

Divieto di gold plating e semplificazione normativa nel recepimento delle direttive su appalti e concessioni

di Pierluigi Mantini

Indice Sommario: 1. *Recepimento delle direttive e semplificazione alla luce del dilemma di Sunstein*; 2. *Più discrezionalità o più regole?*; 3. *La specialità del regime nazionale degli appalti tra ANAC ed Europa*; 4. *Il principio del divieto di gold plating e gli effetti*; 5. *Codice unico, regolamento e soft law nella legge delega*; 6. *Note finali in corso d'opera.*

1. Recepimento delle direttive e semplificazione alla luce del dilemma di Sunstein

Sono entrati nel vivo i lavori della Commissione di studio sul recepimento delle direttive europee relative ai contratti pubblici, istituita presso il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

I problemi sono molti e complessi, il dibattito ferve nelle sedi dottrinarie e specialistiche, mentre la legge delega, nel nuovo e più convincente testo, è all'esame del parlamento.

Ora che il lavoro tecnico procede sembra giunto il momento di iniziare a porsi alcuni interrogativi più generali, in grado di inquadrare meglio il contenuto

· Professore di diritto amministrativo e di diritto urbanistico nel Politecnico di Milano, componente del C.P.G.A. e della Commissione di studio presso il governo per il recepimento delle direttive europee.

Il testo costituisce una parziale rielaborazione della relazione sul tema tenuta al convegno «*Le nuove direttive appalti e il loro recepimento*», organizzato da Università Bocconi in collaborazione con Ance Milano, Lodi, Monza e Brianza e IGI, Milano, 14 maggio 2015.

dei cambiamenti poiché, è chiaro, il recepimento non potrà risolversi in una operazione di mero *matching* tra direttive e codice dei contratti vigente ma dovrà costituire l'occasione per una riforma innovativa, di grande contenuto economico sociale.

Il primo tema generale su cui riflettere è quello che possiamo definire come il “dilemma della regolazione”, assai radicato nell'attuale momento storico.

Non vi è dubbio che il primo obiettivo da perseguire, nell'attività di recepimento delle direttive sia quello della semplificazione amministrativa tanto più necessaria in una materia che, già alcuni decenni fa, venne definita da Massimo Severo Giannini come “enigmistica giuridica”, incomprensibile anche ai più esperti.

Tuttavia ci sono due modi per realizzare la semplificazione normativa e amministrativa.

Il primo modo è costituito da un'ampia liberalizzazione delle forme e delle modalità di azione delle pubbliche amministrazioni (stazioni appaltanti) che però restano vincolate al rispetto di principi generali cogenti (principio di efficienza e di efficacia, principio di imparzialità, principio di concorrenza, principio di trasparenza ecc.).

Questo approccio, appena sommariamente descritto, presuppone un forte grado di competenza tecnica e di *accountability* delle stazioni appaltanti che sono, per usare un'espressione classica nel diritto amministrativo, più libere nei modi ma vincolate nei fini, godendo di una più ampia discrezionalità e di maggiori obblighi di risultato.

Il secondo modo possibile è invece quello della più rigida normazione, attraverso procedure e moduli standardizzati, la riduzione del numero delle norme, lo sviluppo di modelli informatizzati a livello nazionale, con ciò riducendo la discrezionalità amministrativa e l'autonomia degli enti locali.

Per meglio illustrare, in via generale, la diversità di questi due differenti approcci alla semplificazione ci permettiamo riportare per esteso il punto di vista di Cass. R. Sunstein, docente alla *Harvard Law School* e Capo dell'*Office Information and Regulatory Affairs* (OIRA) nel governo Obama, ampiamente illustrato nel recente bel libro dal titolo, emblematico :“Semplice”¹.

Secondo la concezione della riduzione delle funzioni pubbliche, «noi abbiamo bisogno di meno regole e maggiore discrezionalità. Questa è la tesi fondamentale: il governo perde troppo tempo a dire ai cittadini che cosa devono fare esattamente e come esattamente devono farlo. Emana regolamenti altamente prescrittivi e minuziosissimi per scuole, insegnanti, ospedali e datori di lavoro, invece di delineare il fine generale e di lasciare che i cittadini usino creatività e spirito di iniziativa per raggiungerlo. In sintesi: meno regole e più senso comune.

In molti contesti, questo suggerimento è perfettamente giustificato e andrebbe ascoltato. L'amministrazione Obama l'ha preso molto sul serio, evitando di introdurre regole poco flessibili e sfruttando la collaborazione tra i settori pubblico e privato in ambiti quali la lotta all'obesità infantile e alle distrazioni durante la guida e la difesa dei consumatori. Con un ordine esecutivo di importanza storica, che attualmente funge da mini-costituzione dello stato regolatore, il presidente Obama ha invitato le agenzie federali a scegliere “standard operativi” flessibili al posto di “standard progettuali” rigidi. In ogni singolo caso, abbiamo cercato di individuare le modalità migliori per far sì che il settore privato scelga in che modo perseguire finalità sociali. Questo approccio riduce i costi. Promuove la libertà. E resta ancora molto da fare su questo piano.

Tuttavia, questa preferenza per il “senso comune” e la critica nei confronti di particolari regole non necessarie andrebbe presa con grande cautela. Come

¹ CASS. R. SUNSTEIN, *Semplice. L'arte del governo nel Terzo Millennio*, ed. it. Feltrinelli, 2014.

amministratore dell'Oira, ho spesso sentito salire dal settore privato la seguente implorazione: “Per favore, diteci che cosa volete che facciamo!”. In molte occasioni, le imprese hanno chiesto chiarimenti su cosa comportava, di preciso, il rispetto di una particolare regola.

Non volevano ambiguità né vaghezza anche se ciò poteva passare per un invito a usare il senso comune. Una delle ragioni di questo atteggiamento era il desiderio di evitare rischi legali: le specificazioni potevano chiarire in che modo tenersi dal lato giusto del confine tra legale e illegale. Un'altra ragione sta forse nel fatto che, a volte, le imprese non capivano esattamente che cosa dovevano fare, sicché qualche chiarimento in più non poteva che tornare loro utile. Il senso comune non era sufficiente. Dal punto di vista del governo, poi, concedere discrezionalità al settore privato può essere un problema, perché i privati potrebbero adottare approcci capaci di mettere a repentaglio altri importanti obiettivi, come ad esempio la sicurezza sul posto di lavoro e la qualità dell'aria. (...) Certo, le imprese hanno spesso richiesto e richiedono più – e non meno – discrezionalità. Le specificazioni inutili possono essere un grosso problema, in parte perché sono legate a indebite complicazioni che possono dar luogo a veri e propri incubi burocratici. Possiamo perciò individuare due errori. Uno è quello per cui in futuro il governo dovrà imporre meno regole e concedere più discrezionalità. Per fare qualche passo avanti in questo campo, converrà evitare le astrazioni e le rivendicazioni identitarie. Quel che importa è il contesto. Se il governo è in grado di ridurre i costi e di accrescere la flessibilità garantendo ai cittadini un margine di discrezionalità. Se il governo trova il modo di ridurre i costi e di accrescere la semplicità producendo regole chiare, senza con ciò creare rigidità costose o inutili, dovrà optare per regole chiare. Il progetto di semplificazione richiederà un aumento della discrezionalità in alcuni ambiti e un aumento di regole chiare in altri».

2. Più discrezionalità o più regole?

Il brano ampiamente citato esprime bene, con le parole “semplici” dell’approccio tipico della cultura anglosassone, il dilemma in cui si trova anche l’Italia dinanzi al recepimento delle direttive europee su appalti e concessioni (e non solo).

Regole più chiare o meno regole? Più certezze o più discrezionalità, nel mondo degli appalti e delle concessioni?

La nostra personale risposta, come quella di Sunstein, è la seguente: “dipende dal contesto”.

Certo il dilemma non è nuovo e non ignoriamo che la tradizione giuridica è infarcita di aforismi secondo cui “*plurimae leges, corruptissima re publica*” (Tacito), “*summum ius, summa iniuria*”(Cicerone) e che, in sostanza, “le leggi inutili, indeboliscono quelle necessarie” (Montesquieu).

Ma il problema si (ri)propone in termini attuali, specifici, dinanzi all’opera di recepimento delle direttive europee in materia di appalti e concessioni.

Sono sufficienti pochi esempi (tra i molti possibili).

L’art. 30 della direttiva concessioni, se interpretato alla lettera, consente a ciascun ente aggiudicatore “la libertà di organizzare la procedura per la scelta del concessionario” sia pur nel rispetto dei principi della direttiva. Sarebbe utile questo “liberalismo concessorio” o è preferibile un modello unico nazionale?

In relazione all’art. 31 direttiva e all’art.144, comma 3, codice, in materia di “Bandi e avvisi”, si potrebbe, almeno, eliminare la previsione di una consultazione preliminare con gli operatori economici per verificare la correttezza del bando perché, nonostante la migliore intenzione di costituire una sede preventiva e collaborativa, essa si presta ad effetti diversi, non solo collusivi ma anche potenzialmente distorsivi della *par condicio* concorsuale, anche perché la platea dei partecipanti potrebbe poi rivelarsi diversa da quella

dei concorrenti. Per favorire “il dialogo sulle regole” è forse preferibile formalizzare la prassi dei quesiti, entro un termine dato, cui la stazione appaltante è tenuta a rispondere per chiarimenti ma che può costituire anche una fase di emersione di problemi da risolvere con il riesame del bando.

Le nuove disposizioni sul “rischio operativo” devono essere interpretate e recepite nel senso di prevedere regole che, in via esclusiva, dettagliano i casi in cui è possibile “un soccorso pubblico” all’imprenditore in difficoltà o un allungamento del termine della concessione o devono lasciare alla amministrazione concedente la libertà di valutazione “caso per caso”?

Sono solo esempi tra i molti ma per sciogliere questi (e altri) quesiti è utile allargare l’orizzonte a tre questioni contermini.

3. La specialità del regime nazionale degli appalti tra ANAC ed Europa

La prima è la considerazione se l’Italia abbia, o debba avere, una sua “specialità” in materia di regole su appalti e concessioni, rispetto al resto dei paesi europei nel contesto del diritto europeo.

La questione non è astratta, poiché già la prima legge organica di riforma, la legge 109/1994 cd. Merloni, delineava un regime differenziato rispetto al diritto europeo.

Le scelte in favore del criterio del massimo ribasso al posto dell’offerta economicamente più vantaggiosa, la preferenza per il contratto a corpo anziché a misura, il regime delle esclusioni (era sufficiente l’avviso di garanzia al dirigente...) oltre che la sostanziale abrogazione delle varianti, della trattativa privata e dell’arbitrato, costituivano altrettanti punti nodali sui quali la legge 109/1994 ha delineato scelte radicali in certa misura diverse dai principi vigenti a livello comunitario.

È stato utile questo “regime differenziato” per l’Italia, è ancora utile un “diritto speciale degli appalti” per l’Italia rispetto al resto dell’Europa?

Eravamo all’epoca nello scenario cd. Tangentopoli, oggi la situazione può dirsi di molto mutata?

Naturalmente si possono dare risposte diverse a questi quesiti e si può anche ritenere che il modello Merloni non abbia funzionato a dovere perché nel tempo depotenziato dalle successive versioni *bis, ter, quater*.....

Tuttavia, l’evoluzione dei fatti e del diritto, ed è questa la seconda questione, dimostra che l’Italia vive la materia degli appalti e delle concessioni nella logica dell’ “emergenza continua”, della preoccupazione del contrasto delle infiltrazioni mafiose e criminali prevalente su ogni altra, come ben dimostra l’incorporazione dell’Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici da parte dell’Autorità Anticorruzione.

Viviamo in un tempo di leggi speciali e prassi speciali, come l’enorme aumento delle interdittive dimostra e ciò con riferimento ad eventi come Expo 2015, che non possono certo ritenersi espressione della parte più arretrata del Paese.

Naturalmente l’attuale esperienza produce risultati fertili sia in tema di contrasto della criminalità che di modelli e *best practice* (si veda da ultimo il protocollo ANAC-OCSE).

Ma, nondimeno, non si può pensare che sia agevole coniugare l’attuale approccio panpenalistico al modello liberale indicato dalle direttive europee e neppure ci si può abituare all’idea che appalti e concessioni in un paese avanzato siano da ritenersi l’anticamera della corruzione .

Più ANAC o più Europa, dunque?

Ma, *rectius*, il quesito forse dovrebbe essere così riformulato più ANAC, più Europa o più “Italia in Europa”, con ciò intendendo la preferenza per un modello nazionale in un’Europa che è pur sempre di Stati (e di interessi) nazionali? Si tratta di un quesito formidabile e di non agevole soluzione.

4. Il principio del divieto di gold plating e gli effetti

Ed infatti la terza questione riguarda l'interpretazione che si vorrà dare del principio cd. *gold plating* secondo cui, nel recepimento delle nuove direttive, è necessario procedere ad una revisione e ad una semplificazione della disciplina nazionale anche al fine di eliminare le regole più restrittive rispetto a quelle europee, non giustificate dalla tutela di interessi pubblici.

La Commissione europea definisce il recepimento *gold plating* come «quella tecnica ...che va al di là di quanto richiesto dalla normativa europea pur mantenendosi entro la legalità. Gli Stati membri hanno ampia discrezionalità in sede di attuazione delle direttive comunitarie. Essi possono aumentare gli obblighi di comunicazione, aggiungere i requisiti procedurali, o applicare regimi sanzionatori più rigorosi. Se non è illegale, il *gold plating* è di solito presentata come una cattiva pratica, perché impone costi che avrebbero potuto essere evitati»².

Uno strumento alternativo per il recepimento è il c.d. *copy-out* che consiste, invece, nell'attenersi alla formulazione della disciplina come contenuta nella legislazione UE.

Si segnala, inoltre, un interessante Studio della Commissione Europea secondo cui “in linea di principio, la legislazione dell'Unione può avere un effetto positivo netto sugli oneri amministrativi perché sostituisce o armonizza norme esistenti in 27 contesti nazionali diversi, un numero addirittura maggiore se si considerano i livelli regionali e locali.”

² Commissione Europea, *Smart regulation in the European Union*, COM(2010) 543 final, Bruxelles, 8 ottobre 2010 “*which goes beyond what is required by that legislation, while staying within legality. Member States have large discretion when implementing EC directives. They may increase reporting obligations, add procedural requirements, or apply more rigorous penalty regimes. If not illegal, 'gold plating' is usually presented as a bad practice because it imposes costs that could have been avoided*”.

Tuttavia, «quando gli Stati membri decidono di mantenere o introdurre requisiti superiori a quelli minimi fissati dall'Unione, il dossier raccomanda di applicare l'approccio “*comply or explain*”, come per la *governance* societaria».

Dunque, nel recepire le normative UE nella legislazione nazionale, i governi o riproducono fedelmente la sostanza dell'atto o spiegano le ragioni per cui ritengono necessario il *gold plating*. In quest'ultima ipotesi, è importante coinvolgere le parti interessate e gli utenti finali sottoponendo la proposta ad una consultazione pubblica aperta e trasparente. Lo stesso va fatto ai livelli amministrativi regionali e locali³.

Sono stati fatti altri significativi esempi di *gold plating*.

È stato osservato che, alla luce dei criteri appena illustrati, che la disciplina degli appalti pubblici sotto soglia contenuta nel Codice potrebbe essere considerata *gold plating*, in quanto va oltre il livello di regolazione definito in sede comunitaria.

Riguardo le procedure di affidamento *in house*, le direttive ampliano le ipotesi escluse dal ricorso alle procedure ad evidenza pubblica, favorendo la vocazione di mercato ed il ruolo di privati nelle società pubbliche (fino al 20 per cento...) per cui, limitare l'ambito della deroga a livello nazionale, confermando le disposizioni vigenti, costituirebbe certamente un'ipotesi di *gold plating*.

Un ulteriore esempio è dato dalla quota massima che può essere oggetto di subappalto non prevista dalle recenti direttive sicché mantenere l'attuale previsione del limite massimo del 30 per cento può essere considerato *gold plating* (ma anche la soluzione che si prospetta nella legge delega con l'obbligo di preventiva individuazione dei subappaltatori non sembra sfuggire al rilievo).

Per contro dettare in sede di recepimento disposizioni più dettagliate di quelle contenute nelle direttive, ad esempio per specificare le modalità da

³ Commissione Europea, Gruppo ad alto livello di parti interessate indipendenti sugli oneri amministrativi, “L'Europa può fare meglio”
http://www.qualitanormazione.gov.it/uploads/download/file/134/bp_report_signature_it.pdf

seguire per ottemperare agli obblighi, non costituisce *gold plating* esclusivamente a condizione che gli oneri, le procedure e i meccanismi operativi non introducano meccanismi più gravosi e complessi di quanto necessario per l'attuazione⁴.

La direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri⁵ disciplina le modalità con cui le amministrazioni statali assicurano il rispetto dei “livelli minimi di regolazione previsti dalle direttive europee”.

Segnatamente, fornisce alle amministrazioni gli strumenti operativi necessari ad individuare il livello minimo di regolazione, nonché a valutare le conseguenze derivanti da un eventuale superamento dello stesso.

Dette previsioni, infatti, hanno stabilito che gli atti di recepimento di direttive comunitarie non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, precisando che costituiscono livelli superiori a quelli minimi:

1. l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive;
2. l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari;
3. l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive.

La stessa normativa ha previsto che la relazione AIR deve dare conto del rispetto dei livelli minimi nonché delle circostanze eccezionali in relazione alle quali si rende necessario il loro superamento.

⁴ G. BRUZZONE, M. CASELLA, R. MARZULLI, *Portata del divieto di gold plating*, Gruppo Astrid “La nuova disciplina dei contratti pubblici”, in www.astrid.it.

⁵ Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri, 16 gennaio 2013, pubblicata in G.U. 12 aprile 2013 n. 86

Più in dettaglio, si stabilisce che, nell'ambito dell'AIR, l'amministrazione proponente include tra le opzioni considerate quella relativa al livello minimo previsto dalla direttiva europea ed indica, per ciascuna opzione, i maggiori oneri, adempimenti, sanzioni, ecc.

Diversamente, qualora l'amministrazione ritenesse necessario superare il livello minimo, la valutazione dell'opzione preferita sarà integrata con i seguenti elementi:

- valutazione dei maggiori oneri derivanti dal superamento dei livelli minimi;
- valutazione dell'estensione dell'ambito soggettivo rispetto a quanto previsto dalla direttiva in via di recepimento;
- valutazione dei benefici derivanti dal superamento dei livelli minimi di regolazione e che ne giustificano la necessità.

La direttiva precisa anche che, nei casi in cui non è previsto lo svolgimento dell'AIR, le valutazioni richieste per la giustificazione del superamento del livello minimo di regolazione sono descritte nella relazione illustrativa. Si tratta di un problema concreto e delicato da affrontare nel processo di attuazione.

5. Codice unico, regolamento e soft law nella legge delega

Tracciate le coordinate, occorre ora considerare quali sono le implicazioni per il recepimento delle tre direttive sui contratti pubblici.

La legge delega, nell'attuale fase di esame in parlamento, non ha scelto la via inizialmente pur ipotizzata di realizzare un solo testo tra codice e regolamento ai fini della semplificazione normativa.

L'azione di recepimento è delineata dai seguenti principi⁶:

- compilazione di un unico testo normativo con contenuti di disciplina adeguata anche per gli appalti di servizi e forniture denominato «Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione» recante le disposizioni legislative in materia di procedure di affidamento di gestione e di esecuzione degli appalti e dei contratti di concessione disciplinate dalle tre direttive, garantendo in ogni caso l'effettivo coordinamento e l'ordinata transizione tra la vigente e la nuova disciplina, al fine di evitare incertezze interpretative ed applicative, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea;
- ricognizione e riordino del quadro normativo vigente nelle materie degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, al fine di conseguire una drastica riduzione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni legislative, amministrative e regolamentari vigenti e un maggiore livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti, tenendo in debita considerazione gli aspetti peculiari dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture e dei diversi settori merceologici e di attività e per quanto riguarda il settore dei servizi sostitutivi di mensa, salvaguardando una specifica normativa generale di settore;
- previsione dell'espressa abrogazione delle disposizioni del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, con effetto dalla data di entrata in vigore del codice di cui alla lettera b), anche attraverso l'individuazione di un apposito regime transitorio, assicurando l'ordinato passaggio tra la previgente e la nuova disciplina;
- previsione dell'emanazione di un nuovo regolamento, contestuale al nuovo codice, recante la disciplina esecutiva e attuativa del codice di cui alla lettera b), ispirato a principi di razionalizzazione e semplificazione amministrativa e

⁶ Secondo l'art. 1, lett. b), c), hh), ii), ll), dell'attuale testo di legge delega all'esame del parlamento.

adottato con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio di Stato, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400;

- previsione dell'espressa abrogazione delle disposizioni del regolamento di esecuzione ed attuazione del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, con effetto dalla data di entrata in vigore del regolamento di cui alla lettera ii), anche attraverso l'individuazione di un apposito regime transitorio, assicurando l'ordinato passaggio tra la previgente e la nuova disciplina.

Occorre anche considerare che il nuovo testo della legge delega prevede il potere dell'ANAC di emanare regole di *soft law* tramite «attribuzione all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) di più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo di *best practices*, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e atti assunte dall'Autorità innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa».⁷

In sostanza, secondo i principi della legge delega, la manovra di recepimento delle direttive sarà basata su tre fonti normative: codice unico dei contratti, regolamento, *soft law* di derivazione ANAC.

È soddisfacente questa soluzione? Molto dipenderà dall'attuazione ma certo era possibile più coraggio sul delicato tema.

⁷ A.S. 1678 art. 1, comma 1 lett. f), nel nuovo testo adottato dalla VIII commissione il 20 maggio 2015.

6. Note finali in corso d'opera

Il divieto di *gold plating* dovrebbe scoraggiare, rispetto al passato, scelte nazionali di inasprimento e irrigidimento dei vincoli sovranazionali, riducendo lo stesso numero delle norme e riconoscendo discrezionalità alle autorità aggiudicatrici ma in modo da conciliarsi con altre discipline settoriali interne e in merito più severe, come quella anticorruzione⁸.

Come interpretare dunque il principio del divieto di *gold plating* che è, in via generale, certo condivisibile?

Anche in questo caso torna utile il dilemma di *Sunstein* perché occorrerà, sulle specifiche questioni, adoperare ora la leva della riduzione normativa, ora quella della produzione di norme più chiare e standardizzate (in specie per le procedure telematiche), in entrambi i casi a fini di semplificazione e maggiore certezza.

L'idea di un diritto unico della concorrenza in Europa si è rivelata un motore utile all'unificazione ma anche un ingombrante feticcio alla luce delle dinamiche degli interessi nazionali e delle peculiarità degli ordinamenti statali. È tempo di fare un passo in avanti, culturale e politico, accettando (e non subendo) un modello flessibile di concorrenza in Europa, rispettoso delle diversità nazionali.

Un approccio realista e pragmatico dovrebbe indurre a non attendere inerti gli effetti dei populismi antieuropei e del referendum nel Regno Unito.

Chi interpreta il *gold plating* solo in direzione di un astratto modello liberale, con meno regole e più discrezionalità, si sottrae alla verifica (pur richiesta) della tutela degli interessi pubblici sottesi che, nello specifico

⁸ Si rinvia, sul punto, a F. DI CRISTINA, *Prevenzione dell'illegalità e governance*, in *Giornale Dir. Amm.*, 12, 2014, 1160 ss.

contesto, si coniugano in larga misura con gli interessi privati che si esprimono nei mercati aperti.

Ma, a ben vedere, è proprio in ciò la sottile differenza: il diritto pubblico “della” concorrenza non coincide *in toto* con gli interessi dei privati “nella” concorrenza.