

## REGOLAMENTAZIONE E MERCATO NELLA DISCIPLINA DEGLI APPALTI PUBBLICI

di Mario P. CHITI (\*)

1. Le prime direttive comunitarie sugli appalti dell'inizio degli anni settanta non furono prese molto seriamente. Questa scarsa considerazione del diritto europeo degli appalti era giustificata. Solo alcuni settori furono disciplinati in tale periodo; tra quelli esclusi vi erano alcuni dei settori economicamente più rilevanti come trasporti, energia e telecomunicazioni. Gli Stati hanno grandemente ritardato il recepimento delle direttive in diritto nazionale; quando la trasposizione è avvenuta la qualità della normativa interna è stata generalmente modesta e in troppi casi elusiva degli impegni comunitari. Ancora a metà degli anni 80 non si poteva parlare di un vero mercato comune degli appalti.

Tutto è cambiato di recente. La giurisprudenza della Corte di giustizia ha fissato importanti principi generali della materia, oltre ad applicare con fermezza i principi generali da essa stessa elaborati nell'interpretazione pretoria del diritto comunitario. La realizzazione progressiva del Mercato Unico ha reso possibile il superamento di una quantità di limitazioni precedenti, nonché lo sviluppo in positivo di un vero spazio economico omogeneo. Negli ultimi anni il diritto comunitario degli appalti è diventato organico e molto dettagliato, coprendo tutti i settori, pure quelli in precedenza esclusi, e disciplinando anche rilevanti profili giuridici, non soltanto giurisdizionali.

La evoluzione della materia ha inevitabilmente attirato l'attenzione di giuristi, economisti ed anche scienziati politici. Alcuni hanno letto questi sviluppi come una dimostrazione della globalizzazione economica, che supera gli Stati ma anche la stessa Comunità Economica e dà nuovi tratti distintivi al diritto ed alla sua funzione regolativa; altri invece manifestano più attenzione

---

(\*) Ordinario di Diritto amministrativo nell'Università di Firenze.

per la problematica comunitaria e lo specifico contesto europeo. Altri ancora sottolineano le occasioni di modernizzazione che derivano per la nostra disciplina, fonte non ultima dei fenomeni criminali di recente svelati.

Come spiegherò, propendo per una interpretazione cauta di questi sviluppi del diritto economico europeo; non vedo ancora rivoluzioni giuridiche, nè la scomparsa del diritto e dello Stato. Constatato invece lo sviluppo di un sistema giuridico comunitario che unisce elementi di continuità con le esperienze nazionali ed altri caratteri del tutto originali, ancora largamente da definire.

La mia relazione è divisa in tre parti. La prima esamina criticamente alcune recenti interpretazioni dei rapporti tra diritto ed economia, alla luce di una disciplina di settore così rivelatrice. La seconda parte tratta più in dettaglio il diritto comunitario degli appalti, alla ricerca di conferme dell'argomento base. La terza parte, infine, offre alcune indicazioni generali e prospettive di ulteriori sviluppi.

2. Ha oggi grande fortuna un'interpretazione generale sulle tendenze istituzionali ed economiche focalizzata sulla idea della fine del binomio Stato-economia.

La dimensione statale appare inadeguata di fronte alla globalizzazione economica; il mercato non corrisponde più ad un territorio pari a quello dello Stato; gli imprenditori trovano incentivi o limiti alla propria attività oltre o fuori lo Stato; il fisco e la moneta nazionale non riescono ad adeguarsi alle esigenze dei mercati aperti e più vasti degli Stati; la liberalizzazione dei controlli sulle valute determina facili e rapidi trasferimenti di denaro; le conseguenti crisi periodiche delle monete più deboli hanno il paradossale effetto di rendere più necessaria una nuova valuta comune.

In questo contesto sarebbe in pieno mutamento la funzione del diritto. Il carattere del diritto tipico di questo secolo, ovvero del diritto regolatorio dell'economia, lascia progressivamente il posto ad una funzione strumentale ed ordinale, mirata al libero svolgersi del mercato. I pubblici poteri non perseguono più una visione a priori della società, un modello di economia e di società da perseguire attraverso un'azione regolativa anche molto dettagliata e pervasiva.

Il terzo elemento di questa interpretazione generale consiste nella progressiva limitazione del ruolo del diritto in riferimento alla disciplina dell'economia. Questo vale sia per il diritto sostanziale che per i rimedi giuridici: la legge viene infatti rimpiazzata sempre più da accordi interpretati, da codici di condotta, dal contratto in funzione normativa; così come le azioni giurisdizionali risultano recessive rispetto alle forme di giustizia privata, quale l'arbitrato. L'aspetto più importante è rappresentato dallo sviluppo dei contratti come fonte di diritto ed in particolare dei nuovi contratti atipici continuamente creati dall'esperienza giuridica.

3. L'interpretazione che abbiamo sintetizzato appare esagerata nell'enfasi posta sulla *business community* e sulla sua *lex mercatoria*. Troppi elementi portano a ritenere prematura, se mai avverrà, la crisi dello Stato e del diritto scritto.

Ciò è particolarmente evidente nella dimensione europea, e in riferimento al diritto comunitario dei contratti pubblici. La Comunità Europea è infatti un nuovo ordinamento giuridico con proprie originali caratteristiche che in larga parte non si armonizza con le tendenze sopra descritte.

La Comunità pur non essendo uno Stato è sicuramente un ordinamento giuridico, come più volte è stato affermato dalla Corte di giustizia. I suoi tratti originali sono riassunti nel parere n. 1/91 della Corte sul progetto di accordo CEE-Efta: « Il Trattato CEE, benché sia stato concluso in forma di accordo internazionale, costituisce la Carta Costituzionale di una comunità di diritto. I Trattati comunitari hanno instaurato un ordinamento giuridico a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, in settori sempre più ampi, ai loro poteri sovrani e che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini. Le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario così istituito sono, in particolare, la sua preminenza sui diritti degli Stati membri e l'efficacia diretta di tutta una serie di norme che si applicano ai cittadini di tali Stati nonché agli Stati stessi ».

Considerando la evoluzione della Comunità possiamo notare un continuo ampliamento delle sue competenze. Formalmente la Comunità è ancora basata sul principio delle competenze di

attribuzione, ovvero delimitate ai settori espressamente conferiti. Ciò è confermato anche dal Trattato di Maastricht (art. 3B, 1° comma, « la Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente Trattato »).

In verità, l'estensione e la qualità delle competenze sono oggi tali che la Comunità appare come ordinamento a fini tendenzialmente generali che in taluni casi opera con poteri esclusivi, in altri con poteri concorrenti rispetto ai poteri degli Stati. Il principio di sussidiarietà previsto quale principio generale dal Trattato di Maastricht (e già operante per decisione del Consiglio Europeo ancor prima dell'entrata in vigore del Trattato) conferma appunto la compresenza sia della Comunità sia degli Stati membri in molte materie, salvo dare preferenza all'esercizio delle competenze al livello istituzionale più vicino ai cittadini (art. 3B, 2° comma).

In breve, la Comunità è dunque un ordinamento giuridico con proprie caratteristiche, ampie competenze, una propria struttura amministrativa che tende ad ampliarsi, e con un sistema giurisdizionale assai sofisticato che conferma in pieno il carattere della Comunità come Comunità di diritto.

Al momento è difficile prevedere quale sviluppo istituzionale avrà la Comunità: se in senso genuinamente federale oppure quale sistema originale e flessibile caratterizzato dalla compresenza di elementi nazionali e transnazionali. In ogni caso è pacifico che essa rappresenti una dimensione istituzionale più vasta e comprensiva di quella dei propri Stati membri, che copre un'area omogenea tra le più vitali ed attive del mondo: lo spazio economico e sociale europeo.

In considerazione dell'attuale forte influenza degli Stati, non destinata al ridimensionamento nel breve periodo, la Comunità può essere interpretata come un riuscito tentativo degli Stati di darsi una dimensione organizzativa e funzionale adeguata alle necessità dei nostri tempi. Una loro proiezione, sulla quale mantengono per adesso un potere condizionante, ma che in futuro potrà anche rendersi più autonoma nei loro confronti.

Sulla base di questa esperienza la asserita crisi dello Stato assume una nuova luce. In crisi appare solo la tradizionale dimensione nazionale, ma gli Stati dimostrano che per interesse o per capacità di prevedere il futuro sono in grado di costruire una

nuova dimensione istituzionale funzionale alla società ed all'economia dei nostri tempi.

Per quanto riguarda, poi, la funzione del diritto è vero che sul piano comunitario l'obiettivo è di creare « un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza » (art. 3A; art. 102A; art. 105). Ma per raggiungere questa finalità è necessario passare attraverso una fase (prevedibilmente lunga) di regolamentazione delle istituzioni e dei mercati. Siamo così di fronte all'apparente paradosso che, per pervenire ad una società basata sull'idea di mercato nella quale il diritto esercita un ruolo solo ordinale e di garanzia, è necessaria una fase di iperregolamentazione o di « nuova regolamentazione ». Nello stesso senso, il criterio del mutuo riconoscimento delle legislazioni nazionali porta al moltiplicarsi delle regole di diritto applicabili nei diversi paesi. Credo che siano sufficienti questi accenni per dimostrare come occorra molta cautela di fronte all'idea della fine della funzione regolatrice del diritto nella società attuale.

Più in generale, possiamo dire che in nessun altro sistema giuridico il diritto è più importante che nella Comunità Europea. Nel momento della creazione e poi dello sviluppo delle istituzioni comunitarie non esisteva alcun elemento materiale e di forza, tipico dell'esperienza degli Stati. La Comunità avrebbe, perciò, potuto assumere le caratteristiche di un grande sistema commerciale, di una società regolata dalle sole norme di propria produzione. Non è stato così, e come dice uno dei maggiori studiosi del diritto comunitario (Snyder), « *law is an essential instrument and a central symbol of European Integration* ».

In terzo luogo, l'esperienza della Comunità smentisce o ridimensiona la tesi della società che si autogoverna attraverso il proprio diritto. Tutta l'azione comunitaria si è svolta, prima, per eliminare le barriere e le varie limitazioni alle quattro libertà fondamentali (la libera circolazione delle persone, dei beni e dei servizi); poi, per la progressiva armonizzazione della disciplina nell'ambito europeo sia attraverso la convergenza dei sistemi nazionali, sia attraverso un nuovo diritto comune europeo. Questa politica è avvenuta tramite i regolamenti e le direttive che, per quanto atti con caratteri particolari, sono simili alle fonti normative tradizionali; ma anche tramite altri atti, quali interpretazioni, direttive, circolari, comunicazioni, dalla incerta natura giuridica, ed anche con una giurisprudenza creativa della Corte di

giustizia che ha dato origine ad un vero corpo di *judge made law*, anch'esso fonte di diritto.

Il diritto comunitario e il primato del diritto (*Rule of Law*) appaiono dunque centrali nell'attuale esperienza europea, in contrasto con le previsioni di una società regolata dalle proprie norme. È vero che la produzione del diritto comunitario segue una procedura decisionale molto particolare, con una forte presenza degli interessi economici, come è dimostrato dai comitati che assistono la Commissione e dagli enti di normazione tecnica; ma queste particolarità evidenziano solo il grado di apertura e di partecipazione raggiunto dai procedimenti comunitari, senza intaccare il principio che si tratta alla fine sempre di regole di diritto approvate dal Consiglio o dalla Commissione.

Si può aggiungere che, dopo una lunga fase comunitaria tutta basata sull'economia, sulla realizzazione prima del mercato comune e poi del mercato interno, la Comunità è oggi decisamente caratterizzata quale ordinamento generale in cui divengono temi essenziali la cultura, la ricerca, l'ambiente e così via. Una vera Unione Europea che vede i propri cittadini come soggetti principali, una « Unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini » (art. A, Trattato di Maastricht).

Come è stato ben detto (L. Cohen Tanugi), l'anno 1992, annunciato quale anno del grande mercato senza frontiere, resterà nella storia della costituzione europea come quello dell'irruzione sulla scena della politica, delle opinioni pubbliche e della questione democratica.

Siamo così ben lontani da una dimensione della Comunità come ordinamento di transizione dagli Stati alla *business community*. Al contrario, passo dopo passo stiamo assistendo alla creazione di un nuovo ordinamento originale e senza precedenti nella storia istituzionale, in cui l'economia è solo uno degli elementi di un insieme più vasto.

4. La disciplina comunitaria degli appalti pubblici offre una particolare opportunità per verificare le interpretazioni sopra esposte e le tendenze della Comunità in questa fine di secolo.

Possiamo distinguere due fasi della disciplina comunitaria degli appalti: la prima è espressa dalle direttive del primo perio-

do con cui la Comunità ha voluto eliminare i principali limiti alla formazione di un mercato aperto degli appalti pubblici, senza però offrire una vera disciplina comune del settore, che dunque rimaneva basato sulla disciplina nazionale. In questa fase la Comunità ha disciplinato solo gli appalti di lavori pubblici e di forniture, senza toccare il settore più rilevante degli appalti nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni, che nel gergo comunitario sono definiti settori esclusi proprio per non essere stati disciplinati dalle prime direttive sui lavori e sulle forniture.

Nella seconda fase, invece, la Comunità è intervenuta con una corpo organico di diritto sostanziale ed in parte anche di diritto processuale, con una rinnovata e più completa disciplina degli appalti di lavori e forniture e con la disciplina dei settori esclusi e dei servizi. Questo corpo di diritto è stato approvato in un breve periodo, tra il 1988 e il 1993 (l'ultima direttiva è la 38/93 sui servizi nei settori esclusi), e adesso manca solo la direttiva sulle concessioni. In questo periodo l'interesse della Comunità è per la creazione di un sistema comune ai dodici Stati membri, considerato che ad un vero mercato aperto non si perviene attraverso la semplice abolizione delle limitazioni tradizionali, bensì con una omogenea disciplina sia sostanziale che processuale.

L'interesse della Comunità per una completa disciplina degli appalti discende dalla straordinaria rilevanza di questo settore nel contesto dell'economia europea. I dati più recenti indicano che l'ammontare degli appalti pubblici è pari a circa 700 miliardi di ECU, ovvero il 16% circa del prodotto interno lordo dei dodici Stati membri. Più precisamente i lavori ammontano a circa 180 miliardi di ECU, le forniture a circa 360 miliardi di ECU, i servizi a 170 miliardi di ECU. In questo quadro gli appalti nei settori esclusi sono circa il 45% del totale.

Per quanto importantissimo dal punto di vista economico, in origine, il settore degli appalti non era menzionato nel Trattato di Roma ed anche l'Atto Unico Europeo del 1986 ne parla solo occasionalmente all'art. 130 F, in riferimento alle potenzialità del mercato interno derivanti, tra l'altro, dall'apertura degli appalti pubblici nazionali.

La base giuridica delle direttive in materia sono stati così i principi del Trattato CEE in tema di proibizione di restrizioni

alle importazioni (art. 30 e segg.), di diritto di stabilimento (art. 52 e segg.), di diritto alla libera prestazione di servizi (artt. 59 e segg.) e altri.

Su tale fondamento la Comunità è intervenuta con le numerose direttive sopra citate che oggi rappresentano il corpo di diritto più ampio dopo la disciplina dell'agricoltura, e che per la loro complessità sono ora oggetto di raccolte organiche, veri e propri testi unici sugli appalti, come per i lavori pubblici.

5. Quali sono i caratteri distintivi di questa disciplina così ampia e pervasiva?

Gli Stati e le altre autorità pubbliche con poteri contrattuali hanno tradizionalmente considerato stretto monopolio la disciplina dei loro contratti. I motivi sono diversi, alcuni legati a comprensibili esigenze di tutela della sicurezza nazionale (forniture alla difesa, sistemi informatici per dati classificati, ecc.), altri dovuti alla possibilità di influenzare lo sviluppo economico di certe regioni (garanzia di interventi per le imprese locali o localizzazione degli interventi in certe aree del paese) o connessi a particolari rapporti con talune imprese considerate di interesse strategico, sia con capitale pubblico che puramente private.

Pur essendo molte e diverse le ragioni di questo atteggiamento, tutto risultava finalizzato ad un sistema che non poteva essere considerato vero mercato né dal punto di vista nazionale né, tantomeno, da quello comunitario. Sia le grandi imprese che le medie imprese partecipanti a questi contratti erano inserite in un ristretto catalogo, al quale nuove imprese, specie se straniere, potevano accedere con grandi difficoltà. Appare qui importante sottolineare come da questo mercato protetto non si sia levata nessuna voce privata per superare una situazione palesemente contraria ai principi della concorrenza e di un'economia aperta: le imprese, generalmente così interessate a contestare il ruolo regolatore e di programmazione dello Stato, quando si sono trovate in situazioni vantaggiose si sono guardate bene dal contestare tale stato di cose.

Malgrado che dal settore privato dei singoli Stati non venisse nessuna particolare richiesta di modifica, la Comunità ha voluto intervenire incisivamente dopo che vari studi, tra cui il noto volume « Il costo della non Europa », avevano dimostrato che

questa situazione di mercati chiusi determinava un costo non sopportabile da una sana economia e dalla fiscalità pubblica. Siamo così di fronte ad una politica che è l'opposto di quella prevista da molti giuristi ed economisti: anziché passare da una fase regolamentare ad una ordinale, la Comunità ha aumentato e qualificato i suoi interventi giuridici di regolazione. Il mercato e le sue regole sono l'obiettivo finale, ma per giungere a tale risultato si passa attraverso un più deciso intervento normativo ed un ruolo attivo della Commissione e delle autorità nazionali, in veste di organi comunitari, per garantire tale effetto.

6. La recente disciplina degli appalti dimostra come la Comunità stia passando da tecniche regolatorie incentrate esclusivamente sull'armonizzazione attraverso le direttive a più articolate forme di intervento. Queste comprendono, ad esempio, il coinvolgimento diretto delle amministrazioni nazionali tramite il potere-dovere di disapplicazione del diritto nazionale contrastante con quello comunitario e tramite un sempre maggiore loro ruolo nell'esecuzione del diritto comunitario; come anche un nuovo sistema di rimedi comunitari, con caratteri assai originali.

Per quanto riguarda le direttive, è noto che già dall'inizio degli anni settanta esse hanno assunto una configurazione diversa da quanto previsto all'art. 189 Trattato CEE. In particolare, le direttive sono risultate sempre più dettagliate e precise, lasciando poco spazio agli interventi del legislatore nazionale. Le ragioni di questo mutamento nel carattere delle direttive sono varie, ma la principale consiste nella decisione di superare le resistenze degli Stati membri ad accettare le indicazioni comunitarie, sia nei tempi previsti che nel loro merito. La flessibilità insita nel sistema delle direttive è stata infatti troppe volte intesa dagli Stati come possibilità di sfuggire agli impegni comunitari, pur se in molti casi espressamente assunti.

Di fronte a questa tendenza ci si è chiesto se si poteva ancora parlare di progressiva armonizzazione o di un vero e proprio diritto omogeneo agli stati membri, senza molte differenze tra la disciplina discendente dalle direttive e quella regolamentare, pur direttamente applicabile. Certamente il sistema delle fonti del diritto comunitario è mutato, ma in assenza di una completa riforma della materia (proposta dalla Commissione nelle discus-

sioni che hanno preceduto il Trattato di Maastricht, ma infine rinviata ad un incerto futuro) le direttive dettagliate sono apparse intanto essenziale strumento per assicurare l'uniforme applicazione del diritto comunitario negli Stati membri, completando le norme regolamentari.

Non stupisce, pertanto, che la Corte di giustizia abbia dato il suo pieno supporto a questa tecnica detta dell'efficacia diretta delle direttive (tra le tante sentenze, *Becker*, in causa 8/81, e *Marshall*, in causa 152/84), affermando che i singoli possono farle valere davanti ai giudici nazionali in tutti i casi in cui le disposizioni della direttiva siano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise. In riferimento al settore degli appalti, questa tecnica è stata fatta valere nelle cause *Beenjes*, 31/87, e *Fratelli Costanzo*, 103/88.

Pur con questi nuovi caratteri, la regolamentazione tramite lo strumento della direttiva ha però limiti evidenti. Il principio della efficacia diretta, ovvero la possibilità per i singoli di far valere nei confronti delle autorità pubbliche i diritti che discendono dalle direttive, è per ora solo inteso in senso verticale, ovvero nei rispetti dello Stato e delle altre autorità, ma non tra i singoli nei loro rapporti privati. Non tutto il contenuto delle direttive ha poi il carattere dettagliato e preciso che è il presupposto per la sua immediata applicazione anche in assenza della trasposizione in diritto nazionale. Rimangono così parti non direttamente applicabili, prive di adeguata tutela. Infine, malgrado il carattere assai garantistico della giurisprudenza comunitaria (basti pensare al recente caso *Francovich*, in cause 6 e 9/90) — almeno fin quando la tutela dei diritti dei singoli coincide con l'espansione della posizione comunitaria — la tutela delle situazioni delle parti interessate non può essere basata esclusivamente sullo sviluppo erratico della giurisprudenza comunitaria, attivata da giudici nazionali non sempre pienamente consapevoli dei profili comunitari, oppure da decisioni della Commissione, talora influenzate da considerazioni extragiuridiche.

Da qui deriva il richiamo agli Stati contenuto nella dichiarazione 18 annessa al Trattato di Maastricht per la corretta applicazione del diritto comunitario; e soprattutto lo sviluppo di altre tecniche regolatorie, come l'utilizzazione delle amministrazioni nazionali in funzione comunitaria.

Caratteristica originaria della Comunità, a lungo mantenuta, è stata quella della esecuzione indiretta del diritto comunitario attraverso gli Stati membri. La Comunità dunque « fa fare » agli altri, senza operare direttamente salvo che in particolari situazioni. Lo sviluppo delle competenze comunitarie, la insoddisfacente esecuzione da parte di alcuni Stati membri e la conseguente situazione difforme da un paese all'altro hanno spinto la Comunità a dare maggiore rilevanza all'esecuzione amministrativa. I modi in cui si manifesta sono due: il sempre più ampio utilizzo delle amministrazioni nazionali in senso comunitario, la creazione di organismi amministrativi che, direttamente o indirettamente, fanno capo alla Comunità.

Dal primo punto di vista, proprio un caso in materia di appalti di lavori pubblici (*Fratelli Costanzo*, sentenza 22 giugno 1989, in causa 103/88) è risultato l'occasione per affermare in modo pieno che gli obblighi derivanti dalle direttive con carattere preciso e non condizionato valgono per tutte le autorità degli Stati membri. Pertanto, « tutti gli organi dell'amministrazione, compresi gli enti territoriali come i comuni, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni ». A ben vedere non si tratta di uno sviluppo inaspettato, se si considera che questa conclusione era già implicita nella posizione della Corte di giustizia sui poteri dei giudici di fronte al diritto nazionale in contrasto con il diritto comunitario. Egualmente, la sentenza *Fratelli Costanzo* è importante perché si riferisce espressamente alle amministrazioni nazionali come parti del sistema comunitario e perché tratta delle autorità locali e non soltanto dello Stato. Al riguardo ricordo che nei dodici Stati membri i contratti amministrati dalle autorità regionali e locali ammontano a oltre il quaranta per cento del totale.

Ancora, le amministrazioni nazionali responsabili per materie in cui opera anche la Comunità sono sempre più coinvolte nelle politiche di quest'ultima. Basti pensare, da un lato, alla rete dei comitati amministrativi, il cui numero esatto è discusso ma che supera sicuramente lo straordinario numero di settecento, coinvolgendo una grande quantità di funzionari nazionali; dall'altro, al nuovo rapporto denominato di *partnership* avviato dai Programmi Integrati Mediterranei e poi generalizzato dal regolamento n. 2052/88 sui fondi strutturali e dalla successiva normativa. È da prevedere che attraverso lo sviluppo del principio di

sussidiarietà questi rapporti tenderanno a crescere. Si tratta di un effetto apparentemente paradossale, dato che l'opinione corrente ritiene che la sussidiarietà significhi devoluzione di gran parte delle competenze agli Stati e alle loro autorità regionali e locali, ma che in realtà si collega ad un dato tipico della sussidiarietà rappresentato dalla compresenza nella stessa materia sia della Comunità che degli stati.

Una tecnica particolare di esecuzione del diritto comunitario è stata per molto tempo la c.d. esecuzione giudiziaria, affidata alla Corte di giustizia su iniziativa della Commissione. A questo procedimento si affianca poi quello da rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 177 del Trattato. Grande è stato il risultato della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo: a lei si deve la elaborazione dell'ordinamento giuridico comunitario e dei principi generali di diritto, considerati ora fonte del diritto comunitario.

Anche per il giudiziario si è avuto di recente uno sviluppo analogo a quello che si è considerato per le amministrazioni nazionali, ovvero l'utilizzo sempre maggiore dei giudici nazionali come giudici comunitari, in particolare attraverso la procedura di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

La disciplina degli appalti è ancora una volta particolarmente significativa di questo sviluppo. Si possono ricordare tra i tanti casi: *Du Pont de Nemours*; sentenza 20 marzo 1990, in causa 21/88); *Fratelli Costanzo*, già citato (causa 103/88). Sono casi originati da richieste dei giudici italiani, particolarmente attivi nell'ultimo decennio, che trattavano casi in cui il diritto nazionale non si era ancora completamente adeguato al diritto comunitario. Precisamente, il caso *Dupont* esamina la riserva di una parte dei contratti di fornitura a favore di imprese aventi sede nel territorio meridionale, la parte meno sviluppata del paese. Il caso *Fratelli Costanzo* esamina invece il problema della offerta anormalmente basse negli appalti di lavori. Altre importanti sentenze sono poi derivate dall'azione di vigilanza, ex art. 179 Trattato, svolta dalla Commissione (tra le tante, di particolare rilievo la causa 360/89, la causa 194/88, la causa 272/91).

Le decisioni della Corte di giustizia sono sempre state l'occasione per un'interpretazione del diritto comunitario assai ampia, ben oltre il caso specifico ad essa sottoposto, e hanno rappresentato una forma, potente quanto atipica, di esecuzione del diritto comunitario. Ma nel quadro delle recenti direttive sugli

appalti si avverte con particolare chiarezza una tendenza della Comunità ad andare oltre gli interventi delle corti nazionali e delle sentenze interpretative della Corte di giustizia, in favore della creazione di un vero sistema di rimedi comunitari, come tali uniformi nei dodici Stati membri.

Ne sono espressione la direttiva n. 665/89 sui rimedi negli appalti di lavori pubblici e, soprattutto, la direttiva n. 13/92 sui rimedi negli appalti nei settori esclusi. Quest'ultima, come meglio vedremo alla conclusione, prevede non solo originali forme di tutela giurisdizionale comunitaria, ma anche la creazione di ampie forme di tutela pregiudizionale mirate a prevenire le liti e ad assicurare una rapida soluzione dei contrasti, nel pubblico come nel privato interesse.

7. Fino a questo punto abbiamo cercato di dimostrare come le interpretazioni proposte sull'attuale rapporto tra diritto ed economia abbiano poche occasioni di conferma nel sistema della Comunità europea, ed anzi siano smentite da alcuni principi generali e dalla disciplina degli appalti pubblici.

Cerchiamo adesso di esaminare più in dettaglio questa disciplina comunitaria nei suoi elementi più significativi.

Cominciamo dal tipo di disciplina previsto dalle varie direttive. Siamo tentati di dire che si tratta di un chiaro esempio di normativa di diritto pubblico, in quanto contrapposto al diritto privato. Tuttavia, consapevoli che la distinzione diritto pubblico-diritto privato è uno dei tormenti maggiori dei giuristi europei, interessa solo dire che la normativa comunitaria sui contratti pubblici è sicuramente in deroga al diritto comune dei contratti ed esprime un programma regolatorio assai incisivo. La Comunità persegue dunque i suoi obiettivi con norme speciali rispetto al diritto comune, il cui rispetto è principalmente affidato al comportamento degli Stati membri, anche se sempre maggiore appare il coinvolgimento delle istituzioni comunitarie.

Il secondo tema è quello dell'ambito di applicazione della disciplina comunitaria. Essa riguarda principalmente, ma non soltanto, lo Stato e gli altri enti pubblici: mentre la direttiva lavori (n. 440/1989) si riferisce esclusivamente alle amministrazioni pubbliche, la direttiva sui settori esclusi prevede che sono tenuti alla sua osservanza anche altri soggetti come le imprese pubbli-

che e le imprese private che operino in virtù di particolari privilegi o utilizzando fondi pubblici. Il punto è importante perché dimostra che la Comunità non è interessata alla qualificazione formale del soggetto che contrae, bensì alla sua effettiva posizione. Ne discende che il diritto comunitario degli appalti si applica a molte altre situazioni oltre a quelle tipicamente amministrative.

Si conferma anche che nella attuale situazione delle tecniche regolatorie non è più importante la istituzione di un organismo pubblico o la proprietà pubblica di un'impresa, bensì la condizione effettiva della sua attività.

Un terzo tema è quello della standardizzazione delle specifiche tecniche, delle norme di gara e dei criteri di qualificazione. Le direttive in esame sono molto precise su questo tema che, apparentemente di basso profilo, risulta assai importante per l'armonizzazione dei sistemi nazionali, finora caratterizzati da sistemi tecnici assai diversi che contribuivano a scoraggiare la partecipazione di imprese straniere e quindi la concorrenza.

La standardizzazione delle specifiche tecniche nel settore degli appalti pubblici è l'espressione di una tendenza più generale della Comunità ad usare questa tecnica di armonizzazione, e corrisponde a quanto si verifica in tutti i nuovi ordinamenti giuridici che derivano da precedenti sistemi minori.

Lo stesso carattere è proprio dei nuovi criteri di qualificazione degli imprenditori e dei fornitori, che superano i sistemi tradizionali assai diversi da paese a paese. Si ricorda che alcuni stati non avevano alcun sistema pubblico di qualificazione; altri, al contrario, avevano liste ufficiali di imprenditori amministrati da uno speciale corpo amministrativo; altri ancora sistemi affidati ad associazioni private di pubblico interesse. Sistemi che producevano ostacoli alla concorrenza comunitaria e distorsioni del mercato.

Altro importante tema è quello delle procedure di aggiudicazione. Le direttive sugli appalti pubblici sono divisibili a questo riguardo in due categorie: direttive rigide e direttive flessibili. Le prime sono la direttiva sui lavori pubblici e quella sulle forniture, caratterizzate da procedure di aggiudicazione il più possibile oggettive e non derogabili, precedute da un'ampia informazione e aperte al maggior numero di partecipanti. In questo contesto le procedure normali sono solo quella aperta e quella ristretta, mentre la procedura negoziata è eccezionale e cir-

condata da varie garanzie. Ciò per evitare la precedente situazione in cui le amministrazioni aggiudicatrici troppe volte usavano la procedura negoziata, non sempre per nobili scopi.

Per direttive flessibili si intendono invece quelle che offrono più spazio per le procedure negoziate, in considerazione della peculiarità del contratto e delle esigenze delle amministrazioni interessate. L'esempio maggiore è la direttiva n. 531/90 sui settori esclusi, ove una totale uniformità di procedure appare impossibile e contraria al pubblico interesse.

La stessa distinzione emerge a proposito dei criteri di aggiudicazione degli appalti. I criteri sono di due tipi: quello del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il primo non consente alcuna valutazione, essendo collegato alla migliore offerta al ribasso, il secondo, invece, è un criterio flessibile in cui l'amministrazione valuta discrezionalmente una serie di elementi che sono indicati dal bando di gara. Le direttive preferiscono il criterio del prezzo più basso, ma a causa della complessità di molti appalti lasciano spazio per l'altro criterio, certamente più aperto.

A questo riguardo, in caso di offerte particolarmente basse vi è un importante esempio di *due process*. L'amministrazione non può rifiutare l'offerta se non dopo che all'imprenditore è stato chiesto di motivare la sua offerta e di dare tutte le precisazioni utili, e dopo una discussione su tali indicazioni. Il punto era stato esaminato dalla importante sentenza *Fratelli Costanzo* del 1989 e trova ora una completa disciplina in tutte le direttive in esame.

8. Dopo l'esame di alcuni dei maggiori punti di interesse del diritto comunitario degli appalti, vediamo alcuni aspetti generali di queste direttive.

Anzitutto, le direttive sono del tipo dettagliato che lascia poco spazio agli Stati membri per la trasposizione in diritto nazionale. Alla data di scadenza prevista per la trasposizione possiamo perciò affermare che larga parte delle direttive è sicuramente applicabile negli Stati membri secondo i principi affermati dalla Corte di giustizia. Vi sono, peraltro, alcuni principi o procedure che, risultano applicabili solo dopo la trasposizione in diritto nazionale. Esempi sono l'accordo quadro previsto all'art. 5

della direttiva n. 531/90 e le procedure *quasi-judicial* previste dalla direttiva n. 13/92.

La situazione di applicabilità solo parziale del diritto comunitario sugli appalti rende, da una parte, necessario un maggiore e più tempestivo impegno degli Stati per la loro trasposizione in diritto nazionale; dall'altra, conferma la necessità di ampliare i mezzi per assicurare la piena effettività del diritto comunitario, oltre lo strumento normativo.

Un secondo punto generale è che il nuovo diritto, lungi dall'essere espressione di una politica di *deregulation*, è più complesso del precedente. Tutti gli aspetti della materia sono disciplinati in modo organico e dettagliato. Le nuove forme di regolamentazione non sono peraltro esclusive di questo settore, dato che possiamo vedere analoghe tecniche comunitarie anche in altri settori economicamente importanti come i servizi bancari e finanziari.

Il terzo punto è quello degli strumenti di tutela. Il settore degli appalti sta originando il primo vero corpo di diritto processuale comunitario, assieme ad altre interessanti normative di settore in materia di beni culturali, di imposte di importazione e di trattamento di personale dipendente. Il nuovo diritto disciplina sia aspetti giurisdizionali, ed in particolare le misure cautelari, sia aspetti procedurali e di natura contenziosa (cfr. in particolare la direttiva n. 13/1992) con un ruolo diretto della Commissione, vero interlocutore dei privati e delle amministrazioni interessate.

#### 9. Possiamo passare ad alcune considerazioni finali.

Il diritto comunitario sugli appalti appare per molti aspetti una legislazione regolatoria tradizionale che nella prospettiva di creare un vero mercato europeo, aperto e competitivo, introduce nuovi elementi di regolamentazione e di intervento.

Gli Stati membri sembrano avere consapevolezza che per gli appalti pubblici la dimensione nazionale è ormai inappropriata e che di conseguenza è necessario trasferire il potere regolatorio ad un più alto livello, quello della Comunità. Non si tratta perciò di un mutamento nella natura del diritto, ma solo del trasferimento ad altro livello del potere legislativo ed ora, in parte,

anche dei rimedi e delle garanzie per la corretta applicazione del diritto sostanziale.

Anche per quanto riguarda le istituzioni amministrative il nuovo sistema non determina alcuna semplificazione. Sul piano nazionale si sta verificando una riduzione delle amministrazioni aggiudicatrici, del resto inevitabile anche per ragioni domestiche, se si considera che oggi nella maggior parte dei paesi continentali tutti gli enti locali sono amministrazioni aggiudicatrici; situazione non più tollerabile. Ma allo stesso tempo sono istituiti nuovi organismi di controllo sulla corretta applicazione del diritto comunitario e nuove forme di controllo tecnico e gestionale.

Le nuove regole comunitarie assicurano certamente un mercato più aperto e una maggiore competizione. Tuttavia rimangono serie limitazioni sia per quanto riguarda l'ambito di applicazione delle norme comunitarie, sia in riferimento agli imprenditori. Dal primo punto di vista è esemplare la direttiva n. 531/90 che in vari articoli elenca i numerosissimi casi in cui non si applicano le nuove regole. Queste dunque hanno un ambito di applicazione non generale e molti dei casi esclusi sono tra i più rilevanti dal punto di vista economico. Dal secondo punto di vista, poi, le associazioni di imprese e le altre forme di consorzio mantengono varie opportunità di formare cartelli che organizzano la concorrenza e in tal modo la limitano.

In ogni caso possiamo parlare di mercato aperto solo all'interno della Comunità perché con poca coerenza, anche se per evidenti ragioni di protezione delle industrie europee, il settore più importante (trasporti, telecomunicazioni, energia) è ben chiuso rispetto a imprese di paesi terzi (si veda, ad esempio, quanto previsto all'art. 29 della direttiva n. 531/1990).

Lo spostamento del centro decisionale dal livello statale a quello comunitario determina un minor controllo politico sulla gestione dei contratti pubblici. In parte questo effetto è positivo, se si considera la possibile collusione tra interessi generata da così rilevanti settori e la conseguente possibile corruzione. Ma per altra parte è preoccupante perché pone direttamente a confronto interessi economici forti con una burocrazia poco responsabile, a sua volta controllata da poteri comunitari caratterizzati da un chiaro deficit democratico. La mia valutazione è che le nuove competenze della Comunità su temi economici così rilevanti devono essere accompagnate da un forte incremento della

trasparenza del procedimento decisionale, dalla responsabilizzazione delle istituzioni comunitarie e delle pubbliche amministrazioni, nazionali e comunitarie; da nuove forme di controllo amministrativo, anche interno. In effetti, l'elevazione del livello decisionale è un supporto particolare alle proposte di una maggiore democrazia comunitaria, indipendentemente dai progressi negli Stati membri per quanto riguarda più chiare e imparziali procedure.

Eravamo partiti dall'esame delle nuove teorie sul diritto senza Stato, della *business society* che si autoamministra con regole di autonoma formazione garantite da forme di giustizia privata. Il caso degli appalti pubblici dimostra però quanto diversa sia la situazione in un settore cruciale dell'economia, che ritengo inoltre esemplare di una più generale situazione. Agli Stati si sovrappone un nuovo ordinamento giuridico con nuovi poteri e strumenti di intervento; la regolamentazione aumenta in quantità e qualità; il mercato aperto è l'obiettivo finale che però è perseguito attraverso una politica di intervento qualitativamente non diversa da quella seguita in passato.

Una situazione che si può sintetizzare con la formula « più regolamentazione e più mercato », su cui sembrano ritrovarsi tutti gli Stati membri, per una volta uniti.