



Legislazione europea e disciplina interna del subappalto: un'aporia culturale?*

di ROBERTO BARATTA**

SOMMARIO: 1. – Introduzione. – 2. Il modello tendenzialmente liberale accolto dal legislatore europeo in materia di contrattualistica pubblica e gli spazi di intervento normativo deferiti agli Stati membri. – 3. Gli accertamenti preclusivi contenuti nelle sentenze *Vitali*, *Tedeschi* e *Tim*. – 4. Gli effetti di tali sentenze sui giudici amministrativi: il loro valore tendenzialmente *ultra partes* (e non vincolante *erga omnes*). – 5. ... e sull'attività delle amministrazioni aggiudicatrici. – 6. L'art. 73, lett. *d*) della direttiva 2014/24 e il contemperamento con la certezza del diritto e con la stabilità dei rapporti giuridici. – 7. Riflessioni conclusive.

1. Introduzione

Di recente la Corte di giustizia ha accertato serie frizioni tra la disciplina interna del subappalto e i corrispondenti obblighi normativi imposti dall'Unione europea¹. Con l'usuale formula delle decisioni pregiudiziali, secondo cui il diritto sovranazionale *osta all'applicazione* di norme interne, i giudici di Lussemburgo si sono pronunciati su tre tipologie di restrizioni previste dal Codice dei contratti pubblici. L'*accertamento preclusivo* è intervenuto sul limite quantitativo in base al quale le prestazioni in subappalto non devono oltrepassare la soglia del 30% calcolata sull'importo totale del contratto di lavori, servizi o forniture (di seguito, il *limite del 30%*)²; sul divieto, in capo all'offerente, di ribassare l'offerta delle prestazioni, da affidare

* Questo scritto è stato sottoposto a referaggio. Esso riproduce la relazione svolta nel corso del Convegno organizzato da IGI e LUMSA (Roma, 26 febbraio 2020).

** Professore ordinario di diritto internazionale e dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Macerata.

¹ Si tratta delle sentenze 26 settembre 2019, causa C-63/18, *Vitali*, ECLI:EU:C:2019: 787; 27 novembre 2019, causa C-402/18, *Tedeschi*, ECLI:EU:C:2019:1023; e 30 gennaio 2020, causa C-395/18, *Tim*, ECLI:EU:C:2020:58.

² L'art. 105, par. 2, terza frase, del Codice dei contratti pubblici, prevedeva che «Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del

in subappalto, di oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione (di seguito, il *limite del 20%*)³; e infine sull'obbligo di escludere automaticamente il soggetto partecipante alla gara qualora si accerti che la sua offerta includa un subappaltatore incorso in violazioni della normativa sul diritto al lavoro dei disabili (di seguito, l'*esclusione automatica*)⁴.

Dopo avere messo in evidenza le ragioni di fondo per cui dette restrizioni sono incompatibili con il modello normativo adottato dal legislatore europeo (par. 2), lo scritto analizzerà, nell'ordine, i profili salienti delle recenti sentenze della Corte di giustizia (par. 3) e i loro possibili effetti sia sui giudici amministrativi (par. 4), sia sull'attività delle amministrazioni aggiudicatrici (par. 5), tenuto conto delle dottrine dell'effetto diretto e del primato del diritto dell'Unione; prenderà poi in esame le eventuali conseguenze che si potrebbero profilare su altri contratti pubblici in essere, le quali richiedono peraltro un bilanciamento con il principio generale della certezza del diritto e con il relativo corollario della stabilità dei rapporti giuridici (par. 6). Il saggio si concluderà con sintetiche riflessioni, di carattere generale, sull'aporia di fondo che segna la relazione tra il Codice dei contratti e la disciplina europea (par. 7).

2. Il modello tendenzialmente liberale accolto dal legislatore europeo in materia di contrattualistica pubblica e gli spazi di intervento normativo deferiti agli Stati membri

In un contesto di generale diffidenza del legislatore nazionale verso l'istituto del subappalto⁵, le menzionate restrizioni rispondono a precisi interessi pubblici – peraltro, come si vedrà, ritenuti meritevoli di considerazione anche dal legislatore europeo. Il *limite del 30%* è usualmente giustificato dalla necessità di impedire le infiltrazioni criminali poiché renderebbe

contratto di lavori, servizi o forniture». In seguito alle modifiche introdotte dalla c.d. legge sblocca cantieri n. 55/2019, la terza frase è stata sostituita (v. *infra* nota 5). Il successivo art. 105, par. 5, stabilisce ancora che, per le opere di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e fermi restando i limiti previsti dal all'art. 89, comma 11 del Codice, «l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso».

³ Cfr. art. 105, par. 14, del Codice dei contratti pubblici.

⁴ L'art. 80, comma 5, lett. i), del Codice dei contratti pubblici stabilisce che è escluso dalla gara l'offerente che «non presenti la certificazione di cui all'art. 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero non autocertifichi la sussistenza del medesimo requisito». Secondo tale ultima disposizione, le imprese che «partecipino a bandi per appalti pubblici o intratteng[a]no 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, pena l'esclusione». Si noti invece che, qualora tale motivo di esclusione nei confronti del subappaltatore sia constatato dopo l'aggiudicazione del contratto, l'art. 105, par. 12, del Codice prescrive soltanto la sostituzione del subappaltatore.

⁵ È sufficiente scorrere l'art. 105 del Codice dei contratti pubblici per constatare che la disciplina sul subappalto – figura negoziale costruita nel diritto italiano come contratto derivato o dipendente dal contratto principale – stabilisce precisi obblighi di comunicazione alla stazione appaltante (art. 105, par.7); attribuisce un ruolo secondario al subappaltatore poiché il contraente principale è responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante (art. 105, par. 8); prevede determinati limitazioni (art. 105, par. 4); reca con sé l'obbligo di indicare la terna dei subappaltatori (art. 105, par. 6), obbligo sospeso fino al 31 dicembre 2020 dalla c.d. legge sblocca cantieri per gli appalti di importo superiore a certe soglie; contempla talune restrizioni al pagamento diretto ai subappaltatori (art. 105, par. 13). In argomento nella dottrina amministrativistica cfr. in generale R. CARANTA, *I contratti pubblici*, 2a ed., Torino, 2012, in part. p. 364; S. FANTINI, H. SIMONETTI, *La basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2017, p. 112 ss. che reca una disamina sintetica, ma efficace, della disciplina codicistica del subappalto.

economicamente meno conveniente il loro coinvolgimento nelle commesse pubbliche⁶. Il *limite del 20%* è invece considerato indispensabile per contrastare i fenomeni di *dumping* sociale e, in particolare, l'inosservanza della normativa previdenziale e di quella contenuta nei contratti collettivi di lavoro cui potrebbe essere indotto il subappaltatore a fronte di compensi eccessivamente bassi. L'*esclusione automatica* infine rivela un atteggiamento di massimo rigore del Codice dei contratti pubblici a garanzia della puntuale osservanza del diritto sociale.

Il sistema normativo europeo, sin dagli anni settanta, mostra invece un deciso *favor* legislativo per il subappalto – anche nei delicati settori della difesa e della sicurezza⁷ – che si colloca, più in generale, in una vocazione *tendenzialmente liberale* della disciplina della contrattualistica pubblica⁸. Preso atto di tale *modello legislativo*, la Corte di giustizia ha individuato nella concorrenza effettiva tra i potenziali contraenti l'elemento cardine del sistema⁹: l'ordinamento sovranazionale si è proposto di assicurare la circolazione delle offerte transfrontaliere e di creare una sorta di mercato unico degli appalti (in particolare per quelli *sopra soglia*¹⁰) che coinvolga appieno le piccole e le medie imprese¹¹. Era quindi inevitabile

⁶ Al riguardo v. ad esempio M. GENTILE, *Il subappalto nel nuovo codice: aumentano limiti, vincoli e dubbi applicativi*, in *Appalti e contratti*, 2016, p. 43 ss.

⁷ Cfr. il considerando 40 e gli artt. 20 e 21 della direttiva 2009/81 del Parlamento e del Consiglio del 13 luglio 2009 relativa al coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione di taluni appalti di lavori, di forniture e di servizi nei settori della difesa e della sicurezza da parte delle amministrazioni aggiudicatrici/degli enti aggiudicatori, e recante modifica delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (GUUE 20 agosto 2009, L 216, p. 76).

⁸ Dalla giurisprudenza emerge che l'Unione mira ad aprire i bandi di gara alla concorrenza: cfr. sent. 23 dicembre 2009, causa C-305/08, *CoNISMa*, EU:C:2009:807, punto 37 (anche per le citazioni alla giurisprudenza precedente); 10 luglio 2014, causa C-358/12, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, EU:C:2014:2063, punto 29; 28 gennaio 2016, causa C-50/14, *CASTA*, EU:C:2016:56, punto 55. In dottrina, cfr. tra gli altri G. GRECO, *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in materia di appalti di lavori pubblici*, in G. GRECO (a cura di), *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Milano, 1990, p. 12; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., p. 17 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, 3a ed., Bologna, 2017, p. 430 s.; B. RAGANELLI, *PMI, procurement e favor participationis*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2017, p. 839 ss., in part. pp. 841, 845-846.

⁹ Cfr., in particolare, le sentenze 20 settembre 1988, causa 31/87, *Beentjes*, ECLI:EU:C:1988:422, punto 21; 16 settembre 1999, causa C-27/98, *Metalmecanica Fracasso SpA*, ECLI:EU:C:1999:420, punto 26; 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo Spa e Consorzio Alisei*, ECLI:EU:C:2006:308, punto 58. In un secondo momento, la Corte ha precisato che la normativa in materia di contratti pubblici persegue il duplice fine di eliminare gli ostacoli alla libera prestazione dei servizi e di garantire, conseguentemente, gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire servizi alle amministrazioni aggiudicatrici di altri Stati membri: sent. 18 ottobre 2001, causa C-19/00, *SIAC Construction*, ECLI:EU:C:2001:553, punto 32; 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, *Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni*, ECLI:EU:C:2001:640, punto 36; 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau AG*, ECLI:EU:C:2002:746, punto 51.

¹⁰ Conviene ricordare però che per gli appalti *sotto soglia* la giurisprudenza della Corte impone comunque il rispetto dei principi generali desumibili dai Trattati: la parità di trattamento, la trasparenza, la proporzionalità e il reciproco riconoscimento (cfr. il considerando n. 1 della direttiva 2014/24 e in dottrina tra gli altri M. PROTTO, *Appalti pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da Cassese), Vol. I, Milano, 2006, p. 256 s.).

¹¹ Sent. 5 aprile 2017, causa C-298/15, *Borta*, EU:C:2017:266, punto 48, da cui risulta che il ricorso al subappalto contribuisce all'apertura dei mercati nazionali alla concorrenza su scala europea e favorisce l'accesso agli appalti pubblici delle piccole e medie imprese. Al riguardo si rammenta che la suddivisione in lotti dei grandi appalti è auspicata anche nel documento di lavoro dei servizi della Commissione del 25 giugno 2008, che reca il titolo "Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici", SEC(2008) 2193. Si veda anche il *considerando* 78 della direttiva 2014/24 che sottolinea l'importanza di suddividere i grandi appalti pubblici in lotti per favorire la partecipazione delle PMI; il subappalto è strumento normativo complementare alla suddivisione in lotti poiché rende possibile la loro partecipazione alle gare pubbliche di grandi dimensioni. In argomento v. di recente B. RAGANELLI, *PMI, procurement e favor participationis*, cit., in part. pp. 841 e 845 ss.

che si delineasse, per quel che qui interessa, una chiara *promozione* europea degli istituti dell'avvalimento, del subappalto e finanche della divisione in lotti dei grandi progetti di appalto affinché alle relative gare partecipi una pluralità di soggetti economici e le imprese di ridotte dimensioni¹². Da tempo dunque l'apertura alla concorrenza transfrontaliera dei contratti pubblici è considerata funzionale, per un verso, alla realizzazione del mercato unico e quindi alla circolazione dei fattori produttivi (merci, servizi e stabilimento degli operatori economici) nel territorio europeo¹³ e, per altro verso, alla retta gestione della spesa pubblica, sull'assunto che la concorrenza è destinata a renderla più efficiente, obiettivo anch'esso di indubbia valenza generale soprattutto per gli Stati costretti a seguire linee di austerità nelle rispettive politiche fiscali¹⁴.

La *concorrenza* e il *mercato* non sono peraltro gli unici obiettivi della normativa europea. Il legislatore sovranazionale reputa meritevoli di protezione altri valori di natura non *mercantilista* che sono perseguiti tramite un insieme di regole spesso stringente, complesso e articolato anche in impedimenti. Ad esempio, la disciplina europea permette di stabilire che sia il soggetto aggiudicatario a eseguire direttamente *in toto* o in parte la prestazione contrattuale qualora l'esecuzione dell'aggiudicatario (o di un partecipante al raggruppamento) sia giustificata dalla natura della prestazione stessa¹⁵. La conseguente impossibilità di subappaltare potrebbe ad esempio dipendere dalla specifica qualificazione tecnica dell'aggiudicatario, la quale inoltre è suscettibile di avere una influenza significativa in sede di aggiudicazione dell'appalto¹⁶. Soprattutto poi la disciplina europea intende proteggere i valori sociali e di legalità: basti richiamare le disposizioni che permettono agli Stati membri sia di contrastare la corruzione e le infiltrazioni criminali nei contratti pubblici, sia di imporre il rispetto della legislazione ambientale, sociale e del lavoro¹⁷. Così facendo, la normativa sui contratti pubblici

¹² Cfr. art. 46 della direttiva 2014/24 e le sent. 10 ottobre 2013, causa C-94/12, *Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino*, EU:C:2013:646, punti 28-32; 14 luglio 2016, causa C-406/14, *Wroclaw*, ECLI:EU:C:2016:562, punto 33. In una logica non dissimile si pongono anche il *considerando* 63 e l'art. 38, par. 2 e 3, della direttiva 2014/23 sulle concessioni (in *GUUE* 28 marzo 2014, L 94, p. 1 ss.), e ciò nel senso che in principio l'operatore economico deve avere la possibilità di ricorrere alla capacità di altri soggetti nell'esecuzione dei contratti.

¹³ Il legame delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici con le libertà fondamentali emerge *ex multis* nelle sent. 10 febbraio 1982, causa 76/81, *SA Transporoute et travaux*, ECLI:EU:C:1982:49, punto 7; 10 novembre 1998, causa C-360/96, *BFI Holding*, ECLI:EU:C:1998:525, punto 41; 3 ottobre 2000, causa C-380/98, *University of Cambridge*, ECLI:EU:C:2000:529, punto 16; 18 ottobre 2001, *SIAC Construction*, cit., punto 32.

¹⁴ Cfr. *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, Bruxelles, 27.1.2011, COM(2011) 15 definitivo, p. 4 s.

¹⁵ Si veda ad esempio, in relazione ai c.d. settori speciali, l'art. 79 della direttiva 2014/25 (in *GUUE* 28 marzo 2015, L 94, p. 243 ss.) e l'art. 63, par. 2, direttiva 2014/24.

¹⁶ V. ad esempio l'art. 67, par. 2, lett. b), direttiva 2014/24.

¹⁷ Cfr. il *considerando* 41 della direttiva 2014/24 («Nessuna disposizione della [...] direttiva dovrebbe vietare di imporre o di applicare misure necessarie alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, della salute, della vita umana e animale o della preservazione dei vegetali o alle altre misure ambientali [...] a condizione che dette misure siano conformi al TFUE») e il combinato disposto degli artt. 71, par. 3 lett. b), e 57 della direttiva secondo cui le amministrazioni aggiudicatrici "escludono" (l'uso della locuzione verbale al presente indicativo è emblematica nella redazione legislativa degli atti dell'Unione per significare un obbligo) il subappaltatore che sia stato condannato con sentenza definitiva per partecipazione a organizzazione criminale, corruzione o frode, ovvero per non aver adempiuto a imposte obblighi previdenziali dalla procedura, seppure a certe condizioni.

si allinea *doverosamente* – non è superfluo sottolinearlo – ai valori fondanti del processo di integrazione europea¹⁸.

In definitiva, l'Unione si è proposta di conciliare differenti esigenze, individuando un punto di equilibrio tra due paradigmi valoriali di riferimento e i sottostanti interessi: da un lato, la concorrenza, le *regole di mercato* e, dall'altro, la necessità, sostenuta in particolare da alcuni Stati membri, di contrastare eventuali *degenerazioni* o *distorsioni* cui può prestarsi l'istituto del subappalto. Dal contemperamento effettuato in sede europea non emerge quindi una logica prevalente (di mercato o di protezione di esigenze degli Stati esposti a infiltrazioni criminali o a irregolarità), bensì la ricerca di un punto di equilibrio fra interessi divergenti, la cui definizione è rimessa spesso agli Stati membri in sede di attuazione delle direttive. In altri termini, la legislazione europea assume, per così dire, una *postura liberale temperata* in quanto le autorità nazionali sono messe sovente in condizione di sfruttare certi spazi di normazione predefiniti e loro riservati, affinché possano perseguire determinati interessi pubblici, sociali e di legalità, egualmente ritenuti meritevoli di considerazione¹⁹.

Per converso, gli Stati membri, pur conservando un margine di apprezzamento nell'attuazione delle direttive, non fruiscono di una sfera valutativa illimitata²⁰. L'intervento statale, da un lato, deve conformarsi al contenuto precettivo delle direttive che talora non deferiscono spazi discrezionali in sede di attuazione: in tal caso, le direttive costituiscono uno stringente parametro di legalità della condotta statale. Lo Stato, dall'altro, deve rispettare il principio di proporzionalità: ove lo Stato si sia avvalso di date norme facoltizzanti previste dalla direttiva può adottare misure nazionali idonee a garantire la realizzazione di un certo obiettivo pubblico, ma *non può* eccedere quanto è strettamente necessario per conseguirlo.

Ne segue che l'Unione non impone regole uniformi, salvo settori particolari in cui abbia adottato norme complete e stringenti che non assegnano spazi di apprezzamento nazionale. Nel definire i procedimenti di gara, gli Stati membri conservano comunque la facoltà di non applicare affatto certe clausole ovvero di inserirle nella normativa nazionale di recepimento con un grado di rigore variabile in funzione di valutazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale. In tale ambito, gli Stati membri hanno il potere di rendere più flessibili ovvero di irrigidire maggiormente le regole previste dalle direttive sugli appalti purché restino nella cornice normativa disegnata dalle norme facoltizzanti e purché si conformino al

¹⁸ Se le istituzioni non si allineassero al quadro costituzionale (in senso materiale) loro imposto dai Trattati (e ciò purtroppo accade), si produrrebbe un evidente discostamento da valori normativi dell'Unione. Mi permetto di rinviare a quanto affermato altrove e cioè che il processo di integrazione europea non può, non dovrebbe, essere più spiegato in chiave esclusivamente mercantilistica, essendo sempre più permeato da valori sociali, culturali, umanistici e in particolare dalla *rule of law* che proprio in ragione di ciò assume l'accezione di *social rule of law*, l'Unione dovendo, in primo luogo, perseguire il rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello stato di diritto, dei diritti dell'uomo e di quelli delle minoranze; e, in secondo luogo, promuovere la crescita economica, l'occupazione, la protezione dei lavoratori, il progresso sociale, la solidarietà tra le generazioni (art. 3 TUE) (R. BARATTA, *Droits fondamentaux et «valeurs» dans le processus d'intégration européenne*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, pp. 289-308 e in *Revue juridique des étudiants de La Sorbonne*, vol. 2, n. 1, 2019, pp. 1-27). Più in generale, in termini filosofico-giuridici, si rinvia al volume di S. COTTA, *Il diritto come sistema di valori*, Torino, 2004, in part. p. 37 ss.

¹⁹ Questo approccio del legislatore europeo in materia di subappalto non è una novità, riflettendo anzi una logica di contemperamento dei divergenti interessi in gioco tipica della materia dei contratti pubblici, inclusi quelli – assai delicati e rispetto ai quali gli Stati membri possono invocare l'eccezione di sicurezza nazionale, fondata nei Trattati – militari (per brevità sul punto mi sia consentito di rinviare a R. BARATTA, *L'eccezione di sicurezza nazionale e i "defence procurement" nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 75 ss.).

²⁰ Cfr. sent. 22 ottobre 2015, causa C-425/14, *Edilux*, ECLI:EU:C:2015:721, punti 27-29.

principio di proporzionalità che (insieme i principi di parità di trattamento e di trasparenza) permea di sé le procedure ad evidenza pubblica²¹. L'esatta comprensione del quadro normativo dell'Unione – a volte non agevole, come si vedrà – è dunque indispensabile per procedere all'adattamento del diritto interno alla normativa comune.

In tale contesto sovranazionale si collocano le tre menzionate pronunce della Corte di giustizia, le quali hanno stabilito che le due limitazioni quantitative (del 20% e del 30%) non sono giustificabili in punto di proporzionalità, mentre l'*esclusione automatica* viola la direttiva 2014/24, non permettendo all'amministrazione aggiudicatrice di attivare la procedura di controllo espressamente prevista dall'art. 57, par. 6 della stessa direttiva affinché l'offerente sia messo in condizione di dimostrare la sua affidabilità.

Un elemento ricorrente nelle sentenze in questione, come si constaterà, è dato dal giudizio di proporzionalità. Soprattutto nelle due sentenze sui limiti quantitativi, la Corte ha posto l'accento su tale parametro di legalità dell'azione statale il quale richiede che la misura interna, per conformarvisi, risponda a un duplice criterio di *adeguatezza* e di *necessità* rispetto agli obiettivi che la misura stessa si prefigge, essendo entrambi parametri di riferimento alla cui stregua si apprezza il corrispondente controllo di un principio (la proporzionalità) in sé giustiziabile²². Lo Stato avrebbe dovuto dimostrare la sussistenza di un rapporto di *coerenza necessitata* tra le restrizioni al subappalto e la finalità perseguita, e dunque l'indispensabilità del ricorso alle restrizioni stesse per conseguire certi valori di legalità e sociali; e comunque che esse erano *in concreto* idonee, in modo coerente e puntuale, a garantire le finalità perseguite, non essendovi altre misure meno invasive della sfera giuridica degli operatori economici interessati. Concepito dunque essenzialmente come limite all'azione statale, il controllo di proporzionalità restringe il potere di intervento statale in senso materiale in punto sia di adeguatezza che di necessità dell'azione²³. Ebbene, secondo la Corte, il Governo italiano, intervenuto nelle cause pregiudiziali, non è riuscito a giustificare la *necessità* delle restrizioni al subappalto. Per le considerazioni che seguono, difficilmente avrebbe potuto riuscirci.

3. Gli accertamenti preclusivi contenuti nelle sentenze *Vitali, Tedeschi e Tim*

Vediamo ora i punti salienti delle pronunce della Corte di giustizia.

La sentenza *Vitali*

Qui la Corte – richiesta di pronunciarsi sul *limite del 30%* – ricorda *in limine* che il congiunto disposto degli articoli 57 e 71 della direttiva 2014/24 riserva agli Stati membri un margine di apprezzamento in sede di attuazione della direttiva stessa²⁴. All'offerente può essere

²¹ V. art. 18 direttiva 2014/24; sent. 20 settembre 2018, causa C-546/16, *Montte*, EU:C:2018:752, punto 38.

²² Cfr. in giurisprudenza ad esempio la sentenza 10 luglio 2014, causa C-358/12, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, ECLI:EU:C:2014:2063, punti 29-31.

²³ Secondo un noto filone giurisprudenziale, il principio di proporzionalità si articola in due elementi di base: la misura restrittiva deve essere idonea a realizzare i legittimi obiettivi perseguiti (test di idoneità) e non eccedere i limiti di quanto è necessario per i loro raggiungimento (test di necessità). Ne consegue che, se è possibile una scelta tra più misure appropriate o idonee, si deve ricorrere a quella meno restrittiva per la sfera giuridica individuale: l'incidenza della misura non deve essere sproporzionata rispetto agli scopi perseguiti (v. sentenza 4 maggio 2016, causa C-547/14, *Philip Morris Brands*, EU:C:2016:325, punto 165).

²⁴ Sent. *Vitali*, cit., punto 29.

imposto l'obbligo di comunicare alla stazione appaltante l'intendimento di ricorrere al subappalto, così da permetterle l'accertamento di eventuali motivi di esclusione del subappaltatore. Si vuole così impedire che l'esecuzione dell'appalto sia affidata a operatori economici coinvolti in organizzazioni criminali o in reati di corruzione o di frode²⁵. Nell'accordare dunque agli Stati membri una certa sfera di discrezionalità nella fase di trasposizione della direttiva nell'ordinamento interno²⁶, appunto al fine di contrastare l'infiltrazione della criminalità organizzata negli appalti pubblici²⁷, la Corte sottolinea la congruenza con la normativa europea dei valori di legalità perseguiti dal Codice dei contratti²⁸. Ma da ciò – rileva subito dopo la Corte affrontando il *thema decidendum* – non si può dedurre che gli Stati membri dispongono della libertà di stabilire un limite quantitativo astratto calcolato su una determinata percentuale dell'appalto²⁹. Anche ipotizzando che la restrizione quantitativa in oggetto sia idonea a perseguire lo scopo predetto, essa «eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo»³⁰ poiché è destinata a ricevere applicazione in modo indistinto, senza lasciare spazio alcuno alla valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore³¹, tanto più che misure meno restrittive sono prospettabili³².

Il punto critico della prescrizione normativa interna è esattamente l'indifferenziato *automatismo* del limite e la rinuncia aprioristica alla valutazione discrezionale della stazione appaltante: quest'ultima, in relazione alle circostanze del caso di specie, potrebbe – ad esempio ricorrendo ad altre disposizioni esplicitamente previste dalla normativa europea – sia verificare *ex ante* l'identità del subappaltatore al momento dell'offerta³³ ovvero farlo *ex post*, ossia dopo l'aggiudicazione³⁴; sia determinare se sussistono motivi di esclusione dei subappaltatori in ragione del loro coinvolgimento in organizzazioni criminali, in condotte corruttive o fraudolente³⁵.

In linea generale, sul piano dell'adeguatezza della misura, direi che è poco convincente asserire che l'amministrazione aggiudicatrice, avendo accertato l'identità di un subappaltatore affidabile, debba escluderlo dalla gara *solo* perché l'offerta supera il *limite del 30%*. Sotto questo profilo, si può comprendere il sostanziale silenzio della Corte sul test di adeguatezza (là dove essa si limita a *ipotizzare* l'idoneità della misura a perseguire lo scopo, senza ulteriori rilievi), che è – lo si è visto – una delle componenti essenziali del controllo di proporzionalità. Come può essere considerata idonea una misura volta a tutelare la legalità del contratto pubblico se essa è suscettibile di travolgere offerte di soggetti economici totalmente affidabili? E poi, ove si muovesse dal presupposto della impossibilità di accertare l'effettiva identità di colui che si cela dietro la figura di un subappaltatore, ciò non equivarrebbe a dire che si è disposti,

²⁵ Ivi, punti 34-35.

²⁶ Ivi, punto 36.

²⁷ Ivi, punto 37.

²⁸ Ivi, punti da 31 a 36.

²⁹ Ivi, punto 30.

³⁰ Ivi, punto 38.

³¹ Ivi, punto 40.

³² Ivi, punto 42.

³³ Art. 71, par. 2, direttiva 2014/24.

³⁴ Art. 71, par. 5, direttiva 2014/24. In definitiva, l'amministrazione aggiudicatrice ben può, per quanto riguarda l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto, vietare il ricorso a subappaltatori quando non sia stata in grado di verificare le loro capacità in occasione della valutazione delle offerte e della selezione dell'aggiudicatario (cfr. sent. 18 marzo 2004, causa C-314/01, *Siemens e ARGE Telekom*, EU:C:2004:159, punto 45).

³⁵ Art. 57 direttiva 2014/24.

ancorché in casi estremi, a tollerare eventuali degenerazioni criminogene dell'istituto del subappalto purché l'illegalità resti nel *limite del 30%*?

La Corte non si sofferma su questi profili, pur concernenti il controllo di proporzionalità, e giudica *sic et simpliciter* ingiustificata la restrizione sotto il profilo del test di necessità: quel divieto – non essendo «necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata [...]»³⁶ – appare manifestamente sproporzionato. Si potrebbe aggiungere, più in generale, che non sussiste, e comunque che non risulta provata, quella relazione, riassuntiva del giudizio di proporzionalità, di *coerenza* (o di adeguatezza) *necessitata* tra il *limite del 30%* e la finalità perseguita. Le legittime esigenze di legalità avverso fenomeni di infiltrazione criminale ben possono essere realizzate tramite l'obbligo di designare eventuali subappaltatori nel corso della procedura ad evidenza pubblica o con altri rimedi preventivi di lotta alla criminalità organizzata di cui peraltro l'ordinamento interno è fornito.

La sentenza *Tedeschi*

Qui la Corte, nei riguardi del *limite del 30%*, ripropone un *iter* logico-argomentativo simile a quello seguito in *Vitali* che non è dunque il caso di ripercorrere³⁷. A proposito invece del *limite del 20%*, la Corte prende atto dell'argomento per cui tale restrizione persegue l'obiettivo di tutelare i lavoratori impiegati nel subappalto e, più in generale, il rispetto della legislazione sociale. In passato la Corte aveva affermato, seppure in linea teorica, che uno Stato membro può perseguire un simile obiettivo in relazione a talune misure di protezione salariale previste dalla normativa tedesca nei confronti di subappaltatori operanti in regime di libera prestazione di servizi³⁸. Tuttavia, nella fattispecie in esame la Corte si astiene dal pronunciarsi con puntualità sull'adeguatezza del limite rispetto al fine perseguito. Ci si potrebbe incidentalmente domandare per quale motivo debba escludersi dalla gara il partecipante che, pur superando quel limite, riesca a garantire che il subappaltatore osservi la normativa sul lavoro e di carattere sociale; ovvero, per converso, chiedersi quale sia il fondamento della presunzione assoluta di correttezza dell'offerta contenuta entro quel limite se poi in concreto il subappaltatore non rispetti quella stessa normativa.

Ad ogni modo, la Corte rileva che il *limite del 20%* risulta sproporzionato poiché «non lascia spazio ad una valutazione caso per caso da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dal momento che si applica indipendentemente da qualsiasi presa in considerazione della tutela sociale garantita dalle leggi, dai regolamenti e dai contratti collettivi applicabili ai lavoratori interessati»³⁹. A giudizio della Corte, «un tale limite generale e astratto è [...] sproporzionato rispetto all'obiettivo perseguito, dal momento che esistono altre misure meno restrittive che faciliterebbero il raggiungimento di quest'ultimo»⁴⁰, come ad esempio l'identificazione dei

³⁶ Ivi, punto 41.

³⁷ Sent. *Tedeschi*, cit., punti 28 ss.

³⁸ A giudizio della Corte, è in principio legittimo contrastare fenomeni di dumping sociale, tramite l'imposizione di retribuzioni minime ai subappaltatori che esercitano la loro attività in regime di libera prestazione di servizi, sia la penalizzazione delle imprese concorrenti locali che concedono una congrua retribuzione ai loro dipendenti: tuttavia una misura di protezione salariale può rivelarsi sproporzionata (sent. 14 settembre 2014, causa C-549/13, *Bundesdruckerei GmbH*, ECLI:EU:C:2014:2235, punti 30 ss.).

³⁹ Sent. *Tedeschi*, cit., punto 65.

⁴⁰ Ivi, punto 70.

subappaltatori nel corso della procedura di aggiudicazione, il divieto di sostituirli durante la fase di esecuzione e un puntuale controllo delle offerte anormalmente basse⁴¹.

La sentenza Tim

Per quel che concerne infine il quesito pregiudiziale definito nel caso *Tim* – riguardante l'*esclusione automatica* dell'offerente che abbia inserito nella terna dei subappaltatori il nome di un operatore non in regola con la normativa italiana a protezione dei disabili⁴² – occorre notare anzitutto come la Corte abbia *in limine* valorizzato un principio centrale della direttiva. Si allude all'obbligo – previsto dall'art. 18, par. 2, della direttiva 2014/24 in capo all'offerente – di rispettare, nell'esecuzione dell'appalto, la normativa ambientale, sociale e del lavoro⁴³. Si tratta, afferma la Corte, di un «valore cardine» della normativa europea che, in base ai criteri interpretativi del diritto dell'Unione, deve permettere alle autorità nazionali di ritenere che «l'autore della violazione possa essere non soltanto l'operatore economico che ha presentato l'offerta, ma anche i subappaltatori dei quali quest'ultimo intenda avvalersi»⁴⁴; e può aggiungersi, per interpretazione, anche nei confronti del soggetto sulla cui capacità l'offerente abbia fatto affidamento nel predisporre l'offerta⁴⁵. Ne segue che, nella logica della direttiva, è l'operatore economico partecipante alla gara a *dover garantire* l'integrità complessiva della sua offerta. Così facendo, si profila una sorta di area di *due diligence* in capo all'offerente, al quale finisce per essere imputabile la scarsa accortezza di avere indicato un subappaltatore autore di illeciti o di irregolarità pregressi in contrasto con l'art. 18, par. 2 della direttiva 2014/24.

Muovendo dalla considerazione dell'obbligo contenuto in quest'ultima disposizione, considerata in chiave sistematica con l'art. 57 della direttiva stessa, la sentenza riconosce

⁴¹ Lo Stato italiano potrebbe imporre agli offerenti di indicare, nella loro offerta, la quota parte dell'appalto e i lavori che essi hanno intenzione di subappaltare, nonché l'identità dei subappaltatori proposti. Lo Stato potrebbe inoltre vietare agli offerenti di sostituire subappaltatori con nuovi soggetti di cui l'ente aggiudicatore non abbia potuto verificare previamente l'identità, la capacità e l'affidabilità (v., per analogia, sentenza del 5 aprile 2017, *Borta*, cit., punto 57). Lo Stato italiano potrebbe applicare l'art. 55 della direttiva 2004/18 (sent. *Tedeschi*, cit., punto 72, oggi art. 69 direttiva 2014/24) sulle offerte anormalmente basse. D'altro canto, la normativa italiana prescrive già misure che mirano a consentire all'amministrazione aggiudicatrice di verificare la capacità e l'affidabilità del subappaltatore prima che egli effettui le prestazioni subappaltate (sent. *Tedeschi*, cit., punto 71).

⁴² V. art. 80, comma 5, lettera *i*), del Codice dei contratti pubblici. Si noti inoltre che, ex art. 105, commi 6 e 12, del Codice è «obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori, qualora gli appalti di lavori, servizi o forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 e per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione. In tal caso il bando o avviso con cui si indice la gara prevedono tale obbligo. Nel bando o nell'avviso la stazione appaltante può prevedere ulteriori casi in cui è obbligatoria l'indicazione della terna anche sotto le soglie di cui all'articolo 35 [...]. L'affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80». Tale obbligo, come accennato, è sospeso fino al 31 dicembre 2020.

⁴³ Si noti che la disposizione reca l'obbligo di rispettare non solo la normativa imposta dal diritto nazionale, ma anche gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro previsti dal diritto dell'Unione, dai contratti collettivi e da convenzioni internazionali. Si considerino altresì due dati normativi (non sempre rilevati) che mostrano l'attenzione del legislatore europeo all'osservanza degli obblighi medesimi: gli Stati membri sono autorizzati tanto a indire gare riservate a operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale di persone disabili o svantaggiate (art. 21 direttiva 2014/24), quanto a imporre «etichettature» quale mezzi di prova che i lavori, i servizi e le forniture oggetto dell'appalto corrispondono a determinate caratteristiche ambientali e sociali (art. 43 direttiva 2014/24).

⁴⁴ Sent. *Tim*, cit., punti 38 e 39. Ciò è tanto più vero se si considera che l'amministrazione può decidere di non aggiudicare l'appalto in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa se l'offerente non sia in linea con il principio cardine della direttiva in oggetto (art. 54, par. 1, comma 2 direttiva 2014/24).

⁴⁵ V. art. 63, par. 1, comma 2, direttiva 2014/24.

pertanto che l'amministrazione aggiudicatrice, a certe condizioni, possa tenere conto della *condotta poco diligente* dell'impresa partecipante alla gara. In effetti, il dovere dell'offerente di garantire, sin dalla procedura ad evidenza pubblica, che l'esecuzione dell'appalto sarà in linea con i medesimi obblighi normativi anche in riferimento alla condotta dei subappaltatori, diviene il perno della disciplina europea; l'integrità dell'offerta consiste *inter alia* nell'inclusione di una lista di subappaltatori che abbiano rispettato gli obblighi in materia sociale, ambientale e del lavoro⁴⁶.

Sulla base di tale *prius* logico e giuridico, la Corte stabilisce che – ai sensi degli artt. 18, par. 2 e 57, par. 4, lett. a) della direttiva 2014/24, e tenuto conto del considerando n. 101 di quest'ultima – la fattispecie dedotta in giudizio davanti al giudice nazionale va annoverata tra i motivi di esclusione dalla gara⁴⁷. Tuttavia, il conseguente potere o dovere di esclusione (previsto dalla legislazione europea) deve allinearsi, nel corso dell'intera procedura di aggiudicazione, al rispetto del diritto dell'Unione e al principio di proporzionalità⁴⁸. L'amministrazione aggiudicatrice, sostiene la Corte, deve essere posta in condizione di valutare il carattere lieve dell'irregolarità ovvero la natura reiterata della stessa, la gravità, le circostanze dell'illecito, anche quando la violazione provenga dal potenziale subappaltatore; figura che può essere senza dubbio estranea all'offerente e rispetto alla quale questi non dispone necessariamente dell'autorità per imporre il rispetto degli standard ambientali, sociali e del lavoro⁴⁹. Si noti che – per quanto la sentenza *Tim* non vi presti particolare attenzione – nel contesto della direttiva 2014/24 la possibilità della stazione appaltante di reagire, anche *ex post* tramite la risoluzione del contratto aggiudicato⁵⁰, all'indicazione di subappaltatori inidonei è strettamente dipendente dalle informazioni che, ai sensi dell'art. 71, parr. 2 e 5, l'offerente *deve* fornire circa i suoi legami con i subappaltatori⁵¹. *Per incidens*, rilevo che la considerazione sistematica e la *ratio legis* di tali disposizioni sono essenziali per attuarle correttamente nell'ordinamento nazionale.

In una situazione del genere, la direttiva 2014/24 non lascia spazi discrezionali agli Stati membri: la stazione appaltante è *tenuta* ad avviare la *clausola di correzione* (prevista dall'art. 57, par. 6 della direttiva) del motivo di esclusione, al fine di consentire all'offerente di dimostrare l'affidabilità della sua offerta già *nel corso della procedura di aggiudicazione*, fornendo le “prove” della sua idoneità che, se sufficienti, impediscono l'esclusione dalla procedura di gara⁵². Il punto di frizione con la disciplina europea sta esattamente nell'automatismo dell'esclusione che è di per sé incoerente con la natura precettiva dell'art. 57,

⁴⁶ Sent. *Tim*, cit., punto 42.

⁴⁷ Si ricordi che i motivi di esclusione di cui all'art. 57 della direttiva si distinguono in motivi obbligatori e facoltativi e le relative fattispecie sono graduate in funzione della gravità e della definitività o meno degli accertamenti sottostanti.

⁴⁸ Sent. *Tim*, cit., punto 45.

⁴⁹ Ivi, punto 48.

⁵⁰ V. artt. 57 e 73 lett. b), direttiva 2014/24.

⁵¹ Gli obblighi di informazione gravanti sull'offerente sono collegati anche all'art. 71, par. 6, lett. b), direttiva, che permette alle amministrazioni aggiudicatrici di verificare – a norma degli artt. 59, 60 e 61 della direttiva – eventuali motivi di esclusione del subappaltatore ai sensi dell'art. 57. Quest'ultima disposizione riguarda sia i motivi di esclusione obbligatoria sia quelli di esclusione facoltativa, concernenti, entrambi, casi di violazione degli obblighi di cui all'art. 18, par. 2. Se ricorre un caso di esclusione obbligatoria, l'appaltatore *deve* sostituire il subappaltatore. Se invece ricorre un motivo di esclusione non obbligatoria, l'amministrazione aggiudicatrice può esigere che l'operatore economico sostituisca il subappaltatore.

⁵² Sentenza *Tim*, cit., punti 49 e 50.

par. 6, della direttiva: il Codice dei contratti si fonda su una presunzione assoluta di esclusione dell'offerente per qualsiasi violazione posta in essere dai subappaltatori; ossia su un meccanismo presuntivo che sottrae all'amministrazione aggiudicatrice il potere di valutare, volta per volta, le particolari circostanze del caso di specie e, all'operatore economico, la possibilità di dimostrare la propria affidabilità malgrado la constatazione di detta violazione.

La Corte infine sottolinea – direi *ad abundantiam* – che l'automatismo previsto dalla norma interna viola altresì il principio di proporzionalità. Non sembra peraltro che per questa via si delinei un controllo ricostruibile in termini di spazio discrezionale concesso agli Stati membri in sede di attuazione della direttiva. In realtà, per i motivi testé indicati, la proporzionalità assume il carattere di paradigma normativo *predefinito* dal legislatore europeo in quanto è la stessa direttiva a stabilire in chiave vincolante la necessità di ricorrere alla procedura di verifica *ex art. 57, par. 6*. Il Codice dei contratti pubblici eccede il margine di discrezionalità di cui fruiscono gli Stati membri appunto perché, in base al diritto dell'Unione, la stazione appaltante deve poter considerare le circostanze dell'irregolarità o dell'illecito in cui è incorso il subappaltatore, valutazione che le è invece interdetta dallo stesso Codice⁵³. L'esclusione non può essere automatica, bensì frutto di valutazione delle circostanze del caso di specie. Come si vede, l'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione aggiudicatrice, insito nel meccanismo di verifica, è di nuovo parte ineludibile della disciplina europea del subappalto⁵⁴.

4. Gli effetti di tali sentenze sui giudici amministrativi: il loro valore tendenzialmente *ultra partes* (e non vincolante *erga omnes*)

Su di un piano generale, va ricordato che il giudizio della Corte che accerta l'effetto preclusivo – secondo l'usuale formulazione indiretta, tipica delle sentenze pregiudiziali, per cui la norma dell'Unione “osta” all'applicazione del diritto interno difforme da parte del giudice del rinvio – è vincolante. Lo è *in primis* per il Parlamento che ha il dovere di ricomporre *rapidamente* (di regola, con la prima *legge europea* successiva alla pronuncia) la necessaria armonia tra legislazione interna e le norme dell'Unione come interpretate dalla Corte di giustizia in via pregiudiziale⁵⁵.

Lo è, in secondo luogo, per il giudice del rinvio⁵⁶. La Corte infatti «risolve, con la forza del giudicato, una o più questioni di diritto comunitario e vincola il giudice nazionale per la

⁵³ Ivi, punto 53.

⁵⁴ Altri profili dell'art. 105 profilano seri elementi di collisione con la normativa europea in materia di subappalto: ad esempio, l'obbligo di indicare una terna di subappaltatori (art. 105, par. 6, ora sospeso dalla L. 55/2019), ancorché l'aggiudicatario non intenda ricorrere a nessun subappaltatore, appare poco giustificabile.

⁵⁵ Cfr. *ex multis* sent. 21 giugno 2007, cause riunite da C-231/06 a C-233/06, *Jonkman*, EU:C:2007:373, punto 38, in cui la Corte ha affermato che «a seguito di una sentenza emessa su domanda di pronuncia pregiudiziale da cui risulti l'incompatibilità di una normativa nazionale con il diritto comunitario, è compito delle autorità dello Stato membro interessato adottare i provvedimenti generali o particolari idonei a garantire il rispetto del diritto comunitario sul loro territorio [...] Pur mantenendo un potere discrezionale quanto alle misure da adottare, tali autorità devono vigilare in particolare affinché il diritto nazionale sia rapidamente adeguato al diritto comunitario e affinché sia data piena attuazione ai diritti che sono attribuiti ai singoli dall'ordinamento comunitario».

⁵⁶ L'interpretazione di una norma europea data dalla Corte di giustizia nell'esercizio della competenza pregiudiziale chiarisce e precisa il significato e la portata di detta norma, quale deve o avrebbe dovuto essere intesa e applicata dal momento della sua entrata in vigore (v., in particolare, sent. 27 marzo 1980, causa 61/79, *Denkavit*

definizione della lite principale»⁵⁷: questi è tenuto a disapplicare qualsiasi disposizione nazionale difforme.

L'accertamento assume così un valore preclusivo immediato nei riguardi dell'efficacia di quella medesima disposizione, senza che il giudice stesso debba chiederne ovvero attendere la previa rimozione da parte del legislatore⁵⁸. Si profila quindi la necessità di garantire in sede giudiziaria l'integrità dei vincoli di appartenenza all'Unione tramite la *non applicazione* del diritto nazionale difforme. Se ne dovrebbe desumere, a titolo esemplificativo, che nei seguiti della sentenza *Vitali*, dinanzi al TAR Lombardia, dovrà essere rimosso l'atto di esclusione dell'offerente per avere, questi, previsto prestazioni da eseguire in subappalto per una quota superiore al 30%; e verosimilmente esserne dichiarata la riammissione alla procedura di gara.

In virtù di un consolidato orientamento dei giudici di Lussemburgo – che muove da un approccio inevitabilmente *monista*⁵⁹ – fondato sul principio di *leale cooperazione* e sull'effetto utile della procedura pregiudiziale, il giudice del rinvio è quindi tenuto a garantire la *tenuta in giudizio* dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comuni⁶⁰. E ciò include, se del caso, anche l'obbligo di disattendere una giurisprudenza consolidata nazionale, ancorché proveniente da un'autorità giurisdizionale superiore al giudice del rinvio – inclusa quella pregressa del Consiglio di Stato, menzionata dal TAR Lombardia nell'ordinanza di rinvio in *Vitali*⁶¹ – ove tale giurisprudenza si fondasse su un'interpretazione del diritto interno incompatibile con il

italiana, ECLI:EU:C:1980:100, punto 16; 10 febbraio 2000, causa C-50/96, *Deutsche Telekom*, ECLI:EU:C:2000:72, punto 43; 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne*, ECLI:EU:C:2004:17, punto 21).

⁵⁷ Ord. 5 marzo 1986, causa 69/85, *Firma Wünsche*, ECLI:EU:C:2000:72, punto 13. Il giudice nazionale non può quindi discostarsi dalla sentenza resa in via pregiudiziale (sent. 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Elchinov*, ECLI:EU:C:2010:581, punti 29 e 30). Secondo costante giurisprudenza, la sentenza con cui la Corte si pronuncia in via pregiudiziale vincola il giudice nazionale, per quanto concerne l'interpretazione o la validità degli atti delle istituzioni dell'Unione in questione, circa la definizione della lite nel procedimento principale (sent. 20 ottobre 2011, causa C-396/09, *Interedil*, EU:C:2011:671, punto 36, e 5 aprile 2016, causa C-689/13, *PFE*, EU:C:2016:199, punto 38).

⁵⁸ L'obbligo del giudice nazionale di disapplicare il diritto interno incompatibile con norme dell'Unione di natura vincolante, in quanto inerente alla natura dell'ordinamento dell'Unione e tale da imporsi anche rispetto a norme interne che riservino un potere di valutazione a organi diversi dal giudice nazionale, risale alla sent. 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, EU:C:1978:49, punti 21-23.

⁵⁹ Sarebbe difficile altrimenti spiegare non solo l'idea che il diritto dell'Unione si integra negli ordinamenti nazionali (come la Corte affermò sin da *Costa c. Enel*), ma anche il vincolo che la sentenza pregiudiziale impone al giudice nazionale. Il qualificativo *monista*, utilizzato nel testo per definire l'approccio della Corte di giustizia, è preferibile a quello di "federalista" (E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, Torino, 2014, p. 296) poiché più coerente con l'assunto che l'Unione non è uno Stato (parere 2/13 del 18 dicembre 2013, EU:C:2014:2454, punto 156).

⁶⁰ Cfr. in tal senso, sent. 16 dicembre 1976, causa 33/76, *Rewe*, ECLI:EU:C:1976:188, punto 5; 16 dicembre 1976, causa 45/76, *Comet*, ECLI:EU:C:1976:191, punto 12; 9 marzo 1978, *Simmenthal*, cit., punti 21 e 22; 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame*, ECLI:EU:C:1990:257, punto 19; 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*, ECLI:EU:C:1995:437, punto 12. Il giudice del rinvio deve inoltre disapplicare, anche di propria iniziativa, qualsiasi disposizione nazionale contraria, senza doverne attendere la previa soppressione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale (cfr. sent. 20 ottobre 2011, causa C-396/09, *Interedil*, EU:C:2011:671, punto 38; 4 giugno 2015, causa C-5/14, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, EU:C:2015:354, punto 32; 5 aprile 2016, causa C-689/13, *PFE*, EU:C:2016:199, punto 40).

⁶¹ Sent. *Vitali*, cit., punto 16.

diritto dell'Unione⁶²; e salvo che, s'intende, non vi fossero i presupposti per applicare la nota dottrina dei *controlimiti* elaborata dalla Corte costituzionale⁶³.

Sarebbe inoltre poco accurato sostenere che le sentenze pregiudiziali sono vincolanti *erga omnes*, tali cioè da imporre per fattispecie identiche in capo a tutti i giudici nazionali il medesimo obbligo gravante in principio sul giudice del rinvio. Non sono da intendersi in questo senso né l'affermazione secondo cui il giudice nazionale, nel definire le cause pendenti dinanzi ad esso, deve tener conto del fatto che da una sentenza della Corte risulti che una disposizione di diritto nazionale è contraria al diritto dell'Unione, di cui quel giudice deve garantire il primato⁶⁴, né quella per cui tale giudice, ancorché di ultima istanza, non è tenuto ad attivare il meccanismo di rinvio pregiudiziale qualora la questione sia materialmente identica ad una già decisa⁶⁵. Questi orientamenti esprimono piuttosto l'intendimento della Corte di conferire un valore tendenzialmente *ultra partes* ad un suo precedente, all'unico scopo, in sé assai pragmatico, di evitare o alleviare inutili fenomeni di ingolfamento delle sue aule e di rallentamento ingiustificato dell'attività.

Anche il fatto che la sentenza si integri (metaforicamente) nella norma interpretata e sia quindi suscettibile di avere una portata che va oltre la soluzione del caso concreto dinanzi al giudice di rinvio, non preclude che sia permesso ai giudici nazionali, ove lo ritengano opportuno, di deferire nuovamente alla Corte questioni di interpretazione identiche o simili a condizione che sollevino profili in precedenza non considerati o non rilevati. Né si può escludere che, successivamente alla sentenza pregiudiziale, il giudice del rinvio modifichi gli accertamenti di fatto e di diritto da esso definiti nell'ambito della prima domanda di pronuncia pregiudiziale. In effetti, la disciplina dei rapporti tra la Corte e i giudici di *diritto comune* non vieta a questi ultimi di modificare, successivamente a una sentenza pregiudiziale, le proprie valutazioni rispetto al contesto di fatto e di diritto considerate rilevanti nella fattispecie al momento in cui era stato posto il quesito⁶⁶. Il che potrebbe far emergere spazi per una nuova

⁶² Sent. *Elchinov*, cit., punto 30; 15 gennaio 2013, *Križan*, ECLI:EU:C:2013:8, punto 69; 19 aprile 2016, causa C-441/14, *DI*, EU:C:2016:278, punti 33 e 34; 5 luglio 2016, causa C-614/14, *Atanas Ognyanov*, ECLI:EU:C:2016:514, punto 36. Dal punto di vista dei giudici di Lussemburgo (ma non per la Corte costituzionale qualora si ricorra alla *dottrina dei controlimiti*), detto obbligo sussiste anche nei confronti del giudice del rinvio per quanto riguarda la valutazione in diritto espressa da un giudice costituzionale, dal momento che, secondo una giurisprudenza consolidata, è inammissibile che norme di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, possano pregiudicare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione (sent. 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, ECLI:EU:C:1970:114, punto 3; 8 settembre 2010, causa C-409/06, *Winner Wetten*, ECLI:EU:C:2010:503, punto 61). La Corte ha d'altronde già precisato che i suddetti principi si applicano nei rapporti tra un giudice costituzionale e qualsiasi altro giudice nazionale (sentenza del 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, ECLI:EU:C:2010:363, punti 41-45).

⁶³ La dottrina al riguardo è molto abbondante: si veda tra gli altri i volumi collettanei B. NASCIBENE (a cura di), *Costa/Enel: Corte Costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, 2015; C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Milano, 2018.

⁶⁴ Ord. 15 ottobre 2015, causa C-581/14, *Naderhirm*, EU:C:2015:07, punto 36; ord. 7 giugno 2018, causa C-589/16, *Filippi*, ECLI:EU:C:2018:417, punto 36.

⁶⁵ Sent. 27 marzo 1963, cause riunite 28, 29 e 30/62, *Da Costa*, ECLI:EU:C:1963:6.

⁶⁶ La Corte di giustizia ha interpretato l'art. 267 TFUE nel senso che esso «non impone né vieta al giudice del rinvio di procedere, in seguito alla pronuncia della sentenza emessa in via pregiudiziale, ad una nuova audizione delle parti nonché a nuove misure istruttorie che possano indurlo a modificare gli accertamenti di fatto e di diritto da esso effettuati nell'ambito della domanda di pronuncia pregiudiziale purché tale giudice dia piena attuazione all'interpretazione del diritto dell'Unione data dalla Corte» (sent. 5 luglio 2016, causa C-614/14, *Atanas Ognyanov*, ECLI:EU:C:2016:514, punti 29 e 30).

richiesta pregiudiziale che sollevi punti e profili diversi da quelli in precedenza esaminati dalla Corte.

Comunque sia, finché il TAR e il Consiglio di Stato non sollevaranno eventuali ulteriori (e improbabili) quesiti pregiudiziali, le sentenze *Vitali*, *Tedeschi* e *Tim* recano *accertamenti preclusivi* vincolanti nel senso indicato. D'altronde, una recente decisione del Consiglio di Stato ha dato già opportuna prova di allineamento alle sentenze stesse riguardo al limite del 30%, incidentalmente giudicandolo *superato*⁶⁷. Si può aggiungere, infine, che è verosimilmente destinato a cadere anche il novellato art. 105 del Codice dei contratti pubblici in seguito all'emendamento introdotto dalla L. 55/2019, disposizione che impone, di regola, alle stazioni appaltanti di non consentire subappalti per una quota superiore «del quaranta per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture». Alla luce delle sentenze *Vitali* e *Tedeschi*, pare evidente che l'elevazione del limite al 40%, dato il suo carattere automatico, sia egualmente incoerente con gli obblighi imposti dal diritto dell'Unione.

5. ... e sull'attività delle amministrazioni aggiudicatrici

Le sentenze in oggetto sono destinate *inter alia* a riflettersi sull'attività amministrativa. Nelle procedure a evidenza pubblica in corso e in quelle future, l'autorità nazionale appaltante è tenuta a *non più applicare* le restrizioni al subappalto in contrasto con il diritto dell'Unione come interpretato dalla Corte. Le sentenze pregiudiziali, in virtù dell'*accertamento preclusivo* che esse recano, si ergono a difesa dell'efficacia del diritto dell'Unione anche nei confronti di tali autorità in virtù dei principi della primazia del diritto dell'Unione e della leale cooperazione che si impongono anche all'amministrazione aggiudicatrice (art. 4(3), commi 2 e 3, TUE). Ne segue che le stazioni appaltanti, anche ove il legislatore italiano tardasse a riformare il Codice dei contratti, sono tenute a non applicare la normativa interna difforme nelle procedure in corso⁶⁸.

Sul piano teorico, l'*accertamento preclusivo* della Corte di giustizia si traduce in una regola *negativa* applicabile al caso concreto, potendosi ritenere che l'esito di una verifica, proveniente dal supremo interprete del diritto dell'Unione ex art. 19, par. 1 TUE, sia *imposta* agli organi statali. Se è vero che, in molti ordinamenti, incluso quello italiano, il principio di legalità è immanente al diritto amministrativo, così che l'autorità è soggetta esclusivamente alle norme statali e che il potere dell'amministrazione deve trovare esplicito fondamento in una *norma di legge*⁶⁹, non vi è motivo per non includere in questo paradigma di riferimento le

⁶⁷ Cfr. la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 16 gennaio 2020, n. 389 che, citando le sentenze *Vitali* e *Tedeschi*, stabilisce che il limite del 30% deve ritenersi superato. Anche per questo motivo è plausibile assumere che, in seguito alla sentenza *Tedeschi*, il Consiglio di Stato possa confermare l'aggiudicazione dell'appalto alla stessa azienda *Tedeschi* nonostante che la stazione appaltante avesse accertato che la sua offerta eccedeva il limite del 30% e quello del 20%.

⁶⁸ Auspicherei anzi – anche al fine di impedire alle amministrazioni aggiudicatrici di reiterare condotte difformi dagli obblighi derivanti dalla normativa dell'Unione in materia di subappalto, ormai oggetto di accertamento preclusivo nelle sentenze in oggetto, e in attesa delle modifiche da apportare al Codice in linea con gli accertamenti della Corte di giustizia – il ricorso a possibili strumenti (questi sì alternativi alla rimozione dei contratti in essere) volti a prevenire violazioni future, come ad esempio a una circolare amministrativa.

⁶⁹ Cfr. art. 1 della legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo e, seppure indirettamente, art. 113 Cost. da cui si può desumere che, in materia di *justiciability* degli atti amministrativi, il giudice debba assumere la legge quale parametro di sindacabilità degli atti impugnati.

disposizioni che abbiano ricevuto ingresso nell'ordinamento interno in seguito all'adesione all'Unione⁷⁰.

L'*effetto diretto preclusivo* opera, oltre che nei confronti delle autorità giurisdizionali, anche in relazione alle autorità amministrative nazionali⁷¹: esse dunque *non* possono applicare il diritto interno confliggente con quello dell'Unione e sono tenute a rendere operanti, in luogo delle norme nazionali, le disposizioni della direttiva stessa che siano produttive di effetto diretto poiché incondizionate e sufficientemente precise (*effetto diretto applicativo*), salvo, s'intende, che non vi siano spazi per applicare la tecnica argomentativa dell'*interpretazione conciliatrice* della norma interna con quella dell'Unione⁷².

In chiave ricostruttiva, va sottolineata la complessità della rilevazione di simili conseguenze per i motivi di cui si dirà. L'*effetto diretto preclusivo* è frutto di un procedimento logico scomponibile in tre momenti: in una prima fase, è necessario procedere al controllo di coerenza tra norma interna e disposizione dell'Unione di natura vincolante, invocata dinanzi all'amministrazione, per identificare l'esistenza di un contrasto tra questi due parametri; in una seconda fase, si accerta se l'antinomia non sia in realtà apparente perché ricomponibile tramite l'interpretazione conciliatrice; solo nella terza e ultima fase, in via di *extrema ratio*, qualora l'antinomia sia autentica, si disapplica il diritto interno in ragione della primazia del diritto dell'Unione. A sua volta, l'*effetto diretto sostitutivo* è logicamente successivo e si produce a condizione che la norma dell'Unione sia produttiva di effetto diretto secondo i requisiti (di chiarezza, precisione e incondizionatezza) sviluppati in decenni di giurisprudenza della Corte. Come si vede, l'effetto diretto della disposizione sovranazionale – inteso come sua idoneità ad essere invocata dinanzi alle autorità nazionali – assume *in primis* un rilievo protettivo, a garanzia dei diritti individuali nelle tre fasi del confronto con il diritto interno⁷³; e si sostituisce

⁷⁰ Del resto, la funzione produttiva dei meccanismi di adattamento a fonti esterne – frutto di una visione positivista della dottrina italiana della prima metà del Novecento, fondata essenzialmente sul postulato dell'esclusività dell'ordinamento statale e sostenuta soprattutto da T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, vol. II, Padova, 1962, p. 8 s.; G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, Padova, 1967, p. 84 ss. – è stata opportunamente superata dalla Corte costituzionale con la tesi della *ritrazione* dell'ordinamento interno dagli spazi occupati dal diritto sovranazionale (cfr. le sentenze 8 giugno 1984, n. 170, ECLI:IT:COST:1984:170 e 11 giugno 1990, n. 285, ECLI:IT:COST:1990:285, par. 4.2, parte “in diritto”) che equipara la condizione della disposizione europea alla legge interna (v. anche *infra*, nota 85).

⁷¹ Spetta a tutte le autorità degli Stati membri garantire il rispetto delle norme dell'Unione nell'ambito delle loro competenze (sent. 12 giugno 1990, causa C-8/88, *Germania c. Commissione*, ECLI:EU:C:1990:241, punto 13).

⁷² Sent. 13 febbraio 1985, causa 5/84, *Direct Cosmetics Ltd.*, ECLI:EU:C:1985:71, punto 37; *Costanzo*, cit. punto 33; 29 aprile 1999, causa C-224/97, *Ciola*, ECLI:EU:C:1999:212, punti 21 ss. (sull'obbligo di disapplicazione di atti amministrativi individuali, concreti e divenuti definitivi); 9 settembre 2003, causa C-198/01, *Conorzio Industrie Fiammiferi*, ECLI:EU:C:2003:430, punti 49 e 58 (in cui la Corte ha precisato tra l'altro che «un'autorità nazionale garante della concorrenza, quale l'Autorità, è investita della missione di vigilare, in particolare, sul rispetto dell'art. 81 CE e che tale norma, in combinato disposto con l'art. 10 CE, impone un obbligo di astensione a carico degli Stati membri, l'effetto utile delle norme comunitarie sarebbe affievolito se, nell'ambito di un'inchiesta sul comportamento di imprese ai sensi dell'art. 81 CE, quell'autorità non potesse accertare se una misura nazionale sia in contrasto con il combinato disposto degli artt. 10 CE e 81 CE e se, conseguentemente, non la disapplicasse», punto 50); 12 gennaio 2010, causa C-341/08, *Petersen*, EU:C:2010:4, punto 80; 14 ottobre 2010, causa C-243/09, *Fuß*, EU:C:2010:609, punto 61; 4 dicembre 2018, causa C-378/17, *Minister for Justice and Equality*, ECLI:EU:C:2018:979, punti 41 ss.

⁷³ In queste prime fasi l'effetto diretto della disposizione europea non presuppone la completezza e l'incondizionalità della stessa, ma più semplicemente che essa possieda un carattere sufficientemente vincolante in capo allo Stato membro.

propriamente a quest'ultimo solo in un momento successivo⁷⁴. La *sostituzione* (o applicazione della norma comune) si determina in concreto, colmando il vuoto normativo creato nel diritto interno dall'accertamento preclusivo, qualora la pretesa fatta valere dinanzi all'amministrazione non possa prescindere poiché la sola disapplicazione del diritto interno difforme non è sufficiente a garantire i diritti individuali protetti dal diritto dell'Unione; solo in questo caso la norma dell'Unione diviene fonte diretta di diritti individuali. Se invece la pretesa dedotta in giudizio o dinanzi all'organo amministrativo è tutelabile sulla base della sola rimozione degli effetti del diritto interno (effetto impeditivo o preclusivo), quest'ultima può dunque essere sufficiente⁷⁵. In tale direzione si pongono le pronunce *Vitali, Tedeschi e Tim*, se non altro perché i quesiti pregiudiziali non hanno sollevato questioni sulla completezza e incondizionatezza delle disposizioni dell'Unione, limitandosi a porre questioni sulla natura *ostativa* della normativa europea rispetto alle prescrizioni nazionali.

Ora, la predetta sequenza logica, racchiusa tra i principi dell'efficacia diretta e della primazia del diritto dell'Unione, evidenzia la problematicità del passaggio nel quale la Corte

⁷⁴ Innumerevoli sono i contributi dottrinali in tema di effetto diretto e primato: resta essenziale il volume di R. LUZZATTO (*La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, Milano 1983) per comprenderne le origini. Si vedano poi la ricostruzione complessiva di S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002, e quella di B. DE WITTE, *Direct effect, primacy, and the nature of the legal order*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, 2nd ed., Oxford, 2011, p. 323 ss., che esamina effetto diretto e primazia soprattutto nell'ottica di qualificazione dell'ordinamento sovranazionale: l'a. ne esclude la natura federale e lo riconduce a una «branch of international law, albeit a branch with some unusual, quasi-federal, blossoms» (p. 362). A volte la dottrina ritiene che la previa determinazione dell'effetto diretto (racchiusa nella formula secondo cui la norma europea è chiara, precisa e incondizionata) condiziona il ricorso al principio del primato: il diritto nazionale difforme non riceve applicazione solo se la norma europea è direttamente efficace appunto perché soddisfa quei requisiti (M. DOUGAN, *When Worlds Collide! Competing Visions of the Relationship Between Direct effect and Supremacy*, in *CML Rev.*, 2007, p. 931 ss.; S. PRECHAL, *Direct effect, indirect effect, supremacy and the evolving constitution of the European Union*, in C. BARNARD (ed.), *The Fundamentals of the EU Revisited: Assessing the Impact of the Constitutional Debate*, Oxford, 2007, p. 35 ss.). Una simile impostazione, non priva di logica dogmatica, non è sempre confermata dalla prassi giurisprudenziale. Le sentenze in esame mostrano infatti che la Corte si è arrestata alla terza fase del ragionamento descritto nel testo. Come si preciserà *infra*, alla Corte è stato sufficiente accertare che le disposizioni della direttiva sul subappalto *ostano* all'applicazione del diritto interno; ai fini dell'affermazione della primazia delle prime è bastato verificarne la natura vincolante. Il giudice del rinvio non aveva del resto interrogato la Corte di giustizia sui requisiti di chiarezza, precisione e incondizionatezza delle disposizioni rilevanti. In definitiva, le due dottrine (effetto diretto e *primauté*) sono difficilmente dissociabili (v. nota successiva) e soprattutto la Corte non definisce in modo costantemente identico la nozione di effetto diretto. Le due *dottrine* si mescolano con un grado di maggiore o minore profondità anche a seconda dei quesiti pregiudiziali posti dal giudice del rinvio. In altre parole, la nozione di efficacia diretta del diritto dell'Unione può servire semplicemente a impedire l'applicazione del diritto interno difforme (e affermare il principio della primazia) ove si accerti la sola natura vincolante dell'obbligo imposto dalla disposizione europea la quale è invocata dinanzi al giudice interno semplicemente per impedire l'applicazione del diritto interno difforme. L'assenza di rigore logico-sistematico della Corte di giustizia non è affatto singolare se si tiene presente che il suo obiettivo, in sé pragmatico, in casi del genere è garantire l'effettività del diritto dell'Unione a fronte di situazioni (più fisiologiche di quanto si possa ritenere *prima facie* se si considera la complessità del diritto europeo) di inadempimento statale.

⁷⁵ Sarebbe improprio sostenere che il principio del primato possiede una sfera di applicazione più ampia dell'effetto diretto perché in caso di contrasto tra diritto interno e norma dell'Unione si avrebbe soltanto l'effetto impeditivo (disapplicazione della norma nazionale difforme). Le due dottrine – effetto diretto (invocabilità in giudizio o dinanzi all'amministrazione nazionale della norma europea) e *primauté* (disapplicazione del diritto interno) – sono in realtà applicate congiuntamente dalla Corte in sede pregiudiziale. Anche se il giudice nazionale omette di richiedere una pronuncia sull'effetto diretto *sostitutivo* della norma europea, limitando la domanda sulla sola non conformità all'*acquis* della norma interna, la prassi giurisprudenziale mostra che il rilievo della prima, almeno a garanzia della sua efficacia nell'ordinamento interno, è sempre presente almeno nella sola affermazione dell'accertamento preclusivo.

assimila l'amministrazione aggiudicataria alla condizione in cui versa il giudice nazionale. Come è noto, la Corte di giustizia vi è giunta con un'argomentazione assai sintetica, secondo la quale sarebbe contraddittorio imporre il primato del diritto dell'Unione ai soli giudici⁷⁶. Tuttavia, l'amministrazione aggiudicatrice, a differenza del giudice nazionale, non dispone del potere di rinvio pregiudiziale, ancorché l'accertamento degli effetti diretti di una norma europea, siano essi di tipo preclusivo o sostitutivo, spesso necessita dell'opera interpretativa della Corte di giustizia a fronte di un testo normativo complesso: in virtù dell'art. 19, par. 1, TUE ad essa spetta di chiarire i primi due passaggi sopra indicati, nonché la ricorrenza delle condizioni che presiedono all'effetto sostitutivo. E ciò è tanto più vero se si considera che tali accertamenti presuppongono un'accurata padronanza dei criteri interpretativi del diritto dell'Unione elaborati dalla Corte di giustizia nel corso di decenni di progressivo affinamento.

Insomma, l'ipotesi che l'amministrazione possa svolgere i compiti insiti nei momenti del procedimento logico-argomentativo sopra richiamati, senza l'ausilio della Corte di giustizia, è di ardua percorribilità⁷⁷. Eppure, il rilievo dell'eccessiva responsabilità gravante sull'amministrazione, e quello, correlato, del livello elevato di conoscenza del diritto dell'Unione egualmente gravante su di essa, non sono stati oggetto di specifica considerazione da parte della stessa Corte. Nelle sentenze in oggetto, mentre era in parte prevedibile che i limiti quantitativi fossero destinati a cadere⁷⁸, una eguale previsione era certamente più difficile da sostenere rispetto all'*esclusione automatica*. Come si è visto, infatti, nella sentenza *Tim il prius* giuridico della pronuncia – l'affermazione della condizione di *due diligence* in cui versa l'offerente che abbia indicato un subappaltatore autore di illeciti o di irregolarità in violazione dell'art. 18, par. 2 della direttiva – è frutto dell'interpretazione sistematica di un testo normativo assai complesso, oggetto peraltro di inevitabili compromessi conseguiti non senza fatica nel corso della procedura legislativa europea che condusse all'approvazione della direttiva.

⁷⁶ «[Q]ualora sussistano i presupposti necessari, secondo la giurisprudenza della Corte, affinché le disposizioni di una direttiva siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni» (sent. *Costanzo*, cit., punto 31).

⁷⁷ Per un esame comparativo di come l'obbligo *Costanzo* (per la verità vi è almeno un precedente anteriore) è applicato in Francia, Germania e Olanda v. M. VERHOEVEN, *The Costanzo Obligation. The obligations of national administrative authorities in the case of incompatibility between national law and European law*, Utrecht, 2011, p. 165 ss., il quale solleva anche il problema dei profili di costituzionalità che potrebbero sorgere dinanzi all'autorità amministrativa. Sulla giurisprudenza *Costanzo* v. i rilievi critici di B. DE WITTE, op. cit., p. 333, che ne sottolinea il carattere «rather curious. Few national courts have adopted it, and there is little evidence that administrative authorities actually abide by it».

⁷⁸ Le potenziali frizioni dei limiti nazionali stabiliti su base quantitativa, in relazione alle prestazioni necessariamente da riservare all'aggiudicatario, non erano comunque assolutamente imprevedibili. Qualche sentore si ebbe infatti già con la sent. 14 luglio 2016, *Wroclaw*, cit., punti 35-37, secondo la quale un'amministrazione aggiudicatrice non può imporre, mediante una clausola del capitolato d'oneri di un appalto pubblico di lavori, all'aggiudicatario di eseguire una determinata percentuale dei lavori oggetto di detto appalto solo avvalendosi di risorse proprie. A giudizio della Corte, la fissazione in termini percentuali, in modo astratto e senza possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori, era in contrasto con la direttiva 2004/18. Tuttavia non poteva dirsi con assoluta certezza che l'approccio *Wroclaw* fosse estensibile ai limiti del 30% e del 20%, trattandosi di contesti nazionali di recepimento differenti. In tali casi non è certamente prospettabile una concezione estensiva degli effetti delle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia al di fuori del giudice interno che ha posto il quesito pregiudiziale e, a certe condizioni, degli altri giudici nazionali che si trovino dinanzi alla medesima questione (in argomento v. *supra*, par. 4). D'altra parte, il *considerando* 41 della direttiva 2014/24 (sopra menzionato) si prestava ad essere interpretato in modo estensivo se non si fosse prestata attenzione al metodo dell'interpretazione sistematica che è poi prevalso nelle sentenze *Vitali e Tedeschi*.

A fronte dell'usuale complessità della normativa europea⁷⁹, cui non si sottrae la materia dei contratti pubblici, è plausibile ritenere che l'effetto preclusivo in capo alle autorità amministrative nazionali debba essere circoscritto alla sola ipotesi di contrasto, con il diritto dell'Unione, contraddistinto da *violazione certa*, tale essendo quella rilevabile da un precedente chiaro e inequivocabile della Corte di giustizia. Ci si può allora chiedere se versi in una condizione analoga anche il novellato art. 105, par. 2 del Codice dei contratti pubblici, nella parte in cui eleva il limite del 30% al 40%, con norma transitoria fino al 31 dicembre 2020⁸⁰. Come già in parte accennato poc'anzi, sembra ragionevole ritenere che anche tale novella, inserita dal c.d. Decreto Sblocca-cantieri, sia destinata a cadere ove la Corte di giustizia fosse chiamata a pronunciarsi. Poiché la novella si ispira a una logica normativa (di restrizione quantitativa generale e astratta al subappalto) identica a quella già caduta nelle maglie del controllo della Corte di giustizia nelle sentenze *Vitali e Tedeschi*, essa si presta ad essere inclusa nella nozione di violazione manifesta.

Più complessi appaiono i seguiti della sentenza *Tim* nei confronti della stazione appaltante, non tanto sotto il profilo del probabile annullamento dell'atto di esclusione dell'offerente dalla procedura di gara. La complessità della questione è piuttosto dovuta alla accennata condizione di *due diligence* dell'offerente configurata dalla Corte di giustizia nella prima parte della risposta al quesito pregiudiziale⁸¹. Se poi si ritiene, com'è ragionevole rilevare, che l'operatore economico partecipante alla gara sia tenuto a *garantire* l'affidabilità della sua offerta anche nei riguardi dell'integrità del subappaltatore in punto di rispetto della normativa ambientale, sociale e del lavoro, la stazione appaltante dovrebbe non solo disapplicare la clausola interna di esclusione automatica, ma anche valutare la situazione in concreto ai sensi dell'art. 57, par. 6 della direttiva 2014/24: ad esempio, potrebbe considerare l'eventuale (e sopravvenuta) rinuncia dell'offerente di avvalersi delle prestazioni dei subappaltatori; ovvero valutare se gli altri due subappaltatori erano o no in regola con il rispetto della normativa in materia ambientale, di lavoro e sociale; ovvero se la stessa indicazione della terna di subappaltatori sia – com'è probabile che sia – incompatibile con la direttiva 2014/24.

6. L'art. 73, lett. d) della direttiva 2014/24 e il contemperamento con la certezza del diritto e con la stabilità dei rapporti giuridici

Per completezza occorre porsi un ultimo interrogativo: è possibile, ed eventualmente a quali condizioni, che i menzionati accertamenti preclusivi della Corte possano determinare *per ricaduta* conseguenze dissolutive sui contratti pubblici in corso?

Si pone in questa direzione l'art. 73, lett. d), della direttiva 2014/24, il quale richiede agli Stati membri che «[...] le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la possibilità, almeno nelle seguenti circostanze e alle condizioni stabilite dal diritto nazionale applicabile, di risolvere un contratto pubblico durante il periodo di validità dello stesso, qualora: [...] d) l'appalto non

⁷⁹ Per ulteriori approfondimenti ci sia permesso il rinvio a R. BARATTA, *Complexity of EU law in the domestic implementing process*, 19th Quality of Legislation Seminar, 'EU Legislative Drafting: Views from those applying EU law in the Member States', European Commission Service Juridique - Brussels, 3 July 2014 (Charlemagne Building), in *Theory and Practice of Legislation*, vol. 3 n. 1 2015, pp. 293-308.

⁸⁰ V. *supra*, nota 1.

⁸¹ V. *supra*, par. 3.

avrebbe dovuto essere aggiudicato all'aggiudicatario in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati e dalla presente direttiva come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE». Com'è evidente, si vogliono indurre le amministrazioni aggiudicatrici, qualora ricorrano taluni presupposti, a indire nuovi bandi di gara depurati da qualsiasi clausola incoerente con gli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione, ripristinando così *ex post* la legalità violata⁸². La questione merita di essere considerata in modo più ampio: alcuni rilievi di segno diverso appaiono opportuni.

Nel predisporre questa peculiare forma di reintegrazione nella situazione precedente alla violazione (*restitutio in integrum*), la disposizione europea – recepita, non senza omissioni, dal Codice dei contratti⁸³ – va bilanciata con il principio generale della *certezza del diritto* e con il corollario della *stabilità dei rapporti giuridici*⁸⁴. In questa prospettiva, in virtù di un elementare principio di gerarchia delle fonti, la risoluzione dei contratti in essere, prevista da una norma di diritto derivato, assume i contorni di un meccanismo da applicare *cum grano salis* per almeno quattro ordini di considerazioni.

In primo luogo, va notato come l'art. 73, lett. d), della direttiva 2014/24 concettualizzi il rimedio della risoluzione del contratto in essere quale *potere* devoluto all'amministrazione aggiudicatrice (secondo «le condizioni stabilite dal diritto nazionale applicabile»⁸⁵) e non quale

⁸² La disposizione riflette un precedente orientamento della Commissione volto a rimuovere gli effetti delle condotte statali, poste in essere in violazione del diritto dell'Unione, sui contratti pubblici che presentavano gravi violazioni della normativa europea. Il presupposto giuridico di quell'orientamento muoveva più o meno esplicitamente dal principio di leale cooperazione, gli Stati membri dovendo adottare i provvedimenti idonei a eliminare l'inadempimento accertato in esito a una procedura di infrazione. Il fine ultimo era essenzialmente quello di ripristinare la legalità europea tramite nuove gare depurate delle clausole incompatibili. La natura di accertamento *dichiarativo* della sentenza di interpretazione del diritto dell'Unione, il principio dell'*effet utile* del medesimo e l'argomento della "deterrenza", erano in sintesi le argomentazioni giuridiche a sostegno dell'obbligo di ripristinare *ex post* la legalità violata. L'argomento della deterrenza consisteva in ciò che gli Stati membri che eludono le disposizioni del diritto in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici potrebbero essere propensi a creare il fatto compiuto se potessero conservare nel tempo gli esiti del proprio illecito (cfr. ad esempio J.M. FERNÁNDEZ MARTÍN, *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Oxford 1996, p. 157).

⁸³ Per la parte che qui rileva, l'art. 108, par. 1, lett. d), del Codice sui contratti pubblici dispone che: «[...] le stazioni appaltanti possono risolvere un contratto pubblico durante il periodo di sua efficacia, se [...] l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'unione europea in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE».

⁸⁴ A titolo esemplificativo rammento che «la certezza del diritto è inclusa tra i principi generali riconosciuti nel diritto comunitario. Il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza e da ciò deriva che il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo», salvo che il diritto nazionale consenta all'organo amministrativo «di ritornare su una decisione amministrativa definitiva», nel qual caso l'organo amministrativo «è tenuto, in applicazione del principio di cooperazione [...], a riesaminare tale decisione al fine di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente di diritto comunitario nel frattempo accolta dalla Corte. Il detto organo dovrà stabilire in funzione dei risultati di tale esame se sia tenuto a ritornare, senza ledere gli interessi di terzi, sulla decisione in questione» (sent. 13 gennaio 2004, *Kühne*, cit., punti 24 e 27).

⁸⁵ La direttiva sembra qui riconoscere alle autorità statali il potere di non riesaminare un atto amministrativo divenuto definitivo se siano scaduti i termini di impugnazione o siano esauriti i mezzi di gravame giurisdizionale qualora ciò non sia previsto dall'ordinamento nazionale. Se invece quest'ultimo contempla un simile potere in caso di violazione del diritto interno, il medesimo potere è esercitabile, a parità di condizioni, contro l'atto amministrativo contrario al diritto dell'Unione. Al riguardo l'art. 73, lett. d), rievoca in parte gli esiti della giurisprudenza *Kühne*, cit. e 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Kempter*, ECLI:EU:C:2008:78. Nell'ordinamento italiano, in via di prima approssimazione, ci si limita a rammentare che sul piano processuale il potere di rimettere

obbligo imperativo di porre fine ai contratti aggiudicati difformemente dal diritto europeo⁸⁶. Il rimedio va dunque applicato con ragionevolezza in funzione delle circostanze del caso concreto e dei presupposti di seguito indicati, da parte delle autorità amministrative nazionali, senza dimenticare che l'ordinamento europeo, in seguito alla celebre sentenza *Francovich*, contempla altresì una forma di tutela risarcitoria per i danni arrecati ai singoli da violazioni del diritto dell'Unione da parte di Stati membri che è istituito *pretorio* elevato dalla Corte di giustizia a elemento essenziale del sistema di garanzie giurisdizionali dell'Unione.

In secondo luogo, la procedura di gara deve essere stata viziata da una violazione qualificata dei Trattati e – aggiunge la prescrizione europea, diversamente dalla norma italiana di recepimento – della stessa direttiva. Si evoca così un limite sostanziale: la violazione degli obblighi derivanti dai Trattati e dalla direttiva 2014/24 deve *caratterizzarsi* in termini di *gravità*. La corrispondente nozione dovrebbe includere soltanto gli addebiti in cui il contrasto con il diritto dell'Unione sia serio, oggettivo e manifesto, ma non quelle che presuppongono una delicata attività ermeneutica del diritto sovranazionale all'esito del quale si accerta l'incoerenza del diritto interno. Una infrazione grave può certamente consistere nell'aggiudicazione di un appalto in violazione dei principi di messa in concorrenza e di parità di trattamento⁸⁷, ma

in discussione un atto amministrativo a portata individuale è previsto dall'art. 31, comma 4 del Codice del processo amministrativo («La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice [...]»); si ritiene che la nullità sia opponibile in ogni tempo dalla parte resistente e precluda la produzione di effetti sin dall'origine. Sul piano sostanziale, nella dottrina amministrativistica è stata sostenuta anche la tesi dell'annullabilità dell'atto amministrativo incompatibile con il diritto dell'Unione: l'azione sarebbe dunque soggetta all'ordinario termine di impugnazione; peraltro all'amministrazione resterebbe il potere di autotutela che la legge 241/90 le conferisce e il potere di revocare il provvedimento (art. 21-*quinquies*), nonché di annullarlo d'ufficio (art. 21-*nonies*). Questa tesi consisterebbe dunque nel rendere annullabile l'atto amministrativo per violazione di legge se si equipara il diritto dell'Unione alla legge interna. In altre parole, il vizio dell'atto sembra invocabile rispetto alle violazioni della direttiva in materia di appalti ove si assimilino le violazioni stesse alle “nullità previste dalla legge”; si ricordi che la Corte costituzionale ha da tempo concepito l'applicazione delle norme europee quali norme investite di forza o valore di legge, quali norme dunque aventi rango primario (sent. 11 luglio 1989, n. 389, ECLI:IT:COST:1989:389, par. 4 in diritto). In dottrina la questione dell'invalidità dell'atto amministrativo per contrarietà al diritto sovranazionale è oggetto di moltissimi contributi cui si rinvia anche per i riferimenti giurisprudenziali: cfr. *inter alia* R. CARANTA, *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario*, in *Giur. it.*, parte III, sez. I, 1989, 149 ss.; L. TORCHIA, *Il giudice disapplica e il legislatore reitera: variazioni in tema di rapporti fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Foro it.*, III, 1990, 203 ss.; R. GAROFOLI, *Annullamento di atto amministrativo contrastante con norme CE self-executing*, commento a TAR Lazio, sez. III, 7 ottobre 1996, n. 1834, in *Urbanistica e appalti*, 1997, p. 336 ss.; M.P. CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, p. 483 ss.; G. MONTEODORO, *Il regime processuale dell'atto nazionale anticomunitario. I poteri del giudice nel contenzioso implicante l'applicazione del diritto UE*, ivi, 2011, p. 1397 s.; G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* (diretto da Chiti e Greco), Tomo II, Milano, 2007. Più in generale in tema di primazia del diritto dell'Unione sugli atti amministrativi, di carattere generale o a portata individuale, di recente tra gli specialisti di diritto dell'integrazione europea, v. C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015, p. 148 ss. Per un recente e chiaro inquadramento del tema dell'invalidità dell'atto amministrativo v. M. CLARICH, op. cit., p. 201 ss.

⁸⁶ Nelle principali versioni linguistiche dell'art. 73, lett. c), i relativi testi sono corrispondenti a quello italiano: «have the possibility» nel testo inglese, mentre in quello francese si dice che «Les États membres veillent à ce que les pouvoirs adjudicateurs aient la possibilité». Nella versione tedesca si usa il termine «Möglichkeit».

⁸⁷ Per un caso di procedura di infrazione riguardante l'Italia in materia di appalti v. sent. 31 marzo 1992, causa C-362/90, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:1992:158, punto 11, che è servita per indurre lo Stato a non reiterare la violazione nei bandi successivi. Ricordo poi che, a norma dell'art. 2 *quinquies* lett. a) della “direttiva procedure” (il testo consolidato, formatosi in seguito a revisioni, della direttiva è reperibile nel sito <http://data.europa.eu/eli/dir/1989/665/2008-01-09>), un contratto pubblico deve essere considerato privo di

verosimilmente non nelle situazioni di incompatibilità accertate nelle sentenze sopra esaminate che, come si è visto, almeno nel caso *Tim*, costituiscono l'esito di una complessa operazione interpretativa del diritto sovranazionale.

In terzo luogo, atteso che la violazione deve essere accertata con sentenza di *inadempimento* della Corte di giustizia ex art. 258 TFUE, l'art. 73, lett. d), deferisce un margine di discrezionalità alla Commissione che, in base ai principi generali dell'ordinamento, ha il potere (non il dovere) di avviare una procedura di infrazione relativamente, nella specie, a un contratto pubblico concluso in violazione del diritto dell'Unione. È evidente, pertanto, come il legislatore europeo si muova implicitamente in una logica presuntiva di stabilità dei rapporti giuridici: una sentenza pregiudiziale non determina alcuna *tabula rasa* dei contratti pubblici in essere (nella specie, di appalto) conclusi in difformità dal diritto dell'Unione: il mero accertamento, reso in sede pregiudiziale, è *ictu oculi* insufficiente. Più precisamente, dal rilievo attribuito nella disposizione in esame alla sentenza di inadempimento resa ex art. 258 TFUE emerge che un offerente non potrebbe invocare, nel corso dei procedimenti dinanzi alle autorità amministrative, l'obbligo di porre fine ai contratti di appalto in essere, in assenza di uno specifico accertamento reso in sede di infrazione. A tale proposito si può escludere altresì che la nota procedura di infrazione n. 2018/2273, avviata dalla Commissione per contestare numerose norme del Codice dei contratti pubblici che si asserisce essere considerati incompatibili con le direttive europee del 2014, in ragione della sua generalità, sia strumento idoneo a rimettere in discussione uno specifico contratto di appalto in essere. A questo fine occorre invece una procedura di infrazione relativa a singole fattispecie di appalti irregolarmente aggiudicati in ragione di una violazione grave violazione occorsa in ciascuna di esse⁸⁸.

In quarto e ultimo luogo, è da sottolineare che l'art. 73 lett. d), della direttiva 2014/24 e la norma di recepimento si riferiscono, con identica formulazione, alla situazione secondo cui «*l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato all'aggiudicatario*». Conseguentemente, la disposizione è applicabile ove le restrizioni giudicate incompatibili con la direttiva avessero condotto, nel corso delle originarie procedure, all'esclusione di un partecipante che, in assenza delle medesime restrizioni, si sarebbe aggiudicato la gara. La necessità di contemperare il rimedio, per così dire, della *restitutio in integrum* con i principi di certezza del diritto e di stabilità dei rapporti giuridici, da un lato, e la stessa formulazione testuale della disposizione, dall'altro, dovrebbero indurre a circoscriverne la sfera di applicazione. In effetti, la disposizione è finalizzata a proteggere gli interessi degli operatori economici non aggiudicatari che, in

effetti, da parte dell'organo di ricorso, qualora l'amministrazione aggiudicatrice abbia giudicato un appalto senza pubblicazione del bando. D'altra parte, la direttiva procedura lascia un certo margine di discrezionalità agli Stati membri sia perché le conseguenze di un contratto considerato privo di effetti sono disciplinate dal diritto nazionale, il quale può prevedere la soppressione con effetto retroattivo di tutti gli obblighi contrattuali o viceversa limitare la portata della soppressione di quegli obblighi che rimangono da adempiere. In quest'ultimo caso gli Stati membri prevedono l'applicazione di altre sanzioni ai sensi dell'art. 2 *sexies*, par. 2 (art. 2 *quinquies*, par. 2). Inoltre gli Stati, in sede di attuazione della direttiva procedure, dispongono della facoltà «di non considerare un contratto privo di effetti, sebbene lo stesso sia stato aggiudicato illegittimamente per le ragioni di cui al paragrafo 1, se l'organo di ricorso, dopo aver esaminato tutti gli aspetti pertinenti, rileva che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale impone che gli effetti del contratto siano mantenuti. In tal caso gli Stati membri prevedono invece l'applicazione di sanzioni alternative a norma dell'articolo 2 *sexies*, paragrafo 2» (art. 2 *quinquies*, par. 3).

⁸⁸ Ciò non esclude peraltro che la gravità della violazione sia apprezzabile dall'autorità nazionale in sede di ricorso a norma dell'art. 2 *sexies* della c.d. *direttiva procedure*.

assenza della restrizione illegittimamente imposta dal Codice sui contratti pubblici, sarebbero in realtà risultati i vincitori al termine della procedura o che avrebbero avuto serie *chances* di aggiudicazione. Se così è, non è irragionevole prospettare che (ma l'ipotesi appare poco realistica) qualora la Commissione avviasse con esito positivo una pluralità di procedure di infrazione avverso lo Stato italiano per violazione delle disposizioni europee in materia di subappalto in altrettanti contratti in essere, la decisione di risoluzione dei singoli rapporti, demandata alle autorità nazionali, dovrebbe essere preceduta da una fase di verifica degli atti di gara per stabilire la sussistenza di quel presupposto: solo in quest'ultima evenienza si potrebbe adottare un provvedimento amministrativo di risoluzione dei contratti in corso. Né è irragionevole ritenere che le autorità nazionali possano stabilire un periodo transitorio di ulteriore vigenza del contratto di appalto in essere prima di risolverlo. La determinazione di un congruo periodo di transizione verso una nuova gara, da definire in funzione delle circostanze del caso concreto (tra cui anche la durata del contratto da risolvere), appare del resto in linea con il principio di proporzionalità che è, anch'esso, principio generale del diritto dell'Unione⁸⁹.

7. Riflessioni conclusive

È giunto il momento di trarre alcune conclusioni di ordine generale. Dalle vicende processuali *Vitali*, *Tedeschi* e *Tim* emerge una certa diffidenza del Codice dei contratti pubblici verso le amministrazioni aggiudicatrici. Sembra che si voglia attenuarne, se non eliminarne, l'apprezzamento discrezionale, quasi a proteggere gli offerenti, tramite soluzioni normative formali e meccaniche⁹⁰, da rischi di determinazioni arbitrarie nel corso della procedura ad evidenza pubblica ovvero ergere uno scudo a protezione della pubblica amministrazione. La disciplina interna del subappalto potrebbe addirittura celare un certo pregiudizio verso l'amministrazione aggiudicatrice reputata scarsamente idonea a contrastare l'ingresso nella contrattazione pubblica di soggetti economici poco affidabili. Se questa è la prospettiva del legislatore italiano, non sorprende che le suddette restrizioni quantitative e l'*esclusione automatica* siano incorse nel giudizio negativo della Corte di giustizia.

In effetti, al di là degli specifici punti di collisione sopra esaminati, il confronto tra legislazione europea e normativa interna sembra profilare una *divaricazione di natura culturale* poiché l'istituto europeo del subappalto ruota inevitabilmente intorno all'esercizio di un'*auctoritas* imparziale⁹¹ e alla conseguente discrezionalità in capo alla stazione appaltante, ciò che richiede la cura e la verifica *in concreto* dell'interesse pubblico in funzione delle

⁸⁹ Nella sent. 17 luglio 2008, causa C-347/06, *ASM Brescia Spa*, ECLI:EU:C:2008:416, punto 64, la Corte di giustizia, sulla base del principio della certezza del diritto che è «parte dell'ordinamento giuridico comunitario [...] e si impone ad ogni autorità nazionale che debba applicare il diritto comunitario» (punto 65), ha stabilito che «il principio della certezza del diritto non soltanto consente, ma altresì esige che la risoluzione di siffatta concessione sia corredata di un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili sia dal punto di vista delle esigenze del servizio pubblico, sia dal punto di vista economico» (punto 71) e che è compito del «giudice del rinvio valutare se, in particolare, il prolungamento della durata del periodo transitorio, posto in atto da una normativa come quella in questione nella causa principale, possa essere considerato necessario ai fini del rispetto del principio della certezza del diritto» (punto 72).

⁹⁰ Sul «rigorismo formale ed astratto» e sul conseguente rischio di isterilire e di paralizzare l'amministrazione v. S. FANTINI, H. SIMONETTI, *La basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., p. 11 s., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁹¹ Come dimostra *inter alia* l'art. 24 della direttiva 2014/14 sui conflitti di interesse.

circostanze del caso di specie; presuppone l'*accountability* dell'autorità aggiudicatrice e il suo alto livello di professionalità, correttezza e responsabilità. Il legislatore italiano da tempo ha invece inteso restringere, se non sopprimere, la discrezionalità dell'amministrazione aggiudicataria, privilegiando il *rigorismo formale*, a differenza della legislazione europea.

Il sistema delle procedure ad evidenza pubblica proprio della legislazione europea è certamente complesso e, a volte, di non semplice interpretazione; è tuttavia assai dubbio che la sua *inerente* complessità possa essere aggirata ricorrendo a espedienti di ipertrofia normativa articolata in disposizioni puntuali e dettagliate che pretendano di essere meccanicamente applicabili in una logica, più o meno velata, di sfiducia verso l'amministrazione aggiudicatrice o di sua deresponsabilizzazione.