

*PASSAGGIO IN SENATO DELLA LEGGE DELEGA PER IL
RECEPIMENTO DELLE DIRETTIVE SUI CONTRATTI PUBBLICI:
TUTTO BENE?*

*Roberto Invernizzi **

Il passaggio in commissione al Senato, il 2 ottobre, del disegno di legge-delega di recepimento delle direttive 2014/23-24-25/UE in materia di contratti pubblici suggerisce alcune riflessioni e timori, anche quanto al rispetto del diritto dell'Unione Europea prima del termine di recepimento delle direttive.

Dopo l'inizio ambizioso (il disegno di legge governativo apparve già nell'agosto 2014), teso a un recepimento sollecito, ben prima dei termini fissati dalle direttive, le sorti della delega si sono complicate. Il ricordato ultimo passaggio – a parte le pur rilevanti modificazioni di dettaglio recatene – detta una modificazione strategica del progetto di recepimento. È accantonata l'impostazione originaria (e logica) di procedere in unico contesto (nella legge-delega e nel conseguente decreto legislativo) a recepire le e riordinare il sistema nazionale dei contratti pubblici, anche nelle parti non direttamente interferenti con le regole portate dalle direttive da recepire.

La razionalità dell'impostazione originaria era evidente. Ed è del pari evidente la natura di espediente da parte di un legislatore delegante in affanno che connota l'odierna previsione (art. 1 comma 1 del testo licenziato dal Senato) di articolare in doppio momento l'emanazione

* Avvocato, esperto in diritto amministrativo, iscritto all'Albo del Foro di Lecco.

di *due* decreti legislativi attuativi della delega. L'uno, entro il 18 aprile 2016, di recepimento delle direttive, magari con sbrigativo *copy-out*. Il secondo, entro il 31 luglio 2016, per il riassetto del sistema contrattualistico nazionale.

Il ricordo di laboriosità e pecche (via via corrette, o talora aggravate, da interventi estemporanei del legislatore negli anni successivi) del recepimento delle più semplici direttive 2004/17/Ce e 2004/18/Ce, effettuato in unico contesto con il d.lgs. 163/2010, non lascia ottimismo sui risultati dell'operazione sottesa a detta doppia delega. Tanto più che le direttive odierne sono più innovative degli assetti normativi europeo (e di conseguenza, tramite i recepimenti) e nazionale di quanto non fossero le loro omologhe precedenti. A maggior ragione, quindi, la valutazione del loro preciso impatto sui profili del sistema contrattuale nazionale (in apparenza) non direttamente incisiva si sarebbe molto giovata della unitarietà di contesto in origine concepita.

Non conforta la circostanza che, a procedimento legislativo di delega ancora aperto, già di fatto operi la commissione (c.d. *dei diciannove*) preposta alla stesura dei testi dei due decreti legislativi. Appare da leggere in ciò più un sintomo di non perfetta salute istituzionale del sistema, più che uno strumento effettivamente atto scongiurare i rischi legati alla divaricazione del recepimento dal riordino ora decisa.

Fra molti altri rischi, più legati al dettaglio delle previsioni di delega (su tutti: gli evanescenti confini, obiettivi, limiti, natura, grado di vincolatività degli strumenti di *soft law* immaginati dal legislatore della delega, che rischia di porre le basi per una ulteriore *diminuzione* della certezza del diritto, che da sempre è al contrario al centro dell'attenzione del diritto e delle istituzioni europee), è il rischio di una legge-delega da subito in contrasto con il diritto dell'Unione.

Infatti, gli effetti di tutte le direttive non hanno quale elemento referente temporale il solo termine di recepimento. Esso è senz'altro il termine più visibile e rilevante. Decorso esso, il mancato recepimento determina violazione della direttiva e dei Trattati (quanto meno quanto al dovere di leale collaborazione *ex art. 4* del Trattato sull'Unione Europea [il "TUE"]). Ma le direttive – tutte – conformano gli ordinamenti degli Stati membri sin dal loro apparire, ossia da anni (di solito) prima della scadenza del termine di recepimento.

Dalla loro entrata in vigore, le direttive vincolano e indirizzano l'azione di tutte le emanazioni, legislative, amministrative e giurisdizionali, degli Stati membri anche nelle more del recepimento. I quali non possono adottare misure che abbiano l'effetto di frustrare od ostacolare il recepimento medesimo.

Questo fenomeno di c.d. *obbligo di stand still europeo*, si deve al fatto che *“La direttiva [...] produce effetti giuridici anche prima della scadenza del termine”* di recepimento (A. TIZZANO, *TRATTATI DELL'UNIONE EUROPEA*, Milano, 2014, 2259). In specie, essa genera *“l'obbligo, nel rispetto del principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE (v. sub art. 4, par. 3, TUE), di astenersi dall'adottare misure che abbiano il risultato di rendere più difficile l'attuazione della direttiva o che possano comprometterne il risultato”*. Incombe cioè agli Stati membri *“l'obbligo di stand-still, che è poi il tradizionale obbligo di buona fede, nel senso che devono astenersi dall'adottare disposizioni che possano compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva”* (G. TESAURO, *DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA*, Padova, 2012, 144; CGCE, 18 dicembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, causa C-129/96, § 50.; *idem*, Sez. VI, 8 maggio 2003, *Atral*, § 58.; *idem*, Sez. VI, 5 febbraio 2004, *Reiser Internationale Transporte*, causa C-157/02, § 66.). Sul

piano normativo nazionale il dovere di *stand still* ha manifestazioni espresse nell'art. 117 comma 1 Cost. e nell'art. 1 comma 1 l. 241/1990.

Il dovere di *stand still* si declina in termini *negativi*. Si tratta non di anticipato effetto degli istituti introdotti dalle direttive recepende, ma di divieto di comportamenti o interpretazioni che contrastino “*gravemente*” con l’obiettivo delle direttive da recepire, frustrandone o mettendone a repentaglio il completo e tempestivo recepimento. In merito, per inciso, appare erroneo il recente assunto del Consiglio di Stato in sede consultiva (Sez. II, 30 gennaio 2015, n. 298; in termini analoghi *idem*, 22 aprile 2015, n. 1178) che in tema di affidamenti *in-house* ha applicato in via anticipata la non ancora recepita direttiva 2014/25/UE. Meglio centrata sulla messa a fuoco dei corretti principi in tema di rapporti fra interpretazione conforme del diritto nazionale rispetto a quello europeo e significato e limiti dello *stand still* europeo è una successiva pronuncia giurisdizionale (Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660) dello stesso Consiglio di Stato.

Chiuso l’inciso, i timori che sono destati dalla nuova impostazione della delega alla luce delle regole europee ricordate, si profilano per esempio in ordine alla mancanza in essa di un sufficiente (e rassicurante) grado di dettaglio in ordine a *cosa* ci si appresti a recepire con il decreto legislativo da emanare entro il 18 aprile 2016. Manca nella bozza di legge delega un elenco degli istituti che, previsti dalle nuove direttive, saranno recepiti entro la scadenza dalle medesime fissate.

Per un primo verso ciò è insidioso dal momento che le nuove direttive (con marcata differenza rispetto a quanto fecero le direttive 17 e 18/2004/CE rispetto agli istituti innovativi da esse introdotti: es. il dialogo competitivo, il recepimento del quale poteva essere omesso)

sono assai più esigenti in termini di *doverosità* (e non facoltatività in capo allo Stato membro) del recepimento anche di loro strumenti marcatamente innovativi (si pensi al nuovissimo partenariato per l'innovazione). Per questo aspetto una tecnica normativa di delega attenta al dettaglio degli istituti di obbligatorio recepimento agevolerebbe senz'altro un successivo lavoro (stesura del decreto legislativo) che dato l'ormai pochissimo tempo disponibile si annuncia convulso e confuso. Sotto questo profilo preoccupa, per esempio, che addetti ai lavori parlamentari sostengano che la previsione di obbligatorio integrale recepimento della nutrita serie di strumenti fortemente innovativi previsti dalle direttive sia "coperta" dal genericissimo criterio che nel testo odierno (art. 1 comma 1 lett. e)) della legge-delega tiene il legislatore delegato al "*recepimento degli strumenti di flessibilità previsti dalle tre direttive*".

Per altro verso, a dispetto della tranquillità sul punto manifestata dal vertice dell'Autorità Nazionale Anti Corruzione (la "ANAC") nell'intervento al recente 61° Convegno di Studi Amministrativi di Varenna, un eventuale mancato tempestivo e pieno recepimento delle direttive nei termini assegnati, può determinare conseguenze giuridiche (e non solo politiche in senso lato) rilevanti in correlazione al peggioramento del *rating* del nostro Paese nel quadro di rapporti entro e con l'Unione Europea già spesso piuttosto tesi e problematici.

Ebbene, in relazione a entrambi i profili problematici, una legge-delega oscura e contraddittoria rischia di porre da sé a repentaglio il corretto recepimento sin da prima della scadenza del relativo termine. Con possibile conseguente infrazione anche dei principi che si sono posti in luce. Senza considerare, in ogni caso, che i principi medesimi escludono *a priori* ogni eventuale difesa contro eventuali successivi rilievi di recepimento tardivo o incompleto che intendesse giustificare

facendolo risalire alla legge-delega il difetto che fosse direttamente contestato in capo al conseguente decreto legislativo.