

“Verso un Codice unico degli appalti”

Luigi Fiorentino

Pubblicato in “ASTRID – Rassegna” n. 23 del 2006

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’antecedente storico. Le due direttive comunitarie (n. 17 e n. 18/2004): obiettivi e principi. – 3. La Legge delega ed il lavoro della Commissione: aspetti generali. – 4. Il Codice degli appalti. La struttura. – 4.1. Profili generali. – 4.2. Le principali innovazioni. – 4.3. Alcune definizioni. – 4.4. Strumenti negoziali ed organizzativi. – 4.5. Profili organizzativi. – 4.6. Alcune figure contrattuali. – 4.7. Altre disposizioni. – 4.8. Criteri ambientali e sociali. – 5. Conclusioni. Un codice per introdurre più concorrenza nel settore degli appalti pubblici.

1. Premessa

La presente relazione costituisce una prima analisi dello schema di Codice degli appalti (d’ora in avanti semplicemente codice degli appalti) - recentemente approvato dal Consiglio dei Ministri - mettendo in risalto il forte impatto che esso andrà ad esercitare sulla normativa vigente e sulla attività degli operatori del settore.

A questo fine, la relazione è divisa in due parti. In una prima parte si illustreranno sinteticamente i principi e gli obiettivi generali delle due direttive comunitarie, la 18 e la 17/2004¹; la seconda sarà diretta a mettere in luce i profili generali del Codice attraverso un’analisi degli istituti giuridici e degli strumenti organizzativi di maggiore novità di cui l’opera di codificazione ha disposto il recepimento.

Oggetto di un breve approfondimento saranno anche, quale anello intermedio e ponte-temporale tra le due parti descritte, la legge delega n. 62/2005 e l’istituzione presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri di un’apposita Commissione tecnica, deputata alla concreta elaborazione del testo di recepimento delle due direttive comunitarie.

Il richiamo è infatti strumentale all’introduzione del nucleo centrale dell’intervento, ossia all’analisi del nuovo Codice degli appalti.

Nella parte finale ci si interroga sul significato delle innovazioni introdotte ed in particolare del loro impatto sulla concorrenza.

¹ Si tratta, rispettivamente, della direttiva n. 2004/18/CE del 31 marzo 2004, relativa al «Coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi» (settori «classici» o «ordinari»), e della direttiva n. 2004/17/CE del 31 marzo 2004, in materia di «Coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali» (settori «speciali» o «esclusi», *rectius* «ex esclusi»). La direttiva n. 18/2004 procede, come noto, all’accorpamento ed alla semplificazione all’interno di un testo unico di 84 articoli (contro i 117 della normativa previgente) della frammentata disciplina in materia di appalti pubblici di forniture, di lavori e di servizi (delineata, rispettivamente, dalle direttive: 93/36/CEE per gli appalti di forniture, come modificata dalla Direttiva 97/52/CE; 93/37/CEE per gli appalti di lavori e 92/50/CEE per gli appalti di servizi, anch’essa modificata dalla Direttiva 97/52/CE) nei settori ordinari, ossia tutti tranne i settori “speciali” disciplinati dalla direttiva n. 17/2004 (gas, energia termica ed elettrica, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica, con l’attuale esclusione del settore delle telecomunicazioni) e quelli eccettuati da entrambe le direttive, come ad esempio gli appalti secretati. A riguardo la dottrina parla di un vero e proprio «codice europeo degli appalti», strutturato in modo da seguire l’ordine logico di una procedura di aggiudicazione e da costituire una sorta di *vademecum* per tutte le fasi del procedimento. Tra i contributi sulle nuove direttive cfr. AA. VV., *Le nuove direttive europee degli appalti pubblici*, a cura di L. Fiorentino e C. Lacava, in *Giorn. dir. amm., Quaderni*, n. 9, Milano, 2004; 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. Per un’analisi dei principi generali delle due direttive si rinvia ad A. NOBILE, *Le nuove direttive: i principi generali*, in *Le nuove direttive europee degli appalti pubblici*, op. cit., pp. 17-20; R. RONIGER – F. NEUMAYR – H. HEMMELRATH, *Public procurement 004/2005: The legal framework and practice keeps developing*, in *Global Competition Review, The European Antitrust Review 2006, Special Report*, p. 57 ss. In materia di appalti pubblici v., per tutti, A. CIANFLONE-G. GIOVANNINI, *L’appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003.

2. L'antecedente storico. Le due direttive comunitarie (n. 17 e n. 18/2004): obiettivi e principi

Volendo individuare, nelle linee più generali, i principi attorno ai quali il legislatore comunitario ha costruito il «pacchetto UE» in materia di appalti pubblici, si deve innanzitutto ricordare che le due richiamate direttive comunitarie, giunte alla fine di un ampio dibattito², si pongono (nell'ottica di garantire il pieno funzionamento di un mercato unico aperto e in libera concorrenza)³ tre obiettivi centrali, largamente ripresi, come si vedrà, dal nuovo Codice degli appalti:

1) semplificare e rafforzare la disciplina vigente in materia di appalti pubblici (talvolta troppo dettagliata e complessa), al fine di rendere il mercato degli appalti più efficiente, integrato e globalmente competitivo⁴;

2) modernizzare la normativa e le procedure applicate, in modo da consentire il più largo impiego delle nuove tecnologie dell'informazione e delle telecomunicazioni anche nel settore degli appalti pubblici (*e-procurement*) e da creare nel settore un vero e proprio mercato elettronico di livello europeo⁵.

² A partire dal Libro Verde sugli appalti pubblici nell'Unione europea, adottato dalla Commissione europea il 27 novembre 1996 e seguito l'11 marzo 1998 da una Comunicazione, si è infatti dato avvio ad un ciclo di riflessioni e di riforme sulla normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, nel corso del quale è stata riconosciuta l'esigenza di procedere ad un'opera di generale semplificazione e riorganizzazione sistematica della disciplina vigente, indebolita da un'eccessiva frammentarietà e disorganicità degli interventi normativi e da una ingiustificabile arretratezza delle procedure di aggiudicazione applicate rispetto alla contemporanea evoluzione tecnologica. I risultati del dibattito sono inizialmente confluiti in due proposte di direttive della Commissione europea: COM (2000)0275, di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, servizi e lavori e COM (2000)0276, di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti degli enti erogatori di acqua, di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto, da cui, con emendamenti, sono scaturiti i testi delle dure direttive n. 18 e n. 17/2004.

³ C. LACAVA, *Introduzione*, in *Le nuove direttive europee degli appalti pubblici*, op. cit., p. 3, richiamando la Relazione 2002 sul funzionamento dei mercati comunitari dei prodotti e dei capitali, COM (2002) 734 def. del 23 dicembre 2002, osserva che gli appalti pubblici rappresentano il 16% del PIL dell'Unione europea, con un valore pari a 1.429 miliardi di euro, costituendo quindi uno dei settori strategici del mercato unico. Sul punto v. anche C.H. BOVIS, *The new public procurement regime in the European Union: a critical analysis of policy, law and jurisprudence*, in *European Law Review*, October 2005, p. 608, secondo il quale «Public procurement in the European Union has been significantly influenced by the internal market project», e ancora «(...) the regulation of public procurement (can be considered) as a necessary ingredient of the fundamental principles of the European Treaties».

⁴ Dalla Comunicazione della Commissione europea del 7 maggio 2003, «Strategia per il mercato interno. Priorità 2003-2006» [COM (2003) 238 def.] emerge, infatti, una scarsa apertura e competitività del settore degli appalti pubblici, riconducibile principalmente a tre cause: 1) l'esistenza di barriere di natura tanto normativa quanto tecnico-strutturale in grado di ostacolare la libera concorrenza tra Paesi membri nel mercato degli appalti pubblici; 2) un parziale ed incompleto recepimento delle direttive sugli appalti pubblici da parte degli Stati membri; 3) l'impatto relativamente debole esercitato da tale politica sul sistema economico complessivo, che si traducono concretamente in una «limitata partecipazione transfrontaliera alle procedure di aggiudicazione dei contratti, in inefficienze dei mercati degli appalti pubblici, in perdite di opportunità commerciali e in costi eccessivi», così C. LACAVA, op. ult. cit., p. 3, alla cui accurata analisi si rinvia. Per una ricostruzione del percorso storico-normativo della *policy* comunitaria in materia di appalti pubblici sia consentito un rinvio anche a L. FIORENTINO, *Conclusioni*, in *Le nuove direttive europee degli appalti pubblici*, op. cit., pp. 147-153. Cfr. anche C.H. BOVIS, *The liberalisation of public procurement and its effect on the common market*, Ashgate – Dartmouth, 1998; J.M. FERNÁNDEZ MARTÍN, *The EC public procurement regime: a critical analysis*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

⁴ V. il 17° Considerando, dir. n. 18/04.

⁵ Il 12° Considerando della direttiva n. 18/04 evidenzia che l'impiego delle tecniche di acquisto elettronico nel settore degli appalti pubblici consente «un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica, in particolare grazie al risparmio di tempo e di denaro derivante dal loro utilizzo». Sul punto v. anche il 13° e il 14° Considerando. Per la piena equiparazione tra i nuovi mezzi elettronici e i tradizionali strumenti di informazione e comunicazione, v. il 35°, nonché il 37° ed il 38° Considerando, dir. n. 18/04. In dottrina, v. C. LACAVA, *Appalti e nuove tecnologie*, in *Le nuove direttive europee degli appalti pubblici*, op. cit., pp. 37-54. Tale processo di modernizzazione, tra l'altro, risponde pienamente al principio enunciato dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante «Modifiche ed integrazioni alla legge 241/90, concernenti norme generali sull'azione amministrativa»⁵, là dove dispone (art. 3-bis, «Uso della telematica») che «per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati». I medesimi principi ispirano anche il Codice dell'amministrazioni digitale di recente adozione, improntato al perseguimento dei tradizionali obiettivi della pubblica amministrazione: efficacia, efficienza, economicità, trasparenza, semplificazione. Alla luce di tale scenario, alcuni autori ritengono che si sia ormai sviluppato un vero e proprio «diritto amministrativo elettronico», così, ad es. C. GIURDANELLA, *Pubblicazione telematica di bandi di gara in procedure di rilievo comunitario*, in *Diritto dell'Internet*, n. 2/2005, p. 177.

3) garantire la massima flessibilità degli strumenti giuridici utilizzati, al fine di agevolare le amministrazioni aggiudicatrici nella gestione degli appalti pubblici⁶.

Nel definire le fondamenta del “pacchetto legislativo” in materia di appalti pubblici, il legislatore comunitario è stato, in particolare, investito del compito di trovare il giusto punto di equilibrio tra l’urgenza di garantire maggiore flessibilità alla stazione appaltante nel rivolgersi al mercato per il pieno soddisfacimento delle proprie esigenze, avvalendosi delle opportunità di dialogo e scambio globale offerte dal ricorso ai più avanzati supporti tecnologici, e il doveroso compito di conformare l’esercizio di tale libertà all’*acquis communautaire*, ossia tanto ai principi della libera circolazione delle merci, di stabilimento e di prestazione dei servizi enunciati nel Trattato UE⁷, quanto a quelli di parità di trattamento (di cui il principio di non discriminazione costituisce una specifica espressione), trasparenza, reciprocità, proporzionalità e (non da ultimo) di concorrenza enucleati nel loro profilo applicativo soprattutto nelle aule dei giudici europei⁸.

I principi richiamati, come poc’anzi osservato, costituiscono peraltro proprio il sostrato assiologico sul quale il legislatore delegato nazionale ha costruito la struttura del nuovo Codice.

Ciò appare evidente in primo luogo dal contenuto della legge delega (legge 18 aprile 2005, n. 62), all’interno del quale il Parlamento italiano, nel fissare i criteri direttivi cui l’Esecutivo è stato chiamato a conformare l’opera di recepimento (art. 25), riproduce nella sostanza gli obiettivi di semplificazione, modernizzazione e flessibilità stabiliti a livello comunitario.

All’esame complessivo della legge delega e dei lavori della Commissione istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri ai fini del recepimento delle direttive nn. 18 e 17/2004 è quindi dedicata la sezione che segue.

3. La Legge delega ed il lavoro della Commissione: aspetti generali

All’obbligo degli Stati membri di dare attuazione alle disposizioni comunitarie entro il 31 gennaio 2006, il nostro legislatore ha risposto in prima battuta - come anticipato poc’anzi - con la legge 18 aprile 2005, n. 62 (“*Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004*”)⁹, con cui il Parlamento ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi volti a definire il quadro normativo di recepimento delle due direttive (cfr. sul punto l’art. 25).

⁶ Sul punto v. R. SCREPANTI – G. PASQUINI, *Le procedure: i nuovi strumenti di flessibilità*, in *Le nuove direttive europee degli appalti pubblici*, op. cit., pp. 73-87.

⁷ Cfr. ad es. il caso 76/1981, *SA Transporoute et travaux v. Minister of public works*, in *New law journal*, 1983, p. 533, nonché il caso 3/1988, *Data processing case, Commissione v. Italia*, 1989.

⁸ A riguardo, il 1° Considerando, dir. n. 18/04, dichiara espressamente che «*la presente direttiva si basa sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia, in particolare sulla giurisprudenza relativa ai criteri di aggiudicazione (...)*». Sul punto v. anche il 2° e il 3° Considerando, l’art. 2, dir. n. 18/04, nonché Corte di Giustizia, ordinanza 3 dicembre 2001, C-59/2000, in *Foro it.*, 2000, IV, p. 67 e circolare del Dipartimento per le politiche comunitarie 29 aprile 2004, in *G.U.*, 12 luglio 2004. Sulle garanzie di pubblicità e trasparenza, v. R. DE NICTOLIS, *Bandi e avvisi, termini e comunicazioni*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, op. cit., p. 479 ss.; ID., *L’accesso agli atti di gara*, *ivi*, p. 521 ss., e, in giurisprudenza, Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, sentenza 5 dicembre 2005, n. 2201. Sul rapporto tra settore degli appalti pubblici e tutela della concorrenza, v. invece G. TACCOGNA, *Criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici e concorrenza, secondo l’interpretazione della Corte di Giustizia*, in *Foro amm.*: T.a.r., n. 10/2004, p. 2801 ss.; J. BERCELLI, *Le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici ed il principio comunitario di concorrenza effettiva*, nota a Corte di Giustizia, 7 ottobre 2004, causa C-247/2002, *ivi*, n. 11/2004, p. 3239 ss. Il ruolo centrale svolto dalla Corte di Giustizia «*in interpreting the public procurement legal framework*», soprattutto alla luce del fatto che «*Arming the public procurement rules with direct effect will enhance access to justice at national level, improve compliance, increase the quality of the regulatory regime and finally streamline the public procurement process across the Common Market by introducing an element of uniformity*», è evidenziato anche da C.H. BOVIS, *The new public procurement regime in the European Union: a critical analysis of policy, law and jurisprudence*, cit., p. 609. L’incidenza diretta dei principi elaborati a livello comunitario, tanto legislativo quanto giurisprudenziale, è evidente anche nelle pronunce dei nostri giudici. A riguardo v., ad esempio, Cons. St., sez. V, sentenze: 18 settembre 2003, n. 5321, con il commento di M. ALESIO, *L’obbligo di informare quale dovere dell’impresa in sede di gara*, in *Il nuovo dir.*, 2005, p. 632 ss.; 19 novembre 2005, n. 6773, ove viene espressamente richiamato l’obbligo di trasparenza con riguardo ai criteri e modalità applicate per la scelta dell’offerta economicamente più vantaggiosa come funzionale al rispetto del principio di parità di trattamento enunciato nella direttiva n. 18/04.

⁹ In *G.U.*, n. 96 del 27 aprile 2005. S.O. n. 76.

A questo scopo è stata quindi istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri una Commissione (di seguito, la Commissione) composta di esperti del settore, deputata alla concreta elaborazione del testo di attuazione¹⁰.

Come dispone l'art. 25 della legge delega, l'opera di recepimento deve essere realizzata, in particolare, attraverso la compilazione di un unico testo normativo conforme ai principi del Trattato UE, che, in un'ottica di semplificazione delle procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione delle normative comunitarie, raccolga la disciplina degli appalti e delle concessioni sia sopra che sotto-soglia comunitaria¹¹.

A tal fine si rende necessario, come espressamente affermato nella delega, un adeguamento della normativa in materia di appalti pubblici ai principi contenuti nella decisione della Corte di Giustizia del 7 ottobre 2004 (C-247/02), secondo cui le direttive nn. 18 e 17/2004 impongono ai legislatori nazionali di rimettere alle amministrazioni aggiudicatrici la scelta, caso per caso, del criterio di aggiudicazione applicabile (prezzo più basso/offerta economicamente più vantaggiosa), con il margine di discrezionalità di volta in volta necessario al perseguimento dei propri obiettivi¹².

A questi principi generali la legge delega aggiunge inoltre il conferimento all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici dei compiti di controllo e garanzia anche nel settore dei servizi e delle forniture, da esercitare in piena indipendenza funzionale e autonomia organizzativa.

La necessità di provvedere all'attuazione interna della disciplina comunitaria ha rappresentato l'occasione per un riassetto organico della normativa in materia di appalti pubblici, realizzato attraverso una penetrante opera di armonizzazione con i principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria.

Il diritto interno degli appalti, alle soglie del recepimento delle direttive n. 17/2004 e n. 18/2004, si presenta infatti estremamente (ed eccessivamente) frammentato.

¹⁰ 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.

¹¹ La legge delega impone l'integrale recepimento delle due direttive, realizzato attraverso: 1) l'accorpamento l'unificazione degli aspetti comuni alle due direttive; 2) la disciplina 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) l'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.

¹² La fissazione con norma nazionale di un unico criterio di aggiudicazione – ha osservato la Corte – impedirebbe infatti alle stesse amministrazioni di individuare il criterio più coerente con le caratteristiche dell'oggetto contrattuale, a scapito di uno dei principi ispiratori della disciplina dettata dalle direttive nn. 17 e 18/04, ossia la tutela e la promozione di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti pubblici. Sulla base di questi presupposti, la Corte di Giustizia ha, nella specie, dichiarato l'art. 21 della legge n. 109/94 contrastante con il principio sancito dall'art. 30, n. 1 della direttiva 93/37/CEE, che coordina la procedure di aggiudicazione in materia di appalti pubblici di lavori, nella parte in cui fissa, per l'aggiudicazione degli appalti mediante pubblico incanto o licitazione privata, il criterio del prezzo più basso come unico parametro di scelta dell'amministrazione aggiudicatrice. La sentenza della Corte è pubblicata in *Foro amm./T.a.r.*, 2004, p. 2424 ss., con note di G.M. DI LIETO, *Criteri di aggiudicazione dei lavori pubblici: riflessioni dalla sentenza della Corte di Giustizia*, e di G. TACCOGNA, *Criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici e concorrenza, secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia*, *ivi*, p. 2801 ss.; in *Giust. Civ.*, 2004, p. 2898 ss., con osservazioni di R. BARATTA. Sul punto, v. inoltre R. DE NICTOLIS, *La Corte CE e l'art. 21, legge Merloni: le amministrazioni aggiudicatrici possono scegliere il criterio di aggiudicazione*, in *Urban. e app.*, 2004, p. 1272 ss.; J. BERCELLI, *Le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici ed il principio comunitario di concorrenza effettiva*, *cit.*, p. 3239. La pronuncia della Corte di Giustizia, giova ricordare, giunge a conclusione del rinvio pregiudiziale promosso dal Tar Lombardia con ordinanza del 26 giugno 2004, n. 997, in *Foro amm./T.a.r.*, 2005, p. 17 ss., con nota di F. SCIAUDONE, *Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici: la tutela della concorrenza e la "nuova" discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici* (da p. 20). E' ormai concetto acquisito, infatti, che la competizione tra imprese possa esplicarsi non solo mediante una politica di riduzione dei prezzi, ma anche attraverso la proposizione di un prodotto di qualità migliore (così F. SCIAUDONE, *Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici: la tutela della concorrenza e la "nuova" discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici*, *op. ult. cit.*, p. 25).

A riguardo si ricordano infatti:

- 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 critiche¹³ e da una cospicua normativa secondaria volta a dare attuazione ed esecuzione alle previsioni della legge-quadro¹⁴;
- 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 sotto-soglia 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 e da successivi interventi settoriali (v. ad esempio il d.P.R. 19 aprile 2005, n. 170, per i lavori del genio militare e l'apposito regolamento adottato per Sismi e Sisde);
- 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.

4. Il Codice degli appalti. La struttura

Passando ora ad analizzare in maniera più dettagliata e specifica il testo del Codice si nota innanzitutto che esso, dal punto di vista strutturale, si presenta suddiviso in cinque 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)¹⁵, ai principi (art. 2), alle definizioni (art. 3), al riparto di competenze tra Stato e Regioni (art. 4)¹⁶, all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (art. 6 e art. 8) e all'Osservatorio (art. 7)¹⁷, al c.d. sportello dei contratti pubblici (art. 9), al responsabile del procedimento (art. 10)¹⁸, 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

¹³ 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*.

¹⁴ 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.

¹⁵ Per gli aspetti non espressamente disciplinati nel Codice, 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.

¹⁶ A questo riguardo, la Commissione ha in diverse occasioni evidenziato la necessità di ripartire le competenze tra Stato e Regioni alla luce del Titolo V della Costituzione, mettendo in luce il rischio di un'attuazione non omogenea tra Regioni del testo delle due direttive. Sul punto v. l'art. 4 del Codice. Sul punto v. anche Corte Cost., 26 gennaio 2004, n. 36, e 29 gennaio 2004, n. 49, in *Giur. it.*, n. 5/2004, p. 1053 ss., con nota di R. CARANTA.

¹⁷ In merito, si è ritenuto necessario ampliare il più possibile l'autonomia organizzativa dell'Autorità, estendendo le sue competenze, in attuazione del diritto comunitario, anche a servizi e forniture. Lo stesso dicasi per l'Osservatorio, il quale, già attivo nel settore dei lavori pubblici, ha visto estendere le proprie competenze anche a servizi e forniture. L'Autorità e l'Osservatorio sono definiti, rispettivamente, dall'art. 3, comma 44 e comma 45.

¹⁸ Anche la figura del responsabile del procedimento, prevista dalla legge n. 109/94 per i lavori, è stata estesa, in ossequio ai principi di cui alla legge n. 241/90, anche a servizi e forniture.

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.)¹⁹.

¹⁹ Come evidenziato nella relazione che accompagna il Codice, l'inserimento della tutela cautelare *ante causam* nei processi in materia di procedure di affidamento è da ricondurre alla condanna inflitta a riguardo all'Italia in sede comunitaria.

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).

Ove è stato possibile (quando avevano identico contenuto) gli allegati alle due direttive sono stati unificati.

4.1. Profili generali

La complessità della normativa descritta permette, quindi, di apprezzare ancora di più il Codice degli appalti²⁰.

Di esso si evidenzieranno dunque in un primo momento gli obiettivi più generali, sottoponendo di seguito, invece, ad un'analisi più puntuale le definizioni, gli istituti e gli strumenti giuridici di maggiore novità.

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 primario²¹ 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 dettaglio²².

Alla medesima logica di semplificazione rispondono pure: la determinazione delle nuove soglie (attraverso la diminuzione del numero delle soglie differenti previste nei tre settori; l'indicazione di tutte le soglie in euro, compatibilmente all'AAP; l'aumento di valore in relazione all'incidenza sul mercato unico)²³ e l'adozione in via generalizzata di un vocabolario e di una nomenclatura comune in materia di appalti (CPV, *Common Procurement Vocabulary*)²⁴.

All'obiettivo del rafforzamento corrispondono invece: le modifiche apportate alla disciplina delle specifiche tecniche (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)²⁵; l'intervento sulla regolamentazione dei criteri di

²⁰ 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" (d.lg. n. 259/03); al "Codice dei beni culturali e del paesaggio" (d.lg. n. 42/04); al "Codice della proprietà industriale" (d.lg. n. 30/05, il quale, allo stadio di schema di decreto legislativo recante il "Codice dei diritti di proprietà industriale", è stato oggetto di un parere del Consiglio di Stato, reso nell'adunanza generale del 25 ottobre 2004 e riportato in *Foro it.*, 2005, III, 209, con note di E. Malfatti e G. Casaburi), 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.

²¹ 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.

²² 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.

²³ 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.

²⁴ 36° Considerando, dir. n. 18/04.

²⁵ 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.*

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")²⁶; 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 Comunità²⁷ e delle caratteristiche sociali ed ambientali, quali criteri alla luce dei quali parametrare la fissazione delle specifiche tecniche e dei criteri di aggiudicazione²⁸.

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 (v. 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)²⁹ e nella presentazione delle offerte e tramite l'introduzione di meccanismi e procedure negoziali come i sistemi dinamici di acquisizione e le aste elettroniche³⁰.

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 e a quelle negoziate, 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

62/2005, a cura di R. Garofoli e M.A. Sandulli, Milano, 2005, p. 269 ss.; R. SCREPANTI, *I criteri di selezione e di aggiudicazione*, in *Le nuove direttive europee degli appalti pubblici*, op. cit., pp. 91-99.

²⁶ 40° Considerando, dir. n. 18/04. In dottrina v., nello specifico, R. DE NICTOLIS, *La selezione dei partecipanti: in particolare, la c.d. «forcella»*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, op. cit., p. 569 ss.

²⁷ 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*, op. cit., p. 575 ss.; R. SCREPANTI, *I criteri di selezione e di aggiudicazione*, op. cit., p. 99-108. 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.

²⁸ . Sul punto cfr. il 5° Considerando, dir. n. 18/04. Ciò costituisce una delle rappresentazioni più significative ed evidenti dell'"assorbimento" nel testo normativo delle direttive delle istanze e dei principi enucleati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale 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 v. 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*, op. cit., p. 663 ss.; M. BALDINATO, *Protezione dell'ambiente e criteri di attribuzione degli appalti pubblici nel diritto comunitario*, in *Contr. Impr./Eur.*, n. 1/2004, p. 478 ss. (in particolare, pp. 488-489), ove l'A. osserva che il rapporto tra appalti pubblici e protezione dell'ambiente implica a sua volta un'attenta analisi del rapporto tra appalti e politiche secondarie, ossia prive di una diretta relazione con le problematiche economiche; B. POGACE, *I criteri ambientali negli appalti pubblici: dalle prime pronunce della Corte di Giustizia alla nuova direttiva 2004/18*, in *Urban. app.*, n. 12/2004, p. 1385 ss.; R. SCREPANTI, *I criteri di selezione e di aggiudicazione*, cit., p. 108-111; B. CARSIN, Conferenza su *Il pacchetto legislativo sugli appalti pubblici*, Roma, 12 dicembre 2003, dattiloscritto.

²⁹ 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, cit.

³⁰ 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. Sul punto, cfr. C.H. BOVIS, *The new public procurement regime in the European Union: a critical analysis of policy, law and jurisprudence*, cit., pp. 616-617. 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'oneri o addirittura di stamparli direttamente, al fine di permettere ai fornitori interessati di ottenere immediatamente tali documenti".

presenteranno le offerte)³¹, 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)³².

4.2. Le principali innovazioni

Il codice degli appalti è davvero complesso. Una lettura veloce e semplicistica rischia di far tralasciare aspetti che solo apparentemente sembrano marginali. Di seguito si illustreranno sinteticamente alcuni profili che sono sicuramente innovativi rispetto al quadro normativo vigente. Dopo un breve richiamo agli articoli 1 e 2 (soltanto per qualche definizione), si esamineranno le principali innovazioni quali: l'accordo quadro, il sistema dinamico di acquisizione, l'asta elettronica, le centrali di committenza, il dialogo competitivo e l'*in – house providing*. Quindi, si illustreranno alcune disposizioni di carattere organizzativo (i nuovi compiti dell'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici, l'Osservatorio, lo sportello dei contratti pubblici ed il responsabile del procedimento), alcune figure contrattuali (contratti misti e contratti di sponsorizzazione) ed alcune ulteriori disposizioni che presentano profili d'interesse e di novità rispetto al quadro normativo vigente (l'accesso agli atti, la qualificazione, i contratti al di sotto della soglia comunitaria, alcuni profili concernenti i criteri di selezione delle offerte, alcuni aspetti concernenti il contenzioso).

4.3. Alcune definizioni

Occorre chiedersi in primo luogo qual è l'ambito oggettivo di applicazione del codice. Esso disciplina i contratti delle stazioni appaltanti, degli enti aggiudicatori e di altri soggetti aggiudicatori aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, prodotti, lavori e opere. Inoltre, riempie una lacuna normativa che ha spesso dato luogo a contenzioso in passato in assenza di una disciplina generale in materia di scelta del socio privato nelle società miste. L'art.1, comma 2, chiarisce che "la scelta del socio privato avviene con procedura di evidenza pubblica che rispettano i principi del Trattato a tutela della concorrenza".

L'art. 2, nell'enunciare i «Principi» generali che ispirano l'opera di recepimento delle due direttive e di contestuale codificazione, indica in maniera particolarmente significativa l'influenza esercitata sull'elaborazione del Codice dai principi enunciati nel Trattato UE e nelle pronunce della Corte di Giustizia.

Il primo comma afferma infatti, in apertura, che l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, nonché dei principi di parità, non discriminazione, trasparenza e pubblicità, secondo le modalità descritte nel Codice.

³¹ 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. Per una descrizione analitica delle ragioni dell'introduzione del dialogo competitivo e delle sue fasi v. C.H. BOVIS, *The new public procurement regime in the European Union: a critical analysis of policy, law and jurisprudence*, cit., pp. 613-615.

³² 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. Sul punto, e con particolare riguardo agli aspetti giurisdizionali, v. il «*Green Paper on PPPs*», ossia il Libro Verde sul partenariato pubblico-privato approvato dalla Commissione europea il 30 aprile 2004, COM (327) def. In dottrina, M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, p. 167 ss.; R. RONIGER – F. NEUMAYR – H. HEMMELRATH, *Public procurement 2004/2005: The legal framework and practice keeps developing*, op. cit., p. 58; C.H. BOVIS, *The new public procurement regime in the European Union: a critical analysis of policy, law and jurisprudence*, cit., pp. 615-616; 627-628; P. KALBE, *Public-Private Partnerships under the Constraint of EC Procurement Rules*, in *Public Procurement Law Review*, n. 6/2006, p. NA176 ss.

Il principio di economicità, in particolare, è subordinato (entro i limiti descritti dalle norme vigenti e dal Codice stesso) ai criteri previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile.

All'art. 2 segue, in ordine non solo topografico, ma anche di importanza, la norma dell'art. 3, il quale, sotto la rubrica «Definizioni», riporta in 51 commi (alcuni dei quali suddivisi a loro volta in paragrafi) il contenuto dei concetti giuridici utilizzati nel Codice, mutuando la terminologia in parte dalle direttive comunitarie e in parte dalle definizioni offerte dalla normativa interna.

Tra queste, in particolare, si segnalano le definizioni di:

1) «appalto di lavori pubblici» (comma 7), in cui, conformemente all'orientamento comunitario, viene fatta ora rientrare non solo l'ipotesi di contratto avente ad oggetto la sola esecuzione di lavori, ma anche l'ipotesi di appalto che ha per oggetto sia la esecuzione che la progettazione di lavori e la c.d. esecuzione con qualsiasi mezzo, circoscritta alla sola figura del contraente generale disciplinata nell'ambito del capo relativo ai lavori che riguardano infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi.

Con il recepimento della nozione comunitaria di appalto di lavori vengono meno, in particolare, le due figure di elaborazione nazionale di appalto "integrato" e appalto "concorso", che confluiscono nell'unitaria e generale nozione offerta dal comma 7, e dunque non più confinate a casi tassativamente previsti;

2) «concessione di servizi» (comma 12), introdotta per la prima volta nel diritto comunitario degli appalti pubblici e da coordinare con l'art. 30 del Codice che ne prevede una disciplina minima.

Nella specie, come precisato da dottrina e giurisprudenza, le concessioni di servizi, pur presentando le medesime caratteristiche di un appalto di servizi, si differenziano da quest'ultimo non solo per le modalità di remunerazione (non un prezzo, ma essenzialmente il diritto di gestire il servizio), ma anche per il destinatario dei servizi, che nell'appalto è l'amministrazione aggiudicatrice, mentre nella concessione è la collettività.

Sul punto, l'art. 30 del Codice ribadisce l'inapplicabilità delle disposizioni in materia di appalti pubblici alle concessioni di servizi, salve alcune deroghe. Con riguardo alle concessioni di servizi, infatti, fermo restando il rispetto dei principi del Trattato UE e dei principi generali di trasparenza, pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, è prevista quale modalità di scelta del concessionario lo svolgimento di una preventiva gara informale con almeno cinque concorrenti e con predeterminazione dei criteri selettivi. Ciò secondo quanto recentemente affermato dalla Corte di Giustizia (13 ottobre 2005, C- 324/1998) in merito all'esigenza di una adeguata pubblicità e alla non compatibilità con il diritto comunitario dell'attribuzione di concessione di servizi senza gara.

Alle concessioni di servizi si applicano, altresì, le disposizioni della parte IV del Codice in materia di contenzioso e, in quanto compatibile, l'art.143, comma 7, in materia di concessioni di lavori pubblici.

Con riguardo a queste ultime, in particolare, il regime introdotto dal Codice rappresenta una novità assoluta. Come dispone in via generale l'art. 142, comma 3, infatti, «Alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, si applicano, salvo deroghe puntuali previste nel presente capo, le disposizioni del presente codice».

4.4. Strumenti negoziali ed organizzativi

Tra gli strumenti negoziali e organizzativi di primaria importanza introdotti dal Codice, è invece opportuno soffermarsi sull'istituto de:

1) L'«accordo quadro», il quale, disciplinato nei contenuti dall'art. 59 del Codice, è definito dall'art. 3, comma 13, come l'accordo, concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più

operatori economici, il cui scopo è di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste³³.

I vantaggi principali connessi all'impiego di tale figura – che secondo alcuni trae origine dalla prassi commerciale internazionale (*framework agreements*), secondo altri rappresenta invece una nuova tipologia di contratto costruita sulla falsariga di figure negoziali preesistenti negli ordinamenti interni di alcuni Stati membri³⁴ – consistono, come noto, nella possibilità per le imprese di poter realizzare una produzione programmata in funzione delle vendite, vantaggiosa specie nell'ambito di transazioni commerciali di particolare rilevanza economica e, per gli enti aggiudicatari, di prevedere e determinare in anticipo i costi dei programmi di investimento, con notevoli vantaggi sia in termini organizzativi che finanziari.³⁵

A riguardo si ricorda che la figura dell'accordo quadro era in passato prevista soltanto per i settori speciali. Oggi, invece, l'istituto trova un'applicazione estesa e generalizzata, con l'unica particolarità che, rispetto alla direttiva n. 93/38 e ora alla direttiva n. 17/04, con riguardo ai settori "classici" per la stipula dell'accordo-quadro, vige l'obbligo di ricorrere alla previa gara, mentre nei settori speciali il confronto concorrenziale nella fase preventiva è prevista come condizione solo per l'affidamento con procedura negoziata senza bando a favore dei soggetti firmatari dell'accordo.

Per il resto (procedure, durata massima di quattro anni, possibilità di concluderlo tanto con uno quanto con più operatori economici) la disciplina, nel passaggio dalle direttive al Codice, resta sostanzialmente immutata.

Rispetto alla direttiva n. 18/04, il Codice si limita ad aggiungere, in caso di appalti basati su accordi-quadro conclusi con più operatori economici senza un nuovo confronto competitivo, l'obbligo di indicare l'ordine di priorità (privilegiando il criterio della rotazione) per la scelta dell'operatore economico cui affidare il singolo appalto.

Per gli appalti di lavori, l'accordo quadro viene recepito limitatamente a lavori standardizzati e ripetitivi, come la manutenzione e il restauro (l'individuazione di ipotesi ulteriori è rimessa al regolamento).

Nell'ottica pro-concorrenziale che ispira il Codice nel suo complesso, l'art. 59, comma 10, afferma poi, espressamente, che «*Le stazioni appaltanti non possono ricorrere agli accordi quadro in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza*»³⁶.

2) Il «sistema dinamico di acquisizione», definito dall'art. 3, comma 14, come il processo di acquisizione interamente elettronico, per acquisti di uso corrente, le cui caratteristiche generalmente disponibili sul mercato soddisfano le esigenze di una stazione appaltante, limitato nel tempo ed aperto per tutta la sua durata a qualsivoglia operatore economico che soddisfi i criteri di selezione e che abbia presentato un'offerta indicativa conforme al capitolato d'oneri³⁷.

Superando le iniziali incertezze del legislatore europeo che, nella normativa antecedente all'entrata in vigore delle due direttive, manifestava ancora una certa diffidenza verso l'uso degli strumenti elettronici in sostituzione dei mezzi ordinari di espletamento delle procedure di appalto, l'impiego delle nuove tecnologie quale strumento di gara per l'aggiudicazione degli

³³ R. SCREPANTI – G. PASQUINI, *Le procedure: i nuovi strumenti di flessibilità*, op. cit., pp. 81-87; R. CARANTA, *Gli accordi quadro*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, op. cit., p. 447 ss.

³⁴ Per la prima interpretazione, G. MORBIDELLI, *L'appalto comunitario nel settore dell'energia*, in *Riv. trim. dir. pubbl. comunit.*, 1993, p. 784, per la seconda, A. NOBILE, *Gli appalti pubblici nei settori speciali*, Roma, 2001, p. 206.

³⁵ Cfr. R. SCREPANTI – G. PASQUINI, *Le procedure: i nuovi strumenti di flessibilità*, op. cit., p. 83.

³⁶ Sul punto, c'è stato chi ha suggerito che in sede di recepimento, dopo la procedura finalizzata alla stipula dell'accordo quadro, fosse prevista la possibilità di effettuare la fase di rilancio competitivo diretta alla stipula dei singoli contratti attraverso l'asta elettronica (per cui si rinvia sub 3), utilizzando la piattaforma tecnologica già approntata da Consip per la realizzazione ed esecuzione delle procedure telematiche di acquisto di cui al d.P.R. n. 101/02.

³⁷ Il riferimento agli acquisti con caratteristiche generalmente disponibili sul mercato è indicativo, osserva G. BARBON, *I sistemi dinamici di acquisizione e le aste elettroniche*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, op. cit., p. 458, dell'esclusione del ricorso a tali sistemi nei casi di acquisto di forniture o servizi di particolar complessità tecnica, come pure per l'acquisto di quelle forniture realizzate secondo specifiche tecniche del committente le cui caratteristiche non sono facilmente rinvenibili sul mercato.

appalti pubblici sembra ora, anche alla luce della previsione codicistica, pienamente accolto e riconosciuto³⁸.

L'importanza dello strumento in chiave di modernizzazione del sistema di gestione ed organizzazione degli appalti emerge dalla stessa direttiva n. 18/04 – che ha svolto un ruolo cardine nella realizzazione di un sistema di *e-procurement* pubblico – la quale, al 12° Considerando, evidenzia che «(...) tali tecniche consentono un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica, in particolare grazie al risparmio di tempo e di danaro derivante dal loro utilizzo».

Gli stessi principi ispirano quindi l'introduzione dell'istituto nel nuovo Codice, il quale, con l'art. 60, disciplina il sistema dinamico di acquisto secondo le medesime modalità previste dall'art. 33 della direttiva n. 18/04, precisando che «Le stazioni appaltanti possono ricorrere a sistemi dinamici di acquisizione, in modo da non ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza e senza porre contributi di carattere amministrativo a carico degli operatori economici interessati o dei partecipanti al sistema»³⁹.

In questo modo si introduce a livello interno l'apparato normativo attraverso cui procedere alla costruzione di modalità innovative per l'acquisto di beni e servizi da parte delle amministrazioni pubbliche che, senza oneri aggiuntivi e per tutto il periodo che va dalla pubblicazione del bando all'acquisto finale, sono tenute a consentire a qualunque operatore di essere ammesso al sistema mediante la presentazione di un'offerta indicativa.

Immediata conseguenza di ciò è, come evidente, una grande flessibilità nell'incontro tra domanda ed offerta in un contesto di costante confronto competitivo⁴⁰.

3) L'«asta elettronica» (comma 15), che rappresenta un processo per fasi successive basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi prezzi, modificati al ribasso, e/o di nuovi valori riguardanti taluni elementi delle offerte che interviene dopo una prima valutazione completa delle offerte, permettendo che la loro classificazione possa essere effettuata sulla base di un trattamento automatico (gli appalti di servizi e di lavori che hanno per oggetto prestazioni intellettuali, come la progettazione di lavori, non possono quindi essere oggetto di aste elettroniche)⁴¹.

Come evidenziato dalla relazione all'art. 85 (articolo in cui è disciplinato l'istituto) predisposta dalla Commissione di esperti, la circostanza che il Codice inserisca, al pari del legislatore comunitario, la disciplina delle aste elettroniche nella parte relativa all'aggiudicazione dell'appalto e non in quella relativa alle procedure di gara (aperte, ristrette o negoziate previo bando), è in sé indicativa del fatto che tale strumento non si configuri come una procedura a sé stante, ma come una fase di negoziazione telematica che può precedere l'aggiudicazione dell'appalto.

Inoltre, diversamente dal d.P.R. n. 101/2002 nel quale il ricorso alle procedure telematiche di acquisto deve essere deliberato e motivato di volta in volta dall'amministrazione interessata, costituendo una procedura autonoma ed alternativa alla procedura tradizionale, nelle direttive e nel Codice l'asta elettronica costituisce strumento usuale di aggiudicazione di procedure aperte, ristrette o negoziate con bando.

³⁸ V., sul punto, G. BARBON, *I sistemi dinamici di acquisizione e le aste elettroniche*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, op. cit., pp. 452-453. Come osserva l'Autore (p. 457), a differenza delle aste elettroniche, tuttavia, la disciplina dei sistemi dinamici di acquisizione non deriva interamente da esperienze comuni e diffuse, ma dalla spinta di singoli Stati membri, i quali hanno manifestato l'esigenza di poter disporre di un sistema elettronico «aperto», cioè accessibile in qualunque momento per l'intero periodo di attività di esso. Sul punto si rinvia anche a C. LACAVA, *Appalti*, op. cit., p. 51.

³⁹ Così il comma 1. Cfr. anche, a riguardo, il comma 14.

⁴⁰ In merito all'introduzione del sistema dinamico di acquisizione è stato proposto, alla luce dell'esperienza maturata, di prevedere espressamente nel Codice Consip quale gestore «a tutto campo» del sistema dinamico di acquisto per le pubbliche amministrazioni. La soluzione, tuttavia, non è stata accolta nella versione finale del Codice.

⁴¹ La nozione di «asta elettronica», ricordiamo, è stata codificata e definita per la prima volta dalla direttiva n. 18/04, pur trovando applicazione in vari Stati membri già da diverso tempo (in Italia era espressamente disciplinata già nel d.P.R. 4 aprile 2002, n. 101). L'asta elettronica, così come regolata nella direttiva e poi accolta nel Codice, si presenta peraltro strutturalmente diversa dalla gara telematica prevista dal d.P.R. n. 101/02, potendosi inserire in una delle procedure tradizionali (aperta, ristretta o negoziata) quale mera tecnica di svolgimento della gara. A riguardo, G. BARBON, *I sistemi dinamici di acquisizione e le aste elettroniche*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, op. cit., p. 451 ss.; ID., *Le aste elettroniche*, ibi, p. 761 ss.; C. LACAVA, *Appalti e nuove tecnologie*, op. cit., pp. 45-54.

L'unica condizione stabilita dal diritto comunitario per il ricorso all'asta elettronica è recepita dal nostro legislatore è che le specifiche dell'appalto possano essere stabilite in maniera precisa e che le offerte corrispondenti siano suscettibili di valutazione automatica da parte del mezzo elettronico⁴².

4) La «centrale di committenza» (comma 34) è un'amministrazione aggiudicatrice che: a) acquista forniture e/o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori, o, b) aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori⁴³.

Sul punto vale la pena ricordare che l'inserimento di specifiche disposizioni normative sulle centrali di committenza nelle direttive in materia di appalti e, di seguito, nel Codice appena approvato, è il risultato dell'attenzione via via crescente che Unione europea e Stati membri hanno iniziato a manifestare a partire dagli anni novanta nei confronti dei modelli di gestione delle amministrazioni pubbliche. Essi, infatti, incidendo sull'attività contrattuale attraverso interventi di razionalizzazione organizzativa e di semplificazione procedurale, consentono di ridurre i costi di gestione.

La centrale d'acquisti ha dunque trovato ampia applicazione da parte degli Stati membri soprattutto in un'ottica di una razionalizzazione della spesa pubblica.

Sul punto, in maniera significativa, il 15° Considerando della Direttiva n. 18/04 prende espressamente atto del fatto che le tecniche di centralizzazione della committenza pubblica «consentono, dato il volume degli acquisti, un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica»⁴⁴.

Nell'esperienza italiana, il pensiero va dunque, *in primis*, a Consip (società istituita con l'art. 26 della legge n. 488/99) cui, com'è noto, il legislatore ha conferito il compito di stipulare le convenzioni-quadro di beni e servizi per le pubbliche amministrazioni.

Consip, in quanto centrale di acquisto per l'approvvigionamento di beni e servizi per le pubbliche amministrazioni, rientra infatti senza dubbio nella definizione di «centrale di committenza» fornita dall'art. 3, comma 34, del Codice.

Per questa ragione, nella fase delle consultazioni preliminari anche la nozione di «centrale di committenza» (così come il sistema dinamico di acquisizione) è stato oggetto di attenta valutazione⁴⁵.

In linea generale, si deve riconoscere che l'accoglimento di una soluzione organizzativa come le centrali di committenza consente di coniugare – e di ciò dobbiamo riconoscere il merito alla Commissione europea, che già a partire nell'ottobre del 2001, dopo le iniziali proposte delle direttive (che non contenevano alcun riferimento all'istituto), proponeva l'inserimento di una disposizione specifica sul punto – le esigenze di razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica – ormai ineludibile, anche a causa delle dimensioni europee dell'attuale estensione

⁴² Tanto nel diritto comunitario quanto nel Codice, inoltre, i requisiti di partecipazione alla procedura di gara, ivi compresa la fase di asta elettronica, sono stabiliti volta per volta dal bando di gara e quindi valutati dalla amministrazione aggiudicatrice, non essendo prevista la modalità di abilitazione preliminare valida fino a 24 mesi di cui all'art. 9 del d.P.R. n. 101/2002. Ancora, nelle direttive, il ricorso all'asta elettronica è ammissibile anche nell'ambito di procedure finalizzate all'affidamento di lavori, mentre il d.P.R. n. 101/2002 limita la possibilità di ricorrere a procedure telematiche di acquisto agli approvvigionamenti di beni e servizi. Infine, mentre alla procedura di asta elettronica delineata dalle direttive appare connaturata la progressiva rinegoziazione delle offerte attraverso la tecnica dei rilanci (definiti come presentazione di nuovi prezzi e/o nuovi valori rispetto ad un primo set di offerte ritenute - automaticamente dal sistema, ovvero dalla stessa amministrazione aggiudicatrice pur sempre attraverso valutazioni vincolate – ammissibili, nonché conformi ai criteri di aggiudicazione stabiliti dal bando ed alla relativa ponderazione), non altrettanto può dirsi della gara telematica di cui al d.P.R. n. 101/2002, rispetto alla quale la tecnica dei rilanci non è in alcun modo definita. Ciò considerato, si ritiene che il Regolamento n. 101/2002, almeno per ciò che concerne la regolamentazione degli acquisti di valore superiore alla soglia di rilievo comunitario, sia destinato ad essere abrogato.

⁴³ A riguardo, v. L. FIORENTINO, *Le centrali di committenza*, in *Le nuove direttive europee degli appalti pubblici*, op. cit., pp. 63-70; R. CARANTA, *Le centrali di committenza*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, op. cit., p. 231 ss.

⁴⁴ Cfr. anche il 16° Considerando, l'art. 1, comma 10, e l'art. 11 della direttiva «classica», nonché il 23° e il 24° Considerando, insieme agli artt. 1, comma 8, e 29 della direttiva «settori».

⁴⁵ Il Codice, valutando la possibile istituzione di centrali di acquisto anche a livello regionale, non menziona esplicitamente Consip nelle disposizioni di recepimento, al fine di fugare il rischio di una «codificazione» del modello da essa rappresentato per le amministrazioni statali.

strutturale e organizzativa delle amministrazioni pubbliche – a quella – anch’esse assolutamente indifferibili alla luce del Trattato UE – di un’apertura effettiva alla concorrenza.

5) Il «dialogo competitivo» (comma 39) è una vera e propria procedura nella quale la stazione appaltante, in caso di appalti particolarmente complessi, qualora ritenga che la procedura aperta o ristretta non consentano l’aggiudicazione dell’appalto (da qui il carattere eccezionale del dialogo), avvia un dialogo con i candidati ammessi al fine di elaborare una o più soluzioni idonee a soddisfare le sue necessità (non determinabili con precisione a priori) e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte.

Attraverso il dialogo competitivo l’amministrazione pubblica può quindi disporre dell’offerta che soddisfa nel modo migliore le sue necessità, definendo, attraverso il confronto con le imprese che partecipano alla gara, i contenuti del capitolato tecnico relativo ad appalti di particolare complessità (v. il settore della sanità e le opere infrastrutturali rilevanti)⁴⁶.

Il ricorso al dialogo competitivo (disciplinato dall’art. 58 del Codice) si rivela particolarmente utile là dove la stazione appaltante non è oggettivamente in grado di definire i mezzi tecnici necessari a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi, ovvero non è oggettivamente in grado di specificare l’impostazione giuridica e/o finanziaria di un progetto.

L’unico criterio per l’aggiudicazione dell’appalto pubblico è, comunque, quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Tra le novità introdotte in sede di recepimento⁴⁷ si annoverano, in particolare:

a) l’introduzione di una definizione di appalti “particolarmente complessi”, ossia di quegli appalti per i quali la stazione appaltante non dispone, a causa di fattori oggettivi ad essa non imputabili, di studi in merito alla identificazione e quantificazione dei propri bisogni o all’individuazione dei mezzi strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni, alle caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie degli stessi e all’analisi dello stato di fatto e di diritto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche, nonché sulle componenti di sostenibilità ambientale, socio-economiche, amministrative e tecniche;

b) la previsione dell’obbligo di fornire specifica motivazione circa l’effettiva sussistenza di tali elementi da parte della stazione appaltante, la quale, durante la fase di dialogo, dovrà in ogni caso garantire la parità di trattamento tra tutti i partecipanti, non fornendo, ad esempio, in modo discriminatorio, informazioni che possano favorire alcuni partecipanti rispetto ad altri;

c) di escludere qualunque responsabilità in capo alle amministrazioni aggiudicatrici nell’ipotesi in cui nessuna delle soluzioni proposte soddisfi le proprie necessità o obiettivi. In questo caso esse saranno semplicemente tenute ad informare immediatamente i partecipanti, ai quali non spetta alcun indennizzo o risarcimento;

d) la possibilità per le imprese partecipanti alla procedura di precisare i criteri di valutazione delle offerte in relazione alle particolarità delle soluzioni prospettate;

e) l’introduzione di una disciplina di raccordo con la finanza di progetto, volta a consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere al dialogo competitivo quando nessuna delle proposte corrisponde all’interesse pubblico ai sensi dell’art. 154, con la previsione che i soggetti che hanno presentato le proposte sono ammessi a partecipare al dialogo.

Conformemente ai principi generali che ispirano la disciplina, anche con riferimento al dialogo competitivo il Codice specifica che il ricorso allo strumento non può comunque avvenire in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza⁴⁸.

⁴⁶ V. R. INVERNIZZI, *Il dialogo competitivo e tecnico*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, op. cit., p. 299 ss.; R. SCREPANTI – G. PASQUINI, *Le procedure: i nuovi strumenti di flessibilità*, op. cit., p. 73.

⁴⁷ Il nostro legislatore ha dunque accolto quella che il legislatore comunitario configurava come una semplice facoltà. Secondo il 16° Considerando della dir. n. 18/04, infatti, «Al fine di tener conto delle diversità esistenti negli Stati membri, occorre lasciare a questi ultimi la facoltà di prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere ad accordi quadro, a centrali di committenza, ai sistemi dinamici di acquisizione ad aste elettroniche e al dialogo competitivo, quali sono definiti e disciplinati dalla presente direttiva».

⁴⁸ Sono state espresse riserve ed osservazioni sull’istituto del dialogo competitivo.

A riguardo, è stata evidenziata l’opportunità di recepire lo strumento del dialogo competitivo sia nel campo dei lavori, sia in quello dei servizi. L’esperienza degli appalti internazionali ha dato dimostrazione dell’utilità di questo strumento, impiegato di norma per

Tra le disposizioni inserite nella parte III del Codice particolare interesse riveste l'art. 218, il quale recepisce l'art. 23 della direttiva 2004/17 relativo all'esclusione dell'applicazione della disciplina comunitaria agli affidamenti ad imprese collegate e agli affidamenti nell'ambito di *joint-venture* costituite da soggetti aggiudicatori⁴⁹.

La norma, in particolare, recepisce la figura dell'*"in house providing"*, espressione che, elaborata dalla giurisprudenza comunitaria, è utilizzata ad indicare un modello di organizzazione in cui la pubblica amministrazione provvede ai propri bisogni mediante lo svolgimento di un'attività interna alla stessa⁵⁰.

Come chiarito nella celebre sentenza *Teckal*⁵¹ - che ha fornito un contributo decisivo nell'elaborazione dell'istituto - la mancanza di terzietà e di una relazione intersoggettiva tra la stazione appaltante e il soggetto appaltatore, elimina l'obbligo di indizione di una gara, sottraendo alle procedure di aggiudicazione previste per gli appalti pubblici tutte le fattispecie nelle quali ricorrano contemporaneamente due requisiti: 1) l'esercizio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice di un controllo sul soggetto aggiudicatario *analogo* a quello che essa esercita sui propri servizi; 2) l'esercizio da parte del soggetto aggiudicatario della parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che lo controllano.

Quando il legame tra amministrazione aggiudicatrice e il soggetto affidatario si configura quale rapporto di *delega interorganica*, l'amministrazione aggiudicatrice può, alla luce di una nozione funzionale di rapporto interorganico, ricorrere all'affidamento diretto, in deroga alle disposizioni comunitarie.

La novità principale accolta dal Codice sul tema riguarda, nella specie, l'estensione anche agli appalti di lavori e forniture dell'esenzione dell'affidamento ad imprese collegate e *joint-ventures*, inizialmente limitata agli ai soli appalti di servizi.

4.5. Profili organizzativi

Sotto il profilo organizzativo si segnalano le norme in materia di Autorità di vigilanza, di osservatorio, di sportello dei contratti pubblici e di responsabile del procedimento.

L'Autorità di vigilanza diventa autorità con competenza generale sugli appalti pubblici. Non ha più soltanto, quindi, la vigilanza sui lavori pubblici, ma anche sui servizi e le forniture. L'obiettivo di fondo dell'attività dell'Autorità è garantire la correttezza e la trasparenza delle procedure di scelta del contraente e di economica ed efficiente esecuzione dei contratti, nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara (facendo comunque salve le competenze delle altre Autorità ed in particolare dell'Autorità Garante della Concorrenza e del

appalti di lavori di rilevante importo (500 milioni di dollari), quando l'Amministrazione intende dialogare con le imprese per mettere a punto i profili tecnici, giuridici e finanziari di importanti investimenti in infrastrutture e impianti. Nel recepire tale figura è stata messa a punto una nozione di "appalto particolarmente complesso" comprensiva sia degli aspetti qualitativi che di quelli quantitativi, all'uopo considerando anche l'opportunità di individuare una soglia di valore. E' stato proposto di recepire alcuni profili della procedura internazionali (dopo una prima fase in cui la stazione appaltante, partendo da un documento preliminare che enuncia il quadro delle esigenze dell'opera, richiede a tutti i partecipanti di presentare le proprie soluzioni tecniche, il committente giunge ad individuare una sola soluzione, su cui chiede ai partecipanti al dialogo di fornire un'offerta finale di natura economica e di tempo e aggiudica l'appalto).

⁴⁹ Il 32° Considerando chiarisce che «È opportuno escludere taluni appalti di servizi, forniture e lavori attribuiti a un'impresa collegata la cui attività principale consista nel prestare tali servizi, forniture o lavori al gruppo cui appartiene, invece di offrirli sul mercato»; tale opportunità sussiste anche con riferimento all'ipotesi di affidamento «da un ente aggiudicatore a una *joint-venture*, costituita da più enti aggiudicatori per svolgere attività considerate dalla presente direttiva e di cui essa faccia parte». L'esigenza è, in particolare, di «evitare che tale esclusione provochi distorsioni di concorrenza a beneficio di imprese o *joint-ventures* che sono collegate agli enti aggiudicatori» e pertanto «occorre prevedere un insieme appropriato di norme, segnatamente per quanto riguarda i limiti massimi entro cui le imprese possono ricavare parte della loro cifra d'affari dal mercato e oltre i quali perderebbero la possibilità di vedersi attribuiti appalti senza indizioni di gara, la composizione di tali *joint-ventures* e la stabilità delle relazioni tra queste ultime e gli enti aggiudicatori di cui sono composte».

⁵⁰ Sull'argomento v. F. CARINGELLA, *Affidamento in house*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, op. cit., pp. 231-260; A. NOBILE, *Le nuove direttive: i principi generali*, in *Le nuove direttive europee degli appalti pubblici*, op. cit., pp. 31-33, R. RONIGER – F. NEUMAYR – H. HEMMELRATH, *Public procurement 2004/2005: The legal framework and practice keeps developing*, op. cit., p. 58.

⁵¹ Corte di Giustizia, sez. V, 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal S.r.l. c. Comune di Viano e azienda Gas – Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, in *Racc.*, 1999, pp. I-8121 e in *Urban. e app.*, 2000, p. 227.

Mercato). Tra gli altri compiti dell'Autorità di vigilanza si segnala la predisposizione e l'invio al Parlamento e al Governo di una relazione annuale nella quale si evidenziano le disfunzioni riscontrate nel settore della contrattualistica pubblica.

Nell'ambito della propria attività, l'Autorità di vigilanza può disporre ispezioni ed è tenuta a segnalare alla Corte dei conti e alle altre Autorità competenti eventuali irregolarità anche di carattere penale, ovvero allorché causano un danno al pubblico erario.

L'Osservatorio dei contratti pubblici (articolato in una sezione centrale e in sezioni regionali) ha vari compiti, ma tra essi meritano di essere segnalati quelli relativi alla determinazione annuale dei costi standardizzati per tipo di lavoro e per tipo di servizio e fornitura, in relazione a specifiche aree territoriali. Tali prezzi sono presi in considerazione dalle amministrazioni a fini di orientamento nella rilevazione della congruità.

Le stazioni appaltanti possono istituire uno sportello (che può funzionare anche per via telematica, secondo le regole contenute nel codice dell'amministrazione digitale) dei contratti pubblici al fine di assistere i soggetti che intendono presentare un'offerta.

Il responsabile del procedimento è l'interfaccia delle imprese. Ha compiti importanti sia perché svolge tutti quelli previsti in fase di affidamento, sia perché cura tra l'altro il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo. Nel caso di servizi e forniture, la direzione dell'esecuzione del contratto spetta al responsabile del procedimento, tranne che per i contratti di maggiore importanza (in tal caso sarà il regolamento ad individuare il soggetto responsabile).

4.6. Alcune figure contrattuali

Tra le figure disciplinate meritano di essere segnalati i contratti misti ed i contratti di sponsorizzazione, perché sovente in passato hanno dato luogo a problematiche interpretative ed il legislatore spesso si è allontanato dalla disciplina comunitaria in materia.

Per quanto concerne i contratti misti, l'approccio seguito dal codice, a differenza di quanto avveniva in passato, è qualitativo e non quantitativo. Secondo tale impostazione la qualificazione dell'appalto misto prescinde dal valore economico delle singole prestazioni, valorizzando, invece, l'oggetto principale del contratto. Anche se, utilizzando un criterio dettato dalla legge comunitaria per il 2005 (art. 24), il criterio quantitativo assurge a criterio esegetico per determinare quale sia la prestazione principale e quella accessoria, potendosi comunque discostare quando una delle prestazioni sia meramente accessoria rispetto alle altre.

Per quanto concerne i contratti di sponsorizzazione, il codice estende l'applicazione delle norme già previste in passato dalla legge Merloni per i lavori anche ai servizi e alle forniture. Si applicano, quindi, le sole norme in materia di requisiti soggettivi dei progettisti e degli esecutori del contratto.

4.7. Altre disposizioni

Meritano di essere segnalate alcune disposizioni in materia di idoneità professionale, di qualificazione nonché di norme di garanzia della qualità.

I concorrenti, se cittadini italiani o di altro stato membro residenti in Italia, devono provare la loro iscrizione nel registro della Camera di commercio. Ove, invece, si tratti di cittadino di altro Stato membro non residente in Italia, può essergli richiesto di dimostrare la sua iscrizione, secondo le modalità vigenti nello Stato di residenza.

I soggetti esecutori di lavori pubblici devono essere qualificati, secondo il sistema di qualificazione che sarà definito con il regolamento attuativo del codice.

La capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi potrà essere dimostrata attraverso la presentazione di idonee dichiarazioni bancarie dei bilanci o degli estratti dei bilanci dell'impresa, ovvero di una dichiarazione concernente il fatturato globale dell'impresa e l'importo relativo a forniture o servizi identici a quelli della gara realizzati nell'ultimo triennio.

La capacità tecnica dell'impresa potrà essere dimostrata attraverso dichiarazione attestante alcuni profili curriculari dell'impresa quali, ad esempio, i servizi e le forniture effettuate nell'ultimo triennio, le attrezzature tecniche possedute, l'esito di controlli effettuati dalla stazione appaltante.

Allorché occorre dimostrare l'ottemperanza in materia di garanzia della qualità, le stazioni appaltanti fanno riferimento alle norme europee in materia di sistemi di assicurazione della qualità, così come nel caso si richieda l'indicazione di misure di gestione ambientale.

Per altri profili quali le specifiche tecniche, la preinformazione e la postinformazione, la nuova normativa è coerente con quella recata dalle precedenti direttive, non presenta, quindi, modifiche sostanziali.

Un profilo procedimentale importante disciplinato dal codice è relativo all'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici. L'impostazione seguita parte da una evidenza: l'accesso è generalmente riconosciuto tranne in alcuni casi espressamente indicati (ad esempio, nel caso in cui occorre tutelare i segreti commerciali e tecnici dei concorrenti ed aspetti riservati delle offerte o nel caso di pareri legali e di relazioni riservate che la stessa giurisprudenza le ha sottratte all'accesso.)

Sul punto si osserva che, con riguardo ai contratti pubblici aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, il Codice ha previsto, in conformità a quanto stabilito dalla legge delega, diverse semplificazioni, relative alle forme di pubblicità, ai termini, e alle procedure di scelta del contraente.

La flessibilità degli strumenti giuridici, prevista dalla legge delega come criterio direttivo previsto per gli appalti sotto soglia, si realizza in particolare mediante l'estensione a tali appalti di alcuni strumenti flessibili propri dei contratti sopra soglia, tra cui: a) l'attribuzione alla stazione appaltante della scelta in merito: 1) al criterio del prezzo più basso o dell'offerta più vantaggiosa; 2) all'appalto di sola esecuzione o di esecuzione e progettazione, solo esecutiva o esecutiva e definitiva; 3) alle imprese da invitare nella licitazione privata. A ciò si aggiunge poi l'ampliamento del numero di ipotesi di trattativa privata (previo e senza bando) consentito dall'ordinamento comunitario rispetto all'art. 24 della legge n. 109/1994.

Quali ulteriori strumenti di flessibilità sono poi previsti: a) i lavori in economia, di cui si eleva la soglia a 500.000 euro; b) la procedura ristretta semplificata (ex licitazione semplificata), la cui soglia viene elevata a 1.500.000 euro in armonia con quanto già previsto nel settore degli appalti relativi a beni culturali; c) l'ulteriore ipotesi di trattativa privata, ricostruita mutuando l'art. 24, co. 1, lettera a), legge n. 109/1994.

Nei contratti pubblici la migliore offerta è selezionata con il criterio del prezzo più basso o con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (ciò peraltro in linea con quanto previsto dalla sentenza della Corte di giustizia 2004 – C-247/2002, che è uno dei criteri direttivi della norma contenuta nella legge delega). Nel caso in cui l'amministrazione scelga l'offerta economicamente più vantaggiosa, non può lasciarsi alla commissione di gara la discrezionalità nella specificazione dei criteri di valutazione (su tale aspetto il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di giustizia alcune questioni di compatibilità con il diritto comunitario di norme interne).

Nel caso della valutazione delle offerte anomale si ribadisce il non automatismo di individuazione delle offerte sospette, potendo l'amministrazione sottoporre a verifica ulteriori offerte che ritenga sospette.

Il codice disciplina anche le varianti in corso di esecuzione del contratto non soltanto per i lavori, ma anche per servizi e forniture (demandando al regolamento la disciplina di dettaglio). Allo stesso modo si generalizza la soluzione normativa, operante in tema di lavori, relativamente alla cessione dei crediti derivanti dal contratto.

Alcune norme in materia di contenzioso sono di sicuro interesse⁵².

⁵²Nel Codice vengono infatti disciplinati in materia unitaria per gli appalti sopra e sotto-soglia e per tutti i settori, i profili relativi al contenzioso, mediante una generalizzazione ed una unificazione dell'attuale disciplina in materia di accordi bonari, arbitrati, giurisdizione, riti processuali speciali. Per far fronte alla condanna inflitta all'Italia dalle autorità comunitarie, è stata in particolare

In primo luogo viene generalizzata la transazione, anche al di fuori dei casi, tassativamente previsti, di accordo bonario. L'applicabilità di quest'ultimo istituto viene estesa anche ai contratti pubblici relativi a servizi e a forniture nei settori ordinari, nonché ai contratti di lavori, servizi e forniture nei settori speciali, allorché l'importo economico controverso sia non inferiore al 10% dell'importo originariamente stipulato.

Nell'ambito della giurisdizione esclusiva, tenendo conto dell'elaborazione giurisprudenziale, sono state incluse anche le controversie risarcitorie relative alla fase di affidamento, secondo l'indirizzo giurisprudenziale che vede i profili risarcitori attratti nella giurisdizione esclusiva.

Infine, tra gli strumenti di tutela, viene inserita anche la tutela cautelare *ante causam*, finora non contemplata nel processo amministrativo. La Corte di Giustizia ha ritenuto non conforme al diritto comunitario la legislazione italiana che non contempla tale tipo di rimedio.

4.8. Criteri ambientali e sociali

Particolare interesse riveste anche l'inclusione operata dal Codice delle certificazioni ambientali tra i requisiti di capacità tecnica e professionali che le amministrazioni aggiudicatrici possono richiedere agli operatori economici per l'esecuzione di appalti pubblici⁵³.

La necessità di tenere in considerazione la protezione dell'ambiente emerge, in particolare, da: 1) l'utilizzabilità di criteri ambientali (e sociali) nella valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; 2) la possibilità di riservare l'affidamento degli appalti a laboratori che impiegano mano d'opera disabile⁵⁴; 3) la possibilità di prevedere speciali procedure per la realizzazione di programmi di edilizia residenziale pubblica.

L'inclusione di tali requisiti risponde in maniera specifica all'obiettivo di assicurare «un elevato livello di protezione dell'ambiente e il miglioramento della qualità di quest'ultimo»⁵⁵.

Come stabilito dal Trattato di Amsterdam del 1997, infatti, la protezione dell'ambiente non può essere classificata quale obiettivo secondario dell'Unione europea. Essa è infatti prevista espressamente dall'art. 2 del Trattato tra i compiti da perseguire, secondo l'enunciato dell'art. 6, in tutte le politiche ed attività dell'Unione.

L'accoglimento di questi principi nel Codice degli appalti (e, prima ancora, nelle due direttive comunitarie) vale quindi a fondare la disciplina ivi prevista su fondamenta e finalità di natura non prettamente economica, realizzando un'importante sinergia tra crescita economica e sviluppo sostenibile⁵⁶.

5. Conclusioni. Un codice per introdurre più concorrenza nel settore degli appalti pubblici

Il merito al rapporto tra settore degli appalti pubblici e principi concorrenziali, l'aspetto da mettere principalmente in risalto è che, in linea generale, l'intera disciplina sugli appalti è stata,

introdotta la tutela cautelare *ante causam* per i processi in materia di procedure di affidamento. Sul tema, v. F. MORINI, *La tutela cautelare ante causam e il principio di effettività nel settore degli appalti pubblici: diritto interno e comunitario*, in *T.a.r.*, n. 4/2005, p. 213 ss.; A. BARONE, *Appalti pubblici comunitari e tutela cautelare ante causam*, in *Foro it.*, 2004, IV, p. 541 ss. Sul punto v., inoltre, Corte di Giustizia, ord. 29 aprile 2004, C-202/03.

⁵³ Una particolare attenzione alle tematiche di ordine ambientale in varie fasi della procedura, come evidenzia M. BALDINATO, *Protezione dell'ambiente e criteri di attribuzione degli appalti pubblici nel diritto comunitario*, op. cit., pp. 480-487, era già manifesta nel GATT 1994 e nel GPA (*Government Procurement Agreement*) entrato in vigore il 1° gennaio 1996.

⁵⁴ A riguardo v. in particolare Corte di Giustizia, sentenza 20 settembre 1988, *Beentjes*, cit.

⁵⁵ Per una puntuale panoramica delle comunicazioni in cui la Commissione europea segnala il legame tra appalti e gestione ambientale e la necessità di introdurre nella disciplina degli appalti pubblici sistemi e modalità procedurali idonei a favorire prodotti e servizi ecocompatibili, v., in particolare, M. OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale*, op. cit., pp. 664-665.

⁵⁶ Come osservato dalla Commissione europea nella Comunicazione del 4 luglio 2001 su "Il diritto comunitario degli appalti e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici", anche in questo settore, considerata l'incidenza degli appalti sul PIL dell'Unione, «il quadro legislativo deve tener conto, oltre che della loro primaria finalità economica, degli aspetti ambientali».

con questo Codice, “rivista e corretta”, complessivamente, in una luce nuova, che, in una rinnovata concezione dell’interesse pubblico, guarda alla materia degli appalti come ad uno strumento *funzionale* al mercato, inteso quale *valore* da promuovere e tutelare.

In questa prospettiva, le norme concernenti le procedure ad evidenza pubblica nelle loro diverse fasi - oggi raccolte ed armonizzate nel tessuto codicistico - devono essere interpretate, integrate e attuate alla stregua dei principi che regolano e strutturano il mercato interno, nelle quali il perseguimento dell’interesse pubblico – che trova nel settore degli appalti uno dei punti cardine del sistema - è anche identificabile con la promozione di un mercato realmente competitivo.

Al tempo stesso, per una sorta di relazione di convergenza e di reciproca implicazione tra i due termini, il pieno funzionamento del “gioco concorrenziale” nel mercato del *public procurement* è essenziale per l’efficienza della spesa pubblica.

Competitività e trasparenza dei mercati costituiscono, difatti, il binomio necessario affinché le pubbliche autorità possano acquistare beni e servizi a prezzi più bassi e di qualità migliore, con una consistente semplificazione dei processi di acquisto e, dunque, con una benefica riduzione dei costi amministrativi e delle altre inefficienze del settore⁵⁷.

Del resto, il rapporto di correlazione che si coglie tra settore degli appalti pubblici e principio di libera concorrenza si manifesta, nella sua complessità, in tutto l’articolato normativo comunitario, ad iniziare dall’insieme di considerazioni svolte nel vasto insieme dei “Considerando” che – secondo le usuali tecniche di normazione dei testi comunitari - precede l’articolato delle due direttive cui il Codice dà attuazione.

Nello scorrere le attente valutazioni svolte nel preambolo della disciplina, il lettore resta infatti colpito dal costante richiamo del legislatore comunitario al principio della concorrenza *effettiva*, quale vessillo cui ancorare la costruzione di un “diritto europeo degli appalti”⁵⁸.

Ciò emerge, ad esempio (ma per citare solo uno dei numerosi casi), in maniera particolarmente significativa ed esemplare, dalla *ratio* accolta dal legislatore comunitario nel circoscrivere il campo di applicazione della direttiva n. 17/04 ai settori dell’acqua, dell’energia termica ed elettrica, dei trasporti e dei (neo-inclusi) servizi postali, con esclusione invece di quei comparti che, come le telecomunicazioni⁵⁹, sono attualmente interessati da un processo di penetrante liberalizzazione e nel prevedere quale principio generale (art. 30, par. 1) la estromissione da tale ambito applicativo di quelle attività che, pur rientrando nei settori disciplinati dalla direttiva n. 17, sono «*direttamente esposte alla concorrenza su mercati liberamente accessibili*»⁶⁰.

⁵⁷ V. COM (2003) 283, cit. Sul punto v. anche la Segnalazione dell’AGCM, AS187, *Bandi di gara in material di appalti pubblici*, del 28 settembre 1999, in *Boll.*, n. 48/99. Cfr. anche C.H. BOVIS, *The new public procurement regime in the European Union: a critical analysis of policy, law and jurisprudence*, il quale afferma che «*Through the principles of transparency, non-discrimination and objectivity in the award of public contracts, it is envisaged that the regulatory system will bring about competitiveness in the relevant product and geographical markets, will increase import penetration of products and services destined for the public sector, will enhance the tradability of public contracts across the Common Market, will result in significant price convergence and finally it will be the catalyst fore the needed rationalisation and industrial restructuring of the European industrial base*». Lo stesso Autore, in *The new public procurement regime in the European Union: a critical analysis of policy, law and jurisprudence*, cit., p. 609, indica la disciplina antitrust «*as a complementary regime for the regulation of public markets*».

⁵⁸ Sul punto, v. pure Corte di Giustizia, sentenze: 12 dicembre 2002, causa C-470-99, *Universale-Bau AG*, in *Racc.*, pp. I-11617, punto 89; 17 settembre 2002, causa C-513/99, *Concordia Bus*, cit., punto 81; 16 settembre 1999, causa C-27/98, *Metalmeccanica Fracasso s.p.a.*, in *Racc.*, pp. I-5697, punto 26, in *Foro it.*, 1999, IV, p. 508 ss., con nota di A. BARONE.

⁵⁹ Cfr. 5°, 6° e 7° Considerando della direttiva n. 17/04, nonché il 21° Considerando della direttiva n. 18/04. Sul punto v., in dottrina, L. IANNOTTA, *Gli appalti esclusi*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, op. cit., p. 69 ss., specie, pp. 82-85; F. CARDARELLI – V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto delle telecomunicazioni*, Torino, 1999; AA. VV., *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, a cura di F. Bonelli e S. Cassese, Milano, 1999; R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Milano, 2002.

⁶⁰ A questo scopo, la direttiva settori «speciali» ha previsto una specifica procedura per stabilire se un’attività è direttamente esposta alla concorrenza, incentrata sul ricorso ai «*criteri conformi alle disposizioni del trattato in materia di concorrenza come le caratteristiche dei beni o servizi interessati, l’esistenza di beni o servizi alternativi, i prezzi e la presenza, effettiva o potenziale, di più fornitori dei beni o servizi in questione*». L’individuazione delle regole per l’applicazione di questa «*liberalisation clause*» è contenuta nella decisione della Commissione europea 7 gennaio 2005, [2005] OJ L-7/7, citata da R. RONIGER – F. NEUMAYR – H. HEMMELRATH, *Public procurement 004/2005: The legal framework and practice keeps developing*, op. cit., p. 58, nota 11. Sul punto v. anche C.H. BOVIS, *The new public procurement regime in the European Union: a critical analysis of policy, law and jurisprudence*, cit., pp. 626-627.

Molti altri istituti contemplati dal nuovo Codice rispondono, in maniera più o meno specifica e diretta, all'obiettivo di conformare i principi in materia di appalti pubblici agli standard concorrenziali.

Tra questi ricordiamo, ad esempio, l'introduzione di: 1) un maggiore rigore nella predeterminazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; 2) un più articolato contraddittorio nella fase di verifica delle offerte anomale; 3) il principio di equivalenza delle specifiche tecniche inerenti le prestazioni contrattuali, accompagnati dall'introduzione dei (nuovi) modelli organizzativi, delle tecnologie e dei processi descritti, orientati in chiave dinamica per creare un sistema amministrativo favorevole alla concorrenza.

Il pubblico e il privato, quindi, non si presentano più come monadi isolati, termini di un binomio incomponente, quasi a costituire due universi separati, ma come elementi raccordati attraverso forme di collaborazione fondate su nuovi modelli di negoziazione e di organizzazione della commessa pubblica (primo tra questi l'*e-procurement*)⁶¹.

A questo fine, peraltro, non pare si possa trascurare la necessità che gli operatori del settore si impegnino in un'azione diretta a far penetrare ed assorbire dagli apparati pubblici - ancora restii a quest'opera di "internalizzazione" - il *valore* della concorrenza, vero e proprio *bene giuridico* che accomuna e avvicina pubblico e privato, in grado di orientare e guidare (oggi più di ieri) l'azione e le politiche di *procurement* delle amministrazioni pubbliche.

Con le due direttive comunitarie (nn. 17 e 18/04) e, ancor più, con il loro recepimento da parte dei singoli Stati membri (e dunque, in Italia, con il nuovo Codice) si palesa quindi la possibilità di rendere il mercato degli appalti pubblici più aperto e competitivo, sia per mezzo dell'accoglimento di strumenti in grado di garantire flessibilità, libertà di azione e di scelta dell'amministrazione aggiudicataria nel rivolgere la propria richiesta al mercato, sia assicurando il pieno rispetto dei principi di parità, trasparenza, non discriminazione e concorrenza.

L'impiego su larga scala delle nuove tecnologie nel settore degli appalti pubblici consentirà quindi, più ancora degli altri strumenti contemplati dal Codice, di raccogliere i risultati di una maggiore efficienza dell'azione amministrativa e di una maggiore efficacia della commessa pubblica, consentendo, in un clima di trasparenza ed economicità delle procedure, la più ampia partecipazione alle gare (soprattutto per le piccole e medie imprese).

Perché tutto questo non resti "sulla carta" ma possa tradursi in realtà concreta è, naturalmente, altresì necessario che gli organi di garanzia a ciò preposti assicurino un costante e attento monitoraggio sul settore degli appalti e sull'effettivo conformarsi dei modelli operativi, procedurali ed organizzativi accolti ai principi fissati dalla normativa e dalla giurisprudenza europea.

Ciò attribuisce alle Autorità di settore un compito non facile, ma dal quale i singoli Stati membri non possono in alcun modo esimersi.

Centrale, dunque, il ruolo che svolgerà l'Autorità di vigilanza dei lavori, forniture e servizi pubblici (secondo la nozione "integrata" presentata dal Codice) ed il ruolo che ha svolto sinora e che continuerà a svolgere l'Autorità garante della concorrenza e del mercato italiana, la quale in diverse occasioni ha avuto modo di pronunciarsi sul rapporto tra disciplina degli appalti pubblici e sviluppo della concorrenza, evidenziandone i nodi di maggiore problematicità⁶².

⁶¹ Sul punto mi sia consentito un rinvio a L. FIORENTINO, *Nuovi modelli organizzativi, tecnologie, processi nel public procurement: opportunità per maggiore concorrenza, efficienza, rinnovamento del mercato?*, Relazione presentata al Seminario "Più valore alla pubblica amministrazione. Appalti pubblici tra efficienza e trasparenza", Roma, 23 novembre 2005, disponibile sul sito www.astrid-online.it.

⁶² Cfr. L. RADICATI DI BROZOLO – M. GUSTAFSSON, *Partecipazione alle gare e regole di concorrenza*, in *Dir. comm. internaz.*, 2002, p. 805 ss.; S. MIRATE, *Autorità antitrust e controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche*, in *Urban. e app.*, n. 7/2004, p. 817 ss. In via generale, sulla prevalenza dei principi di diritto comunitario della concorrenza sul diritto nazionale, si rinvia a R. CARANTA, *La disapplicazione di disposizioni nazionali in contrasto con il diritto comunitario della concorrenza*, commento a Corte di Giustizia, 9 settembre 2003, C-198/01, in *Urban. e app.*, n. 2/2004, p. 158 ss.

Tra questi, solo per citare qualche caso oggetto tanto di segnalazione agli organi di governo quanto di vera e propria sanzione, il contenuto dei bandi di gara⁶³, il fenomeno del c.d. *bid rigging* (cioè la presenza di comportamenti collusivi da parte delle imprese partecipanti ad una gara d'appalto con riguardo alle modalità di presentazione delle offerte, ai prezzi ed alla spartizione concordata dei lotti disponibili)⁶⁴ e il ricorso ai raggruppamenti temporanei d'imprese che, se sul piano economico svolgono una obiettiva funzione antimonopolistica⁶⁵, nella casistica dell'Autorità si presentano spesso piegate ad un uso di tipo collusivo da parte delle imprese aderenti al raggruppamento.

Particolare attenzione occorrerà invece prestare d'ora in avanti agli strumenti di innovazione e modernizzazione descritti affinché non finiscano per rappresentare una barriera ulteriore per l'accesso delle piccole e medie imprese alle dinamiche del settore.

Tante, tantissime dunque le considerazioni che si potrebbero sviluppare (e che meriterebbero di essere sviluppate) attorno alle tematiche (e alle problematiche) toccate da questo Codice, vero e proprio testo *omnibus* in materia di appalti e certamente, d'ora innanzi, "pietra miliare" del settore.

Un ruolo di questo spessore non può infatti certamente essere negato a quest'ultima opera di codificazione, attraverso la quale si concede al sistema amministrativo italiano (troppo spesso rimproverato dalle istituzioni europee) la possibilità di aprire in maniera significativa i propri orizzonti non solo ai valori di efficienza, trasparenza e competitività che, dalle origini del nostro sistema costituzionale, ispirano (e devono ispirare) l'azione delle amministrazioni pubbliche, ma di diventare a tutti gli effetti un interlocutore di primo livello delle istanze che le sfide della modernità e l'appartenenza sempre più pregnante al contesto europeo avanzano insistentemente.

⁶³ Nella Segnalazione AS251, *Bandi predisposti dalla concessionaria servizi informatici pubblici – Consip S.p.a.* del 30 gennaio 2003, in *Boll.*, n. 5/2003, l'Autorità ha, in particolare, evidenziato che una corretta procedura di gara deve garantire la più ampia partecipazione di soggetti interessati al processo di selezione. A questo fine è necessario che i requisiti di accesso alla gara siano definiti in maniera non eccessivamente rigida, rispondente ad esigenze oggettive della amministrazione, tale da delineare maggiori opportunità di partecipazione alle imprese presenti nel settore ed un utilizzo corretto, sotto il profilo concorrenziale, di istituti come il raggruppamento temporaneo d'impresa.

⁶⁴ Sul fenomeno del *bid rigging*, tra i casi più celebri si annoverano: Commissione europea, decisioni 5 febbraio 1992, 92/204/CEE, *Industria delle costruzioni dei Paesi Bassi – SPO*, in *G.U.C.E.*, L 92, p. 1 ss., e 2 gennaio 1973, 73/109/CEE, *Suiker Unie, Industria europea dello zucchero*, in *G.U.C.E.*, L 140, p. 17 ss. A livello nazionale, v. invece i provvedimenti AGCM: n. 10831 del 13 giugno 2001, *Pellegrini/Consip*, in *Boll.*, n. 24/2002; n. 11726 del 20 febbraio 2003, *Azienda di Trasporto pubblico locale-Petrolieri*, in *Boll.*, n. 8/2003; n. 9401 del 12 aprile 2001, *Test diagnostici per diabete*, in *Boll.*, n. 15/2001. V., inoltre, le segnalazioni AGCM: AS005, *Appalti e concorrenza*, del 1° luglio 1992; AS285, *Selezione delle imprese interessate al ciclo di produzione dei bollini autoadesivi per i prodotti farmaceutici*, dell'11 novembre 2004; AS251, *Bandi predisposti dalla concessionaria servizi informatici pubblici – Consip S.p.a.*, cit.; AS187, *Bandi di gara in materia di appalti pubblici*, cit. In dottrina v. P. FATTORI – M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004, pp. 64-66; L.C. UBERTAZZI, *Appalti pubblici, concorrenza e consumatori*, in *Dir. ind.*, n. 1/2003, p. 74 ss.

⁶⁵ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517; Cass. Civ., sez. I, 2 marzo 1996, n. 1650, in *Riv. trim. app.*, 1999, p. 209 s., nonché il provvedimento dell'Antitrust n. 1796 del 21 febbraio 1994, *Consorzio Trevi*, in *Boll.*, n. 8/1994.