret 28 novembre 1966, n. 66-887, complétant le décret 64-729 17 juillet 1964 par un livre III (marchés passés au nom des collectivités locales et de leurs), *JORF 2 dic. 1966*, p. 10534.

Loi 12 juillet 1985, n. 85-704, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, *JORF 13 lug. 1985*, p. 7914.

Décret 17 avril 1989, n. 89-236, modifiant le code des marchés publics, *JORF 19 apr. 1989*, p. 5013.

Loi 3 janvier 1991, n. 91-3, relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, *JORF 5 gen. 1991*, n. 4, p. 236.

Loi 11 décembre 1992, n. 92-1282, relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, *JORF 12 dic. 1992*, n. 289, p. 16952.

Loi 29 janvier 1993, n. 93-122, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JORF 30 gen. 1993*, n. 25, p. 1588.

Décret 7 mars 2001, n. 2001-210, portant code des marchés publics, *JORF 8 mar. 2001*, n. 57, p. 37003.

Loi 15 mai 2001, n. 2001-420, relative aux nouvelles régulations économiques, *JORF 16 mai. 2001*, n. 113, p. 7776.

Loi 11 décembre 2001, n. 2001-1168, portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, *JORF 12 dic. 2001*, n. 288, p. 19703.

Loi 29 août 2002, n. 2002-1094, d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, *JORF 30 ago. 2002, p. 14398.*

Loi 9 septembre 2002, n. 2002-1138, d'orientation et de programmation pour la justice, *JORF 10 set. 2002, p. 14934.*

Circulaire du 27 septembre 2004 relative à la procédure de transposition en droit interne des directives et décisions-cadres négociées dans le cadre des institutions européennes, *JORF 2 ott. 2004, n. 230, p. 16920.*

Décret 1^{er} août 2006, n. 2006-975, portant code des marchés publics, *JORF 4 ago. 2006, n. 179, p. 11627.*

Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, *JORF 15 feb. 2012, n. 39, p. 2600, testo n. 16.*

Ordonnance du 23 juillet 2015, n. 2015-899, relative aux marchés publics, *JORF 24 lug. 2015, n. 169, p. 12602.*

Décret 25 mars 2016, n. 2016-360, relatif aux marchés publics, *JORF 27 mar. 2016, n. 74, p. 3807.*

Arrêté du 25 mai 2016 fixant la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales donnant lieu à la délivrance de certificats pour l'attribution de marchés publics et de contrats de concession), *JORF 1^{er} giu. 2016, n. 126, testo n. 32.*

Loi n. 2016-1691 du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF 10 dic. 2016, n. 287, testo n. 2.*

Ordonnance du 26 novembre 2018, n. 2018-1074, portant partie législative du code de la commande publique, *JORF 5 dic. 2018, n. 281, testo n. 20.*

Décret 3 décembre 2018, n. 2018-1075, portant partie réglementaire du code de la commande publique, *JORF 5 dic. 2018, n. 281, testo n. 21.*

Arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales donnant lieu à la délivrance de certificats pour l'attribution des contrats de la commande publique – NOR : ECOM1830220A, *JORF 31 mar. 2019, n. 0077, testo n. 14.*

ITALIA

Legge 20 aprile 1865, n. 2248, per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia, Allegato F, *G.U. 27 apr. 1865, n. 66, p. 3105.*

Regio Decreto 25 maggio 1895, n. 350, regolamento per la direzione, la contabilità e la collaudazione dei lavori dello Stato che sono nelle attribuzioni del Ministero dei lavori pubblici, *G.U. 8 giu. 1895, n. 135.*

Regio Decreto 9 maggio 1912, n. 1447, approvazione del testo unico contenente le disposizioni di legge per le ferrovie concesse all'industria privata, le tramvie a trazione meccanica e gli automobili, *G.U. 28 feb. 1913, n. 49.*

Regio Decreto 18 novembre 1923, n. 2440, nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato, *G.U. 23 nov. 1923, n. 23.*

Regio Decreto del 23 maggio 1924, n. 827, regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato, *G.U. 3 giu. 1924, n. 130, supplemento.*

Legge 24 giugno 1929, n. 1137, disposizioni sulle concessioni di opere pubbliche, *G.U. 12 lug. 1929, n. 161.*

Decreto Legislativo del Capo provvisorio dello Stato 6 dicembre 1947, n. 1501, nuove disposizioni per la revisione dei prezzi contrattuali degli appalti di opere pubbliche, *G.U. 10 nov. 1948, n. 7*.

Decreto del Presidente della Repubblica 16 luglio 1962, n. 1063, approvazione del capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici, *G.U. 7 ago 1962, n. 198*.

Legge 21 giugno 1964, n. 463, disposizioni in materia di appalti di opere pubbliche, *G.U. 4 lug. 1964, n. 162*.

Legge 10 agosto 1964, n. 664, norme integrative della legge 21 giugno 1964, n. 463, recante disposizioni in materia di appalti di opere pubbliche, *G.U. 14 ago. 1964, n. 199*.

Legge 8 agosto 1977, n. 584, norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità economica europea, *G.U. 26 ago. 1977, n. 232*.

Legge 10 dicembre 1981, n. 741, ulteriori norme per l'accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche, *G.U. 16 dic. 1981, n. 344*.

Legge 8 ottobre 1984, n. 687, modifiche delle leggi 10 dic 1981, n. 741, 8 ago 1977, n. 584, 2 feb 1973, n. 14, e di norme in materia di cauzione provvisoria e di pubblicità, *G.U. 19 ott. 1984, n. 289*.

Decreto-Legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito in Legge 12 luglio 1991, n. 203, su provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa, *G.U. 12 lug. 1991, n. 162*.

Decreto Legislativo 19 dicembre 1991, n. 406, attuazione della direttiva n. 89/440/CEE in materie di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, *G.U. 27 dic. 1991, n. 302*.

Decreto Legislativo 24 luglio 1992, n. 358, testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE, *G.U. 11 ago. 1992, n. 188.*

Legge 11 febbraio 1994, n. 109, legge quadro in materia di lavori pubblici, *G.U. 19 feb. 1994, n. 29.*

Decreto Legislativo 17 marzo 1995, n. 157, attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi, *G.U. 6 mag. 1995 n. 104.*

Decreto Legislativo 17 marzo 1995, n. 158, attuazione delle direttive 90/531/CEE e 93/38/CEE relative alle procedure di appalti nei settori esclusi, *G.U. 6 mag. 1995, n. 104.*

Decreto Legislativo 20 ottobre 1998, n. 402, modificazioni ed integrazioni al decreto legislativo 24 luglio 1992, n. 358, recante testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 93/36/CEE e 97/52/CE, *G.U. 15 feb. 1999, n. 37.*

Decreto Legislativo 25 novembre 1999, n. 525, attuazione della direttiva 98/4/CE che modifica la normativa comunitaria sulle procedure di appalti nei settori esclusi, *G.U. 15 gen. 2000, n. 11.*

Decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, *G.U. 28 apr. 2000, n. 98.*

Decreto Legislativo 25 febbraio 2000, n. 65, attuazione delle direttive 97/52/CE e 98/4/CE, che modificano ed integrano, rispettivamente, le direttive 92/50/CEE, in materia di appalti pubblici di servizi, e 93/38/CEE, limitatamente ai concorsi di progettazione, *G.U. 24 mar. 2000, n. 70.*

Legge 18 aprile 2005, n. 62, disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee, Legge comunitaria 2004, *G.U. 27 apr. 2005, n. 96.*

Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, *G.U. 2 mag. 2006, n. 100.*

Decreto Legislativo 25 giugno 2008, n. 112, disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria, *G.U. 25 giu. 2008, n. 147.*

Legge 24 dicembre 2012, n. 234, norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea, *G.U. 4 gen. 2013, n. 3.*

Legge 28 gennaio 2016, n. 11, deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, *G.U. 29 gen. 2016, n. 23.*

Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici, *G.U. 19 apr. 2016, n. 91.*

Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56, disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, *G.U. 5 mag. 2017, n. 103.*

Legge 21 giugno 2017, n. 96, conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, recante disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo, *G.U. 23 giu. 2017, n. 144.*

Linee guida 13 settembre 2017, n. 8, ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili, *G.U. 23 ott. 2017, n. 248*.

Linee guida n. 3, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recanti "Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni", approvate dal Consiglio dell'Autorità con deliberazione n. 1096 del 26 ottobre 2016, *G.U. 7 nov. 2017, n. 260, p. 15*.

Linee guida n. 6, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recanti "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice", *G.U. 7 nov. 2017, n. 260*.

Comunicato del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, del 8 novembre 2017, recante "Indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici sulla definizione dell'ambito soggettivo dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 e sullo svolgimento delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti ai sensi del D.P.R. 445/2000 mediante utilizzo del modello di DGUE", depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 novembre 2017.

Legge 27 dicembre 2017, n. 205, bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020, *G.U. 29 dic. 2017, n. 302*.

UNIONE EUROPEA

Trattato del 18 aprile 1951, che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA), Parigi 1951, *non pubblicato in G.U.*

Trattato del 25 marzo 1957, che istituisce la Comunità economica europea (CEE), Roma 1957, *non pubblicato in G.U.*

Trattato del 25 marzo 1957, che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica (CEEA o Euratom), Roma 1957, *non pubblicato in G.U.*

Trattato del 18 aprile 1965, che istituisce un consiglio unico ed una commissione unica delle Comunità europee (Trattato di fusione), Bruxelles 1965, *G.U. L 152, 13 lug. 1967, p. 1.*

Trattato del 22 aprile 1970, che modifica talune disposizioni in materia di bilancio dei trattati che istituiscono le Comunità europee e del trattato che istituisce un Consiglio unico ed una Commissione unica delle Comunità europee, Lussemburgo 1970, *G.U. L 2, 2 gen. 1971, p. 1.*

Direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, n. 304, concernente la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici ed all'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici tramite agenzie o succursali, *G.U. L 185, 16 ago. 1971, p. 1.*

Direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, n. 305, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, *G.U. L 185, 16 ago. 1971, p. 5.*

Direttiva del Consiglio 26 luglio 1972, n. 277, relativa alle modalità e condizioni di pubblicazione nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee dei bandi di gara per appalti e concessioni di lavori pubblici, *G.U. L 176, 3 ago. 1972, p. 12.*

Direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, n. 62, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, *G.U. L 13, 15 gen. 1977, p. 1.*

Direttiva del Consiglio 2 agosto 1978, n. 669, che modifica la direttiva 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, *G.U. L 225, 16 ago. 1978, p. 41.*

Direttiva del Consiglio 22 luglio 1980, n. 767, che adatta e completa, per quanto riguarda alcune amministrazioni aggiudicatrici, la direttiva 77/62/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, *G.U. L 215, 18 ago. 1980, p. 1.*

Acquis di Schengen di cui all'articolo 1, paragrafo 2, della decisione 1999/435/CE del Consiglio del 20 maggio 1999, del 14 giugno 1985, Schengen 1985, *G.U. L 239, 22 set. 2000, p. 1.*

Atto Unico Europeo (AUE) del 17 febbraio 1986, che procede ad una revisione dei trattati di Roma, Lussemburgo 1986, *G.U. L 169, 29 giu. 1987, p. 1.*

Direttiva del Consiglio 22 marzo 1988, n. 295, che modifica la direttiva 77/62/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e che abroga talune disposizioni della direttiva 80/767/CEE, *G.U. L 127, 20 mag. 1988, p. 1.*

Direttiva del Consiglio 18 luglio 1989, n. 440, che modifica la direttiva 71/305/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, *G.U. L 210, 21 lug. 1989, p. 1.*

Direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, n. 665, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, *G.U. L 395, 30 dic. 1989, p. 33.*

Direttiva del Consiglio 17 settembre 1990, n. 531, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, *G.U. L 297, 29 ott. 1990, p. 1.*

Trattato del 7 febbraio 1992, sull'Unione europea (TUE), Maastricht 1992, *G.U. C 191, 29 lug. 1992, p. 1.*

Direttiva del Consiglio 25 febbraio 1992, n. 13, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, *G.U. L 76, 23 mar. 1992, p. 14.*

Direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, n. 50, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, *G.U. L 209, 24 lug. 1992, p. 1.*

Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, n. 36, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, *G.U. L 199, 9 ago. 1993, p. 1.*

Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, n. 37, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, *G.U. L 199, 9 ago. 1993, p. 54.*

Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, n. 38, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, *G.U. L 199, 9 ago. 1993, p. 84.*

Trattato del 2 ottobre 1997, che modifica il trattato sull'Unione europea, i trattati che istituiscono le Comunità Europee e alcuni atti connessi, Amsterdam 1997, *G.U. C 340, 10 nov. 1997, p. 1.*

Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 16 febbraio 1998, n. 4, che modifica la direttiva 93/38/CEE che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, *G.U. L 101, 1° apr. 1998, p. 1.*

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata dal Parlamento europeo il 7 dicembre 2000 (modificata a Strasburgo il 12 dicembre 2007), Nizza 2000, *G.U. C 364, 18 dic. 2000, p. 1.*

Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, n. 17, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, *G.U. L 134, 30 apr. 2004, p. 1.*

Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, n. 18, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, *G.U. L 134, 30 apr. 2004, p. 114.*

Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 11 dicembre 2007, n. 66, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici, *G.U. L 335, 20 dic. 2007, p. 31.*

Trattato del 13 dicembre 2007, che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, Lisbona 2007, *G.U. C 306, 17 dic. 2007, p. 1.*

Trattato del 13 dicembre 2007, sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE) (versione consolidata), Lisbona 2007, *G.U. C 326, 26 ott. 2012, p. 47.*

Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 26 febbraio 2014, n. 23, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, *G.U. L 94, 28 mar. 2014, p. 1.*

Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 26 febbraio 2014, n. 24, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, *G.U. L 94, 28 mar. 2014, p. 65.*

Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 26 febbraio 2014, n. 25, 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, *G.U. L 94, 28 mar. 2014, p. 243.*

Regolamento delegato della Commissione 18 dicembre 2017, n. 2364, che modifica la direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le soglie applicabili per le procedure di aggiudicazione degli appalti, *G.U. L 337, 19 dic. 2017, p. 17.*

Regolamento delegato della Commissione 18 dicembre 2017, n. 2365, che modifica la direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le soglie applicabili per le procedure di aggiudicazione degli appalti, *G.U. L 337, 19 dic. 2017, p. 19.*

Regolamento delegato della Commissione 18 dicembre 2017, n. 2366, che modifica la direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le soglie applicabili per le procedure di aggiudicazione degli appalti, *G.U. L 337, 19 dic. 2017, p. 21.*

GIURISPRUDENZA

BRASILE

Corte dei Conti, Sezione I, Sentenza 15 ago. 2007, n. 1636, Procedura n. 10798/2007, *DJe 17 ago. 2007*.

Corte dei Conti, Sezione I, Sentenza 29 ago. 2007, n. 1771, Procedura n. 4.719/2007, *DJe 31 ago. 2007*.

Corte dei Conti, Sezione I, Sentenza 28 gen. 2013, n. 32, Procedura n. 7358/2012, *Dje 1 feb. 2013*.

Corte dei Conti, Plenario, Sentenza 14 mag. 2014, n. 1197, Procedura n. 197/2014, *Dje 26 mag. 2014*.

Corte dei Conti, Plenario, Sentenza 30 set. 2015, n. 2406, Procedura n. 5131/2011, *Dje 20 nov. 2015*.

Corte dei Conti, Sezione II, Sentenza 17 mag. 2016, n. 5464, Procedura n. 9917/2016, *Dje 27 mag. 2016*.

Corte di Cassazione, Sezione II, Sentenza 25 feb. 2003, Procedura n. 151567/RJ, *DJe 14 apr. 2003, n. 681878*.

Corte di Cassazione, Sezione II, Sentenza 19 ott. 2004, Procedura n. 174274/SP, *DJe 22 nov. 2004, n. 1503741*.

Corte di Cassazione, Sezione I, *Sentenza 13 mag. 2009*, Ordinanza restrittiva n. 13.101/DF, *DJe 25 mag. 2009, n. 882313*.

Corte di Cassazione, Sezione I, *Sentenza 26 giu. 2018*, Procedura n. 309867/ES, *DJe 8 ago. 2018, n. 1731236*.

Corte di Cassazione, Sezione I, *Sentenza 1 ago. 2018*, Procedura n. 627636/RJ, *DJe 03 ago. 2018, n. 85731799*.

Corte di Cassazione, *Sentenza 3 ago. 2018*, Procedura n. 1.487.378/RS, *DJe 15 ago. 2018, n. 86021446*.

Supremo Tribunale Federale, *Recurso Especial n. 466.343*, Rel. Cesar Peluso, *DJe 5 giu. 2009*, p. 1106-1330.

Supremo Tribunale Federale, *Habeas Corpus n. 87.585-TO*, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, *DJe 26 giu. 2009*, n. 118.

FRANCIA

Corte d'appello di Châlons-en-Champagne, *Sentenza 22 ago. 2017, n. 1701517*.

Corte d'appello di Nancy, Société Siloxane contro Departement de la Moselle, *Sentenza 12 mag. 2005, n. 01NC00913*.

Corte d'appello di Nancy, Prima Camera, SARL TP2B contro Commune de Dommartin-sur-Vraine, *Sentenza 4 ott. 2012, n. 11NC01940*.

Corte d'appello di Parigi, Société GAR contro Commune de Congis-sur-Thérouanne, *Sentenza 2 ott. 2007, n. 06PA02495*.

Consiglio di Stato, *Sentenza 10 lug. 1970, n. 76465*, publié au recueil Lebon.

Consiglio di Stato, Settima e Decima Camera riunite, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice contro Société Genicorp, *Sentenza 29 giu. 1998, n. 177952*.

Consiglio di Stato, Settima Camera, Société Blanchisserie Roncaglia contro Centre Hospitalier de Bastia, *Sentenza 15 dic. 2001, n. 348110*.

Consiglio di Stato, Settima e Seconda Camera riunite, Société librairie Maupetit contro Ville de Marseille, *Sentenza 8 ago. 2008, n. 312370*.

Consiglio di Stato, Settima e Seconda Camera riunite, Société ACE BTP contro Comuni della Regione di Lorraine, *Sentenza 10 giu. 2009, n. 324153.*

Consiglio di Stato, Settima e Decima Camera riunite, Ministre de la Defense e Société Multi Travaux contro Directeur de l'infrastructure de la défense à Cayenne, *Sentenza 10 nov. 2010, n. 341132.*

Consiglio di Stato, Société Ateliers Bois e Société EDM Projets contro Commune de Chaumont, Sezione S, *Sentenza 26 mar. 2014, n. 374387.*

Consiglio di Stato, Settima e Seconda Camera riunite, SA Applicam, Région Nord-Pas-de-Calais contro Société Revet, *Sentenza 14 ott. 2015, n. 390968.*

Consiglio di Stato, Seconda Camera, Société Citta et Société Strada Ingénierie contro metropoli di Aix-Marseille-Provence, *Sentenza 31 ott 2017, n. 410496.*

Consiglio di Stato, Settima e Seconda Camera riunite, Société Comptoir de négoce d'équipements contro Comune di Vitry-le-François, *Sentenza 22 gen. 2018, n. 414860.*

Consiglio di Stato, Settima e Seconda Camera riunite, Société Solutech.net contro Collectivité d'outre-mer de Saint-Barthélemy e Dauphin Télécom, *Sentenza 25 gen. 2019, n. 421844.*

Corte di Cassazione Criminale, *Sentenza 22 ott. 1970*, Ramel, D. 1971, 221; 7 janv. 1972, Guérini, D. 1972, 498.

Corte di Cassazione Civile, Sezione I, *Sentenza 17 dic. 1996*, Sté Locunivers: Bull, civ. I, n. 464; Dir. Amm., 1997, comm. n. 122, note L. Richer.

Tribunal des Conflits, *Sentenza 5 lug. 1999*, Cne Sauve: Juris-Data n. 1999-100020, Dir. Amm, 1999, comm. n. 248, note R. S.; RFD amm., 1999, p. 1163, concl. R. Shartz ; RD publ. 2000, p. 247, note Fl. Llorens.

ITALIA

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, Emanuele Fiore Mancini S.r.l. contro Fondazione Istituto G. Giglio di Cefalù, *Sentenza 30 apr. 2018, n. 252.*

Consiglio di Stato, Sezione V, *Sentenza 13 feb. 1993*, n. 250.

Consiglio di Stato, Sezione V, *Sentenza 28 feb. 2002*, n. 1225.

Consiglio di Stato, Sezione IV, *Sentenza 21 ago. 2002*, n. 4268.

Consiglio di Stato, Sezione V, Sentenza del 22 ago. 2003, n. 4750.

Consiglio di Stato, Sezione IV, *Sentenza 22 set. 2005*, n. 5005.

Consiglio di Stato, Sezione IV, *Sentenza del 12 giu. 2007*, n. 3103.

Consiglio di Stato, Sezione VI, *Sentenza del 23 lug. 2008*, n. 3655.

Consiglio di Stato, Sezione V, *Sentenza del 8 set. 2008*, n. 3083.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, Ricorso proposto dal Consorzio Cooperative Costruzioni – CCC contro l’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, *Sentenza 4 mag. 2012, n. 8.*

Consiglio di Stato, Sezione IV, Expo 2015 S.p.A. contro Geco Consorzio Stabile Soc. Cons. A.R.L., *Sentenza 9 feb. 2015, n. 656.*

Consiglio di Stato, Sezione V, Gregorio Costruzioni e Turismo S.r.l contro Comune di Orria, *Sentenza 27 apr. 2015, n. 2080.*

Consiglio di Stato, Commissione speciale sullo schema di Codice dei Contratti Pubblici, *Parere 1 aprile 2016, n. 855.*

Consiglio di Stato, Sezione V, Ladisa S.p.A. contro Rti - La Cascina Global Service S.r.l. et alii, *Sentenze 4 lug. 2017, nn. 3257 e 3258.*

Consiglio di Stato, Sezione III, Fu. It. S.r.l. contro Regione Calabria Stazione Unica Appaltante, *Sentenza 21 lug. 2017, n. 3614.*

Consiglio di Stato, Sezione V, signor Antonio Picone contro Unione dei Comuni dell'Appennino Bolognese ed altri, *Sentenza 10 ago. 2017, n. 3985.*

Consiglio di Stato, Sezione VI, Engineering.IT S.p.A. contro Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), *Sentenza 15 set. 2017, n. 4349.*

Consiglio di Stato, Sezione V, Team System S.r.l. contro Ministero dell'interno, *Sentenza 12 feb. 2018, n. 856.*

Consiglio di Stato, Sezione III, Società Cooperativa Sociale Consortile L'Agorà d'Italia contro Azienda Sanitaria Unica Regionale delle Marche (ASUR), *Sentenza 20 mar. 2018, n. 1772.*

Consiglio di Stato, Sezione V, Di Bella Salvatore contro Ministero dell'Interno e Agenzia del Demanio, *Sentenza 23 mar. 2018, n. 1853.*

Consiglio di Stato, Sezione V, Scg Impianti & Costruzioni S.p.A. contro Porto Turistico di Capri S.p.A., *Sentenza 28 mar. 2018, n. 1935.*

Consiglio di Stato, Sezione V, Egg Events S.r.l. e Rti Carlson Wagonlit Italia S.r.l. contro Consip S.p.A., *Sentenza 3 apr. 2018, n. 2049.*

Consiglio di Stato, Sezione V, Zucchetti Informatica S.p.A. e Service Trade S.p.A. contro Consip S.p.A., *Sentenza 8 mag. 2018, n. 2747.*

Consiglio di Stato, Sezione III, Cosmopol S.p.A. contro Istituto di Vigilanza Metronotte S.r.l., *Sentenza 12 lug. 2018, n. 4226.*

Consiglio Regionale Sicilia, *Sentenza 9 giu. 1998.*

Corte Costituzionale, *Sentenza 8 giu. 1984, n. 170,* S.p.A. Granital contro Amministrazione delle Finanze dello Stato.

Corte Costituzionale, *Sentenza 9 lug. 1993,* (ud. 11 giu. 1993, dep. 9 lug. 1993), n. 308, considerato in diritto, punto 2.

Corte Costituzionale, *Sentenza 1 ott. 2003,* (ud. 25 set. 2003, dep. 1 ott. 2003), n. 303, considerato in diritto, punto 2.3.

Corte Costituzionale, *Sentenza 23 nov. 2007*, (ud. 19 nov. 2007, dep. 23 nov. 2007), n. 401, considerato in diritto, punto 3.

Corte di Cassazione, *Sentenza 10 lug. 1956*, n. 2551, Sezione Unita.

Corte di Cassazione Civile, *Sentenza 9 mag. 2003*, n. 7073, Sezione I, *GU 20 ott. 2003*.

Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia, Sezione I, Società S. S.r.l. contro Comune di Santa Maria La Longa, *Sentenza del 6 giu. 2017, n. 202*.

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, I Sezione, *11 feb. 2006*, n. 1030.

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda Ter, Società Suacotex S.r.l. contro Ama S.p.A., *Sentenza 8 mag. 2017, n. 2115*.

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione I, Associazione nazionale imprese di pulizia e servizi integrati contro L'Autorità nazionale anticorruzione, *Ordinanza 1 feb. 2018, n. 517*.

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione III, Car Segnaletica Stradale S.r.l. contro Rfi - Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., *Sentenza del 4 dic. 2018, n. 11781*.

Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Catanzaro, Sezione II, *11 giu. 2002*, n. 1636.

Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione I, Italcantieri F. Lli Mirante S.r.l. contro Comune di Marcedusa, *Sentenza 24 apr. 2018, n. 952*.

Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, *2 apr. 2008*, n. 1801.

Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sezione VII, Società Cooperativa S.r.l. contro Comune di Sorrento, *Sentenza 26 giu. 2018, n. 4271*.

Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Consorzio Sisifo contro Azienda Sanitaria provinciale di Palermo, *Sentenza 22 ott. 2018, n. 2148.*

Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria, Sezione I, EN S.r.l. contro Comune di Terni, *Sentenza 2 gen. 2018, n. 10.*

UNIONE EUROPEA

Sentenza 5 feb. 1963, Causa 26/1962, Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Tariefcommissie di Amsterdam, Massima, punto 3, Raccolta della giurisprudenza 1963-00003.

Sentenza 15 lug. 1964, Causa 6/1964, Domanda di pronuncia pregiudiziale Flaminio Costa contro E.N.E.L., Massima, punto 3, Raccolta della giurisprudenza 1964-01129.

Sentenza 9 mar. 1978, Causa 106/1977, Domanda di pronuncia pregiudiziale Amministrazione delle finanze dello Stato contro S.p.A. Simmenthal, Massima, punti 3 e 4, Raccolta della giurisprudenza 1978-00629.

Sentenza 5 apr. 1979, Causa 148/1978, Procedimento penale a carico di Tullio Ratti, Raccolta della giurisprudenza 1979-01629.

Sentenza 19 gen. 1982, Causa 8/1981, Ursula Becker contro Finanzamt Münster-Innenstadt, Raccolta della Giurisprudenza 1982-00053.

Sentenza 10 mar. 1987, Causa 199/1985, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana, Omessa pubblicazione di un bando di gara per l'appalto di lavori pubblici, Raccolta della giurisprudenza 1987-01039.

Sentenza 22 giu. 1989, Causa 103/1988, Fratelli Costanzo S.p.A. contro Comune di Milano, Raccolta della giurisprudenza 1989-01839.

Sentenza 13 dic. 1989, Causa 322/1988, Salvatore Grimaldi contro Fonds des maladies professionnelles, Raccolta della giurisprudenza 1989-04407.

Sentenza 29 apr. 1999, Causa 224/1997, Erich Ciola contro Land Vorarlberg, Domanda di pronuncia pregiudiziale Verwaltungsgerichtshof - Austria, Raccolta della giurisprudenza 1999 I-02517.

Sentenza 17 set. 2002, Causa 513/1999, Concordia Bus Finland Oy Ab, già Stagecoach Finland Oy Ab contro Helsingin kaupunki e HKL-Bussiliikenne, Raccolta della Giurisprudenza 2002 I-07213.

Sentenza 3 mar. 2005, Sezione II, Cause riunite 21/03 e 34/03, Fabricom S.A. contro Belgio.

Sentenza 9 feb. 2006, Causa 226/2004, La Cascina Soc. coop. A.r.L. e Zilch S.r.l. contro Ministero della Difesa e Causa C228/2004, Consorzio G. f. M. contro Ministero della Difesa e La Cascina Soc. coop. Arl.

Sentenza 16 dic. 2008, Causa 213/2007, domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Symvoulio tis Epikrateias (Grecia) con decisione 8 dic. 2006, pervenuta in cancelleria il 23 apr. 2007, nella causa Michaniki AE contro Ethniko Symvoulio Radiotileorasis, Ypourgos Epikrateias.

Sentenza 19 mag. 2009, Sezione IV, Causa C-538/2007, Assitur S.r.l. contro Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano.

Sentenza 10 dic. 2009, Causa 299/2008, Sezione III, Commissione europea contro Repubblica francese.

Sentenza del 14 gen. 2016, Sezione I, Causa 234/2014, Ostas celtnieks SIA contro Talsu novada pašvaldība, Iepirkumu uzraudzības birojs.

Sentenza del 14 dic. 2016, Sezione IV, Causa 171/2015, Connexion Taxi Services BV contro Staat der Nederlanden ed altri.

Sentenza 20 dic. 2017, Sezione IV, Causa 178/2016, Impresa di Costruzioni Ing, E. Mantovani S.p.A. e Guerrato S.p.A. contro Provincia Autonoma di Bolzano ed altri.

Sentenza del 28 feb. 2018, Sezione VIII, Cause riunite 523/2016 e 536/2016, MA.T.I. SUD S.p.A. contro Centostazioni S.p.A. e Duemme SGR S.p.A. contro Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e Periti Commerciali (CNPR).

Sentenza del 28 mar. 2019, Sezione X, Causa 101/2018, Idi S.r.l. contro Agenzia Regionale Campana Difesa Suolo (Arcadis) nei confronti di Regione Campania.

RINGRAZIAMENTI

A conclusione di questo corso di dottorato sento doveroso porre i miei più sentiti ringraziamenti alle persone che ho avuto modo di conoscere in questo importante periodo della mia vita e che mi hanno aiutato a crescere sia dal punto di vista professionale che umano. È difficile in poche righe ricordare tutte le persone che, a vario titolo, hanno contribuito a rendere meravigliosa questa mia vicenda in Italia e in Francia.

La mia più profonda e sincera gratitudine va ai Professori Dimitri Girotto e Jean-Jacques Pardini per la saggezza e la competenza con cui hanno guidato le mie ricerche, stimolandone gli sviluppi con fiducia; al Prof. Mauro Bussani, per la perfetta conduzione dei lavori del nostro corso di dottorato interateneo Uniud/Units; alle Professoressa Laura Montanari e Elena D'Orlando, per la loro disponibilità, costanza e i loro preziosi consigli; alla Professoressa Caterina Severino, per la gentilezza e l'accoglienza a Tolone; alla Dottoressa Elena Corsino, per l'accurato lavoro di revisione di tutti i miei scritti; a tutti i docenti che ci hanno accompagnato in questo percorso formativo per il loro impegno nel voler trasmetterci al meglio la passione verso il lavoro che ci accingiamo a svolgere; a tutto il personale accademico e amministrativo delle Università di Udine, Trieste e Tolone per la sua dedizione; a tutto il personale della Biblioteca della Scuola Nazionale di P.A., a Brasília, per l'accoglienza e la cortesia nel mettere a disposizione i materiali dell'archivio; a tutti i miei compagni di corso e di università per la loro paziente e affettuosa partecipazione durante questi tre anni di lavoro; a mia figlia Isabela, alla quale spero di trasmettere il mio entusiasmo per lo studio, così come lo ho ricevuto dei miei genitori.

Henrique SAVONITTI MIRANDA

Université de Toulon, École doctorale 509, CDPC

**LES CRITÈRES POUR LA PARTICIPATION ET POUR
L'EXCLUSION AUX PROCÉDURES D'APPELS
D'OFFRES : UNE APPROCHE COMPARÉE ENTRE
BRÉSIL, FRANCE ET ITALIE**

Résumé en français :

Le procès de sélection des fournisseurs est un défi fondamental pour toute organisation. L'administration publique a le droit de définir les critères de participation et de comparer les offres avancées par les différentes parties intéressées à exercer un emploi, fournir un bien ou un service afin de choisir l'offre la plus avantageuse. De l'autre côté, les parties concernées ont le droit de participer à une procédure administrative appropriée qui prévoit un traitement égalitaire et non discriminatoire pour les différents soumissionnaires. Le but de la thèse est de trouver la ligne de séparation entre le droit de l'administration publique de garantir les conditions de capacité technique, d'organisation, économique et financière, ainsi que d'établir les causes de l'exclusion de l'appel d'offres et le droit des entreprises de ne pas les empêcher d'y participer à cause de critères horribles qui violent les principes d'égalité et de la libre concurrence.

Mot clés : Appels d'offres, Pouvoir discrétionnaire, Critères de participation et d'exclusion.

**ELIGIBILITY AND EXCLUSION REQUIREMENTS FOR BIDDING:
A COMPARATIVE APPROACH BETWEEN BRAZIL, FRANCE AND ITALY**

Résumé en anglais:

The supplier selection process is a fundamental challenge for any organization. The public administration has the right to define the criteria for participation and to compare the offers put forward by the different parties interested in exercising a job, providing a good or service in order to choose the most advantageous offer. On the other hand, the parties concerned have the right to participate in an appropriate administrative procedure which provides for equal and non-discriminatory treatment for the various tenderers. The aim of the thesis is to find the dividing line between the right of the public administration to guarantee the conditions of technical, organizational, economic and financial capacity, as well as to establish the causes of the exclusion of tendering and the right of companies not to prevent them from participating because of horrible criteria which violate the principles of equality and free competition.

Keywords: Bidding, Discretionary power, Conditions of participation.