

Altri Atti

n.5-2006 - © copyright

FRANCESCO ASTONE

L'influenza del diritto comunitario

*(Relazione alla Giornata di studio su: «Il nuovo Codice dei contratti pubblici: prime riflessioni»
Lamezia Terme, 18 maggio 2006)*

1. L'immagine di Paese in ritardo cronico rispetto all'adempimento dei propri obblighi comunitari ha accompagnato l'Italia sin dagli esordi del processo di integrazione. Tanto forte è stato tradizionalmente il sostegno italiano per una idea di Europa integrata ed autorevole, tanto debole la capacità (e spesso la volontà) di rispettare nei tempi e modi dovuti gli impegni contratti in sede comunitaria[1].

Il settore degli appalti non si sottrae certo a tale negativo giudizio; ed anzi - per molti profili - lo conferma[2].

Ed invero, ad un iniziale atteggiamento di sostanziale inerzia, il legislatore italiano - soprattutto dopo l'emanazione della legge La Pergola (n. 86/1989) - ha fatto seguire comportamenti e misure dirette ad un convulso e disorganico smaltimento degli oneri arretrati, con risultati generalmente insoddisfacenti.

La tecnica utilizzata al fine di provvedere al recepimento delle direttive comunitarie sugli appalti è infatti per lungo tempo consistita nella pedissequa ed acritica trasposizione delle disposizioni comunitarie nei provvedimenti di attuazione, con adattamenti del tutto marginali[3]. Se tale originaria scelta è stata giustificata *ex post* in considerazione dell'elevato grado di dettaglio proprio della normativa CEE (la più parte delle direttive in materia di appalti sono state ritenute avere carattere *self-executing*), essa ha di fatto impedito in radice il coordinamento anche minimo tra la normativa nazionale e la disciplina comunitaria, con il risultato ultimo di dar vita a due complessi legislativi ispirati a principi e finalità divergenti e distinti - quanto alla loro sfera di applicazione - esclusivamente sulla scorta del criterio del valore dei lavori, delle forniture o dei servizi oggetto d'appalto[4].

Nel disomogeneo contesto normativo sommariamente descritto le differenze tra disciplina interna e comunitaria risultavano infatti di primario rilievo; e forse, alla luce della attenzione rivolta già dalle direttive comunitarie di "prima generazione" (la n. 71/35 e la n. 77/62) alla disciplina di profili dell'azione amministrativa estranei alla normativa contabilistica (ed ancor più alla luce della valenza generale dei principi sottesi alla normativa comunitaria), sarebbe stato necessario un più tempestivo e deciso intervento del legislatore, volto alla compenetrazione dei due distinti complessi normativi.

In ragione dei suoi stessi connotati peculiari, l'impatto giuridico riconducibile alla legislazione comunitaria in materia di appalti avrebbe dovuto auspicabilmente prodursi a livello di produzione normativa piuttosto che sul piano strutturale ed organizzativo delle amministrazioni pubbliche: ma in concreto - e per lungo tempo - non si è realizzato compiutamente né l'uno, né l'altro effetto. Per un verso è in gran parte fallito (se mai il legislatore se lo è seriamente posto) l'obiettivo del coordinamento tra i due livelli normativi[5]; per l'altro, le innovazioni imposte dal recepimento della disciplina comunitaria si sono necessariamente snodate lungo la direttrice della integrazione e/o modificazione delle procedure nazionali ovvero della imposizione alle amministrazioni aggiudicatrici di adempimenti magari nuovi ma potenzialmente gestibili dalle strutture esistenti.

La situazione comincia a mutare quando si pone l'esigenza del recepimento delle direttive emanate dalla Comunità nel biennio 1992/93; ma la vera svolta (passando, a livello interno, per la Merloni[6] nelle sue plurime versioni) si produce in modo compiuto con le due direttive comunitarie n. 17 e n. 18 del 2004 che sono state oggetto di recepimento per il tramite del Codice oggetto di attenzione nell'odierna giornata di studi.

2. Prima della loro emanazione il diritto comunitario disciplinava con tre distinte direttive gli appalti e concessioni (di lavori, servizi e forniture) nei settori ordinari e con una ulteriore direttiva gli appalti nei c.d. settori esclusi. La direttiva 2004/18, relativa al "Coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi" unifica la disciplina degli appalti e concessioni di lavori, servizi, forniture nei "settori ordinari"; la direttiva 2004/17, relativa al "Coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali", si occupa invece dei settori "speciali" (*rectius* "ex esclusi"). Entrambe riproducono, in buona parte, le precedenti, con aggiustamenti formali; per un'altra parte, più ridotta, le direttive introducono nuovi istituti e strumenti, volti a rendere più flessibile e moderna l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, e al tempo stesso, volti a meglio garantire sia la concorrenza, sia le esigenze sociali e ambientali che spesso sono toccate dall'attività contrattuale pubblica. La loro natura di direttive di coordinamento non deve tuttavia trarre in inganno, dato che la prima dottrina che si è occupata di esse ha subito evidenziato come ci si trovi di fronte ad una sorta di "codice europeo degli appalti", recante una disciplina compiuta e dettagliata di tutte le fasi del procedimento[7] e che prevede la semplificazione e razionalizzazione della vigente disciplina (che dovrebbe produrre una maggiore efficienza e concorrenzialità nel mercato degli appalti pubblici); la modernizzazione procedurale, con il sistematico ricorso alle nuove tecnologie dell'informazione e delle telecomunicazioni anche nel settore dei pubblici appalti (il c.d. *e-procurement*)[8]; ed infine una più accentuata flessibilità degli strumenti giuridici utilizzati, in grado di rendere più agevole la gestione dei procedimenti contrattuali da parte delle amministrazioni committenti.

3. I principi sinteticamente rammentati costituiscono poi la cornice di riferimento entro cui il legislatore delegato nazionale ha costruito la struttura del codice.

Già la legge delega (18 aprile 2005 n. 62) fissa i criteri direttivi cui l'Esecutivo è stato tenuto a conformarsi in sede di recepimento. La norma di delega (art. 25) era infatti - come è stato rilevato dal Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza del 6 febbraio 2006 Sez. 335/06 - di ampia portata, riproducendo tutti gli obiettivi già fissati dal legislatore comunitario (semplificazione, modernizzazione, flessibilità), e fa riferimento all'esigenza di far confluire in un unico testo normativo conforme ai principi del Trattato le novità introdotte a livello comunitario: sempre il Consiglio di Stato nell'esprimere parere sullo schema di decreto legislativo rileva come il riferimento ad "un unico testo... chiarisce che non ci si intende limitare ad una mera raccolta di norme preesistenti, sia pure coordinate con le direttive: è l'intero settore degli appalti... che deve trovare... la sua disciplina unitaria e coordinata"; e che consenta anche - è il caso di aggiungere - una semplificazione delle procedure di affidamento che non costituiscono applicazione diretta delle normative comunitarie, raccogliendo la disciplina degli appalti e delle concessioni sia sopra che sotto - soglia comunitaria.

A questo scopo è stata quindi istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri una Commissione composta di esperti del settore, deputata alla concreta elaborazione del testo di attuazione[9], da operarsi ovviamente secondo le direttrici ed i criteri contenuti nella delega.

4. Alla vigilia dell'emanazione del Codice il diritto interno degli appalti si presentava infatti eccessivamente frammentato, essendo costituito da:

a) tre distinti decreti legislativi a disciplinare, rispettivamente, gli appalti sopra-soglia comunitaria nei settori classici delle forniture (d.lg. 24 luglio 1992, n. 358) e dei servizi (d.lg. 17 marzo 1995, n. 157) e nei settori speciali di lavori, servizi e forniture (d.lg. 17 marzo 1995, n. 158);

b) la legge-quadro 11 febbraio 1994, n. 109, sui lavori pubblici (c.d. Legge Merloni) sia sopra che sotto-soglia, seguita da numerosi interventi modificativi, talora frutto di compromessi e mediazioni, che hanno esposto l'assetto complessivo a forti critiche[10] e da una cospicua normativa secondaria volta a dare attuazione ed esecuzione alle previsioni della legge-quadro[11];

c) un regolamento in materia di appalti pubblici di forniture sotto-soglia (D.P.R. 18 aprile 1994, n. 573);

d) la legislazione di contabilità di Stato 1923-1924, applicabile agli appalti di servizi sottosoglia in mancanza di una disciplina organica del settore, integrata dai principi del Trattato UE;

e) il regolamento di semplificazione dei procedimenti di spese in economia per forniture e servizi sotto-soglia (d.P.R. 20 agosto 2001, n. 384);

f) un'articolata disciplina dei lavori in economia, regolati in linea generale dal d.P.R. n. 554/99;

g) il d.lg. 20 agosto 2002, n. 190, novellato dal d.lg. 17 agosto 2005, n. 189, che prevede speciali procedure di affidamento per le grandi infrastrutture.

Anche successivamente alla sua emanazione per gli aspetti non espressamente disciplinati nel Codice[12], continuano invece a trovare applicazione: per le procedure di affidamento e le altre

attività amministrative in materia di contratti pubblici (c.d. «serie procedimentale»), i principi sul procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241/90 e successive modificazioni e integrazioni; per l'attività contrattuale delle stazioni appaltanti, degli enti e dei soggetti aggiudicatori definiti dall'art. 3 del Codice (c.d. «serie negoziale») - in linea con un recente *trend* che vuole l'attività della P.A. sempre più frequentemente regolata dalle norme di diritto privato (v., sul punto l'art. 1-*bis*, comma 2, della l. n. 215/05 di riforma della l. n. 241/90, ai sensi del quale «*La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*») - i principi stabiliti dal codice civile.

5. La complessità della normativa descritta permette, quindi, di apprezzare ancora di più il Codice degli appalti[13]; e tuttavia ci si limiterà in questa sede - anche per evidenti ragioni di contenimento della trattazione - alla enunciazione degli obiettivi che il legislatore ha perseguito.

In merito agli aspetti più generali si osserva innanzitutto, in via preliminare, che la Commissione istituita presso la Presidenza del Consiglio ha ritenuto, in un'ottica di semplificazione e di riassetto complessivo della materia, di adottare la soluzione del testo normativo unico, disciplinando con un'unica fonte di rango primario[14] i profili regolati dalle direttive nn. 17 e 18/04, i profili essenziali della disciplina già dettati dalla legge Merloni e il contenzioso (accordi bonari, arbitrati, giurisdizione, riti processuali speciali), lasciando invece alle fonti secondarie la disciplina degli aspetti di dettaglio[15]. Va qui detto che, malgrado la norma delegante non è stata collocata nelle più recenti leggi di semplificazione (in particolare la legge n. 229 del 2003 - legge di semplificazione per il 2001 - e la legge n° 246 del 2005 - legge di amplificazione per il 2005), essa si innesta a pieno titolo nel più ampio processo di cui tali leggi costituiscono la più recente esemplificazione.

Per una esigenza di semplificazione e riordino della materia (leggi "riassetto normativo") è stata prevista nel Codice: la determinazione delle nuove soglie, con diminuzione del numero delle soglie differenti previste nei tre settori; L'espressa indicazione di tutte le soglie in euro; l'aumento di valore in relazione all'incidenza sul mercato unico[16] (si tratta comunque di regole in gran parte già codificate precedenti direttive e recepite nel diritto italiano); b) l'adozione in via generalizzata di un vocabolario e di una nomenclatura comune in materia di appalti (CPV, *Common Procurement Vocabulary*)[17].

All'obiettivo del rafforzamento corrispondono invece: a) le modifiche apportate alla disciplina delle specifiche tecniche, che attengono come è noto al contenuto ed alle modalità di formulazione delle offerte e sono dirette a garantire una maggiore competizione e una più estesa partecipazione degli operatori alle procedure di aggiudicazione, anche attraverso un più ampio ricorso al principio di equivalenza[18]; l'intervento sulla regolamentazione dei criteri di aggiudicazione, realizzato prevedendo l'obbligo relativo dell'amministrazione aggiudicatrice di indicare nel bando di gara o nel capitolato d'oneri le modalità di ponderazione e valutazione scelti in relazione alla natura dell'appalto anche attraverso l'introduzione di una "forcella" (e qui va rilevato che, considerata la situazione del mercato italiano dei pubblici appalti ed il frequente "sovrappollamento" delle gare sarebbe forse opportuno per le amministrazioni aggiudicatrici fissare un numero minimo di imprese da invitare superiore a quello previsto dal diritto comunitario); l'introduzione di modifiche significative in merito ai requisiti di qualificazione (riconoscendo a tutti i concorrenti la possibilità di dimostrare la propria capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa avvalendosi dei requisiti di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei rapporti che li legano a questi ultimi); l'inserimento di rigidi criteri di esclusione dell'offerente che sia stato condannato con sentenza passata in giudicato per i reati di criminalità organizzata, corruzione o frode ai danni della Comunità[19] e delle caratteristiche sociali ed ambientali, quali criteri alla luce dei quali parametrare la fissazione delle specifiche tecniche e dei criteri di aggiudicazione[20].

La modernizzazione del settore, è invece attuata dal Codice attraverso l'introduzione della più ampia possibilità di ricorrere agli strumenti telematici nelle pubblicazioni, nelle comunicazioni (come la pubblicazione di avvisi e capitolati sul c.d. profilo del committente, nonché la trasmissione di bandi e avvisi alla Comunità europea per via telematica)[21] e nella presentazione delle offerte e tramite l'introduzione di meccanismi e procedure negoziali come i sistemi dinamici di acquisizione e le aste elettroniche[22] (l'art. 85 del Codice - che le disciplina - è effettivamente innovativo dato che, mentre nel sistema delle direttive oggetto di recepimento l'asta elettronica costituisce l'usuale strumento di aggiudicazione per le procedure aperte, nel sistema previgente - d.p.r. 101/2002 - il ricorso alle procedure telematiche di acquisto costituiva una alternativa a quelle tradizionali, da deliberarsi con specifica motivazione dalla amministrazione interessata).

Una maggiore flessibilità degli strumenti giuridici impiegati nel *public procurement*, è poi garantita

dall'ampliamento del numero e della tipologia delle procedure di aggiudicazione. Alle classiche procedure allargate e ristrette ed a quelle negoziate (rispetto alle quali ci si limita a segnalare la profonda rivisitazione dell'istituto della trattativa privata operata dall'art. 56, con l'introduzione di una disciplina unitaria che supera la frammentazione del previgente sistema normativo), il nuovo Codice degli appalti aggiunge infatti strumenti organizzativi e negoziali come il dialogo competitivo (che consente uno scambio di informazioni tra l'amministrazione aggiudicatrice e i candidati ammessi alla procedura d'appalto, allo scopo di delineare una o più soluzioni ottimali: in base a tali soluzioni i candidati presenteranno le offerte)[23], il sistema dinamico di acquisizione, nonché le centrali di committenza e l'accordo quadro (in origine previsto per i soli settori speciale ed ora esteso anche ai settori tradizionali)[24]

[1] Il problema ha, tuttavia, assunto particolare rilievo solo a partire dal 1986 con la firma dell'Atto Unico e l'avvio del progetto di liberalizzazione del movimento di merci, persone, capitali e servizi contenuto nel Libro bianco della Commissione. La costruzione delle fondamenta giuridiche su cui poggia il progetto di mercato interno ha richiesto, infatti, ad ogni Stato membro, di adattare il proprio ordinamento interno ad un cospicuo numero di misure legislative, per la maggior parte direttive, e di farlo in tempi relativamente contingentati. Di fronte ad una tale pressione adattiva e sotto gli sguardi vigili della Commissione e dei partner europei, l'inadeguatezza italiana non poteva che risaltare. Regolarmente agli ultimi posti nelle classifiche compilate dalla Commissione europea che riportano le performance degli Stati membri per quanto concerne l'applicazione interna delle normative comunitarie, l'Italia si è vista spesso applicare l'etichetta di "ultimo della classe". Nel corso degli anni, il nostro paese ha spesso detenuto un non invidiabile record in termini di ritardo nel recepimento delle direttive, di numero di procedure d'infrazione avviate contro e di rinvii alla Corte di giustizia europea. L'insoddisfacente performance italiana si è evidenziata con particolare gravità nel ramo delle misure riguardanti il mercato interno. In base all'ultimo *scoreboard* (luglio 2005) pubblicato dalla Commissione, l'Italia mantiene la posizione di "fanalino di coda" nell'Europa a 25 per quanto concerne la mancata notifica dell'avvenuto recepimento di direttive. Sebbene, in termini assoluti, il deficit di trasposizione si sia ridotto ad un semplice 4,1% del totale di direttive da recepire (nel secondo semestre del 1990 la Commissione lamentava un ritardo italiano per ben il 60% del totale delle direttive), il traguardo dell'1,5%, stabilito al Consiglio europeo di Stoccolma del 2001, rimane ancora fuori portata per il nostro Paese.

[2] E' noto come la Comunità, al fine di completare il grande mercato interno, abbia emanato una serie di direttive volte ad aprire gli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria. La liberalizzazione degli appalti pubblici rivestiva, infatti, la massima importanza, sia sotto il profilo economico generale, sia sotto il profilo più specifico della integrazione europea, nella prospettiva della creazione di un grande spazio economico. Le istituzioni comunitarie hanno rivolto la propria attenzione a tale mercato già all'inizio degli anni '70 con l'adozione di due direttive di base con l'obiettivo di coordinare le procedure di aggiudicazione degli appalti sia dei lavori pubblici, sia di forniture. Tali iniziative denotavano, al di là di ogni dubbio, la volontà del legislatore comunitario di fissare una serie di principi, volti ad instaurare la parità di condizioni di partecipazione agli appalti pubblici in tutti i Paesi membri ed una trasparenza, grazie alla quale fosse possibile far rispettare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi.

[3] Normalmente, le direttive europee non sono direttamente applicabili a livello interno e devono essere incorporate in disposizioni nazionali prima di esplicitare pienamente i propri effetti. In media, il tempo consentito per la conclusione della fase di trasposizione ammonta a due anni, ma il ventaglio di limiti temporali è vario e viene stabilito di caso in caso. Nell'eventualità in cui la Commissione non riceva la notifica dell'avvenuto recepimento di una direttiva da parte dello Stato membro, si innesca con scadenza bimensile un procedimento di infrazione. L'indagine dei problemi di recepimento rappresenta di per sé un problema degno di ogni attenzione. Come è stato a più riprese sottolineato dalla Commissione, processi di recepimento sfasati dal punto di vista temporale non consentono al

mercato interno di funzionare a regime ed esprimere, quindi, le sue potenzialità di sostegno alla crescita e allo sviluppo. Peraltro, le problematiche connesse alla attuazione del diritto comunitario possono ricevere risposte convincenti solo se inquadrare nell'ottica di una crescita complessiva del livello e della qualità della partecipazione italiana all'Unione ed, in particolare, nella capacità di incidere adeguatamente in sede di negoziato e nella elaborazione delle proposte legislative comunitarie, pur se il recepimento delle direttive costituisce adempimento dovuto, ai cui fini diventano irrilevanti i comportamenti tenuti dai rappresentanti nazionali durante il negoziato che ha condotto all'adozione dell'atto normativo comunitario: il dato normativo comunitario, ponendo vincoli alla discrezionalità dello Stato membro nell'adozione degli interventi normativi di trasposizione delle norme comunitarie nell'ordinamento interno, è, infatti, tendenzialmente stabile. Ma proprio per questo esso deve trovare in una più efficace e razionale partecipazione alla fase di formazione del diritto europeo le necessarie forme di compensazione delle rigidità della fase attuativa, idonee a consentire una fedele rappresentazione degli interessi nazionali nel corso del negoziato comunitario e a facilitare, per tale via, un impatto meno meccanico del diritto comunitario sul diritto nazionale, assicurando così - a valle - maggiore flessibilità nei procedimenti di recepimento delle direttive; e a monte una maggiore adattabilità delle soluzioni normative comunitarie alle peculiarità giuridiche della realtà italiana. Occorre pertanto incentivare, sia sul piano normativo che su quello amministrativo, scelte in grado di garantire una stretta connessione e interdipendenza tra fase ascendente e fase discendente: tale interdipendenza presenta, peraltro, il pregio di preconstituire le condizioni per una progressiva riduzione a regime delle procedure di infrazione avviate in sede europea per erroneo o incompleto recepimento di direttive (obiettivo questo che si affianca a quello di un tempestivo recepimento delle direttive in scadenza entro i termini previsti e a quello della ricerca di un adeguato livello qualitativo della legislazione nazionale di recepimento, in specie avuto riguardo al profilo della sua aderenza al parametro normativo comunitario).

[4] *E multis*, F. MASTRAGOSTINO, *L'appalto di opere pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1993, 123 ss..

[5] Ciò che era accaduto per le direttive di prima generazione, si è sostanzialmente riproposto al momento di recepire le direttive n. 89/440 e 88/265 rispetto alle quali il legislatore non ha modificato la già evidenziata tecnica di recezione letterale: ed invece già all'epoca sarebbe risultato assai utile un recepimento che non si limitasse alla pedissequa reiterazione delle disposizioni comunitarie, che al contrario vanno per così dire "filtrate" per poter essere poi introdotte, nel pieno rispetto della loro *ratio*, nella realtà ordinamentale italiana.

[6] Malgrado nel settore delle opere pubbliche fossero intervenuti profondi mutamenti che hanno sostanzialmente modificato il ruolo sia delle amministrazioni committenti che dell'imprenditoria esecutrice dei lavori, sino all'emanazione della legge 109/94 - e per taluni profili anche successivamente ad essa -, la disciplina di diritto interno in materia di appalti trovava la sua base nel corpo della normativa contabile, ispirata al criterio del contenimento della spesa, piuttosto che a quello della sua attivazione in funzione della domanda pubblica sul mercato. A tale disciplina di base si sono aggiunte in numero assai consistente ulteriori disposizioni aventi un campo di applicazione più ampio rispetto alla normativa generale, ancorché si trattasse di disposizioni derogatorie e frammentarie. Si può quindi dire che più che un regime giuridico delle opere pubbliche, la normativa antecedente alla Merloni costituisse piuttosto un insieme di deroghe, modifiche, eccezioni che si innestavano quasi senza soluzione di continuità sul tronco originario costituito dalla legge sui lavori pubblici n. 2248/1865 All. F (in dottrina e *multis* cfr. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1950 e successive edizioni; DI LORENZO, *Sul concetto di opera pubblica e di lavoro pubblico*, in *Rass. Lav. Pubbl.*, 1962, 119 ss.; CARNEVALE VENCHI, *Opere pubbliche (ordinamento)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 332 ss.; G. ALBISETTI, *L'appalto per l'esecuzione di opere pubbliche*, di G. ALBISETTI, LUCIANA CELATA, Roma, *MISS*, 1982; A. MARZANO, *Appalto di opere pubbliche*, E.S.A.C., Roma, 1987, 612; CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche e di lavoro pubblico*, in *Trattato di diritto amministrativo*, XX, Padova, 1990, 3 ss.).

[7] Tra i vari contributi sulle nuove direttive si segnala G. MESSINA, *Le nuove direttive comunitarie in materia di appalti pubblici*, in *Dir. comm. internaz.*, n. 1/2005, pp. 100-101; M. PROTTO, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urban. App.*, n. 7/2004, p. 755 ss; G. MARCHIANÒ, *Prime osservazioni in merito alle direttive di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Direttive n. 17 e n. 18/2004, 31 marzo 2004*, in *Riv. trim. app.*, 2004, p. 854 ss.. Già il Libro Verde sugli appalti pubblici nell'Unione europea, adottato dalla Commissione il 27 novembre 1996 e seguito l'11 marzo 1998 da una Comunicazione della Commissione, aveva inaugurato una stagione di riflessioni e di dibattiti sulla esigenza di una incisiva riforma della normativa comunitaria in materia di appalti, in

direzione della semplificazione della normativa vigente e del suo riordino sistematico, reso vieppiù necessario dalla frammentarietà e disorganicità del quadro di riferimento normativo e della non più comprensibile arretratezza delle procedure applicate rispetto all'evoluzione tecnologica.

[8] Sullo sviluppo del c.d. "diritto amministrativo elettronico" v. C. GIURDANELLA, *Pubblicazione telematica di bandi di gara in procedure di rilievo comunitario*, in *Diritto dell'Internet*, n. 2/2005, p. 177.

[9] La Commissione è stata istituita con d.P.C.M. 23 maggio 2005, e affiancata nello svolgimento dei lavori da un gruppo di studio costituito con apposito decreto presso il DAGL, Dipartimento affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei Ministri. La Commissione presieduta dal Presidente del TAR del Lazio, Pasquale De Lisi, si è avvalsa anche dei significativi apporti di tutti i Ministeri interessati e delle organizzazioni di settore. Più in particolare la legge delega delle due direttive, realizzato attraverso: 1) l'unificazione degli aspetti comuni; 2) una disciplina unitaria dei contratti pubblici di lavori, forniture e servizi tanto sopra quanto sotto-soglia; 3) l'individuazione, sulla base dell'esperienza giurisprudenziale delle Corti comunitarie, di un nucleo di principi e disposizioni comuni applicabili a tutti i contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, sia nei settori classici che in quelli speciali, sopra e sotto-soglia. Il recepimento delle due direttive determina significative innovazioni soprattutto nel "ramo-lavori", rispetto al quale il legislatore nazionale si era in passato distaccato in più punti dalle indicazioni del legislatore europeo. Le novità salienti rispetto alla legge Merloni consistono, in particolare: 1) nella previsione di un ventaglio più ampio di ipotesi di utilizzabilità della trattativa privata; 2) nella attribuzione alla stazione appaltante della scelta delle imprese da invitare in sede di licitazione privata e del criterio, non predeterminato per legge, tra criterio di aggiudicazione del prezzo più basso e criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; 3) nell'introduzione di un regime di verifica delle offerte anomale più in linea con i principi comunitari, quanto all'oggetto e al momento della verifica e della esibizione delle giustificazioni.

[10] V. legge 2 giugno 1995, n. 216, c.d. Merloni-*bis*; legge 18 novembre 1998, n. 415, c.d. Merloni-*ter*; legge 1° agosto 2002, n. 166, collegato "infrastrutture" alla legge finanziaria 2002, c.d. Merloni-*quater*.

[11] D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, regolamento di attuazione della legge Merloni; d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, disciplina del sistema di qualificazione dei soggetti esecutori di lavori pubblici; d.m. 19 aprile 2000, n. 145, capitolato generale di appalto dei lavori pubblici; d.m. 21 giugno 2000, modalità e schemi-tipo per la redazione del programma triennale e dell'elenco annuale dei lavori.

[12] La struttura del Codice dei contratti si presenta, dal punto di vista strutturale, articolata in cinque distinte parti.

1) La prima parte (artt.1-27), intitolata «Principi e disposizioni comuni e contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice», contiene le norme (titolo I) relative all'oggetto (art. 1), ai principi (art. 2), alle definizioni (art. 3), al riparto di competenze tra Stato e Regioni (art. 4), all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (art. 6 e art. 8) e all'Osservatorio (art. 7), al c.d. sportello dei contratti pubblici (art. 9), al responsabile del procedimento (art. 10), al diritto di accesso agli atti (art. 13), nonché l'elencazione dei contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice (cui è dedicato l'intero titolo II. Tra questi ultimi, in particolare, gli appalti secretati o che richiedono particolare misure di sicurezza, gli appalti aggiudicati in base a norme internazionali, i contratti di sponsorizzazione). 2) La seconda parte (artt. 28-205), intitolata «Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori ordinari», disciplina i contratti aventi ad oggetto lavori, servizi, e forniture, nei settori ordinari, sia sopra che sotto soglia comunitaria. Nella parte II, in particolare, si dà attuazione alla direttiva 2004/18, suddividendo la disciplina ivi prevista in quattro titoli, a loro volta ripartiti in Capi e Sezioni. a) Il titolo primo (artt. 28-120) disciplina i contratti di rilevanza comunitaria e contiene il nucleo centrale della disciplina delle procedure di affidamento, nonché i principi in tema di esecuzione del contratto, costituendo il modello generale di regolamentazione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (per la disciplina di specifiche figure contrattuali o specifici settori si fa infatti in ogni caso riferimento alla disciplina generale ivi indicata, enucleando poi puntuali regole derogatorie).

In quest'ambito particolare rilievo riveste il Capo II, dedicato alla disciplina dei "Requisiti dei partecipanti alle procedure di affidamento" (artt. 34-52), ove il legislatore fissa i requisiti per la partecipazione alle gare dei consorzi (art. 35), la nozione di "consorzi stabili" (art. 36), i requisiti di idoneità professionale (art. 39), nonché le vicende soggettive del candidato, dell'offerente e dell'aggiudicatario (art. 51). A ciò il Codice aggiunge la previsione delle modalità di controllo sul possesso dei requisiti (art. 48). Particolare interesse è poi da attribuire alla disciplina dell'avvalimento,

di cui agli artt. 49 e 50, rispetto al quale il Codice fissa rigidi criteri di ammissibilità. Nell'ambito del titolo I, di grande importanza è pure la Sezione II (artt. 63-69), dedicata a "Bandi, avvisi, inviti". b) Il titolo secondo (artt. 121-125) disciplina i contratti sotto-soglia comunitaria mediante un rinvio alla disciplina dettata per i contratti sopra-soglia e l'enucleazione di specifiche regole derogatorie. c) Il titolo terzo (artt. 126-194) detta disposizioni specifiche per i contratti relativi ai lavori pubblici, disciplinando, in particolare, la concessione di opere pubbliche (artt. 142-151), il promotore finanziario (artt. 152-160), la concessione e il contraente generale per le infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi (artt. 161-181), nonché le procedure per la valutazione di impatto ambientale delle grandi opere (artt. 182-185). Anche per queste figure contrattuali il modello è costituito dalla disciplina generale dettata per i contratti sopra-soglia, salve specifiche deroghe. d) Il titolo quarto (artt. 195-205) disciplina i contratti di lavori, servizi e forniture in alcuni settori specifici, quali quello della difesa (artt. 195-196) e dei beni culturali (artt. 197-205).

3) La terza parte del Codice (artt. 206-238) è intitolata ai «Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori speciali» e contiene il recepimento della direttiva 2004/17. Viene anzitutto dettato un articolo di ricognizione delle norme dei settori ordinari che trovano applicazione anche ai settori speciali (artt. 206-214). L'archetipo è, ancora una volta, la disciplina dettata per i contratti di lavori, servizi e forniture sopra-soglia comunitaria, rispetto alla quale vengono poi enucleate le norme specifiche di tali settori speciali. Viene infine individuato il regime dei contratti nei settori speciali sotto soglia comunitaria (art. 238). 4) La quarta parte (artt. 239-246), dal titolo «Contenzioso», contiene la disciplina degli strumenti stragiudiziali e giudiziali di composizione delle liti in materia di contratti pubblici e, in particolare, la transazione (art. 239), l'accordo bonario (art. 240), l'arbitrato (art. 241), nonché le norme in tema di giurisdizione e riti speciali (artt. 242-244; art. 246), cui si aggiunge la tutela cautelare *ante causam* (art. 245, commi 3 ss.). 5) La quinta parte (artt. 247-257) contiene le disposizioni di coordinamento e transitorie, nonché le abrogazioni. Seguono gli Allegati, ordinati così come nelle direttive che si recepiscono, rispetto alle quali sono stati aggiunti due allegati che riguardano gli appalti relativi alle infrastrutture strategiche (l'attuale allegato XXI corrisponde al c.d. allegato tecnico introdotto dal d.lg. n. 189 del 2005 e l'attuale allegato XXII corrisponde all'altro allegato al d.lg. n. 190/2002).

[13] Il Codice degli appalti si inserisce in una fase storica caratterizzata da un'intensa attività di codificazione da parte del legislatore delegato. Basta pensare al "Codice in materia di protezione dei dati personali" (d.lg. n. 196/03); al "Codice delle comunicazioni elettroniche" al "Codice dell'amministrazione digitale" (d.lg. n. 82/05), approvato dal Consiglio dei Ministri nell'adunanza del 4 marzo 2005 e, da ultimo, al "Codice del consumo" (d.lg. n.), con cui il Governo ha proceduto - conformemente alla delega conferitagli dall'art. 7 della l. 29 luglio 2003, n. 229, recante *Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione. Legge di semplificazione 2001* - al riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori, nel rispetto dei principi e i criteri direttivi stabiliti dall'art. 20 della l. 15 marzo 1997, n. 59, come sostituito dall'art. 1 della l. n. 229 del 2003. In particolare, con il parere n. 2/04 del 25 ottobre 2004 sul Codice della proprietà industriale, l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato ha operato una approfondita ricognizione sul significato attuale del concetto di "semplificazione" cui si rinvia.

[14] L'opera di sistemazione e codificazione della disciplina in materia di appalti pubblici è avvenuta, in particolare, nel pieno rispetto dei principi stabiliti dalla legge n. 241/90 che disciplina il procedimento amministrativo, del recente processo di informatizzazione della pubblica amministrazione (d.lg. n. 82/05, recante "Codice dell'amministrazione digitale", approvato dal Consiglio dei Ministri nell'adunanza del 4 marzo 2005), della semplificazione della documentazione amministrativa, delle norme che regolano le fasi delle procedure di affidamento e dei relativi controlli contenute nella legislazione sulla contabilità di Stato e della normativa antimafia.

[15] Gli aspetti di dettaglio vengono disciplinati da un apposito regolamento, che, in materia di lavori, andrà a sostituire il richiamato d.P.R. n. 554/99, regolando invece *ex novo* gli altri settori.

[16] V. il 17° Considerando, dir. n. 18/04. All'unificazione segue inoltre la previsione di forme semplificate di adeguamento delle soglie e degli allineamenti di valore con la procedura di cui alla decisione 1999/468/CE.

[17] 36° Considerando, dir. n. 18/04.

[18] Cfr. il 29° Considerando e l'art. 23, dir. n. 18/04, da cui emerge che l'interesse del legislatore comunitario per il profilo delle specifiche tecniche è connesso alla possibilità che le stesse specifiche vengano utilizzate a fini anticoncorrenziali. In dottrina, v. da ultimo R. INVERNIZZI, *Le specifiche tecniche*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria*

n. 62/2005, a cura di R. Garofoli e M.A. Sandulli, Milano, 2005, p. 269 ss..

[19] 43° Considerando, dir. n. 18/04. In dottrina, v. R. GRECO, *Le cause soggettive di esclusione*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, p. 575 ss.. In merito ai requisiti di affidabilità morale e professionale, v., tra le altre, Corte di Giustizia, sentenza 21 dicembre 2005, n. 936, nonché Tar Toscana, Firenze, sez. II, sentenza 7 dicembre 2005, n. 8265.

[20] Cfr. il 5° Considerando, dir. n. 18/04. La Corte di Giustizia ha legittimato l'uso di clausole ambientali nella definizione dei criteri di attribuzione delle gare di appalto quando ciò avvenga nel rispetto dei principi fondamentali del Trattato. Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia si registra una certa oscillazione in merito alla ricostruzione del ruolo svolto dalle tematiche ambientali e sociali nell'ambito della disciplina degli appalti pubblici, soprattutto ai fini della valutazione dell'offerta *economicamente* più vantaggiosa ed al rapporto con l'*oggetto* dell'appalto. (a riguardo cfr. in particolare: sentenza 20 settembre 1988, *Beentjes*, causa C-31/87, in *Racc.*, 1998, p. 4635, in merito alla possibilità di riservare l'affidamento degli appalti ad imprese che impiegano lavoratori disabili; sentenza 26 settembre 2000, *Nord Pas de-Calais*, causa C-225/98, in *Racc.*, 2000, pp. I-7445; sentenza 17 settembre 2002, *Concordia bus*, causa C-513/99, in *Racc.*, pp. I-7213). In dottrina, M. OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, p. 663 ss..

[21] Con riguardo alla pubblicazione via Internet di un capitolato difforme da quello effettivamente disciplinante la gara e, in generale, sulle questioni connesse alla validità e alla rilevanza giuridica della pubblicazione *on line* di bandi e avvisi di gara, v. Tar Sardegna, sez. I, 22 ottobre 2004, n. 1507, in *Dir. dell'Internet*, n. 2/2005, p. 173 ss., con nota di C. GIURDANELLA.

[22] Il ricorso a questi strumenti produce infatti significativi benefici in termini di trasparenza delle operazioni di gara (per l'automatismo dei meccanismi di aggiudicazione e di svolgimento delle gare) e di maggiore competizione (anche) negli acquisti di uso corrente, determinando riflessi positivi sia sui costi diretti che sui costi di transazione. A questo riguardo, la Commissione europea, nella Comunicazione "Gli appalti pubblici nell'Unione europea" del 1998, precisava che *"per assicurare la trasparenza, i servizi della commissione procederanno ad una più ampia utilizzazione dei nuovi mezzi elettronici, in particolare dell'Internet. Essa offrirà così accesso ad un numero di informazioni molto più importante di quella attualmente disponibile sulla Gazzetta ufficiale e nella base dati TED. Essa consentirà in particolare di consultare su Internet i capitolati d'onere o addirittura di stamparli direttamente, al fine di permettere ai fornitori interessati di ottenere immediatamente tali documenti"*.

[23] V. 31° Considerando, dir. n. 18/04, il quale riconosce al dialogo competitivo il carattere di *«procedura flessibile»*, in grado di salvaguardare sia la concorrenza tra operatori economici che la necessità delle amministrazioni aggiudicatrici di discutere con ciascun candidato tutti gli aspetti dell'appalto.

[24] Cfr. 11° e 16° Considerando, dir. n. 18/04. L'esigenza di garantire flessibilità in un settore come quello degli appalti nasce innanzitutto dall'urgenza di aprire al gioco concorrenziale buona parte delle risorse, ancora sottoposte a regime di monopolio o all'esercizio di diritti speciali e/o esclusivi, e dalla necessità di riportare ordine e chiarezza in uno scenario caratterizzato da una crescente privatizzazione e dal sempre più frequente e massiccio ingresso dei privati in settori fortemente condizionati dall'interesse pubblico attraverso il ricorso alla figura del partenariato pubblico-privato.

