

Alla Total E&P ITALIA S.p.A.

AG 38/2011

04/04/2012

Oggetto: richiesta di parere ai sensi del Regolamento interno sulla istruttoria dei quesiti giuridici - Total E&P Italia S.p.A. - Disciplina applicabile ad un concessionario operante nei settori speciali della prospezione ed estrazione del petrolio e del gas, in caso di realizzazione di interventi rientranti nella Legge Obiettivo e a seguito del provvedimento assunto dalla Commissione europea con decisione 2011/372 del 24 giugno 2011.

In esito a quanto richiesto dalla Total E&P Italia S.p.A., con nota acquisita al protocollo dell'Autorità n. 104640, in data 19 ottobre 2011, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 4 aprile 2012 ha approvato le seguenti considerazioni.

Nello specifico, l'istante Total E&P Italia S.p.A. ha rappresentato di svolgere attività per lo sviluppo di un progetto (denominato "Progetto Tempa Rossa") che ha ad oggetto lo sfruttamento di una concessione per la coltivazione e la produzione di idrocarburi, liquidi e gassosi, in alcuni territori della Basilicata. Tale progetto integra un intervento che rientra nel novero degli "Insediamenti produttivi strategici e delle infrastrutture strategiche private di preminente interesse nazionale", di cui al "Programma delle infrastrutture pubbliche e degli insediamenti produttivi aventi carattere strategico e di preminente interesse nazionale", approvato, ai sensi della l. n. 443/2001 (c.d. Legge Obiettivo), con deliberazione CIPE n. 121 del 21 dicembre 2001. In merito, l'istante ha altresì precisato che lo sfruttamento di detta concessione presuppone la realizzazione di una serie di opere, il cui progetto preliminare è stato oggetto di approvazione ai sensi dell'art. 165 del D.Lgs. n. 163/2006 da parte del CIPE nel dicembre 2007 e il cui progetto definitivo è attualmente in corso di approvazione.

Al fine della realizzazione di tali opere, Total E&P Italia S.p.A. - in qualità di soggetto titolare di diritti speciali o esclusivi operante nel settore speciale della prospezione ed estrazione di petrolio e gas - ha bandito nel corso degli anni diverse procedure di gara, ai sensi degli artt. 206 ss del Codice dei contratti pubblici. Recentemente, tuttavia, è intervenuta una decisione della Commissione europea che - con riguardo alla prospezione di petrolio e gas naturale e alla produzione di petrolio - ha stabilito l'esenzione dalle procedure di cui alla Direttiva 2004/17/CE degli appalti attribuiti da enti aggiudicatori e destinati a permettere la prestazione dei suddetti servizi in Italia (Commissione, Decisione 2011/372 del 24 giugno 2011).

Alla luce di detta esenzione - sottolinea l'istante - sorge il dubbio sulla normativa applicabile al caso concreto: si osserva, infatti, che (per quanto di interesse nella fattispecie) il Codice dei contratti pubblici contiene disposizioni che costituiscono diretto recepimento della Direttiva 2004/17/CE, ma altresì disposizioni della Legge Obiettivo, applicabili quanto meno *pro parte* nei confronti di Total E&P Italia S.p.A., sulla base del fatto che - come già precisato - le opere suddette rientrano nel novero degli "Insediamenti produttivi strategici e delle infrastrutture strategiche private di preminente interesse nazionale"

Premesso quanto esposto, con riguardo alla realizzazione delle suddette opere strategiche, il soggetto istante domanda, innanzitutto, di acclarare quali disposizioni del Codice risultino applicabili in esito alla citata Decisione assunta dalla Commissione europea; inoltre, chiede di stabilire con ragionevole certezza quali principi e regole di "qualificazione pubblica" possano, in via facoltativa, o debbano, in via imperativa, permanere a carico dei partecipanti ai procedimenti di selezione indetti dalla Total E&P Italia S.p.A. secondo le regole del diritto privato in vista della realizzazione delle opere in questione, alla luce della circostanza per cui le stesse - seppure non più soggette alle regole dell'evidenza pubblica, sono comunque connotate da profili di rilevanza pubblica, in quanto collocate nel novero delle cc.dd. infrastrutture strategiche.

Con maggiore precisione di analisi, domanda l'ente istante: a) quali norme della Parte II, Titolo III, capo IV ("Lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi") del Codice siano attualmente applicabili alle attività di realizzazione delle opere funzionali al progetto cd Tempa Rossa; b) quali siano, in particolare, le norme applicabili in tema di requisiti connessi alla normativa "antimafia"; c) quale debba essere il *modus operandi* del soggetto istante, nelle more della sottoscrizione con la competente

Prefettura del c.d. protocollo di legalità, rispetto alla sottoscrizione dei contratti di appalto, strumentali alla realizzazione delle opere che si collocano al di fuori del perimetro del progetto in corso di approvazione da parte del CIPE; d) se - nell'ambito dei procedimenti di selezione "privatistici" che Total E&P Italia S.p.A. intende indire ad esito dell'esenzione - l'ente istante possa continuare a richiedere, ai propri potenziali interlocutori contrattuali, mediante produzione di estratti dal casellario giudiziale, prova che non vi siano state condanne rispetto a reati di natura e gravità tali da poter pregiudicare il rapporto di fiducia che deve connotare Total E&P Italia S.p.A. rispetto agli affidatari delle commesse strumentali alla realizzazione delle opere strategiche; e) se le regole di cui al Codice dei contratti pubblici debbano trovare attuazione con riguardo a quei contratti sottoscritti prima dell'esenzione, ma che siano attualmente ancora in corso di esecuzione.

Ritenuta la questione particolarmente rilevante dal punto di vista giuridico, acquisito il parere favorevole del Presidente, è stato avviato il procedimento ex art. 4 del Regolamento sulla istruttoria dei quesiti giuridici, dandone contestuale notizia all'Istante con nota del 20 dicembre 2011, prot. n. 126069.

Al fine di rendere il parere richiesto dalla Total E&P Italia S.p.A. appare opportuno delineare, preliminarmente, i profili giuridici qualificanti la complessa fattispecie sottoposta a questa Autorità. Il precipuo oggetto dell'analisi deve essere ravvisato nello sfruttamento da parte della società istante della concessione "Gorgoglione" (di seguito per brevità la Concessione) per la coltivazione e la produzione di idrocarburi liquidi e gassosi, oggetto del c.d. "Progetto Tempa Rossa" che - come precisato dall'Istante - è un intervento rientrante nel novero degli "Insediamenti produttivi strategici e delle infrastrutture strategiche private di preminente interesse nazionale" di cui al "Programma delle infrastrutture pubbliche e degli insediamenti produttivi aventi carattere strategico e di preminente interesse nazionale", approvato (con deliberazione CIPE n. 121 del 21 dicembre 2001 - Allegato 4 - Interventi nel comparto energetico) ai sensi della legge n. 443/2001, c.d. Legge Obiettivo. Ai fini dello sfruttamento della Concessione è necessaria la realizzazione di opere e/o lavori da parte della Total E&P Italia S.p.A., soggetto titolare di diritti speciali o esclusivi operante nei settori speciali della prospezione ed estrazione del petrolio (art. 212 del D.Lgs. n. 163/2006), per cui si chiede, in via principale, di individuare quali siano le disposizioni del Codice dei contratti pubblici applicabili alle procedure di appalto a terzi o affidamento a contraente generale che l'Istante dovrà porre in essere per realizzare dette opere e/o lavori, stante l'intervenuta Decisione, con la quale la Commissione Europea ha stabilito l'esenzione dalle procedure di cui alla direttiva Direttiva 2004/17/CE degli "appalti attribuiti da enti aggiudicatori e destinati a permettere la prestazione dei seguenti servizi in Italia: a) prospezione di petrolio e gas naturale e b) produzione di petrolio" (Commissione, Decisione 2011/372 del 24 giugno 2011).

La risposta al quesito in oggetto presuppone l'approfondimento sia della natura giuridica soggettiva di Total E&P Italia S.p.A., sia del fine per cui gli appalti a terzi o l'affidamento a contraente generale sono aggiudicati nell'ambito dello sfruttamento della Concessione di cui trattasi.

Sotto il profilo soggettivo si deve rilevare che Total E&P Italia S.p.A. rientra sia nella definizione di "ente aggiudicatore", ai fini dell'applicazione delle disposizioni di cui alla Parte III del Codice, sub specie di soggetto che, non essendo amministrazione aggiudicatrice o impresa pubblica, annovera tra le sue attività una o più attività tra quelle di cui agli articoli da 208 a 213 e opera in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi dall'autorità competente (combinato disposto degli artt. 3, comma 29 e 207 del D.Lgs. n. 163/2006); sia nella definizione di "soggetto aggiudicatore" di cui all'art. 3, comma 32 del D.Lgs. n. 163/2006, ai soli fini della Parte II, Titolo III, Capo IV (Lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi), *sub specie* di ente aggiudicatore di cui al comma 29 del medesimo art. 3, del Codice dei contratti pubblici, cui il comma 32 medesimo rinvia.

Nello specifico, Total E&P Italia S.p.A. appare indubbiamente come ente aggiudicatore, in quanto soggetto operante nel settore speciale della prospezione ed estrazione del petrolio e del gas. A tal riguardo, si constata che l'oggetto sociale ricavato dallo Statuto della TOTAL E&P Italia S.p.A. prevede che "La società ha per oggetto l'esercizio di attività di ricerca, esplorazione e coltivazione dei giacimenti di idrocarburi, in tutte le sue forme, e di qualsiasi altra risorsa mineraria presente sul territorio nazionale e/o sulle piattaforme continentali prospicienti, nonché l'ottenimento di qualsivoglia permesso, autorizzazione, concessione o licenza utile o necessaria ai sensi di legge per lo svolgimento delle suddette attività; la lavorazione, la trasformazione, lo stoccaggio, il

trasporto, la distribuzione ed il commercio, con ogni mezzo ed in tutti i paesi, di materiali e prodotti grezzi o finiti di qualsiasi natura; lo svolgimento ed erogazione di qualsiasi attività e servizio di carattere industriale o commerciale concernente, in modo diretto o indiretto, la creazione o produzione di energia; il compimento, in forma sia individuale che associata, di qualsiasi operazione di natura amministrativa, finanziaria, industriale o commerciale, immobiliare o mobiliare, compresa la costituzione di società o l'acquisizione di interessenze o partecipazioni in altre società, sia esistenti sia costituenti, che risulteranno necessarie o utili per il conseguimento degli scopi sociali. E' fatto espresso divieto di svolgere direttamente o indirettamente attività finanziarie rivolte al pubblico riservate a soggetti autorizzati ai sensi del decreto legislativo n. 385/1993".

Analogamente, si consideri che la previsione del Progetto Tempa Rossa nel novero degli "Insedimenti produttivi strategici e delle infrastrutture strategiche private di preminente interesse nazionale" di cui al "Programma delle infrastrutture pubbliche e degli insediamenti produttivi aventi carattere strategico e di preminente interesse nazionale", approvato con deliberazione CIPE n. 121 del 21 dicembre 2001 - Allegato 4 - Interventi nel comparto energetico - conferisce a Total E&P Italia S.p.A. la qualità di soggetto aggiudicatore ai sensi della disciplina sulle infrastrutture strategiche e gli investimenti produttivi.

Total E&P Italia S.p.A. assomma, dunque, in sé una duplice natura: da un lato, quella di ente aggiudicatore, sulla base della categoria residuale di cui all'art. 207, comma 1, lett. b) del D.Lgs. n. 163/2006, secondo cui - con i limiti e le condizioni previsti dal Codice - sono tenuti all'applicazione della disciplina dei settori speciali quei soggetti "che non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle di cui agli articoli da 208 a 213 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente", delineata - con finalità descrittiva - dall'art. 3, comma 29, secondo cui "Gli «enti aggiudicatori» al fine dell'applicazione delle disposizioni delle parti I, III, IV e V comprendono le amministrazioni aggiudicatrici, le imprese pubbliche, e i soggetti che, non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente secondo le norme vigenti"; da un altro lato, quella di soggetto aggiudicatore, ai sensi della disciplina derivante dalla l. n. 443/2001, c.d. Legge Obiettivo, attualmente recepita dal Codice dei contratti pubblici nella Parte II, Titolo III, capo IV, artt. 161 ss., ("Lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi") e definita - con finalità descrittiva all'art. 3, comma 32, del D.Lgs. n. 163/2006, ai sensi della quale "I «soggetti aggiudicatori», ai soli fini della parte II, titolo III, capo IV (lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi), comprendono le amministrazioni aggiudicatrici di cui al comma 25, gli enti aggiudicatori di cui al comma 29 nonché i diversi soggetti pubblici o privati assegnatari dei fondi, di cui al citato capo IV".

L'individuazione della duplice identità soggettiva del soggetto istante assume rilievo, in quanto l'appartenenza alla prima categoria assoggetta gli enti aggiudicatori all'osservanza della disciplina degli appalti nei settori speciali, laddove ne ricorrano i presupposti oggettivi (art. 207, D.Lgs. n. 163/2006), mentre l'appartenenza alla diversa categoria di soggetto aggiudicatore, così come sopra identificato, implica che il richiedente osservi la disciplina degli appalti pubblici, così come delineata per le infrastrutture strategiche (art. 161 e ss. D.Lgs. n. 163/2006). Emerge dunque la necessità di individuare con precisione l'ambito oggettivo della fattispecie richiamata.

Al riguardo si ricorda che l'attività di cui è parola, rientrando nell'ambito del "Progetto Tempa Rossa", ha ad oggetto lo sfruttamento della concessione "Gorgoglione" per la coltivazione e la produzione di idrocarburi liquidi e gassosi nei territori dei Comuni di Corleto Perticara e Guardia Perticara (Basilicata). Tale progetto è, come si è detto, un intervento rientrante nel novero degli insediamenti produttivi strategici e delle infrastrutture strategiche private di preminente interesse nazionale, approvato con deliberazione CIPE n. 121 del 21 dicembre 2001 (allegato 4 - Interventi nel comparto energetico), ai sensi della L. n. 443/2001 (c.d. Legge Obiettivo). In merito, si osserva che il Codice prende in considerazione la specifica singolarità dei progetti di cui è parola nella fattispecie in esame mediante una disposizione ad hoc, la quale prevede che "Relativamente alle infrastrutture strategiche per l'approvvigionamento energetico gli enti aggiudicatori di cui all'articolo 207 applicano le disposizioni di cui alla parte III" (art. 179, comma 7 del D.Lgs. n. 163/2006). Tale norma detta, in sostanza, la precipua disciplina applicabile al caso in esame, ove si sovrappongono - almeno parzialmente - le qualità soggettive di ente aggiudicatore operante nei settori speciali e di soggetto aggiudicatore delle infrastrutture strategiche, nel caso in cui le infrastrutture siano riferibili al settore energetico.

Relativamente all'ambito oggettivo, occorre evidenziare che la Decisione di esecuzione della Commissione europea del 24 giugno 2011 (pubblicata in G.U.C.E. 25 giugno 2011), ha disposto che la direttiva 2004/17/CE non si applica agli appalti attribuiti da enti aggiudicatori e destinati a permettere la prestazione dei seguenti servizi in Italia: a) prospezione di petrolio e gas naturale; b) produzione di petrolio, in base alla considerazione che tali servizi in Italia rispettano la condizione, fissata dall'art. 30, par. 1, direttiva 2004/17/CE, dell'"esposizione diretta alla concorrenza". Conseguentemente, sono esentati esclusivamente gli appalti affidati dall'ente aggiudicatore strumentali allo svolgimento delle attività di produzione di petrolio e di prospezione di petrolio e gas naturale e l'esenzione di cui trattasi non si estende all'attività di estrazione di petrolio, contemplata dall'art. 212 del D.Lgs. n. 163/2006.

Da tutto quanto sopra discende che, ai sensi dell'art. 217 del Codice dei contratti pubblici, applicabile alla richiedente Total E&P Italia S.p.A. in quanto "*ente aggiudicatore*" (ex artt. 3, comma 29 e 207 D.Lgs. n. 163/2006) operante nei settori speciali di cui all'art. 212 del Codice medesimo, la Parte III del Codice non si applica all'Istante medesima per l'affidamento di lavori strumentali alle attività esentate dalla Commissione Europea, ancorché in precedenza indicate nell'art. 212 del Codice (produzione e prospezione del petrolio). Inoltre, si deve ritenere che, in virtù del rinvio operato dall'art. 179, comma 7 del D.Lgs. n. 163/2006 alla Parte III del Codice, l'effetto esimente della Decisione della Commissione non possa che estendersi a tutti i lavori e le opere, ivi compresi quelli previsti ai sensi della disciplina delle infrastrutture strategiche, purché - anche essi - strumentali e direttamente funzionali alle attività espressamente esentate. Di contro, si deve ritenere che le disposizioni della Parte III del Codice continueranno ad applicarsi alle procedure di affidamento di lavori, strumentali alle attività di estrazione del petrolio che la società potrà eventualmente in essere, in quanto non esentate dalla citata decisione della Commissione.

Per maggiore chiarezza espositiva appare opportuno soffermarsi sulla corretta interpretazione del suddetto comma 7 dell'art. 179 del Codice, secondo il quale "relativamente alle infrastrutture strategiche per l'approvvigionamento energetico gli enti aggiudicatori di cui all'art. 207 applicano le disposizioni di cui alla parte III". Tale rinvio alle disposizioni di cui alla Parte III si giustifica in considerazione del fatto che, come è noto, per espressa previsione normativa la disciplina del Codice dei contratti pubblici relativa ai c.d. settori speciali (Parte III del D.Lgs. n. 163/2006) si applica ai soggetti indicati dall'art. 207 del D.Lgs. n. 163/2006 (c.d. enti aggiudicatori) che svolgono una delle attività di cui agli artt. da 208 a 213 del Codice medesimo, ove sia ravvisabile un rapporto di strumentalità tra l'oggetto dell'appalto e l'esercizio delle attività istituzionali dell'Ente aggiudicatore assoggettate alla disciplina dei settori speciali. Nel caso di "Insediamenti produttivi e infrastrutture private strategiche per l'approvvigionamento energetico" - come quello oggetto della fattispecie in esame - ricorrono tutte le suddette condizioni. Il soggetto che realizza l'infrastruttura è un ente aggiudicatore (nella specie Total E&P Italia S.p.A.), l'attività svolta dal soggetto aggiudicatore è prevista dall'art. 212 del Codice (prospezione ed estrazione del petrolio) e l'opera (infrastruttura strategica per l'approvvigionamento energetico) è strumentale all'esercizio delle attività istituzionali dell'ente aggiudicatore. Ne discende che, se il rapporto di strumentalità dell'infrastruttura strategica privata sussiste rispetto ad un'attività che successivamente viene esentata per decisione della Commissione Europea (prospezione e produzione del petrolio), il rinvio contenuto nel citato art. 179 del D.Lgs. n. 163/2006 alle disposizioni della Parte III produce l'effetto di esentare l'ente aggiudicatore dall'applicazione di dette disposizioni alle procedure di affidamento di lavori che riguardano l'infrastruttura stessa, che soggiacciono, pertanto, alle sole regole di diritto privato. Se, invece, l'infrastruttura strategica privata è strumentale allo svolgimento di un'attività non esentata (estrazione del petrolio) allora alle procedure di affidamento dei lavori ad essa relativi continueranno ad applicarsi le disposizioni della Parte III del Codice dei contratti pubblici. Si evidenzia, in questo caso, la necessità di una interpretazione comunitariamente orientata della disciplina. Una diversa interpretazione dell'art. 179, comma 7 del D.Lgs. n. 163/2006, intesa quale rinvio fisso (*rectius* "statico") alla disciplina della Parte III del Codice, sarebbe infatti manifestamente in contrasto con il diritto comunitario in quanto pregiudicherebbe l'effetto utile del provvedimento di esenzione adottato dalla Commissione europea, si ribadisce, con esclusivo riguardo alle attività di prospezione e produzione del petrolio.

Si ritiene, peraltro, che nell'ambito dei procedimenti di selezione "privatistici", che la Total E&P Italia S.p.A. potrà in essere per l'affidamento di appalti di lavori relativi all'infrastruttura strategica privata strumentali ad attività esentate (prospezione e produzione del petrolio), il soggetto procedente, anche se opera secondo le regole del

diritto privato, abbia la facoltà di richiedere ai propri potenziali interlocutori contrattuali il possesso di requisiti di natura morale tali da non pregiudicare il rapporto di fiducia in via di instaurazione, anche in analogia con quanto previsto dalla normativa pubblicistica. Fermo restando che, viceversa, in caso di appalti di lavori relativi all'infrastruttura medesima strumentali ad attività non esentate (estrazione del petrolio), continuerà a trovare piena applicazione la Parte III del Codice e, quindi, anche l'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 ai sensi dell'art. 206 del Codice stesso, compresi i requisiti connessi alla normativa antimafia.

Discorso a parte merita, invece, il caso di affidamento a contraente generale. Al riguardo si evidenzia che l'art. 176, comma 8 del Codice, stabilisce che "L'affidamento a contraente generale, nonché gli affidamenti e subaffidamenti di lavori del contraente generale, sono soggetti alle verifiche antimafia, con le modalità previste per i lavori pubblici". Con tale disposizione, il legislatore ha chiaramente inteso estendere le norme relative alle verifiche antimafia previste per i lavori pubblici a tutti gli affidamenti a contraente generale disposti dai soggetti aggiudicatori di lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi (categoria a cui appartiene anche l'istante, per quanto sopra chiarito), nonché agli affidamenti e subaffidamenti di lavori del contraente generale; questi ultimi, peraltro, sono indubitabilmente rapporti di diritto privato a cui non si applica il Codice (art. 176, comma 6 del D.Lgs. n. 163/2006). Si tratta, dunque, di una norma imperativa di ordine pubblico, che aggiunge un'ulteriore ipotesi di verifica antimafia a quelle già previste dalla specifica normativa nazionale di settore in tema di contratti pubblici (D.P.R. n. 252/1998 e D.Lgs. n. 490/1994, transitoriamente applicabili nelle more dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 159/2011, c.d. Codice delle leggi antimafia), la cui *ratio* prescinde dalla natura pubblicistica o privatistica del contratto oggetto di affidamento. Si ritiene, pertanto, che tale disposizione continui ad applicarsi a Total E&P Italia S.p.A. anche in caso di affidamenti a contraente generale (nonché agli affidamenti e subaffidamenti di lavori del contraente generale) che siano strumentali ad attività esentate dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici. Né tale interpretazione appare suscettibile di rendere la norma nazionale in questione in contrasto con il diritto comunitario, atteso che l'esenzione dall'applicazione delle direttive risponde ad una *ratio* del tutto diversa, che è quella di rendere non più necessaria la disciplina contenuta nelle norme europee in materia di procedure di appalto qualora una determinata attività afferente ai settori speciali risulti ormai direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili.

Resta, infine, da esaminare il quesito che investe l'applicabilità del Codice dei contratti pubblici ai contratti di appalto sottoscritti prima dell'esenzione, che siano attualmente ancora in corso di esecuzione. A tal riguardo, si evidenzia che il provvedimento di esenzione dalla Direttiva 2004/17/CE, assunto dalla Commissione europea con decisione 2011/372 del 24 giugno 2011 e indirizzato alla Repubblica italiana, si limita a stabilire che "La direttiva 2004/17/CE non si applica agli appalti attribuiti da enti aggiudicatori e destinati a permettere la prestazione dei seguenti servizi in Italia: a) prospezione di petrolio e gas naturale; e b) produzione di petrolio", senza fornire alcuna indicazione allo Stato membro sugli effetti di detta decisione in ordine ai contratti sottoscritti in data anteriore al provvedimento medesimo e ancora in corso di esecuzione.

Nel silenzio dello *ius superveniens* di fonte comunitaria si ritiene che la questione della determinazione della disciplina giuridica da applicare alla fattispecie in esame possa essere risolta alla luce del principio generale del *tempus regit actum*, che trova il suo riconoscimento nell'ordinamento nazionale tramite l'art. 11 delle Preleggi, secondo il quale la legge dispone solamente per l'avvenire e non ha effetto retroattivo, a garanzia della certezza del diritto. In virtù di tale disposizione, in assenza di una disciplina transitoria, ogni atto deve trovare il proprio regime giuridico di riferimento nella disciplina normativa in vigore nel tempo in cui è stato posto in essere.

Conseguentemente, all'esecuzione dei contratti di appalto stipulati da Total E&P Italia S.p.A. in data anteriore al citato provvedimento di esenzione della Commissione europea ed ancora in corso di esecuzione, e, in particolare, al contenuto e alle modalità delle reciproche obbligazioni delle parti, trova applicazione la disciplina del Codice dei contratti pubblici vigente al momento della loro stipula. Nè tale interpretazione appare idonea a ledere il principio del primato del diritto comunitario o a pregiudicare l'effetto utile del suddetto provvedimento di esenzione, atteso che l'esenzione disposta dalla Commissione riguarda propriamente le disposizioni della direttiva 2004/17/CE, che attengono alle procedure di affidamento degli appalti nei settori speciali, e non investono la fase esecutiva dei contratti afferenti a detti settori, che ben possono, pertanto, continuare ad essere disciplinati dalla normativa nazionale di settore senza perciò stesso porsi in contrasto con specifiche disposizioni del diritto comunitario.

