

Articoli e note

n. 4-2006 - © copyright

LUIGI D'OTTAVI

Appalti pubblici di forniture e somministrazioni nel "Codice dei contratti pubblici"*

1. Nozione di pubbliche forniture - 1.2. elementi accessori - 1.3. nozione civilistica - 1.4. nozione comunitaria - 1.5. definizione nel Codice - 2. tipologie di fornitura - 2.1. settori ordinari e speciali - 2.2. distinzione con le altre categorie di appalto - 2.3. appalti di rilievo comunitario e sottosoglia - 3. requisiti di qualificazione (cenni) - 4. la progettazione (cenni) - 5. le esclusioni codificate (cenni) - 5.1. il meccanismo di esenzione ex art. 30 Dir. 17/04/CE - 6. Conclusione.

1. Nozione di pubbliche forniture

La definizione di fornitura secondo l'articolato normativo[1] di recepimento delle direttive appalti (art. 1 17/04/CE e art. 1 18/04/CE) è la seguente: art. 3 comma 9: "*Appalti pubblici diversi da quelli di lavori, aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti*".

Come noto, si tratta di una nozione residuale, data la principalità e, per certi versi, *centralità*, conferita dal legislatore alla materia dei lavori. Storicamente e fino all'emanazione delle nuove direttive, gli appalti di forniture contemplati dalla direttiva 93/36/CE per i settori ordinari e dalla direttiva 93/38/CE per i settori speciali, sono stati recepiti nel nostro ordinamento e sottoposti a regole diversificate salvo il rinvio ai principi comuni in materia di appalti di lavori. Oggi, alla luce delle nuove direttive comunitarie di coordinamento delle tre categorie, le pubbliche forniture sono state ricondotte nell'alveo di una comune trattazione, fatte salve le opportune differenziazioni.

La *ratio* di tale diversità di trattamento è presto individuata: la fornitura consiste essenzialmente nell'acquisto di un prodotto finito, rientrando nella categoria dei beni mobili, per definizione destinato, senza apparente intermediazione e quindi in modo immediato, a soddisfare il bisogno delle stazioni appaltanti, prescindendo quindi dall'apporto di quell'*opus* ulteriore che contraddistingue i lavori o i servizi.

1.2. Elementi accessori

Naturalmente il legislatore attento è consapevole che ogni categorizzazione scientifica può implicare limiti e pericoli rispetto al contesto empirico in cui è destinata a calarsi[2]; nel caso della nozione di forniture tale assioma è particolarmente evidente ove si consideri che - complice l'interpretazione giurisprudenziale e i processi di consultazione degli operatori - la normativa immediatamente dopo la scarsa definizione puntualizza che: "*un appalto pubblico avente per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione è considerato un appalto pubblico di forniture*" [3].

Questa precisazione potrebbe apparire vuota di significato se non si avesse contezza del dibattito interpretativo, con ampi echi giurisprudenziali, che ha contribuito alla creazione della categoria *monstre* dell'appalto misto, quella particolare tipologia che, come noto, contempla elementi di almeno due attività della classica tripartizione[4]; potrebbe invero apparire anche una mera superfetazione ove non si avesse piena consapevolezza della realtà di alcune forniture industriali dove il prodotto finito, per poter essere realmente utilizzato dall'amministrazione acquirente, richiede talune attività accessorie, come la c.d. posa in opera ovvero la installazione, categorie che costituiscono un *Giano bifronte*[5].

Si tratta, nel primo caso di lavori (*rectius* lavorazioni) o, nel secondo caso, di servizi di modesta entità

(rispetto, beninteso, al valore della fornitura) che consentono all'operatore economico una piena fruibilità del bene ed una sua introduzione nel contesto dove è destinato ad essere utilizzato: si pensi, per fare qualche esempio pratico, alla posa in opera di un deviatoio lungo la rete ferroviaria ovvero all'attrezzaggio di un automezzo adibito a particolari utilizzi civili, alla messa in servizio di mezzi militari, fino alla interazione di un prodotto informatico con altri componenti. Queste categorie di appalti costituiscono aspetti accessori in quanto non riguardano tutte le forniture ovvero possono essere svolti autonomamente dal soggetto pubblico acquirente, se dotato del necessario *savoir faire*[6].

1.3. Nozione civilistica

Alla luce di tali esemplificazioni, utili a comprendere l'estrema varietà del concetto di fornitura, pare utile, per completare l'inquadramento dell'istituto, richiamare l'insegnamento di un'autorevole dottrina (Messineo) cogliendo alcuni tratti distintivi rispetto alle tradizionali categorie civilistiche su cui, come è noto, trae origine la tradizionale disciplina dei contratti pubblici. L'autorevole maestro, interrogandosi sulla mancanza di una definizione della fornitura nel libro dedicato ai contratti[7] assimilava tale contratto alla compravendita e alla somministrazione, piuttosto che all'appalto in senso stretto, distinguendo però l'istituto dal contratto naturale di scambio per la presenza di una certa organicità: in altri termini - ed è questo il carattere peculiare - la prestazione del fornitore deve sempre rispondere esattamente al fabbisogno della parte committente nel cui favore la fornitura è effettuata mentre la vendita presenta, come noto, diverse configurazioni. In riferimento alla somministrazione si osservava la particolarità che l'adempimento della fornitura avviene, di regola, in un'unica soluzione[8]. Per completezza va anche richiamata la nozione di "*ordinaria produzione*", ripresa dalla normativa tributaria, utile e perimetrare una nozione di vendita assimilabile alla fornitura[9].

1.4. Nozione comunitaria

Fatta questa utile precisazione è stato peraltro autorevolmente osservato[10] che la fornitura comunitaria presenta una connotazione più ampia rispetto alla nozione conosciuta tradizionalmente nel nostro ordinamento: infatti, accanto al tradizionale modulo della compravendita (acquisto), si affiancano oggi altre tipologie di approvvigionamento quali la locazione finanziaria e la locazione o il riscatto (con o senza opzione per l'acquisto), oggi assai utilizzate nella prassi commerciale. Peraltro anche la c.d. somministrazione, se richiesta da enti aggiudicatori, può rientrare nel novero delle pubbliche forniture.

1.5. Definizione di fornitura nel Codice dei Contratti Pubblici (CCP)

Avuto riguardo a tale evidenze, e volendo quindi individuare un dato comune nel concetto di fornitura, può quindi osservarsi, richiamando altra dottrina, che tale tipologia mal si presta ad essere ricondotta nel tradizionale istituto dell'appalto di matrice civilistica, essendo piuttosto assimilabile ad una vendita, secondo il noto schema sinallagmatico del *do ut das*. In altri termini, la tradizionale riconduzione nel novero dello schema dell'appalto di forniture rispetto alla compravendita è giustificata solamente dal punto di vista soggettivo (rapporto committente - prestatore), e non da quello propriamente oggettivo: si deve quindi ritenere che il legislatore abbia adottato una individuazione "*orizzontale in relazione alle rilevanti dimensioni sul piano economico delle forniture che interessano le amministrazioni pubbliche proprio per sussumere alcuni schemi di acquisto nel novero degli "appalti pubblici". Del tutto correttamente, quindi, il Codice pone quindi l'accento sulla nozione civilistica di contratto pubblico rispetto a quella tradizionale, e ormai in parte superata dai nuovi schemi commerciali, del contratto di appalto stricto sensu considerato*" [11].

2. Tipologie di fornitura

In riferimento alle tipologie di fornitura alternative all'acquisto individuate dal legislatore comunitario, e rispetto alla precedente forma di recepimento ad opera del legislatore nazionale (D.lgs. 358/92 per i settori ordinari e del D.lgs. 158/95 per i settori speciali) si nota una significativa novità: mentre in sede di recepimento italiano delle abrogate direttive era stato contestualizzato il leasing (senza specificare se finanziario o operativo), lo schema di Codice dei Contratti Pubblici risulta oggi perfettamente aderente alla versione italiana delle direttive di coordinamento che correttamente indicano sia la "locazione finanziaria" che la locazione a riscatto come modalità di espletamento della fornitura.

La novità non è certamente secondaria, anche in riferimento al complesso tema dell'avvalimento dei requisiti finanziari ad opera del fornitore ovvero alle ipotesi di contratti esclusi dalla disciplina delle procedure di evidenza pubblica, e meriterebbe una separata trattazione.

2.1. Settori ordinari e speciali

Come noto, tradizionalmente, la distinzione tra settori ordinari e speciali è stata oggetto di ampi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali in ordine alla corretta individuazione delle prestazioni (in questo caso forniture) che i soggetti "speciali" acquistano per le loro attività istituzionali. In tale contesto si richiama soprattutto la particolarità del precedente recepimento che aveva portato all'elencazione di distinte categorie di lavorazioni comunque ordinarie (cfr. D.P.C.M. n. 517/97) ovvero la previsione del comma 6 dell' art. 8 del D.lgs. 158/95 relativamente ai servizi di progettazione integrata con lavori speciali.

In questo contesto, ed in un'ottica evolutiva, appare senz'altro lodevole l'attuale scelta del legislatore nazionale di individuare, nello schema di decreto legislativo di recepimento, un plesso comune di principi fondanti nonché di fattispecie di esclusioni (più avanti vedremo quelle riguardanti le forniture) lasciando invece impregiudicate le differenze di trattamento, elencate nelle direttive, proprie dei singoli settori; della complessa operazione appena descritta si occupa l'art. 206 (norme applicabili ai settori speciali) che, va evidenziato, facoltizza comunque i soggetti aggiudicatori dei settori ex esclusi all'applicazione, se ritenuto opportuno, delle procedure ordinarie nonché dei principi non ritenuti cogenti per entrambi le tipologie di attività.

In tale contesto, un elemento di assoluto rilievo, è costituito dalla generalizzazione del principio finalistico della "principalità", introdotto dall'art. 214 che si occupa degli appalti che, contestualmente, abbracciano più settori (ossia appalti ordinari, speciali o, *tertium genus* liberalizzati). Il disegno di legge adotta un approccio di tipo conservativo, perfettamente aderente alle direttive comunitarie, statuendo che nel caso di appalti complessi (ossia integranti più tipologie nel senso dianzi descritto) i settori sono attratti: nell'ambito ordinario se ordinari e speciali, nell'ambito speciale se speciali e liberalizzati.

2.2. Distinzione tra pubbliche forniture e altre categorie di appalto

Come accennato, in passato si sono registrati ampi dibattiti anche sull'applicazione del corretto criterio discrezionale tra forniture da un lato e lavori dall'altro[12]. Sul tema l'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici è intervenuta con distinti atti[13] per ribadire, in piena aderenza alla Legge n. 109/94 (giusta l'ampia formulazione dell'art. 1 della legge quadro) come talune categorie di fornitura fossero, di fatto, da ricondurre nella più estesa nozione di lavori; ciò anche in conformità alle categorie di opere generali e speciali del D.P.R. n. 34/2000 attuativo dell'istituto della qualificazione degli operatori economici.

Del pari, è altrettanto noto come su parere motivato della Commissione europea del 15 ottobre 2003 il legislatore italiano sia dovuto intervenire a modificare taluni profili di incompatibilità della L. 166/02, tra cui la disciplina dei contratti misti che nel diritto previgente indicava solamente il criterio del valore economico come elemento di discriminazione nella tradizionale ripartizione delle categorie di appalti di lavori servizi e forniture: dopo la contestazione comunitaria è infatti intervenuto l'art. 24 della Legge n. 62/05 che detta un criterio interpretativo fondante, in linea con le sopravvenute direttive comunitarie di coordinamento, al fine di acclarare quale sia l'oggetto principale del contratto.

L'attuale versione del Codice riprende quindi tali indicazioni statuendo che *"l'oggetto principale del contratto è costituito dai lavori, e conseguentemente un contratto pubblico è considerato appalto pubblico di lavori o concessione di lavori pubblici se l'importo dei lavori assume rilievo superiore al 50%, salvo che, secondo le caratteristiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscano l'oggetto principale del contratto"*.

Viene quindi recepita espressamente anche la categoria della prevalenza di tipo logico economico rispetto a quella del mero valore del contratto pubblico pur con una dovuta precisazione. In tale contesto la relazione illustrativa dell'articolato, sul presupposto che *"nella consapevolezza che il criterio qualitativo, secondo cui l'appalto misto si qualifica come contratto di lavori servizi e forniture a seconda di quale sia l'oggetto del contratto ed a prescindere dal valore economico (criterio quantitativo), può essere fonte di incertezze interpretative"* accoglie la soluzione già recepita nella legge comunitaria per il 2004: infatti, *"secondo tale soluzione, il criterio quantitativo assurge a criterio esegetico per determinare quale sia la prestazione principale e quella accessoria, nel senso che, di regola, è principale la prestazione il cui valore supera il 50% del prezzo complessivo, fermo restando il criterio qualitativo quanto una delle prestazioni sia meramente accessoria rispetto alle altre"*.

Tale approccio costruttivo al problema classificatorio dei contratti misti dovrebbe rappresentare la soluzione migliore per sopire i passati dibattiti interpretativi e i contrasti tra legislatore nazionale e comunitario, anche considerando la regola espressamente prevista dall'ultimo cpv. dell'art. 14 la quale prevede che *"l'affidamento di un contratto misto secondo il presente articolo non deve avere come*

conseguenza di limitare o escludere l'applicazione delle pertinenti norme comunitarie relative all'aggiudicazione di lavori, servizi o forniture, anche se non costituiscono l'oggetto principale del contratto, ovvero di limitare o distorcere la concorrenza".

Va da sè che la stazione appaltante, sul presupposto dell'evidenza accessoria, è tenuta a motivare ove ritenga di discostarsi dal criterio economico per accedere a quello c.d. di residualità funzionale[14].

Peraltro, in chiave generale, va osservato che l'estensione voluta dal legislatore nazionale sulle competenze dell'Autorità di Vigilanza per i lavori pubblici (oggi, forse, Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici) in riferimento anche alle forniture e ai servizi costituisce inevitabilmente un fattore dirimente su qualsiasi controversia interpretativa sul tema. In altri termini, una volta estesa la regolamentazione in materia di vigilanza, richiesta di chiarimenti, e qualificazione anche agli appalti di forniture pubbliche (come previsto, rispettivamente, agli art. 5, 6 e art. 41 del Codice) il criterio discrezionale proprio degli appalti misti non dovrebbe conoscere più interpretazioni (almeno di tipo capzioso) sulla corretta valenza del requisito dell'accessorietà della tipologia prevalente.

2.3. Appalti di rilievo comunitario e sotto soglia

Venendo alla distinzione tra appalti di rilievo comunitario e sotto soglia appare opportuno in primo luogo identificare le diverse soglie che vengono in rilievo in ragione che si tratti di forniture ordinarie o forniture speciali, rispettivamente pari a 137.000 euro (art. 28 del Codice) e 422.000 (art. 215 del Codice), fatti salvi i soggetti indicati nell'all. IV dello schema di articolato (c.d. autorità governative centrali).

Ciò premesso, ed in riferimento alla specifica disciplina del c.d. sotto soglia, è ormai principio noto che entrambe le direttive codificano il principio per cui le stazioni appaltanti debbono obbligatoriamente applicare i principi del Trattato relativi alla par condicio dei concorrenti (divieto di non discriminazione e parità di trattamento, alla trasparenza, proporzionalità e alle principali libertà di circolazione dei beni nel mercato unico).

In questa sede vale solo evidenziare che, del tutto correttamente, l'art. 2 dell'articolato ha introdotto ulteriori principi che si inseriscono nel plesso della normazione sul buon andamento della pubblica amministrazione contemplata sia dall' art. 97 della Cost. che dalla L. 241/90, vale a dire economicità, efficacia, tempestività e correttezza, e che riguardano tutte le tipologie di forniture, sopra e sotto soglia, ordinarie e speciali e finanche escluse (secondo la particolare norma dell'art. 27).

A parte tali rilievi, in riferimento alle forniture ordinarie va evidenziato (come si desume dalla relazione introduttiva al Codice) che il legislatore delegato, prendendo atto che la soglia comunitaria è piuttosto bassa e che gli enti aggiudicatori, soprattutto nel campo degli acquisti di prodotti finiti, si avvalgono della centrale di committenza Consip, ha ritenuto di: a) fissare un regime di pubblicità semplificato e adeguato al principio di proporzionalità (*id est* idoneità a raggiungere i potenziali concorrenti), b) fissare termini ridotti rispetto alle procedure sopra soglia, c) consentire comunque l'acquisto di beni in economia fino alla soglia comunitaria e, da ultimo, d) prevedere un sistema semplificato di qualificazione.

In riferimento alle c.d. forniture speciali sotto soglia va invece osservato che si è ritenuto di imporre ai soggetti pubblici, l'applicazione delle norme sopra soglia e ai soggetti privati il rispetto delle norme sul Trattato comunitario oltre i consueti parametri civilistici. La relazione introduttiva motiva tale scelta sul presupposto che non avrebbe senso introdurre una disciplina più rigida nel sotto soglia (ad esempio imponendo il rispetto del DPR n. 573/94 sulle forniture) per i soggetti pubblici o richiamare solamente le previsioni del codice civile per i soggetti privati.

Sul punto può convenirsi, ad una prima disamina ed in attesa di un assestamento nonchè del regime di attuazione della previsione, che anche tale impostazione confermi la ricerca di certezza del diritto che il legislatore nazionale tenta di perseguire.

3 Requisiti di qualificazione (cenni)

Per quanto attiene i requisiti di qualificazione l'articolato del codice, conformemente alle direttive, recepisce il principio secondo cui un raggruppamento di operatori economici può fare assegnamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento medesimo o di altri soggetti; in quest'ultimo caso (c.d. avvalimento) sarà però necessario provare alla stazione appaltante che, per l'esecuzione dell'appalto, il raggruppamento disporrà delle risorse necessarie, ossia l'effettiva disponibilità delle forniture di cui si avvale. Rispetto alle scarse previsioni comunitarie il legislatore nazionale ha correttamente ritenuto di introdurre, all'art. 49 dell'articolato, alcune puntuali previsioni riguardanti la

dimostrazione dei requisiti per evitare fenomeni di turbativa delle gare d'appalto.

In tale ottica una precisazione attiene il riferimento alle forniture proprie dei settori speciali per i quali il legislatore, tenendo conto della complessità relativa a talune prestazioni (si pensi alla posa in opera di impiantistica ferroviaria), ha ritenuto di prevedere la possibilità di introdurre requisiti ulteriori, a richiesta delle stazioni appaltanti, rispetto a quelli ordinari contemplati dal codice (cfr. art. 214 comma 3 e relativa relazione illustrativa).

4. Progettazione (cenni)

Altra novità interessante del codice è la norma dell'art. 94 che prevede espressamente l'estensione dei livelli di progettazione individuati per i lavori pubblici anche alle forniture, demandando al regolamento previsto dall'art. 3 una concreta attuazione di tale previsione.

5. Le esclusioni codificate (Cenni)

E' opportuno un breve cenno a due delle c.d. esclusioni previste dall'articolato normativo del Codice operanti nell'ambito delle forniture.

- Esclusioni riguardanti il materiale bellico e la sicurezza nazionale (artt. 16 e 17)

Le esclusioni previste dagli artt. 16 e 17 del Codice afferiscono, pur sotto diversi profili, agli appalti propri nel settore della Difesa; più precisamente si tratta di tipologie di contratti pubblici escluse totalmente o parzialmente dalla disciplina degli appalti perchè riguardanti la particolare materia della sicurezza nazionale.

Le disposizioni mirano chiaramente a tutelare gli interessi essenziali della sicurezza dello Stato: si tratta di tutte quelle attività che riguardano la protezione dei singoli Stati membri dove il diritto comunitario trova naturalmente dei limiti di applicazione in forza della prevalenza, su questi temi, della sovranità territoriale delle singole nazioni.

- Contratti relativi a particolari settori liberalizzati (artt. 22, 23, 24, 25)

Gli articoli 22, 23, 24 e 25 prendono atto della liberalizzazione avvenuta in particolari contesti prevedendo l'esclusione dall'applicazione del Codice dei settori interessati (telecomunicazioni, autotrasporto, rivendita o locazione a terzi e acquisto di acqua, fornitura di energia e combustibili destinati alla produzione di energia) e, quindi, per quanto specificamente interessa delle relative forniture.

- Affidamenti senza pubblicazione del bando

Pur non riguardando la particolare categoria delle esclusioni, va evidenziato che il Codice riproduce le medesime previsioni che consentono affidamenti diretti, senza pubblicazione del bando di gara, e che riguardavano sia le forniture speciali che ordinarie: si tratta, con le dovute distinzioni delle regole relative alle c.d. forniture complementari ovvero alle particolarità tecniche e artistiche che rendono superfluo, previa adeguata motivazione, il confronto concorrenziale (cfr. art. 57).

5.1. Il meccanismo di esenzione ex art. 30 Dir. 17/04/CE

Nell'ambito delle forniture, ma con rilevanza generale, mette conto evidenziare la disposizione contemplata dall'art. 30 della Direttiva 17/04/CE e recepita nel Codice all'art. 219 che, per la prima volta, introduce una procedura generalizzata di esenzione dalle procedure di evidenza pubblica per tutte le attività di pubblica utilità che siano esposte alla concorrenza[15].

Si tratta di una procedura generalizzata: come anticipato il criterio è stato infatti ripreso da specifiche disposizioni riguardanti singoli ambiti[16]; successivamente, in sede di redazione delle nuove direttive si è quindi deciso di procedere all'estensione generalizzata di tale procedura. Il progetto di Codice recepisce pedissequamente l'*acquis comunitaire*.

E' importante notare che la *ratio* specifica di tale previsione appare costituita dal due specifiche esigenze: da un lato quella di assicurare la certezza del diritto agli enti interessati, dall'altra quella di provvedere ad una rapida applicazione uniforme del diritto comunitario di settore in tutti e 25 gli Stati Membri[17].

Del pari, merita attenta considerazione la circostanza che il legislatore comunitario si preoccupi di evidenziare come tale procedura di esenzione si debba basare su criteri oggettivi (*id est* criteri tendenzialmente uniformi e non su apprezzamenti soggettivi) tra cui gli indici presuntivi dell'attuazione della legislazione (comunitaria) di settore nonché la reale apertura alla concorrenza.

Fin dall'inizio dell'entrata in vigore di tale disposizione[18] gli interpreti si sono interrogati sulla portata applicativa della disposizione in commento, considerato che in taluni settori di attività dei settori di pubblica utilità contemplati dalla direttiva non solo erano state recepite le direttive di settore sulla

liberalizzazione ma in molti Stati membri l'attuazione delle stesse aveva già di fatto aperto alla concorrenza di operatori privati, accanto agli storici operatori pubblici nel frattempo parzialmente o totalmente privatizzati, il mercato di riferimento, da considerarsi quindi direttamente contendibile[19].

La circostanza che occorresse però perimetrare con sufficiente previsione quale degli effettivi ambiti fosse considerato ormai liberalizzato ha di fatto posticipato le notificazioni alla Commissione al recepimento dell'intera direttiva; questo anche perché se da un lato la procedura sembra comunque riferirsi agli ambiti nazionali (o subnazionali) di operatività, dall'altra occorresse considerare gli effetti transnazionali di tali decisioni.

Tanto per esemplificare gli effetti operativi dell'istituto ci si è infatti chiesti se, in alcuni settori (si pensi alla fornitura di energia elettrica ovvero al trasporto ferroviario), una volta individuati i distinti ambiti di operatività, occorresse comunque attendere l'apertura anche in altri mercati per rendere applicabile il principio di uniformità applicativa voluto dal legislatore comunitario.

E così nel settore energetico ci si è ad esempio domandati se l'attività di costruzione delle centrali elettriche (appalti di lavori in senso stretto) potesse considerarsi aperta alla concorrenza come riflesso della liberalizzazione del settore, ed anche in specifico riferimento ad ambiti transnazionali (si pensi all'operatore del settore considerato liberalizzato nel Paese membro di residenza che volesse prescindere dalle procedure di evidenza pubblica anche in un altro Stato membro; o ancora alle imprese di trasporto ferroviario di merci ed alle conseguenti forniture di materiale rotabile per le imprese ferroviarie).

In estrema sintesi, e con svolta epocale, si potrebbe osservare che l'esigenza di controllo della spesa pubblica, da un lato, e di promozione della concorrenza, dall'altro (le quali rappresentano per inciso - le linee guida della legislazione nazionale sugli appalti), si spostano dall'osservanza pedissequa - e sanzionabile - di procedure di evidenza pubblica alla regolazione antitrust di settore, più dinamica e attenta alle logiche di mercato in cui, ai sensi dell'art. 295 del Trattato, si muovono soggetti pubblici e privati.

In altri termini per i settori liberalizzati si passa da un controllo formale per atti (procedure di gara) ad un controllo di merito (regolazione antitrust e vigilanza di settore) sulla gestione nella realizzazione di beni e servizi pubblici: l'indicatore di liberalizzazione, relativamente all'apertura dei mercati di riferimento, è quindi rappresentato dalle direttive di settore che permettono, attraverso la procedura citata, di asseverare l'apertura del mercato.

Si tratta di una disposizione molto importante per la quale appare opportuno mitigare i possibili rischi nei singoli Stati membri precisando, fin da subito, i contorni del mercato geografico (locale, regionale, ecc.), avuto riguardo all'applicazione del principio di reciprocità degli altri Stati membri; questo anche per evitare un possibile "cherry picking" in alcuni Stati ad opera di imprese operanti in altri mercati domestici talvolta non pienamente contendibili.

Un corretto approccio costituisce altresì un'opportunità per le imprese pubbliche, chiamate a confrontarsi alla pari delle omologhe realtà presenti negli altri Stati membri. Se, viceversa, all'interno del mercato comune il *regulatory framework* si appalesasse variegato, ad esempio applicando in modo non uniforme le procedure di evidenza pubblica all'interno del mercato unico, si rischierebbe di avere un settore degli appalti non omotachico, in quanto ancorato a diverse velocità derivanti dai diversi regimi di regolazione.

Da ultimo, se correttamente promossa dal legislatore/regolatore, si tratta di un'opportunità per gli stessi concorrenti alle gare di appalto che potranno sviluppare sinergie con gli operatori dei settori liberalizzati, ferma restando l'applicazione delle regole di evidenza pubblica negli ambiti non sottratti ai monopoli naturali dei sistemi a rete.

In tale ottica assumono un aspetto centrale nell'opera di enforcement della legislazione sia le autorità di settore che la nuova Autorità di Vigilanza per gli appalti, chiamate entrambe ad una funzione di garanzia e supporto dei mercati (grandi imprese e PMI). Sotto tale profilo una possibile indicazione, al fine di migliorare la concorrenza nel settore degli appalti può essere la via della concertazione con gli *stakeholders* interessati evidenziata anche nel parere del Consiglio di Stato sul Codice degli appalti secondo cui: "*il rapporto tra consultazione e qualità della regolazione è sottolineato anche, a livello comunitario, dal Protocollo n. 7 al Trattato di Amsterdam, in quanto una regolamentazione negoziata e concordata ha maggiori probabilità di essere accettata e quindi applicata*" [20].

6. Conclusione: centralità delle forniture nel Mercato Unico

Volendo concludere giova evidenziare che le forniture costituiscono, rispetto ai lavori, un ambito di

estremo interesse per le indicazioni comunitarie in tema di concorrenza. Solo in Italia infatti se il PIL percentuale di tutti gli appalti incide per il 12%, il mercato aggregato di servizi, forniture e somministrazioni ammonta a circa il 5% del totale.

In tale ottica occorre ricordare, come già osservato[21], che il settore delle forniture e delle somministrazioni è l'unico che storicamente è sempre stato caratterizzato da una notevolissima presenza di produttori stranieri, nonostante alcune resistenze, in taluni ambiti, dei c.d. campioni nazionali. In tale contesto, non può che apprezzarsi l'effetto dei processi produttivi globalizzati per i quali l'Unione Europea, nonostante alcune resistenze, si è sempre dimostrata radicale nella direzione di un mercato equamente contendibile, o, in altri termini, verso la ricerca di una "concorrenza sostenibile".

* Il presente contributo costituisce una rielaborazione dell'intervento tenuto al Convegno organizzato da Economist Conferences a Roma presso l'Unioncamere il 20 e 21 marzo 2006.

[1] Gli articoli citati nel testo si riferiscono allo schema di decreto legislativo approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri del 23 marzo 2006.

[2] Il limite e il pericolo delle classificazioni trascende l'ambito giuridico ed è noto fin dall'evoluzionismo darwiniano: a titolo esemplificativo si rammenta il curioso dibattito ottocentesco tra scienziati, durato molti anni, riguardo la classificazione dell'ornitorinco nelle tradizionali categorie scientifiche (mammiferi, ovipari). Questo animale infatti allatta i piccoli, ma nondimeno fa le uova, ha un becco come quello di un'anatra, ma non è un volatile ecc.. Alla fine si stabilì, introducendo una nuova categoria e superando quindi i rigidi schemi classificatori, che l'ornitorinco appartiene alla classe dei mammiferi e alla sottoclasse dei monotremi, per la precisione gli "ornitorinchidi". Cfr. U. ECO, *Kant e l'ornitorinco*, Bompiani, 1997).

[3] Nel complesso si tratta quindi di una definizione più ampia, ripresa dalle precedenti direttive degli anni '90, e che era del tutto assente nelle direttive originarie degli anni '70.

[4] Vedi meglio *infra* al par. 2.2.. Per una completa ricostruzione cfr. R. GAROFOLI M.A. SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Giuffrè 2005 p. 35 ss..

[5] Volendo richiamare una distinzione evidenziata dalla dottrina (R. GAROFOLI M.A. SANDULLI *cit.*, p. 38) tra la posa e l'installazione la prima sembrerebbe riconducibile ai beni destinati ad essere collocati stabilmente in un immobile mentre la seconda attiene alla collocazione o al montaggio di apparecchi non aventi di per sé e in via assoluta diretta connessione con beni immobili.

[6] La legittimazione di presidi di *know how* interno alle amministrazioni pubbliche è rappresentata dal principio comunitario della c.d. libertà di autoproduzione da parte dei soggetti pubblici (cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, SU http://www.astrid-online.it/Outsourcin/Patroni-Griffi_Le-nozioni-comunitari.pdf), soprattutto ove le forniture contengano una *expertise* particolarmente sensibile. Il c.d. *in house providing*, soprattutto nei settori speciali, costituisce una derivata di tale fenomeno e nella nuova versione del Codice sembrerebbe essere rafforzato. Per una disamina dell'istituto cfr. R. MANGANI, *Guida pratica agli appalti pubblici di lavori*, Sole 24 Ore, 2005..

[7] Lacuna poi colmata, solo parzialmente e per altri fini, dalla L. 192/98 sulla subfornitura,

[8] In un senso analogo anche la giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato VI, 342/90) secondo cui: "*per forniture pubbliche devono intendersi quei contratti variamente denominati, che servono a rifornire l'amministrazione di cose mobili secondo i suoi particolari e ricorrenti bisogni, anche in rapporto alle modalità di adattamento e di messa in opera, sia che riguardino cose già esistenti, sia che riguardino cose da costruire dello stesso fornitore; in difetto dei caratteri di continuità e periodicità (che differenziano il contratto di fornitura da quello di appalto, avvicinandolo, invece a quello di somministrazione), nonchè di commisurazione al fabbisogno, l'espressione può sottendere, anzichè una fattispecie riconducibile alla somministrazione, una fattispecie, riconducibile, a seconda dei casi, alla compravendita o all'appalto di opere.*"

[9]Stabilisce l' art. comma 5, L. 771/41 che "*qualunque sia il valore delle materie, merci o prodotti impiegati nella lavorazione, si considerano vendite a fini tributari i contratti con i quali una ditta si obbliga di cose che costituiscono oggetto della sua ordinaria produzione*". Cfr. R. GAROFOLI M.A. SANDULLI cit. p. 38 in nota.

[10] A. NOBILE, *Gli appalti pubblici nei settori speciali*, I.P.Z.S. 2001, p. 8

[11] REALFONZO GALTIERI DEL CASTILLO, *Appalti pubblici di forniture*, Sole 24 ore, 2 ed., 2004, p 58 e ss..

[12] In ambito giurisprudenziale si vedano in particolare, TAR Friuli Venezia Giulia 857/96 secondo cui "il giudizio di prevalenza del costo tra il materiale e l'installazione costituisce un criterio residuale, che soccorre qualora la qualificazione dell'opera sia dubbia" e TAR Veneto n. 233/98 sulla qualificazione della manutenzione ordinaria delle aree a verde come servizio e non come lavoro.

[13] Cfr. Atto di regolazione del 31 gennaio 2001 n. 5, determinazioni del 22 maggio 2001 n. 12 e 13 marzo 03 n. 7 nonché 10 dicembre 2003 n. 22 tutte richiamate da REALFONZO GALTIERI DEL CASTILLO, *cit.*, p. 58 e ss.

[14] REALFONZO GALTIERI DEL CASTILLO, *op. cit.*, precisa trattarsi "*di una subvalenza funzionale della componente più consistente sul piano economico*").

[15] In questi termini si esprimono i considerando introduttivi n. 40 e 41 della direttiva:

"(40) La presente direttiva non dovrebbe essere applicata agli appalti destinati a permettere la prestazione di una delle attività di cui agli articoli da 3 a 7 della presente direttiva, né ai concorsi di progettazione organizzati per esercitare tali attività se, nello Stato membro in cui tale attività è esercitata, essa è direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili. È dunque opportuno introdurre una procedura, applicabile a tutti i settori di cui alla presente direttiva, che permetta di prendere in considerazione gli effetti di una apertura alla concorrenza attuale o futura. Tale procedura dovrebbe offrire certezza del diritto agli enti interessati e un adeguato procedimento di formazione delle decisioni, assicurando in tempi brevi un'applicazione uniforme del diritto comunitario in materia.

(41) L'esposizione diretta alla concorrenza dovrebbe essere valutata in base a criteri oggettivi, tenendo conto delle caratteristiche specifiche del settore interessato. L'attuazione e l'applicazione della pertinente legislazione comunitaria, che apre l'accesso a un determinato settore o parte di esso, saranno ritenute motivi sufficienti per presumere che vi sia libero accesso al mercato in questione. Tale legislazione pertinente dovrebbe essere specificata in un allegato che la Commissione potrà aggiornare. Nel farlo, la Commissione terrà conto in particolare della possibile adozione di misure che comportino una reale apertura alla concorrenza di settori diversi da quelli per i quali una legislazione è già menzionata nell'allegato XI, ad esempio quella per il settore dei trasporti ferroviari. Se dall'attuazione della pertinente legislazione comunitaria non consegue il libero accesso a un determinato mercato, occorre dimostrare che tale accesso è libero di fatto e di diritto. A tal fine l'applicazione da parte di uno Stato membro di una direttiva, quale la direttiva 94/22/CE che liberalizza un determinato settore, a un altro settore come quello del carbone, è una circostanza di cui tenere conto ai fini dell'articolo 30."

[16] Si veda la precedente direttiva 93/38/CEE che già contemplava una distinzione tra settori relativi alla coltivazione degli idrocarburi ovvero i riferimenti al settore delle telecomunicazioni.

[17] Questi principi possono anche essere considerati un vero corollario della direttiva: infatti, accanto alle esigenze di semplificazione e modernizzazione, non v'è dubbio che in un contesto comunitario allargato il legislatore comunitario voglia anche perseguire obiettivi di certezza dell'*acquis comunitarie* nonché una rapida ed efficiente forza cogente delle direttive.

[18] Per espressa previsione dell'art. 71 della Direttiva 17/04/CE l'art. 30 è infatti considerato applicabile fin dal 30 aprile 2004, non essendo quindi necessaria un'espressa forma di recepimento da parte degli Stati membri. Semmai, unica limitazione ricavabile, solo il disposto del quinto paragrafo è suscettibile di formale recepimento atteso che demanda al legislatore nazionale l'adozione di un provvedimento espresso che consenta agli enti aggiudicatori di poter notificare direttamente alla Commissione la notizia che il proprio settore di attività è da considerarsi esposto alla concorrenza.

[19] Un chiarimento in relazione ai mercati geografici è poi intervenuto con la decisione della Commissione del 7 gennaio 2005 (in GUCE serie L 11 gennaio 2005).

[20] Cfr. Ad. Sez. Atti Normativi 355/06 del 6 febbraio 2006.

[21] REALFONZO GALTIERI DEL CASTILLO, *op. cit.*

(pubblicato l'11.4.2006)

