Capitolo I

Il lungo cammino verso il nuovo Codice dei contratti pubblici

di *M. Mariani*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’evoluzione della normativa dell’Unione Europea. – 3. La normativa italiana.

1. Introduzione

Il Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 31.3.2023, n. 36) entrato in vigore il 1° aprile 2023 costituisce l’ultimo approdo normativo di convergenti esigenze nazionali ed eurounitarie.

Il principale mezzo con cui l’Unione Europea ha cercato di creare prosperità e di consolidare la pace in Europa è la creazione di un **mercato unico** attraverso l’eliminazione delle barriere commerciali¹.

¹ La creazione di prosperità attraverso il commercio si basa sulla premessa che l’apertura dei mercati alla concorrenza straniera mercati alla concorrenza straniera migliorerà il benessere economico. In Europa, la prosperità economica era vista anche come un mezzo primario per il raggiungimento della pace: si riteneva che una stretta dipendenza economica commerciale avrebbe potuto (ed in effetti così è stato) ridurre il rischio di future ostilità. La rimozione delle barriere al commercio nei mercati governativi è un aspetto di questa politica di rimozione delle barriere commerciali, ed è questa che fornisce la logica e la base giuridica del regime dell’UE sugli appalti pubblici. La logica che sta alla base della creazione del mercato unico in generale è la teoria del vantaggio comparato elaborata da Ricardo. Si tratta di una teoria fondamentale alla base della maggior parte degli accordi di libero scambio. In breve, essa afferma che sia il benessere economico totale del gruppo di libero scambio che quello di ogni singolo paese saranno massimizzati dal libero commercio tra i membri: tale libero commercio porta ogni Stato a specializzarsi in quei settori in cui ha un vantaggio comparativo, con il risultato di un uso più efficiente delle risorse e quindi di un aumento della ricchezza. Secondo la teoria del libero mercato, le leggi della domanda e dell’offerta – la “mano invisibile” del mercato – opereranno per produrre questa allocazione ottimale delle risorse se alle persone è permesso di commerciare liberamente in ambito transfrontaliero. Oltre ai benefici derivanti dagli scam-

Le gestioni degli appalti pubblici che non consentono la **libera concorrenza**² di operatori economici di altri Stati per servire il mercato pubblico sono una possibile fonte di distorsione degli scambi commerciali e quindi possono essere danno-

bi commerciali, la specializzazione basata sul vantaggio comparativo produce anche altri vantaggi, tra cui la capacità delle imprese di sfruttare le economie di scala che si ottengono servendo mercati più vasti e gli effetti dinamici (come una maggiore innovazione di prodotto) di una maggiore concorrenza. La teoria suggerisce anche che gli Stati beneficerebbero economicamente dell'apertura dei loro mercati anche se lo fanno unilateralmente, cioè senza ricevere un accesso reciproco ai mercati esteri. Per molti, l'idea che si possa guadagnare economicamente eliminando la protezione dell'industria nazionale o non erigendo barriere per proteggere la nuova industria nazionale sembra controintuitiva. Forse è più facile comprendere come ciò possa avvenire concentrandosi sui costi del protezionismo, piuttosto che sui meri benefici della concorrenza. I benefici del protezionismo sono certamente molto visibili in termini, ad esempio, di creazione o conservazione di posti di lavoro nelle attività protette e di creazione o conservazione di profitti nelle imprese nazionali. Tuttavia, ci sono anche dei costi. Per esempio, la protezione dell'industria nazionale influisce negativamente sulla qualità e sul prezzo dei prodotti di quell'industria, sia per i consumatori sia per le imprese che li utilizzano. La teoria economica del libero scambio afferma che i costi superano i benefici in termini puramente economici. Comunque anche la teoria del libero scambio è controversa sotto vari aspetti. Inoltre, anche i suoi più forti sostenitori non sono a favore di un libero scambio illimitato e accettano che alcuni limiti siano auspicabili. Possiamo anche notare che non è solo l'impatto del libero scambio in sé che può avere effetti negativi sugli interessi "non commerciali", ma anche i particolari mezzi scelti per raggiungerlo. Nel settore degli appalti pubblici una critica talvolta mossa all'applicazione del principio di trasparenza come mezzo per combattere la discriminazione nei confronti delle imprese e dei prodotti stranieri è che impedisce agli Stati di utilizzare la discrezionalità negli appalti che, in alcune circostanze, potrebbe migliorare il rapporto qualità-prezzo negli appalti, o che richiede l'uso di metodi di appalto che non sono efficienti in termini di costo del processo, il che può, a sua volta, influire sul rapporto qualità-prezzo dissuadendo le imprese migliori dal partecipare agli appalti pubblici. Tuttavia, anche i governi che accettano in linea di principio l'auspicabilità di un significativo libero scambio, spesso non aprono unilateralmente i loro mercati. Gran parte della spiegazione di ciò risiede nel fatto che, anche per i governi che accettano i benefici del libero scambio, spesso ci sono difficoltà all'interno del sistema politico: in larga misura, ciò è dovuto al fatto che i costi del libero scambio sono più visibili all'opinione pubblica rispetto ai benefici, e sono anche concentrati nel loro impatto su individui o comunità specifiche che hanno un incentivo ad agire politicamente (attraverso l'esercizio del voto o con altri mezzi). D'altra parte, i costi della protezione, in termini di prezzi più alti, sono ampiamente distribuiti tra i consumatori e le imprese, e sono spesso troppo nascosti. Consumatori e delle imprese e sono spesso troppo nascosti e limitati nel loro impatto sui singoli individui per influenzare il loro comportamento politico.

² L'importanza della tutela della concorrenza come principio fondante nel settore della contrattualistica pubblica è stato più volte ribadito dalla giurisprudenza eurounitaria (CGCE, sez. VI, 12.12.2002, C-470/99) e nazionale (Corte Cost., sentenza del 23.11.2007, n. 401 che ha ribadito che sulla base dell'art. 117, comma 2, lett. e), Cost. il nucleo fondamentale della disciplina sulla contrattualistica pubblica è di competenza dello Stato, e pertanto si deve escludere una disciplina differenziata a livello regionale; Cons. Stato, Ad. Plen., 3.3.2008, n. 1, p. 39 ha precisato che "l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria [...] nel perseguimento della tutela della concorrenza" [ha] "determinato il definitivo superamento della concezione che vedeva la proceduralizzazione dell'attività di scelta del contraente dettata nell'esclusivo interesse dell'amministrazione".

se per la massimizzazione del benessere economico nazionale e globale. Si possono individuare diversi tipi di pratiche che rientrano in questa categoria:

1. protezione dell'industria che non gode di un vantaggio comparato;
2. protezione delle industrie potenzialmente competitive;
3. sostegno agli obiettivi sociali e ambientali;
4. sicurezza nazionale;
5. corruzione e clientelismo;
6. assenza di pressioni commerciali;
7. mancanza di trasparenza;
8. procedure di affidamento inefficienti.

Le politiche di apertura dei mercati pubblici al libero scambio si basano, invece, sull'idea che un contributo importante alla crescita economica deriva dalle dimensioni di questi mercati. La Commissione europea ha recentemente stimato che gli appalti pubblici rappresentano circa il 14% del PIL dell'UE (in valori assoluti, circa 2 miliardi di euro all'anno)³ ed è dunque evidente la crucialità dell'affermazione di un mercato di libero scambio europeo degli stessi.

2. L'evoluzione della normativa dell'Unione Europea

Il sistema normativo che l'UE ha creato per attuare la politica del mercato interno negli appalti pubblici deriva principalmente da due fonti, rispettivamente di rango primario e derivato:

³ Fonte: https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/public-procurement_en. La spesa per gli appalti pubblici in percentuale del PIL è aumentata leggermente in tutta l'OCSE nell'ultimo decennio, passando dall'11,8% del PIL nel 2008 al 12,6% del PIL nel 2019. La pandemia da COVID-19 ha portato a un'impennata degli appalti pubblici in rapporto al PIL nel 2020. Tra i 22 Paesi OCSE-UE per i quali sono disponibili dati, gli appalti pubblici sono aumentati dal 13,7% del PIL nel 2019 al 14,9% del PIL nel 2020. Questi aumenti sono dovuti sia all'acquisto di beni e servizi da parte dei governi per sostenere le loro risposte alla COVID-19, sia alla diminuzione del PIL a causa della crisi. Gli appalti pubblici come quota della spesa pubblica totale sono diminuiti in tutti i Paesi OCSE rispondenti di 1-2 punti percentuali nel 2020 rispetto al 2019. Questo perché la spesa pubblica non legata agli appalti è cresciuta più rapidamente di quella legata agli appalti. I pacchetti di sostegno forniti dai governi in risposta alla pandemia hanno aumentato drasticamente la spesa pubblica totale (53,6% del PIL nei Paesi OCSE-UE in media nel 2020). La distribuzione tra la spesa complessiva per gli appalti pubblici dei governi centrali e subnazionali rimane sostanzialmente invariata, con il 64% della spesa per gli appalti dei Paesi OCSE-UE che avviene a livello subnazionale. Gli appalti pubblici sono utilizzati in tutte le funzioni di spesa del governo, dalla sanità alla protezione dell'ambiente, all'ordine pubblico e agli affari economici (compresi infrastrutture, trasporti, comunicazioni, energia e ricerca e sviluppo). La spesa sanitaria ha rappresentato la quota maggiore della spesa in appalti pubblici, con una media del 29,3% nei Paesi OCSE nel 2019.

- A) il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) (già Trattato che istituisce la Comunità europea – TCE), e
- B) le Direttive sugli appalti.

Per quanto riguarda la prima, il **TFUE** contiene norme generali che, tra l'altro, vietano a ciascuno Stato membro di porre in essere politiche e atti discriminatori verso gli altri.

Alcune disposizioni del TFUE vietano, in generale, le azioni governative che producono discriminazione nei confronti di imprese o prodotti di altri Stati membri, e ciò include gli appalti pubblici discriminatori.

Questi principi del TFUE hanno un effetto diretto, cioè sono vincolanti per i governi degli Stati membri e possono essere applicati nei loro confronti⁴. Va inoltre affermato che queste disposizioni del TFUE si applicano in linea di principio a tutti gli appalti aggiudicati dagli enti pubblici. Ciò dunque riguarda anche gli appalti che non rientrano nell'ambito di applicazione delle Direttive UE (ad esempio, perché il loro valore è inferiore alle soglie finanziarie di rilievo europeo: è il fenomeno dei c.d. contratti sotto soglia).

Le più significative disposizioni sono:

- l'art. 34 del TFUE (*ex art. 28 del TCE*) sulla libera circolazione delle merci (*ex art. 30*)⁵;
- l'art. 56 del TFUE (*ex art. 49 del TCE*) sulla libera prestazione di servizi (*ex art. 59*)⁶;
- l'art. 49 del TFUE (*ex art. 43 del TCE*) sulla libertà di stabilimento (*ex art. 52*)⁷;

⁴ Tuttavia, questi principi del TFUE sono stati considerati insufficienti per aprire i mercati degli appalti. In particolare, si è ritenuto necessario che gli appalti siano assegnati con procedure trasparenti, in modo che le autorità che aggiudicano gli appalti pubblici non potessero mascherare eventuali comportamenti discriminatori sotto un manto di discrezionalità. Inoltre, sono state ritenute auspicabili disposizioni speciali per garantire che le regole potessero essere applicate efficacemente dagli offerenti danneggiati. Per garantire ciò, l'UE ha adottato Direttive che regolano le procedure di aggiudicazione degli appalti più importanti, che prevedono, per esempio, che gli Stati pubblicizzino i loro contratti in tutta Europa e aggiudicarli solo con criteri "commerciali".

⁵ La libera circolazione delle merci, la prima delle quattro libertà fondamentali del mercato interno (che comprendono anche la libera circolazione di servizi, capitali e persone) è garantita attraverso l'eliminazione dei dazi doganali e delle restrizioni quantitative e dal divieto di adottare misure di effetto equivalente. I principi di riconoscimento reciproco, l'eliminazione delle barriere fisiche e tecniche e la promozione della normalizzazione sono ulteriori elementi introdotti per continuare il completamento del mercato interno.

⁶ La libera prestazione dei servizi si applica a tutti i servizi che vengono generalmente forniti a titolo remunerativo, nella misura in cui essi non sono regolamentati dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. La persona che presta un "servizio" può, a tal fine, esercitare temporaneamente la propria attività nello Stato membro in cui il servizio viene prestato, alle stesse condizioni imposte da tale Stato ai propri cittadini.

⁷ Il diritto di stabilimento comprende il diritto di svolgere attività indipendenti, nonché di avviare e gestire imprese al fine di esercitare un'attività permanente su base stabile e continuativa, alle stesse condizioni previste dalla legislazione dello Stato membro di stabilimento per i propri cittadini.

– gli artt. 101/109 del TFUE (*ex* artt. 81/89 del TCE) sul mercato interno e sulla concorrenza⁸.

Nell'ambito di tale contesto proconcorrenziale, vanno qui ricordati altri principi che ne sono corollari, come la parità di trattamento⁹, la non discriminazione¹⁰, il

⁸ In questi articoli si precisa che un sistema propizio ad un'equa concorrenza costituisce parte integrante del mercato interno, ai sensi dell'art. 3, par. 3, TUE. La politica di concorrenza rappresenta uno strumento chiave per il conseguimento di un mercato interno libero, dinamico e funzionale, nonché per lo sviluppo di un benessere economico comune. La concorrenza consente alle imprese di competere in condizioni di parità in tutti gli Stati membri, incentivandole al tempo stesso a sforzarsi di offrire ai consumatori i migliori prodotti al miglior prezzo, il che, a sua volta, guida l'innovazione e favorisce la crescita economica a lungo termine. La politica di concorrenza dell'UE si applica anche alle imprese di paesi terzi che operano nel mercato interno.

⁹ Il principio di parità di trattamento impone che gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che tali offerte siano soggette alle medesime condizioni per tutti i partecipanti. In termini generali, il pacchetto di strumenti della politica di concorrenza dell'UE comprende norme in materia di antitrust, controllo delle concentrazioni, aiuti di Stato, nonché servizi e imprese pubblici. L'antitrust mira a ripristinare le condizioni concorrenziali, ad esempio in caso di formazione di cartelli o di abuso di posizione dominante. Gli strumenti della politica di concorrenza preventivi comprendono norme in materia di controllo delle concentrazioni e di aiuti di Stato. Il controllo delle concentrazioni previene potenziali distorsioni della concorrenza, valutando in anticipo se una potenziale fusione o acquisizione potrebbe avere un impatto anticoncorrenziale. Le norme in materia di aiuti di Stato mirano a evitare un indebito intervento statale laddove il trattamento preferenziale di talune imprese o taluni settori falsi o minacci di falsare la concorrenza e pregiudichi il commercio tra gli Stati membri. I servizi di interesse economico generale (SIEG) rivestono una particolare importanza per i consumatori e sono soggetti a norme specifiche nell'ambito degli aiuti di Stato, al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale, un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, nonché la parità di trattamento. In particolare, sono affrontati i seguenti temi: a) Divieto generale di accordi restrittivi della concorrenza (art. 101 TFUE); b) Sfruttamento abusivo di una posizione dominante (art. 102 TFUE); c) Controllo delle fusioni; d) Divieto di concedere aiuti di Stato (art. 107 TFUE); e) Servizi pubblici di interesse economico generale.

¹⁰ L'obiettivo della legislazione in materia di non discriminazione è di offrire a tutte le persone e a tutti gli operatori economici la possibilità di un accesso paritario ed equo alle opportunità disponibili nell'ambito della società. Ciò implica che le persone e i gruppi di persone non siano trattati in maniera meno favorevole in presenza di situazioni equiparabili solo a causa di caratteristiche particolari, tra cui sesso, razza, origine etnica, religione o convinzioni personali, disabilità, età o orientamento sessuale. Il trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) vieta la discriminazione in base alla nazionalità. Esso consente inoltre al Consiglio di adottare provvedimenti opportuni per lottare contro le discriminazioni fondate su sesso, razza o origine etnica, religione o convinzioni personali, disabilità, età o orientamento sessuale. A tale proposito, il Consiglio deve agire all'unanimità e previo l'ottenimento dell'approvazione del Parlamento europeo. Tuttavia, nell'ambito specifico della parità di trattamento e delle pari opportunità per uomini e donne, si applica la procedura legislativa ordinaria, che non richiede l'unanimità, ma unicamente la maggioranza qualificata (art. 157 TFUE). La discriminazione sulla base della nazionalità è sempre stata proibita dai trattati dell'Unione europea (Unione), così come la discriminazione sulla base del sesso nel contesto dell'occupazione. Gli altri motivi di discriminazione sono stati menzionati per la prima volta nel 1997, con la sottoscrizione del trattato di Amsterdam. Nel 2009, il trattato di Lisbona ha introdotto una clausola orizzontale volta a integrare la lotta contro le discriminazioni in tutte le politiche e le misure del-

mutuo riconoscimento¹¹, la proporzionalità¹², il favor participationis¹³, la buona fede¹⁴, la trasparenza¹⁵. Sono altresì rilevanti i principi della riservatezza¹⁶ e dell'efficienza¹⁷.

l'Unione (art. 10 TFUE). Tutte le persone possono esercitare il diritto di ricorso in caso di discriminazione diretta o indiretta, ovvero in casi di trattamento differente in un contesto equiparabile senza una giustificazione oggettiva e legittima. Le vittime di discriminazione possono inoltre richiedere assistenza agli organismi nazionali per la parità, ossia enti pubblici presenti sul territorio dell'Unione che si adoperano per la promozione della parità e della lotta contro la discriminazione.

¹¹ Il principio del mutuo riconoscimento implica per le concessioni che lo Stato nel cui territorio la prestazione è fornita deve accettare le specifiche tecniche, i controlli, i titoli e i certificati prescritti in un altro Stato nella misura in cui questi siano riconosciuti equivalenti a quelli richiesti dallo Stato membro destinatario della prestazione.

¹² Il principio di proporzionalità "comprende in sé il divieto di aggravio del procedimento, impedendo che nella fissazione o nell'interpretazione delle prescrizioni della legge di gara possano essere previsti adempimenti superflui o ridondanti. Dal principio di proporzionalità deriva, pertanto, il corollario della c.d. 'strumentalità delle forme' ad un interesse sostanziale dell'Amministrazione, di cui la giurisprudenza amministrativa ha fatto costante applicazione nel contenzioso in materia di appalti pubblici, e che di recente è stato codificato, mediante l'icastica formula del principio del risultato, dall'art. 1 del nuovo codice degli appalti di cui al decreto legislativo n. 36 del 31 marzo 2023." (Cons. Stato, sez. IV, 24.4.2023, n. 4014).

¹³ Il principio del favor participationis, volto a favorire la più ampia partecipazione alle gare pubbliche, ha di norma carattere recessivo rispetto al principio della par condicio, tuttavia l'esigenza di apprestare tutela all'affidamento inibisce alla stazione appaltante di escludere dalla gara pubblica un'impresa che abbia seguito il dettato di un chiarimento novativo espresso dalla stessa Amministrazione.

¹⁴ La clausola di buona fede (al pari dei principi di tutela dell'affidamento e di correttezza dell'azione amministrativa) impedisce che le conseguenze di una condotta colposa della Stazione appaltante possano essere traslate a carico del soggetto partecipante con la comminatoria dell'esclusione dalla procedura; ad esempio, laddove il chiarimento generi confusione o contraddittorietà, il concorrente che si serve di detto chiarimento non potrà essere estromesso.

¹⁵ Il Codice dei contratti pubblici del 2023 dedica alla trasparenza gli artt. 20 ss.

¹⁶ La direttiva sugli appalti pubblici n. 2014/24/UE, affermando che detta direttiva non osta a che uno Stato membro stabilisca un regime che delimiti ulteriormente la portata dell'obbligo di riservatezza, basandosi su una nozione di segreto commerciale corrispondente a quella contenuta nella direttiva 2016/943, relativa alla protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti. La Corte di Giustizia UE, con la sentenza nella causa C-54/21 precisa, tuttavia, che detta ultima direttiva osta a un simile regime "qualora quest'ultimo non comprenda un sistema di norme che consenta alle amministrazioni aggiudicatrici di rifiutare in via eccezionale la divulgazione di informazioni che, pur non rientrando nella nozione di 'segreti commerciali', devono rimanere non accessibili". La Corte giunge a tale conclusione partendo dal principio per cui la tutela della riservatezza prevista dalla direttiva 2014/24 sugli appalti pubblici abbia una portata più ampia rispetto ad una tutela che si estende ai soli segreti commerciali. Resta salva, tuttavia, la facoltà di ciascuno Stato membro di prevedere delle disposizioni che consentano la divulgazione di dette informazioni. "Di conseguenza, ciascuno Stato membro può effettuare un bilanciamento tra la riservatezza prevista da tale direttiva e le norme di diritto nazionale che perseguono altri legittimi interessi, come l'accesso alle informazioni, al fine di garantire la massima trasparenza delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici".

¹⁷ Il principio affonda le sue radici nell'art. 97 Cost. e nell'art. 41 della Carta dei diritti fon-

Il TFUE vieta inoltre agli Stati membri di fornire assistenza alle imprese (“aiuti di Stato”), tranne che in determinate circostanze. L’aggiudicazione di un appalto pubblico può costituire un aiuto di Stato illegale ai sensi del TFUE quando il contratto non ha la natura di operazione commerciale¹⁸.

Comunque, va chiarito che una misura considerata un ostacolo agli scambi ai sensi degli artt. 34, 49 o 56 del TFUE (*ex* artt. 28, 43 o 49 del TCE, rispettivamente) non è automaticamente vietata. Infatti ci sono molte ragioni legittime per cui gli Stati possono desiderare di limitare l’accesso ai loro mercati¹⁹.

Esistono due tipi di giustificazioni che possono essere addotte nell’ambito delle norme sulla libera circolazione: le deroghe esplicite²⁰ e le limitazioni implicite²¹. L’UE ha inoltre adottato una Direttiva speciale sui mezzi di ricorso²².

Passando ad esaminare, sia pur nella necessaria sintesi propria di questo lavoro, la **normativa eurounitaria di rango derivato**, possono essere individuate nel tempo cinque fasi distinte di attività legislativa e di riforma, a cui corrispondono quattro generazioni di Direttive²³, come segue:

damentali di Nizza, trattandosi di una declinazione del principio del buon andamento. L’attuale art. 1 del Codice dei contratti pubblici, al comma 3 dispone che “Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell’interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell’Unione europea”.

¹⁸ Ad esempio, quando lo Stato paga a un appaltatore a un prezzo superiore a quello di mercato.

¹⁹ Ciò può avvenire, ad esempio, per impedire l’importazione di prodotti non sicuri o che danneggiano la salute o l’ambiente – e che l’interesse al libero accesso al mercato deve essere bilanciato con questi altri interessi. La questione di come debba essere esattamente raggiunto questo equilibrio tra commercio e altri interessi nazionali è uno dei più difficili per i regimi commerciali.

²⁰ L’art. 36 del TFUE (*ex* art. 30 del TCE) consente agli Stati membri di derogare all’art. 34 del TFUE (*ex* art. 28 del TCE) per motivi di “moralità pubblica o di ordine pubblico”. L’art. 34 del TFUE (*ex* art. 28 del TCE) per motivi di “moralità pubblica, ordine pubblico o pubblica sicurezza, tutela della salute e della vita delle persone, degli animali o delle piante; tutela della salute e della vita delle persone, degli animali o delle piante; la tutela del patrimonio nazionale avente valore artistico, storico o archeologico; o la protezione del patrimonio industriale e commerciale”. Il ricorso alle deroghe è soggetto a una serie di condizioni.

²¹ Anche quando non si applica una deroga esplicita del TFUE, la Corte di Giustizia della UE (CGUE) ha riconosciuto che una misura non viola l’art. 34 TFUE (*ex* art. 28 del TCE) se può essere giustificata sulla base di una serie di altri motivi di interesse pubblico – definiti “requisiti obbligatori” – riconosciuti dalla CGUE. Questi includono la protezione dei consumatori, la tutela dell’ambiente, l’efficacia della vigilanza fiscale e il miglioramento delle condizioni di lavoro. Si tratta di un elenco non esaustivo che la CGUE può ampliare se ritiene opportuno riconoscere un interesse particolare. Tali misure sono inoltre soggette al principio di proporzionalità. Gli artt. 49 e 56 TFUE (*ex* artt. 43 e 49 del TCE), allo stesso modo, sono inapplicabili quando le misure possono essere giustificate da considerazioni di interesse generale riconosciute dalla CGUE.

²² Direttiva 2007/66/CE.

²³ Le Direttive di “prima generazione” sono: 1. Direttiva 71/305/CEE (appalti di lavori pubblici), 2. Direttiva 77/62/CEE (appalti pubblici di forniture), 3. Direttiva 80/767/CEE (alcune amministra-

I) La storia delle Direttive che regolano le procedure di aggiudicazione degli appalti risale al 1971, quando fu adottata la prima Direttiva per disciplinare gli appalti di lavori pubblici (Direttiva 71/305/CEE). Nel 1977 è stata adottata una Direttiva che applica regole simili agli appalti pubblici di forniture (Direttiva 77/62/CEE).

II) Tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90 si è assistito a un'ondata di riforme degli appalti pubblici, che perseguivano l'obiettivo della Commissione europea di completare il mercato unico entro il 1992²⁴.

III) In una terza tornata legislativa, le Direttive sulle procedure di aggiudicazione sono state modificate alla luce del fatto che l'UE e i suoi Stati membri erano diventati parte del nuovo Accordo sugli appalti pubblici (AAP) dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC, o WTO nell'acronimo inglese)²⁵.

IV) Negli anni '90 è stato attuato un ampio programma di riforme, che ha portato a sostanziali revisioni e consolidamenti. Nel 1996 la Commissione europea ha prodotto un Libro Verde (Gli appalti pubblici nell'Unione Europea: esplorare la via da seguire per avviare un dibattito sulla politica degli appalti pubblici). Questa

zioni aggiudicatrici). Le Direttive di "seconda generazione" sono: 1. Direttiva 89/440/CEE (appalti di lavori pubblici), 2. Direttiva 92/50/CEE (appalti pubblici di servizi), 3. Direttiva 93/36/CEE (appalti pubblici di forniture), 4. Direttiva 93/37/CEE (appalti pubblici di lavori). Le Direttive di "terza generazione" sono: 1. Direttiva 2004/17/CE (appalti nei settori idrico, energetico, trasporto e servizi postali), 2. Direttiva 2004/18/CE (appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi). Le Direttive di "quarta generazione" sono: 1. Direttiva 2014/24/UE (appalti pubblici nei settori ordinari, che abroga la Direttiva 2004/18), 2. Direttiva 2014/25/UE (appalti degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, c.d. settori «speciali», che abroga la Direttiva 2004/17), 3. Direttiva 2014/23/UE (aggiudicazione dei contratti di concessione).

²⁴ In particolare l'Atto Unico Europeo, firmato nel 1986, è stato un passaggio cruciale nel processo di integrazione europea. Il suo obiettivo principale era completare il mercato interno, eliminando le barriere fisiche, tecniche e fiscali che ostacolavano la libera circolazione di beni, servizi, capitali e persone. Questa fase ha riguardato: A) le revisioni della Direttiva 71/305/CEE sui lavori e della Direttiva 77/62/CEE sulle forniture), con le Direttive 89/440/CEE sui lavori e 88/295/CEE sulle forniture, per apportare alcuni miglioramenti a tali Direttive. Nel 1993 le varie disposizioni in materia di lavori e forniture sono state riunite in due testi consolidati (che hanno introdotto anche alcune piccole modifiche): la Direttiva 93/36/CEE sugli appalti di forniture e la Direttiva 93/37/CEE sui lavori pubblici. B) L'estensione del sistema normativo agli appalti di lavori e forniture aggiudicati in settori precedentemente esclusi: a tal proposito va citata la Direttiva 90/531/CEE, relativa agli appalti di lavori e forniture aggiudicati nei settori "di pubblica utilità" precedentemente esclusi. C) L'estensione del sistema normativo agli appalti pubblici di servizi nel 1992, con la Direttiva 92/50/CEE agli appalti pubblici di servizi nel 1992 e agli appalti di servizi aggiudicati dalle imprese di pubblica utilità nel 1993, con la Direttiva 93/38/CEE.

²⁵ A tal fine sono state emanate la Direttiva 97/52/CE, per il settore pubblico, e la Direttiva 98/4/CE, che modifica la Direttiva sui servizi di pubblica utilità. In base all'AAP, l'UE e gli Stati membri consentono l'accesso ai mercati degli appalti dell'UE ad alcuni paesi terzi (ad esempio, Stati Uniti e Giappone), mentre i paesi che fanno parte dell'accordo di partenariato economico si impegnano a loro volta a rispettare obblighi simili verso gli Stati membri (e tra di loro). L'AAP, tuttavia, non disciplina le relazioni degli Stati membri dell'UE tra di loro.