

EDOARDO CARUSO

LA FUNZIONE SOCIALE
DEI CONTRATTI PUBBLICI
OLTRE IL PRIMATO DELLA CONCORRENZA?



Jovene editore
2021

INDICE

PARTE PRIMA

I CONTRATTI DELL'AMMINISTRAZIONE TRA INTERESSI PUBBLICI E OBIETTIVI DI MERCATO

CAPITOLO PRIMO

IL PERSEGUIMENTO DI INTERESSI ORIZZONTALI ATTRAVERSO I CONTRATTI PUBBLICI. INQUADRAMENTO GENERALE

1. Oggetto e delimitazione della ricerca	p.	3
2. Regime pubblicistico e privatistico nell'agire dell'amministrazione mediante contratti. Cenni	»	11
3. «Contratti pubblici sostenibili» e principio di legalità: l'«interesse pubblico astratto», sociale e ambientale	»	23
4. «Contratti pubblici sostenibili» e concretizzazione dell'interesse sociale e ambientale	»	30
4.1. Discrezionalità e autonomia negoziale nella fase antecedente alla stipula del contratto	»	34
5. «Interesse contrattuale specifico» e «interessi orizzontali»: la natura amministrativa dell'evidenza pubblica e la garanzia del vincolo di scopo	»	38
5.1. (<i>Segue</i>) Una chiarificazione sul concetto di «orizzontalità»	»	45

CAPITOLO SECONDO

PRINCIPI E FINALITÀ DELLA DISCIPLINA EUROPEA DEI CONTRATTI PUBBLICI

1. L'impatto del diritto europeo sull'oggetto di indagine	»	49
1.1. Le finalità concorrenziali della disciplina europea. Le posizioni della dottrina	»	53
2. Diritto del mercato interno e disciplina dei contratti pubblici: un processo di «co-evoluzione per principi»	»	59
3. I principi generali della disciplina europea dei contratti pubblici. Non discriminazione e parità di trattamento	»	68
3.1. Le letture pro-concorrenziali del principio di parità di trattamento	»	71
3.2. (<i>Segue</i>) Una lettura alternativa: le esigenze dell'amministrazione come <i>prius</i> rispetto all'aspettativa degli operatori economici all'aggiudicazione	»	75

4. Il principio di trasparenza e la sua declinazione polifunzionale	p. 81
5. Il principio di proporzionalità nell'ordinamento Ue e il bilanciamento tra autonomia regolativa degli Stati membri e integrazione dei mercati »	85
5.1. La «non univocità» e le varianti del <i>test</i> di proporzionalità nel <i>case law</i> della CGUE. Alcune considerazioni critiche sul <i>test</i> di «stretta necessità»	» 90
6. La lettura restrittiva delle finalità concorrenziali delle direttive: parità di condizioni tra gli offerenti ed eliminazione delle barriere che ostacolano l'accesso al mercato	» 101
6.1. (<i>Segue</i>) Possibili conseguenze della lettura proposta	» 111
7. L'utilizzo efficiente delle risorse pubbliche come obiettivo degli Stati membri	» 118
8. Il pluralismo nella gara: bene giuridico tutelato o «ricaduta pratica» della garanzia delle libertà di circolazione	» 121
8.1. Il <i>favor participationis</i> : principio o obiettivo?	» 125
8.2. (<i>Segue</i>) Rilievi sul <i>favor participationis</i> inteso quale massima apertura del mercato	» 128

CAPITOLO TERZO

L'EVOLUZIONE DELLA REGOLAMENTAZIONE DEL SETTORE TRA ORDINAMENTO NAZIONALE ED EUROPEO: DAL MODELLO CONTABILISTICO ALLE DIRETTIVE DEL 2014. LA RILEVANZA DEGLI INTERESSI CD. «ORIZZONTALI»

1. Stato liberale, formalismo giuridico e disciplina di contabilità pubblica »	135
1.1. La disattenzione per l'interesse pubblico concreto in una disciplina dedicata principalmente all'amministrazione	» 141
1.2. La fase post-costituzionale: il superamento, in una logica derogatoria, del formalismo	» 145
2. Il perseguimento di «interessi secondari» e non solo degli «interessi contrattuali specifici» nel modello contabilistico	» 147
2.1. (<i>Segue</i>) L'«estraneità» degli interessi secondari alla disciplina di contabilità pubblica	» 151
3. L'impatto del diritto comunitario e le finalità delle direttive di prima e seconda generazione	» 155
4. Il neoliberismo e la svolta degli anni '80: « <i>economic approach</i> » e limitazione del perseguimento di obiettivi secondari attraverso i contratti pubblici	» 159
5. Superamento del modello contabilistico e flessibilità nelle direttive di terza generazione: dalla cultura della regola all'auspicata cultura della discrezionalità	» 166
5.1. (<i>Segue</i>) L'opposta tendenza alla limitazione dello spazio dell'amministrazione nella logica del mercato e della concorrenza (subappalto, avvalimento, <i>in house providing</i> e cooperazione pubblico-pubblico)	» 169

5.1.2. (<i>Segue</i>) Gli effetti della polarizzazione del sistema sulla dimensione della concorrenza...	p. 180
5.2. (<i>Segue</i>) ... anche per contingenti necessità nazionali. La conseguente «banalizzazione» dell'amministrazione	» 183
6. Il superamento dell'« <i>economic approach</i> » e l'apertura della Corte di giustizia all'utilizzo dei contratti pubblici per il perseguimento di obiettivi sociali e ambientali	» 189
6.1. Ruolo secondario delle considerazioni sociali e ambientali nelle direttive del 2004	» 194
7. Il perseguimento di «obiettivi sociali comuni» e il riconoscimento della valenza strategica dei contratti pubblici quali elementi centrali della riforma del 2014	» 195
7.1. (<i>Segue</i>) I tratti più significativi della direttiva 2014/24/Ue	» 201

PARTE SECONDA

SUSTAINABLE PUBLIC PROCUREMENT:
LO STATO DELL'ARTE
DELLA REGOLAMENTAZIONE POSITIVA

CAPITOLO QUARTO

PROGRAMMAZIONE, PROGETTAZIONE, DEFINIZIONE
DELL'OGGETTO DEL CONTRATTO E INTERESSI ORIZZONTALI

1. Considerazioni introduttive	» 209
1.1. Contratti pubblici «verdi» e «sociali»: una distinzione «artificiale» da non trascurare	» 213
2. Individuazione dei bisogni da soddisfare e definizione dell'oggetto del contratto	» 218
2.1. (<i>Segue</i>) I condizionamenti della regolazione europea	» 220
3. La centralità della fase di programmazione nell'ottica della sostenibilità degli acquisti	» 225
3.1. Collegamento tra scelte programmatiche e attività di progettazione per l'effettività della tutela preventiva dell'ambiente nella realizzazione di opere pubbliche	» 229
3.2. L'importanza di una considerazione olistica dell'attività contrattuale e del suo oggetto quale presupposto dei contratti sostenibili. Rilievo dell'analisi del ciclo di vita e del «sistema dei criteri ambientali minimi»	» 234
3.2.1. (<i>Segue</i>) Profili sociali nel «sistema dei criteri ambientali minimi»	» 242
4. Specifiche tecniche e obiettivi di sostenibilità. La regolazione precedente alle direttive del 2014	» 244
4.1. Le novità introdotte nelle direttive di quarta generazione anche nell'ottica di rafforzare la sostenibilità dei contratti pubblici	» 249

4.2. Limiti all'inserimento di interessi orizzontali nelle specifiche tecniche. Le permanenti incertezze per i profili sociali	p. 252
5. Alcune posizioni in tema di specifiche tecniche e i riflessi restrittivi sulla cd. «libertà di amministrazione» nella definizione dell'oggetto del contratto	» 257
5.1. Una diversa lettura anche alla luce della teoria delle cd. « <i>excluded buying decisions</i> »	» 261
5.1.1. (<i>Segue</i>) Le sentenze <i>Dundalk</i> e <i>UNIX</i> e la minore pervasività delle libertà di circolazione sulle decisioni individuali di acquisto	» 264
5.1.2. (<i>Segue</i>) Le conferme desumibili dalle sentenze <i>Roche Lietuva</i> e <i>Grupo Hospitalario Quirón</i>	» 267
5.2. Nella prospettiva europea: eventuali riflessi sul giudizio di proporzionalità e ulteriori annotazioni critiche sul test di stretta necessità	» 271
5.2.1. (<i>Segue</i>) Nella prospettiva nazionale: spunti per una valorizzazione della dimensione procedurale della proporzionalità ...	» 278
6. Alcune considerazioni su funzione e ambito operativo del principio di equivalenza nel settore contratti pubblici	» 289

CAPITOLO QUINTO

GLI INTERESSI SOCIALI E AMBIENTALI NELLA FASE DI SELEZIONE DEGLI OFFERENTI E DI VALUTAZIONE DELLE OFFERTE

1. La fase di selezione dei partecipanti alla gara	» 295
1.1. Cause di esclusione e affidabilità – sociale e ambientale – degli operatori economici	» 297
2. L'art. 18, par. 2 della direttiva 2014/24/UE quale norma cardine della cd. «funzione strategica negativa»	» 302
3. L'esclusione per violazione di obblighi sociali e ambientali di cui all'art. 80, co. 5, lett. a) del Codice dei contratti pubblici	» 306
3.1. (<i>Segue</i>) Oltre la funzione di <i>fair competition</i> e di « <i>capability to perform</i> »: l'affidabilità sociale e ambientale	» 307
3.2. Sensibilità etico/sociale della stazione appaltante e potenziale ampliamento della considerazione degli obblighi sociali ai fini dell'esclusione dell'offerente	» 313
3.3. L'apprezzamento dell'affidabilità dei concorrenti e il sindacato giurisdizionale: controllo debole e non sostitutivo	» 324
4. I profili sociali e ambientali nei requisiti speciali di capacità tecnica	» 338
4.1. (<i>Segue</i>) Attinenza e proporzionalità rispetto all'oggetto del contratto. I criteri di aggiudicazione riferiti all'offerente	» 344
5. L'incidenza della funzione sociale e ambientale del contratto sulla fase di aggiudicazione	» 347
5.1. Il criterio di aggiudicazione del «miglior rapporto qualità-prezzo» e i limiti del collegamento con l'oggetto del contratto	» 356

5.2. Il criterio di aggiudicazione dei «costi del ciclo di vita». Rilevanza delle esternalità ambientali e sociali	p. 365
6. La funzione sociale e ambientale dei contratti pubblici e le certificazioni. Le etichettature	» 369
6.1. (<i>Segue</i>) Le certificazioni di processo o «soggettive»	» 376

CAPITOLO SESTO

FASE ESECUTIVA E OBIETTIVI DI SOSTENIBILITÀ:
CONDIZIONI PARTICOLARI DI ESECUZIONE
E TUTELA DEI LAVORATORI

1. Condizioni particolari di esecuzione e finalità orizzontali	» 383
2. Disamina ricostruttiva delle condizioni particolari di esecuzione e delle misure di equo trattamento dei lavoratori nel diritto Ue del mercato interno	» 387
2.1. Corte di giustizia e garanzie retributive nei contratti pubblici: l'ap-proccio restrittivo nella sentenza <i>Rüffert</i>	» 396
2.1.1. (<i>Segue</i>) Un'analisi critica nella prospettiva dei <i>public procurement</i>	» 397
2.1.2. (<i>Segue</i>) Luci e ombre della sentenza <i>Stadt Dortmund</i>	» 403
2.2. La sentenza <i>RegioPost</i> : una svolta resa parziale dal «vincolo del precedente» nel <i>case law</i> europeo	» 405
3. Tutela dei lavoratori nella direttiva 2014/24/Ue e nella riforma della disciplina europea in tema di distacco. Alcune moderate aperture	» 410
4. Aspetti rilevanti del diritto Ue per la garanzia dell'equo trattamento a livello nazionale	» 414
5. La parziale valorizzazione delle condizioni particolari di esecuzione nella direttiva del 2014 nell'ottica della sostenibilità dei contratti pubblici	» 415
6. Il quadro nazionale. La disciplina dell'equo trattamento nel Codice dei contratti pubblici e le cd. «clausole sociali»	» 420
6.1. L'art. 30, co. 4 del Codice dei contratti pubblici e i criteri di in-dividuazione del contratto collettivo da applicare	» 421
6.1.1. (<i>Segue</i>) La posizione della giurisprudenza amministrativa sulla scelta del contratto collettivo quale prerogativa del-l'operatore economico. Una plausibile rivisitazione	» 424
6.2. Costo della manodopera tra tutela dei lavoratori, ragioni degli operatori economici e interesse dell'amministrazione	» 433
6.2.1. (<i>Segue</i>) Un tentativo di bilanciamento tra la funzione <i>anti-dumping</i> del Codice e la salvaguardia dell'impresa efficiente	» 441
6.3. Il potere della stazione appaltante di scegliere il contratto collettivo « <i>leader</i> » da applicare. Alcune suggestioni dal contesto europeo	» 445
7. Le clausole sociali di riassorbimento. Stabilità occupazionale, libertà di iniziativa economica e interesse dell'amministrazione	» 451
8. La concorrenza tra «interesse esterno del mercato» e «interesse pub-blico strumentale». Alcune considerazioni muovendo dalle clausole sociali di occupazione promozionale	» 460

9. Per una possibile incidenza in fase di gara delle condizioni di esecuzione: l'importanza del cd. «progetto di riassorbimento» nelle clausole sociali di seconda generazione	p. 464
10. Rimedi giuridici a garanzia del rispetto degli obblighi sociali e ambientali in fase esecutiva. Alcune questioni aperte	» 467
SINTESI DEL PERCORSO E CONCLUSIONI	» 475
<i>Bibliografia</i>	» 493