

# CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

## *Ufficio per gli Incontri di Studio*

Incontro di studio sul tema:  
“Tecniche d’indagine e standards probatori in tema di reati  
contro la pubblica amministrazione”

*Roma, 28 febbraio - 2 marzo 2011*  
*Ergife Palace Hotel*

- Brevi considerazioni di commento al Codice degli appalti pubblici.....pag. 03
- Le disposizioni correttive ed integrative del Codice degli appalti.....pag. 21
- Le ulteriori disposizioni correttive ed integrative emanate con  
Decreto Legislativo 11 settembre 2008 n° 152 .....pag. 31
- I punti critici del decreto legislativo 20 marzo 2010 n° 53 attuativo  
della “direttiva ricorsi” 2007/66 della Comunità europea .....pag. 45

Coordinatore  
**Dott. Enrico D’ARPE**  
Magistrato del T.A.R. Puglia - Lecce

### **Brevi considerazioni di commento al Codice degli appalti pubblici.**

E' noto "lippiis et tonsoribus", che con il Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163 (pubblicato nel S.O. alla Gazzetta Ufficiale del 2 Maggio 2006), è stato emanato il "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE", composto da cinque parti fondamentali (dedicate, rispettivamente: ai "principi e disposizioni comuni e contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice"; ai "contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori ordinari"; ai "contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali"; al "contenzioso"; alle "disposizioni di coordinamento, finali e transitorie - abrogazioni").

Il predetto decreto delegato - entrato in vigore in data 1° Luglio 2006 - trae origine dalla specifica "delega al Governo per l'attuazione delle direttive 2004/17 CE e 2004/18/CE del 31 Marzo 2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio" conferita dall'art. 25 della Legge 18 Aprile 2005 n° 62 (c.d. legge comunitaria per l'anno 2004).

Premesso che le menzionate direttive della Comunità Europea coordinano, rispettivamente, le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua, di energia, dei servizi di trasporto e dei servizi postali (c.d. settori speciali), e le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi nei "settori ordinari", si osserva - innanzitutto - che si tratta di una delega legislativa connotata da rilevanti peculiarità e di portata molto più ampia di quella prevista, in via generale, dalla medesima "legge comunitaria per l'anno 2004" (finalizzata alla mera attuazione delle direttive comunitarie in essa elencate).

Infatti, l'art. 25 della citata Legge 18 Aprile 2005 n° 62, dopo aver innovativamente qualificato la portata del decreto legislativo delegato come "volto a definire un quadro normativo finalizzato al recepimento" delle predette direttive europee, fissa in proposito quattro specifici principi e criteri direttivi: "a) compilazione di un unico testo normativo recante le disposizioni legislative in materia di procedure di appalto disciplinate dalle due direttive, coordinando anche le altre disposizioni in vigore, nel rispetto dei principi del Trattato istitutivo dell'Unione Europea; b) semplificazione delle procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione delle normative comunitarie, finalizzata a favorire il contenimento dei tempi e la massima flessibilità degli strumenti giuridici; c) conferimento all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, in attuazione della normativa comunitaria, dei compiti di vigilanza nei settori oggetto della presente disciplina.; d) adeguare la normativa alla sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 7 Ottobre 2004 nella causa C-247/02".

Va sottolineato subito che l'esplicito riferimento ad un "unico testo normativo" rende evidente che (nella specie) non si tratta di una delega limitata alla raccolta delle norme preesistenti da coordinare con le recenti direttive europee del 2004, ma la volontà del Legislatore delegante è nel senso che l'intero "comparto" degli appalti pubblici deve trovare nel "Codice" la sua nuova disciplina unitaria e tendenzialmente omnicomprensiva (inerente, dunque, i contratti sopra e sotto la soglia di rilevanza comunitaria, i "settori ordinari", i "settori speciali" e le "grandi opere"). Infatti, oltre al rammentato significativo riferimento del legislatore delegante ai concetti di "quadro normativo" e di "unico testo normativo", non può essere obliato il fatto che il criterio direttivo di cui alla lettera b) del soprariportato articolo 25 della Legge n° 62/2005 attiene alla esigenza di "semplificazione" delle procedure amministrative nazionali di affidamento degli appalti pubblici.

Appare chiaro, insomma, che se pure la norma delegante non è contenuta in una delle "leggi annuali di semplificazione", si inserisce indubbiamente nel processo di "semplificazione e riordino" (ora denominato di "riassetto e codificazione") normativo di cui tali leggi sono recente evoluzione.

Si può concludere sul punto che alla "codificazione" di nuova generazione (inaugurata dalla Legge 29 Luglio 2003 n° 229, dopo la fine della fase dei "testi unici misti e delegificanti", provocata dall'entrata in vigore della Legge costituzionale 18 Ottobre 2001 n° 3, di riforma del Titolo V della Parte II<sup>a</sup> della Costituzione), finalizzata a raccogliere e riordinare le numerose leggi speciali di settore - spesso di origine comunitaria -, appartiene il "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture" approvato con il Decreto Legislativo n° 163/2006, diretto - in primo luogo - alla "semplificazione normativa", cioè alla riorganizzazione delle fonti di regolazione della "materia" ed alla drastica riduzione del loro numero (vengono, infatti, abrogate le Leggi Merloni e i Decreti Legislativi nn° 157/1995, 158/1995 e 358/1992 e viene dettata, nello stesso testo, la disciplina normativa per i contratti sopra e sotto soglia, per i settori ordinari e speciali e per le grandi opere di interesse nazionale), anche se va segnalata - in senso critico - la mancata integrale abrogazione della antichissima Legge 20 Marzo 1865 n° 2248, allegato F (in materia di lavori pubblici).

In tale ottica va letto il criterio direttivo stabilito dalla lettera d) dell'art. 25 della Legge delega n° 62/2005 (sull'adeguamento della normativa del "Codice" alla sentenza della Corte di giustizia C-247/2002), che, nel combinato disposto con l'altro criterio direttivo fissato dalla lettera a), assume sicuramente un valore espansivo, sancendo la necessità di conformarsi non solo alla predetta pronuncia giurisdizionale, bensì all'intero tessuto ordinamentale comunitario e (in primo luogo) ai principi del Trattato istitutivo dell'Unione Europea, così come interpretati dalla Corte di Giustizia.

Trattasi, a ben vedere, di una codificazione diversa sia dal modello illuministico, sia dai codici a "droit constant" (come quelli diffusi in Francia che, con tale modalità, ha codificato oltre il 50% delle fonti del proprio ordinamento), ma - comunque - di un vero e proprio "Codice" (composto da ben 257 articoli) deputato a disciplinare esaustivamente la "materia" degli appalti pubblici (riformandola sostanzialmente e profondamente).

Si deve, dunque, concludere nel senso che - nonostante l'uso (da reputare atecnico) da parte del legislatore delegante dell'espressione "unico testo normativo" - il Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163 realizza la "codificazione" dell'importante settore del diritto pubblico di che trattasi.

A questo punto, appare evidente che l'obbligo introdotto dalla Legge-delega di recepimento delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE e (soprattutto) degli arresti della Corte di Lussemburgo esclude la possibilità che il "Codice degli appalti pubblici" replichi le autonome ed originarie scelte già compiute negli anni '90 dalle c.d. Leggi "Merloni" (cioè, di discostarsi, in maniera rilevante, dalla disciplina comunitaria sancendo la rigida separazione tra l'attività di progettazione e quella di esecuzione delle opere pubbliche, limitando l'utilizzo del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, riducendo drasticamente le ipotesi in cui è possibile l'affidamento di lavori pubblici mediante trattativa privata e l'introduzione di varianti progettuali in corso di esecuzione dell'appalto, abolendo totalmente l'istituto della revisione prezzi, eccetera).

Gli inconvenienti pratici derivanti da taluni discutibili ed eterodossi costumi italiani (per contrastare i quali erano arditamente intervenute le scelte della Legge n° 109/1994 e ss.mm.) potranno, ora, essere limitati solo attraverso la compiuta scelta di generalizzare e potenziare l'attività di vigilanza dell'Autorità, che peraltro è stata estesa a tutti settori (lavori, servizi e forniture) ed incentrata sulle varie fasi degli interventi da realizzarsi mediante un contratto pubblico (progettazione, affidamento ed esecuzione).

Fatte queste considerazioni introduttive e tenuto conto del carattere generale e sintetico del presente scritto, occorre adesso far cenno delle principali novità introdotte dal "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture".

In un primo approccio omnicomprensivo, a chi si chieda se le innovazioni del Codice degli appalti pubblici siano di tale portata da far parlare di una vera e propria rivoluzione copernicana del settore (rapportata in particolare alla preesistente disciplina normativa dei lavori pubblici contenuta nelle Leggi Merloni), si può dire che la risposta sarebbe stata sicuramente positiva se il testo approvato fosse stato quello originariamente predisposto dalla Commissione di esperti appositamente istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (c.d. Commissione "De Lise"), nel quale figuravano alcune norme (sul tetto dei lavori in economia, sulla procedura ristretta semplificata per i lavori pubblici, sulle procedure negoziate nei diversi settori e sull'affidamento

degli incarichi di progettazione sotto la soglia di rilevanza comunitaria) contenenti forti elementi di flessibilità e semplificazione, espressivi di un disegno di completa discontinuità rispetto al quadro normativo previgente. Ma, anche se il testo definitivo codicistico approvato risulta invece assai meno distante dai contenuti delle Leggi Merloni, rimangono pur sempre nello stesso svariati ed importanti elementi di grande novità (con i quali tutti gli studiosi del diritto e gli operatori del settore dovranno fare i conti), al punto che qualche commentatore ha definito il Codice degli appalti pubblici come un intervento legislativo dal significato addirittura storico per l'ordinamento italiano.

Un primo fattore del tutto inedito (rispetto agli interventi realizzati con le leggi degli anni '90) con cui il legislatore nazionale degli appalti pubblici si è dovuto confrontare è stato quello, delicatissimo, del riparto delle competenze normative tra Stato e Regioni (e Province autonome) alla stregua del nuovo assetto costituzionale delineato dalla riforma del Titolo V della Parte II<sup>a</sup> della Costituzione, di cui alla Legge costituzionale 18 Ottobre 2001 n° 3.

In estrema sintesi, il Codice degli appalti (all'art. 4) - sull'implicito presupposto che i contratti della Pubblica Amministrazione, pur non essendo nominati dal nuovo art. 117 della Costituzione, non sono oggetto della potestà legislativa residuale delle Regioni, ma vanno considerati come ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, qualificandosi a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e potendo quindi essere ascritti (di volta in volta) alla potestà legislativa esclusiva dello Stato ovvero alla potestà legislativa concorrente o residuale delle Regioni (confronta: Corte Costituzionale sentenza n° 303 del 2003) - ritiene che il nucleo principale del Codice stesso (individuato dal terzo comma dell'art. 4 nella disciplina introdotta inerente: la qualificazione e la selezione dei concorrenti; le procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; i criteri di aggiudicazione; il subappalto; i poteri di vigilanza affidati all'Authority; le attività di progettazione e i piani di sicurezza; la stipulazione e l'esecuzione dei contratti; il contenzioso), anche perchè reputato idoneo ad incidere sull'equilibrio economico generale (e perciò ascrivibile alla materia "trasversale" della tutela della concorrenza, intrecciata con il valore unificante della disciplina comunitaria), appartenga all'inderogabile ambito della competenza legislativa esclusiva statale (di cui all'art. 117 secondo comma della Carta Costituzionale novellata, anche in relazione alle materie "ordinamento civile", "giurisdizione e norme processuali" e "giustizia amministrativa"), nel mentre gli altri oggetti di disciplina, valutati come rientranti nelle materie di competenza legislativa concorrente delle Regioni (contemplate dal terzo comma del citato art. 117), in relazione ai quali queste ultime esercitano la potestà normativa di dettaglio nel rispetto dei principi fondamentali fissati dalla disciplina codicistica, sono (esemplificativamente) indicati dal secondo comma dell'art. 4: nella programmazione dei lavori pubblici, nell'approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi, nell'organizzazione

amministrativa, nei compiti e requisiti del responsabile del procedimento e nella sicurezza del lavoro. Si deve subito chiarire, però, che ciò riguarda - essenzialmente - i contratti di interesse regionale, posto che gli appalti (di lavori, servizi e forniture) dello Stato e degli Enti pubblici nazionali rientrano (pressoché interamente) nella materia dell'organizzazione amministrativa dello Stato e, dunque, nella competenza legislativa esclusiva statale prevista in proposito dalla lettera g) dell'art. 117 secondo comma della Costituzione.

Resta da aggiungere che, in relazione alle "procedure di affidamento" degli appalti pubblici (soprattutto per i contratti sotto soglia) avrebbe dovuto, forse, essere riconosciuta più correttamente (in conformità ai canoni costituzionali del 2001 e al principio di proporzionalità) una competenza legislativa concorrente delle Regioni (non limitata ai soli profili di organizzazione amministrativa delle stesse) finalizzata ad introdurre misure di dettaglio eventualmente rafforzative del valore della concorrenza.

La disposizione contemplata dal quarto comma dell'art. 4 relativa alle "parti cedevoli" della disciplina legislativa di dettaglio dettata dal Codice degli appalti pubblici nelle materie di competenza normativa concorrente o esclusiva delle Regioni, appare invece pienamente giustificata (anche dopo la riforma costituzione del 2001) dalla necessità di dare attuazione alle direttive comunitarie sugli appalti pubblici, anche ove interferenti con le materie regionali, in caso di inadempimento delle Regioni (rispetto ai termini di recepimento fissati dalle direttive medesime).

Il successivo art. 5 (generalizzando il metodo previsto dalla Legge quadro sui lavori pubblici del 1994) demanda la disciplina attuativa ed esecutiva del Codice degli appalti pubblici ad un regolamento governativo (da emanare entro un anno dalla data di entrata in vigore del Codice, con efficacia differita al 180° giorno successivo alla sua pubblicazione), che sarà integralmente applicabile ai contratti di lavori, servizi e forniture delle Amministrazioni statali e degli Enti pubblici nazionali, e - limitatamente agli aspetti di cui all'art. 4 terzo comma - in relazione ai contratti di ogni altra amministrazione o soggetto equiparato (difatti, fuori da tali ambiti di potestà normativa esclusiva, lo Stato, dopo la riforma costituzionale del 2001, è totalmente privo di potestà regolamentare, anche di carattere "cedevole").

Prima di elencare gli aspetti innovativi della disciplina codicistica di prevalente matrice comunitaria, sembra importante segnalare sia che l'art. 3 del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture ricomprende anche queste ultime (che, ai sensi dell'art. 1559 del codice civile, sono notoriamente un negozio ben diverso dall'appalto, avendo ad oggetto un dare e non un facere) nella definizione di "appalti pubblici" (così accentuando gli aspetti di diritto privato speciale della P.A. derogatorio di quello ordinario), sia che si rinviene una forte distonia terminologica tra le disposizioni contenute, rispettivamente, negli articoli 1 e 3 del Codice degli appalti pubblici.

Appare, infatti, frutto di un macroscopico errore il fatto che il primo comma dell'art. 1 preveda che il "Codice" disciplina i contratti (aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, prodotti, lavori ed opere) delle "stazioni appaltanti", accanto a quelli degli "enti aggiudicatori" e dei "soggetti aggiudicatori", dimenticando che il successivo art. 3, da un lato (al comma 33°), precisa testualmente che l'espressione "stazione appaltante" è comprensiva vuoi delle "amministrazioni aggiudicatrici" (ossia della P.A. e degli organismi di diritto pubblico) vuoi degli "enti aggiudicatori" (ossia delle imprese pubbliche e dei soggetti che operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente) vuoi dei "soggetti aggiudicatori" (ossia dei soggetti privati assegnatari di fondi pubblici o comunque tenuti ad osservare il Codice degli appalti) e, dall'altro (al comma 29°), sancisce che - ai fini dell'applicazione delle disposizioni della parte I del Codice - il concetto di "enti aggiudicatori" comprende pure le "amministrazioni aggiudicatrici".

Passando a trattare gli elementi sostanzialmente innovativi introdotti dal Codice su impulso del legislatore comunitario e della Corte di Giustizia della Comunità Europea (e che attengono, quindi, principalmente ai contratti di rilevanza comunitaria), è opportuno preliminarmente rammentare che la delega conferita al Governo con l'art. 25 della più volte citata Legge 18 Aprile 2005 n° 62 era essenzialmente finalizzata al recepimento delle direttive del Parlamento e del Consiglio Europeo 2004/17/CE e 2004/18/CE, che sono direttive che hanno raccolto e coordinato in un unico testo (rispettivamente) tutte le direttive europee in precedenza emanate in tema di procedure di appalto degli enti dei c.d. settori speciali, e di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi. Pertanto, la prima fondamentale modifica del preesistente quadro normativo italiano consiste nel fatto che viene delineata una disciplina codicistica in un unico contesto e tendenzialmente comune per tutte le diverse tipologie di appalti pubblici (di lavori, servizi e forniture), che antecedentemente erano regolate da fonti legislative formalmente separate e sostanzialmente diverse (Legge n° 109/1994 e ss.mm. per i lavori pubblici, Decreto Legislativo n° 157/1995 e ss.mm. per gli appalti di servizi; Decreto Legislativo n° 158/1995 per i contratti di appalto inerenti i c.d. "settori esclusi", Decreto Legislativo n° 358/1992 per le pubbliche forniture).

Poi, in conformità alle regole comunitarie (così come interpretate nella pronuncia della Corte di Lussemburgo del 7 Ottobre 2004, resa nella causa C-247/02) ed in attuazione del principio direttivo fissato dall'art. 25 lettera d) della Legge-delega n° 62/2005, il Codice degli appalti incentiva la discrezionalità delle scelte procedurali delle stazioni appalti (in primo luogo) rendendo indifferente (art. 81) la scelta del criterio di selezione delle offerte tra il criterio del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Si registra, inoltre, l'adesione alla definizione comunitaria delle procedure di affidamento degli appalti pubblici (e delle concessioni), adesso individuate nella disciplina codicistica come "aperte", "ristrette" e "negoziate" (abbandonandosi le tradizionali definizioni di asta pubblica, licitazione privata e trattativa privata, risalenti alla Legge di contabilità pubblica del 1923).

Viene modificata profondamente la preesistente disciplina della trattativa privata (ora: procedura negoziata) uniformandola a quella europea, introducendo, da un lato, una disciplina unitaria (per lavori, servizi e forniture), superando completamente la frammentazione precedente e la disciplina della Legge "Merloni" (che era molto più restrittiva rispetto alle direttive europee), e contemplando ex novo, dall'altro, un minimo di garanzie procedurali (gara informale delineata dal sesto comma dell'art. 57 del "Codice") anche per le ipotesi in cui è consentita la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.

Si abbandona completamente la scelta operata dalla "Merloni" di prevedere una rigida separazione tra l'attività di progettazione e quella di esecuzione, realizzandosi la c.d. liberalizzazione dell'appalto integrato (con l'eliminazione delle ipotesi tassative prima previste dalla Legge n° 109/1994, ma con la necessità della motivazione sulle particolari esigenze tecniche, organizzative ed economiche che inducono a non utilizzare un contratto di mera costruzione), contemplandosi anche una versione che consente di presentare in gara il progetto definitivo (sulla base della sola progettazione preliminare dell'Amministrazione aggiudicatrice), realizzandosi dunque una variante del modello di appalto integrato disegnato dalla Merloni, con l'introduzione di un elemento del vecchio appalto-concorso, non più previsto dal Codice degli appalti.

Anche in tema di offerte anomale (per i contratti di rilevanza comunitaria), il "Codice" (negli articoli 86 e seguenti) recepisce l'insegnamento della Corte di giustizia dell'Unione Europea, eliminando ogni forma di automatismo nell'esclusione delle offerte che superano la c.d. soglia di anomalia o che appaiono comunque anormalmente basse (anche allorquando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa).

Si prevede, infatti, che le offerte siano corredate, sin dalla presentazione, delle giustificazioni, ma che all'esclusione di quelle che appaiono anormalmente basse potrà addivenirsi (eventualmente) soltanto all'esito dell'ulteriore verifica in contraddittorio, prevedendosi in proposito - addirittura - (nel quarto comma dell'art. 88) una peculiare applicazione del c.d. preavviso di rigetto di cui all'art. 10 bis della Legge 7 Agosto 1990 n° 241 e ss.mm.

Assume grande rilevanza pratica il recepimento codicistico degli istituti assolutamente innovativi introdotti dalle direttive europee 2004/17/CE e 2004/18/CE: il dialogo competitivo, le aste elettroniche, gli accordi quadro, i sistemi dinamici di acquisizione, le centrali di committenza, nonché il c.d. avvalimento.

Il dialogo competitivo (ai sensi degli artt. 3 comma 39° e 58 del Codice) è una procedura assolutamente inedita (nel panorama italiano) e "anomala", prevista in caso di appalti particolarmente complessi (ma non per le grandi opere della legge-obiettivo), nella quale - a differenza delle normali procedure in cui è l'Amministrazione a definire gli aspetti tecnici e finanziari dell'intervento, sui quali i concorrenti devono confrontarsi - la stazione appaltante avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, ai fine di elaborare la soluzione tecnico-finanziaria più idonea a soddisfare le sue necessità-obiettivi e sulla base della quale i candidati selezionati saranno, poi, invitati a presentare le loro offerte finali contenenti tutti gli elementi necessari all'esecuzione del progetto (con la precisazione che: qualsiasi operatore economico in possesso dei requisiti di ammissione indicati dal bando di gara può chiedere di partecipare alla procedura di dialogo competitivo; netta è la separazione tra la fase del dialogo incentrato sulle soluzioni proposte - nella quale è comunque garantita la par condicio dei partecipanti - e la successiva fase di ricezione e valutazione delle offerte finali sulla base di criteri di valutazione specificati negli atti di gara in relazione alle peculiarità della soluzione tecnico-finanziaria individuata; l'unico criterio di aggiudicazione dell'appalto consentito è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa; le stazioni appaltanti possono eventualmente prevedere premi ed incentivi per i partecipanti al dialogo competitivo per l'ipotesi in cui nessuna delle soluzioni proposte soddisfi le proprie necessità o obiettivi).

L'asta elettronica (ai sensi degli artt. 3 comma 15° e 85 del Codice) è un processo per fasi successive (utilizzabile nelle procedure aperte, ristrette e negoziate previo bando, quando le specifiche dell'appalto possono essere fissate in maniera precisa) basato su un dispositivo elettronico di classificazione automatica dei nuovi prezzi presentati modificati al ribasso (o di nuovi valori riguardanti taluni elementi delle offerte, purchè quantificabili in modo da essere espressi in cifre o percentuali), dopo che è stata effettuata una prima valutazione completa delle offerte originarie con le modalità stabilite dal bando di gara. Trattasi, cioè, di un istituto fortemente innovativo (rispetto a quello in precedenza delineato dal D.P.R. n° 101/2002, contemplante il ricorso alla procedura telematica per l'acquisto di beni e servizi, come eccezionale procedura alternativa) costituente una fase delle normali procedure di gara (esclusi gli appalti di lavori e servizi aventi ad oggetto prestazioni intellettuali), che seguono le ordinarie regole fino alla presentazione della prima offerta indicativa, dopodichè ha luogo la fase di negoziazione delle nuove offerte modificate al ribasso (che tutti i soggetti che hanno presentato offerte indicative ammissibili sono invitati simultaneamente, per via elettronica, a presentare, con l'indicazione nella lettera di invito della formula matematica che determina durante l'asta elettronica le riclassificazioni automatiche in funzione dei nuovi prezzi o dei nuovi valori presentati). Infine, le stazioni appaltanti,

dopo avere dichiarato chiusa l'asta elettronica (che si svolge in un'unica seduta), aggiudicano l'appalto in funzione dei risultati della stessa individuando la migliore offerta finale con il criterio del prezzo più basso o con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (l'emanando Regolamento governativo stabilirà i presupposti e le condizioni specifiche per il ricorso alle aste elettroniche e i requisiti e le modalità tecniche della procedura di asta elettronica).

L'accordo quadro (ai sensi degli artt. 3 comma 13° e 59 del Codice) è un accordo concluso tra una stazione appaltante ed uno o più operatori economici, il cui scopo è quello di stabilire la clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo (non superiore a quattro anni), in particolare per quanto riguarda i prezzi e (eventualmente) le quantità previste.

Per i lavori pubblici, gli accordi quadro sono ammessi unicamente in relazione ai lavori di manutenzione e negli altri casi (da precisarsi nell'emanando Regolamento) in cui i lavori sono caratterizzati da serialità e caratteristiche esecutive standardizzate.

A differenza della previgente disciplina dell'istituto dettata in riferimento ai soli "settori esclusi", l'art. 59 del Codice degli appalti introduce una previa gara (indetta secondo le consuete regole procedurali) al fine di individuare le parti dell'accordo quadro.

Gli appalti basati sull'accordo quadro possono essere aggiudicati (senza apportare modifiche sostanziali alle condizioni fissate in tale accordo) esclusivamente agli operatori economici parti dell'accordo quadro, secondo le seguenti procedure.

Quando un accordo quadro è concluso con un solo operatore economico, gli appalti basati sul tale accordo sono aggiudicati direttamente in favore dello stesso (che può essere eventualmente invitato a completare la sua offerta), rigorosamente entro i limiti delle condizioni fissate nell'accordo quadro. Allorquando, invece, l'accordo quadro è concluso con più operatori economici (almeno tre), gli appalti basati su tale accordo possono essere aggiudicati alle condizioni stabilite nell'accordo quadro senza nuovo confronto competitivo se l'accordo quadro già contiene l'ordine di priorità tra gli operatori cui affidare i singoli appalti, in caso contrario (e nell'ipotesi in cui l'accordo quadro non fissi tutte le condizioni), i singoli appalti possono essere affidati solo dopo aver rilanciato il "confronto competitivo" tra gli operatori parti dell'accordo quadro.

I sistemi dinamici di acquisizione (ai sensi degli artt. 3 comma 14° e 60 del Codice) consistono in un processo di acquisizione interamente elettronico di beni e servizi di uso corrente, le cui caratteristiche generalmente disponibili sul mercato soddisfano le esigenze della stazione appaltante, limitato nel tempo (di durata non superiore a quattro anni) e aperto a qualsiasi operatore che soddisfi i criteri di selezione e che abbia presentato un'offerta indicativa conforme al capitolato d'onere (migliorabile in qualsiasi momento). L'operatore economico ammesso (in conformità al bando di gara semplificato) al sistema dinamico di acquisizione (in virtù dell'offerta indicativa

presentata) viene, poi, invitato dalla stazione appaltante a partecipare al "confronto concorrenziale" presentando un'offerta finale per ogni appalto specifico da aggiudicare (utilizzando esclusivamente mezzi elettronici) nell'ambito del sistema (in base al criterio di aggiudicazione prefissato).

La centrale di committenza (ai sensi degli artt. 3 comma 34° e 33 del Codice) è un'Amministrazione aggiudicatrice (cioè una Pubblica Amministrazione o un organismo di diritto pubblico) che acquista direttamente forniture o servizi destinati ad altre amministrazioni aggiudicatrici o ad enti aggiudicatori oppure aggiudica appalti pubblici (o conclude accordi quadro) di lavori, servizi e forniture destinati ai predetti soggetti. Il primo comma dell'art. 33 del "Codice" introduce la generale possibilità per le stazioni appaltanti di acquisire lavori, servizi e forniture tramite "centrali di committenza" (tenute, quest'ultime, all'osservanza del Codice degli appalti). Per quanto riguarda in particolare i lavori pubblici, pur confermandosi il previgente divieto delle stazioni appaltanti di trasferire ad altri soggetti (pubblici o privati) le loro funzioni di stazione appaltante, si permette alle sole amministrazioni aggiudicatrici (ossia alle P.A. e agli organismi di diritto pubblico) di affidare le funzioni di stazione appaltante di lavori pubblici alle centrali di committenza (oltre che ai S.I.I.T. o alle Amministrazioni Provinciali). Il c.d. "avvalimento" (contemplato dall'art. 49 del Codice) è un istituto che disciplina le modalità con cui un soggetto si può avvalere, sia per le singole gare che per i sistemi di qualificazione, dei requisiti (di capacità tecnica, economica e finanziaria) di un altro soggetto, senza legami giuridici (di carattere soggettivo) con lo stesso.

Si tratta di uno dei profili innovativi di maggiore interesse del Codice degli appalti che modifica la qualificazione dei concorrenti (così come sinora conosciuta in Italia), spostando l'asse dell'accertamento della capacità richiesta per l'esecuzione di un appalto pubblico verso il futuro, potendo - ora - il soggetto dimostrare che disporrà dei mezzi e delle risorse necessarie per lo svolgimento delle prestazioni contrattuali al momento dell'assunzione e dell'esecuzione degli impegni negoziali, e non necessariamente già all'atto della procedura selettiva (infatti, in conformità al noto principio comunitario dell'effetto utile, non può essere imposta l'acquisizione di dotazioni funzionali alla sola esecuzione dell'appalto, prima che via sia certezza in ordine all'aggiudicazione dello stesso). La matrice dell'istituto è europea e, per il vero, le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (attuate con il citato art. 49) compiono un deciso balzo in avanti rispetto al preesistente assetto normativo (così come individuato nel 1994 dalla Corte di Giustizia di Lussemburgo, sancendo la necessità di tener conto dei mezzi delle società appartenenti al gruppo cui partecipa una persona giuridica dominante che provi di poter disporre dei predetti mezzi del gruppo), posto che nelle due direttive del 2004 scompare il vincolo dell'appartenenza al gruppo.

Infatti, il primo comma dell'art. 49 del Codice afferma il principio di portata generale secondo cui "il concorrente .. in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi e forniture, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto".

La principale caratteristica che distingue l'avvalimento dal tradizionale fenomeno dei raggruppamenti temporanei tra imprese consiste nel fatto che il soggetto che mette a disposizione i propri mezzi (impresa ausiliaria) rimane estraneo alla gara indetta per l'affidamento ed all'esecuzione dell'appalto (non assumendo il ruolo di appaltatore, né di subappaltatore). Si deve segnalare che il Codice prevede in proposito alcune cautele che possono essere così sintetizzate: il concorrente deve allegare (oltre alle attestazioni SOA) il contratto in forza del quale l'impresa ausiliaria si obbliga a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto; il concorrente e l'impresa ausiliaria (in regola con gli obblighi della normativa antimafia e che non deve essere collegata con nessuna delle altre imprese partecipanti alla gara) sono responsabili in solido verso la stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto; il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria. Come detto, è possibile anche conseguire l'attestazione SOA mediante avvalimento, purchè questa volta tra l'impresa che si avvale dei requisiti e l'impresa ausiliaria esista un rapporto di controllo (ex art. 2359 codice civile). Da una prima lettura dell'art. 49 del Codice, si ricava l'impressione che le modalità applicative dell'istituto dell'avvalimento (che, indubbiamente, pone il soggetto appaltante in posizione di minore tutela rispetto alle A.T.I.) dipenderanno molto dalle previsioni sul punto che le stazioni appaltanti introdurranno (discrezionalmente) nei bandi di gara, e che sussiste il concreto rischio che il fenomeno dei raggruppamenti temporanei di imprese possa cadere in desuetudine, siccome meno agevole e conveniente rispetto all'avvalimento (si pensi, ad esempio, al penetrante controllo esercitato dalla stazioni appaltanti in sede di esecuzione del contratto in relazione allo specifico e prestabilito apporto di ciascuna delle imprese raggruppate).

Passando, ora, alla rapida rassegna degli ulteriori significativi aspetti innovativi apportati dal Codice alla previgente disciplina, si rileva che l'art. 30 fornisce (per la prima volta) la definizione dell'istituto della concessione dei servizi pubblici, stabilendo - in linea di principio - che "nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio", salva - però - la necessità per il soggetto concedente di stabilire in sede di gara anche un prezzo (di cui non viene precisata la percentuale) qualora venga imposto al concessionario di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile

di impresa (ovvero quando sia indispensabile al fine di assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario in relazione alla qualità del servizio da prestare). Si dispone, poi, che - pur non applicandosi le ordinarie procedure contemplate dal Codice degli appalti - la scelta del concessionario del servizio pubblico deve avvenire (nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dai principi generali reattivi ai contratti pubblici) previa gara informale, alla quale devono essere invitati almeno cinque concorrenti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi (facendosi salve le discipline specifiche che prevedono forme più intense di tutela della concorrenza). Si fanno salve, infine - purchè conformi ai principi dell'ordinamento comunitario - le discipline specifiche che prevedono, in luogo della concessione di servizi a terzi, l'affidamento di servizi a soggetti che sono a loro volta amministrazioni aggiudicatrici.

In proposito - rammentato che la legislazione comunitaria non aveva mai riguardato specificamente le concessioni di servizi pubblici (in ragione delle troppe differenze esistenti al riguardo negli Stati membri dell'Unione Europea), salva l'affermazione di principi del tutto generali, e che la Commissione nella Comunicazione del 2004 (preso atto che le direttive vigenti inerivano i soli appalti) ha richiamato tutti gli Stati (in tale materia) al rispetto dei principi generali del Trattato, così come interpretati dalla Corte di Giustizia - si deve sottolineare, da un lato, che il soprariportato articolo 30 realizza l'inedita codificazione dei predetti principi individuati dalla giurisprudenza comunitaria e detta delle prescrizioni minime inderogabili circa la procedura di evidenza pubblica (sia pure di carattere informale) da seguire per la scelta del concessionario e, dall'altro, che per poter far luogo all'affidamento diretto dei servizi pubblici a soggetti che sono (a loro volta) amministrazioni aggiudicatrici (ossia P.A. o organismi di diritto pubblico) occorre che ricorrano tutte le altre condizioni fissate a livello comunitario (a partire dalla famosa sentenza "Teckal" della Corte di Giustizia del 1999) per legittimare "l'in house providing" (cioè, che l'affidatario del servizio non possa essere considerato autonomo sul piano decisionale rispetto all'Amministrazione titolare del servizio pubblico, sussistendo i due requisiti del "controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi" e "l'essenziale delle attività", ossia l'attività produttiva realizzata pressochè esclusivamente in favore della P.A. affidante). Rimanendo in tema, va inoltre segnalato criticamente che l'art. 32 terzo comma del Codice degli appalti pubblici prevede che le società a capitale misto pubblico-privato (anche con capitale pubblico non maggioritario) costituite per la realizzazione di un'opera pubblica o per la gestione di un servizio pubblico non sono tenute (in relazione alla realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio) ad applicare le disposizioni del "Codice" (tra cui quella dettata dall'art. 30 sulla necessità delle gara per l'affidamento della gestione di un servizio pubblico) nell'ipotesi in cui la scelta del socio privato (in possesso dei requisiti di

qualificazione normativamente prescritti in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita) sia avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica e la società mista provveda in via diretta alla esecuzione dell'opera o del servizio in misura superiore al 70% del relativo importo. E' noto, infatti, che l'orientamento legislativo e giurisprudenziale italiano che consentiva "tout court" l'affidamento diretto di appalti e concessioni in favore di società a capitale misto pubblico-privato è stato considerato dalla Commissione Europea in contrasto con il diritto comunitario (in quanto non integrante, di per sé, gli estremi giustificativi dell'affidamento "in house") e che si è posto il delicato problema della possibilità di considerare legittimo, dal punto di vista comunitario, l'affidamento dei servizi pubblici a società miste il cui socio privato sia stato scelto con una procedura di evidenza pubblica. Il punto di partenza che rende evidente la difficoltà di ricondurre tale fattispecie alla legittimità comunitaria è la constatazione che la società mista il cui socio privato sia stato scelto con gara risulta comunque beneficiaria (quanto meno sotto il profilo giuridico-formale) di un affidamento diretto e, quindi, contrario al diritto comunitario, nella misura in cui non ricorrono tutte le condizioni di esistenza di un affidamento "in house", da qui la necessità di chiarire se, e nel caso a quali condizioni, la messa in concorrenza del segmento socio pubblico-socio privato sia tale da sanare la mancata messa in concorrenza del segmento Amministrazione-società mista. A tal fine, appare sicuramente indispensabile che il nucleo della procedura di gara per la scelta del socio privato si sposti da una semplice operazione di privatizzazione (e, quindi, di vendita delle azioni in mano pubblica) ad una vera e propria procedura di affidamento (per quanto interessa nella presente sede) del servizio, condotta nel pieno rispetto del diritto comunitario.

Nella piena consapevolezza di ciò, il quinto comma dell'art. 113 del T.U. 18 Agosto 2000 n° 267 (nel testo modificato dall'art. 14 del D.L. 30 Settembre 2003 n° 269) permette l'affidamento diretto della gestione dei servizi pubblici locali (di rilevanza economica) alle società a capitale misto pubblico-privato "nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'esperimento di gare con procedure di evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche". Invece, l'art. 32 terzo comma del Codice degli appalti pubblici consente alla società mista di evitare la gara per l'affidamento della gestione del servizio pubblico (oltre che per la realizzazione dell'opera pubblica) limitandosi - sbrigativamente - a richiedere che la scelta del socio privato (in possesso dei requisiti di qualificazione) sia comunque avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica (del tutto genericamente indicate), senza alcuna precisazione - nemmeno nell'ambito dell'art. 1 secondo comma del "Codice" - in merito alle caratteristiche oggettive di tali procedure selettive (contenuti necessari del bando, precisazione della durata dell'affidamento del servizio rapportata alla durata

della società mista, eccetera) e delle garanzie (di rispetto delle norme interne e comunitarie) che dovrebbero essere assicurate dalle procedure stesse. Non può, poi, essere obliterato che l'art. 62 del "Codice" rende pienamente operativo in Italia (in relazione agli appalti di servizi e forniture e nei lavori pubblici di importo pari o superiore a quaranta milioni di euro) l'istituto della "forcella" (in precedenza, mai, realmente impiegato nella pratica). Si precisa, infatti, che nelle procedure ristrette, nonché nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara e nel dialogo competitivo (quale che sia l'oggetto del contratto), le stazioni appaltanti, quando lo richieda la difficoltà o la complessità dell'opera, della fornitura o del servizio, possono limitare il numero di candidati istanti ed in possesso dei requisiti di idoneità da invitare (purchè vi sia un numero sufficiente di candidati idonei), indicando nel bando di gara i criteri oggettivi non discriminatori e proporzionati (non meglio precisati dal Codice) che intendono (discrezionalmente) applicare al fine precipuo di selezionare i soggetti istanti idonei, eccedenti il numero massimo prestabilito (in quanto ritenuto opportuno per motivate esigenze di buon andamento).

Ancora - fotograficamente - occorre accennare:

- al fatto che l'art. 32 primo comma lettera g) ha disposto l'applicazione delle principali norme dettate dal "Codice" nell'ipotesi di lavori da realizzarsi da parte dei soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso stesso, stabilendo che il soggetto al quale viene rilasciato il titolo edilizio può assumere la veste di promotore presentando (entro 90 giorni dal rilascio del permesso di costruire) all'Amministrazione competente la progettazione preliminare delle opere di urbanizzazione e che, all'esito della gara bandita ed effettuata dal promotore, quest'ultimo può esercitare (se previsto dal bando di gara) un diritto di prelazione nei confronti dell'aggiudicatario mediante corresponsione del 3% del valore dell'appalto aggiudicato (contemplando una disciplina che non appare pienamente corrispondente alle prescrizioni provenienti dall'ordinamento comunitario, sia perché l'art. 32 riguarda solo i contratti di rilevanza comunitaria, sia in quanto si prevede che la gara venga indetta dal promotore e non dalla Pubblica Amministrazione); Comunque, per siffatti appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria, si deve tenere conto che - in forza del combinato disposto degli artt. 121 primo comma e 122 ottavo comma - le disposizioni dell'art. 32 primo comma lettera g) si applicano anche nell'ipotesi di opere di urbanizzazione ricomprese in un Piano di Lottizzazione (operando l'esclusione unicamente nel caso di singolo intervento edilizio assentito). - l'art. 10 del "Codice" estende a tutti i contratti pubblici di appalto il principio (già previsto per i lavori pubblici dalla

Legge Merloni) secondo cui per ogni singolo intervento da realizzarsi le Amministrazioni aggiudicatrici nominano un responsabile del procedimento unico per le fasi della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione;

- il successivo art. 11 prevede (tra l'altro) sia che la stazione appaltante provvede all'aggiudicazione definitiva dell'appalto previa verifica ed approvazione (da parte dell'organo competente) dell'aggiudicazione provvisoria, da compiersi entro il termine (normalmente) di trenta giorni, decorso inutilmente il quale l'aggiudicazione provvisoria si intende approvata, sia che l'aggiudicazione definitiva diventa efficace solo dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti in capo all'aggiudicatario, sia che (divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva) la stipulazione del contratto pubblico ha luogo (normalmente) entro il termine di 60 giorni;

- il medesimo articolo 11 estende, poi, a tutte le tipologie di appalto la previsione (antecedentemente vigente solo per le grandi opere pubbliche della c.d. Legge-obiettivo n° 443/2001) per cui il contratto di appalto non può comunque essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione (da eseguire d'ufficio, ai sensi dell'art. 79) ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, salvo eccezionali e motivate ragioni di particolare urgenza;

- l'art. 13 del "Codice" assume particolare rilevanza, poiché introduce, in relazione agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici di appalto, alcune regole "eterodosse" rispetto al sistema di accesso ai documenti amministrativi quale delineato dalla Legge 7 Agosto 1990 n° 241: intendiamo riferirci, in particolare, alle ipotesi di differimento dell'accesso rigorosamente fissate ex lege dal secondo comma dell'art. 13 (in distonia rispetto al potere discrezionale riconosciuto in proposito ai soggetti destinatari della richiesta di accesso dall'art. 24 sesto comma della Legge n° 241/1990), nonché alla radicale esclusione dal diritto di accesso (introdotta dal comma quinto dell'art. 13) relativa ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del "Codice", per la soluzione di liti potenziali o in atto, relative ai contratti di appalto, non temperata nemmeno dall'eccezione per l'ipotesi in cui i predetti pareri legali siano richiamati "per relationem" dalla motivazione di provvedimenti amministrativi adottati dalle amministrazioni aggiudicatrici;

- l'art. 27 del Codice degli appalti prescrive che l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del "Codice", debba - in ogni caso - avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di

trattamento, trasparenza, proporzionalità, e che l'affidamento degli stessi deve essere preceduto da un invito indirizzato almeno a cinque concorrenti (ove possibile); in relazione, poi, ai contratti di "sponsorizzazione" (e a quelli assimilabili), di cui siano parte un'amministrazione aggiudicatrice (o un ente aggiudicatore) e uno sponsor privato, l'art. 26 dispone che - allorché i lavori, i servizi e le forniture sono acquistati o realizzati a cura e spese dello sponsor (che si giova, quale vantaggio corrispettivo, della veicolazione pubblicitaria resa dall'aggiudicatore) - si applicano i principi del Trattato U.E. per la scelta dello sponsor (che deve aver luogo, dunque, tramite una procedura selettiva aperta e pubblicizzata, nel rispetto dei principi di imparzialità e par condicio e dei criteri selettivi prestabiliti);

- l'art. 91 del "Codice" contempla la necessità di far luogo alla gara "comunitaria" per l'affidamento degli incarichi di progettazione di lavori pubblici di importo pari o superiore a 100.000 euro, e introduce una gara informale tra almeno cinque soggetti per gli incarichi di progettazione di importo inferiore alla predetta cifra; tuttavia, il richiamo operato (a quest'ultimo proposito) alla procedura prevista dal sesto comma del precedente articolo 57 genera notevoli perplessità, poiché non appare agevole: desumere le informazioni circa gli operatori da consultare "dal mercato" (nazionale o locale?), stabilire come si applica il principio di rotazione nell'individuazione degli operatori da invitare, sulla base di quali criteri si individuano i cinque soggetti da invitare alla singola selezione, quali rimedi giuridici sono praticabili per gli operatori non invitati, eccetera;

- per i contratti al di sotto della soglia comunitaria, il dato maggiormente innovativo, oltre l'omogeneizzazione del quadro normativo di riferimento operata dal "Codice" (con il superamento del precedente sistema frammentato di disciplina per i lavori, i servizi e le forniture e con l'estensione all'ambito sotto-soglia di numerosi istituti generali, sia pure con talune semplificazioni procedurali), è il mantenimento dell'esclusione automatica delle offerte anomale, ma come libera opzione che potrà eventualmente essere prescelta dalla stazione appaltante inserendola nel bando di gara (e solo allorché il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso);

- per quanto attiene ai lavori, servizi e forniture in economia (acquisibili mediante "amministrazione diretta" o "cottimo fiduciario"), disciplinati principalmente dall'art. 125 del "Codice" (che, peraltro, detta disposizioni applicabili solo dopo l'entrata in vigore del nuovo Regolamento previsto dall'art. 5), è interessante osservare che la Sezione atti normativi del Consiglio di Stato aveva espresso il parere che le procedure di economia (in quanto distinte dagli affidamenti dei contratti pubblici sotto-soglia) non fossero ricomprese nell'ambito della legge-delega n° 62/2005, ma che - tuttavia - il

testo approvato del Codice degli appalti pubblici le disciplina ex novo, definendo espressamente il "cottimo fiduciario" come una procedura negoziata di affidamento a terzi.

Una trattazione autonoma ed approfondita meriterebbero le disposizioni degli articoli da 239 a 246 contenute nella Parte IV del Codice degli appalti, dedicata al "Contenzioso". Nella presente sintetica sede appare, però, sufficiente osservare - innanzitutto - che la Parte IV del "Codice" articola le diverse possibilità di soluzione del contenzioso "in subiecta materia", alcune delle quali si collocano al di fuori della giurisdizione (in particolare, la disciplina della transazione, dell'arbitrato e dell'accordo bonario finalizzata alla soluzione extragiudiziaria delle controversie relative ai diritti soggettivi inerenti la fase di esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture). Per quel che concerne la tutela giurisdizionale, si rileva che il primo comma dell'art. 244 del "Codice" si limita a ribadire il disposto testuale dell'art. 6 (primo comma) della Legge 21 Luglio 2000 n° 205 (che viene, infatti, espressamente abrogato dal successivo art. 256), aggiungendovi soltanto l'inciso "ivi incluse quelle risarcitorie" (che appare, però, pleonastico considerata la previsione di carattere generale dettata dagli artt. 35 Decreto Legislativo 31 Marzo 1998 n° 80 e ss.mm. e 7 Legge 6 Dicembre 1971 n° 1034 e ss.mm.). Invece, il secondo comma dell'art. 244, statuente che: "Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative ai provvedimenti sanzionatori emessi dall'Autorità", contiene rilevanti elementi di novità (rispetto al previgente art. 4 comma settimo della Legge 11 Febbraio 1994 n° 109 e ss.mm.), sia in relazione alla circostanza che all'Autorità contemplata dall'art. 6 del "Codice" è ora affidata la vigilanza su tutti i contratti pubblici di appalto (compresi quelli di servizi e forniture), sia perché è stato eliminato il termine abbreviato di 30 giorni (dalla data di ricezione dei provvedimenti) per la proposizione del ricorso al Giudice Amministrativo.

Ancora più innovativa del quadro normativo preesistente è la disposizione introdotta dal successivo comma dell'art. 244, tenuto conto che la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del G.A. delle controversie relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pare riferita (a differenza di quanto prima previsto dall'art. 6 della Legge 24 Dicembre 1993 n° 537 e ss.mm.) a tutte le tipologie di appalti pubblici (compresi quelli stipulati da soggetti diversi dalle Amministrazioni pubbliche, in senso stretto), nonché del fatto che viene contemplata un'ipotesi di giurisdizione esclusiva (peraltro, di assai dubbia compatibilità con i principi sanciti dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza n° 204/2004) riferita alle inedite ed eccezionali fattispecie sull'adeguamento dei prezzi negli appalti di lavori pubblici, di cui all'art. 133, terzo e quarto comma, del "Codice". In relazione alle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva del G.A. introdotte dalle sopramenzionate disposizioni contenute nei commi secondo e terzo dell'art. 244, va evidenziato il ragionevole dubbio di incostituzionalità

per eccesso di delega. Infatti, se è pur vero che gli articoli 72 e 81 delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (imponendo agli Stati membri di assicurare l'applicazione delle stesse con meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti, in conformità alla c.d. "direttiva ricorsi" del 1989) permettono al legislatore delegato di dettare disposizioni innovative in tema di "contenzioso", non può essere trascurato - però - sia che ciò non vale per i contratti sottosoglia, sia soprattutto che le previsioni delle predette direttive europee non appaiono idonee a consentire al Governo l'istituzione di nuove fattispecie di giurisdizione amministrativa esclusiva, in difetto di una corrispondente previsione della legge di delega n° 62/2005.

In ordine alle importantissime norme sugli "strumenti di tutela" dettate dagli artt. 245 e 246 del "Codice", ci sia consentito di soffermarci unicamente sul rilievo che, da un lato, la tutela cautelare "ante causam" introdotta dall'art. 245 (allo scopo di adeguarsi alle reiterate pronunce della Corte di Giustizia C.E. che hanno sancito l'esigenza comunitaria di siffatta forma di tutela cautelare) pone delicati problemi circa la costituzionalità della disparità di mezzi di tutela giurisdizionale venutasi a creare rispetto alle altre materie rientranti nella giurisdizione del Giudice Amministrativo e, dall'altro, l'esplicita (e generale) ammissione in tale settore dello strumento alternativo del ricorso amministrativo straordinario al Presidente della Repubblica sembra porsi (addirittura) in palese contrasto con il principio della ragionevolezza, ove si consideri che, mentre per il ricorso giurisdizionale è previsto un rito speciale estremamente accelerato (delineato dall'art. 23 bis della Legge 6 Dicembre 1971 n° 1034 e ss.mm.) caratterizzato dalla dimidiazione di tutti i termini processuali e da particolari restrizioni in tema di concessione della tutela cautelare (richiedendosi l'esistenza in capo al ricorrente di un pregiudizio di estrema gravità ed urgenza), nulla di simile è previsto per l'ipotesi alternativa del ricorso straordinario, essendo richiamato (anzi) espressamente l'art. 3 comma quarto della Legge 21 Luglio 2000 n° 205, statuyente che: "nell'ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica può essere concessa, a richiesta del ricorrente, ove siano allegati danni gravi ed irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto, la sospensione dell'atto medesimo".

E tale incongruenza raggiunge il paradosso, se riferita alle controversie relative alle infrastrutture strategiche ed agli insediamenti produttivi di preminente interesse nazionale (di cui alla Legge-obiettivo 21 Dicembre 2001 n° 443), tenuto anche conto che nel procedimento giustiziale di ricorso straordinario al Capo dello Stato non è ammissibile la richiesta di condanna al risarcimento del danno.

## **Le disposizioni correttive e integrative del Codice degli appalti.**

Il Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163 (pubblicato nel Supplemento Ordinario della Gazzetta Ufficiale del 2 Maggio 2006 ed entrato in vigore in data 1° Luglio 2006), ossia il "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (noto anche come Codice "De Lise") trae origine dalla specifica "delega al Governo per l'attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/Ce del 31 Marzo 2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio", conferita dall'art. 25 della Legge 18 Aprile 2005 n° 62 (c.d. Legge Comunitaria per l'anno 2004). Trattasi di una delega legislativa connotata da rilevanti peculiarità e di portata molto più ampia di quella prevista, in generale, dalla medesima "Legge Comunitaria per l'anno 2004" (finalizzata alla mera attuazione delle direttive comunitarie in essa elencate).

La lettura dei quattro criteri direttivi fissati dall'art. 25 della citata Legge 18 Aprile 2005 n° 62 ("a": compilazione di un unico testo normativo recante le disposizioni legislative in materia di procedure di appalto disciplinate dalle due direttive, coordinando anche le altre disposizioni in vigore, nel rispetto dei principi del Trattato istitutivo dell'Unione Europea; "b": semplificazione delle procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione delle normative comunitarie, finalizzata al contenimento dei tempi e la massima flessibilità degli strumenti giuridici; "c": conferimento all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, in attuazione della normativa comunitaria, dei compiti di vigilanza nei settori oggetto della presente disciplina; "d": adeguare la normativa alla sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 7 Ottobre 2004 nella causa C-247/02) rende evidente che non si è assolutamente in presenza di una delega limitata alla raccolta delle norme preesistenti da coordinare con le recenti direttive europee del 2004, ma che la volontà del legislatore delegante è nel senso di affidare al Governo (in sede "codicistica") la definizione della nuova disciplina unitaria e tendenzialmente omnicomprensiva dell'intero comparto degli appalti pubblici (inerenti i contratti sopra e sotto la soglia di rilevanza comunitaria, i "settori ordinari", i "settori speciali" e le "grandi opere" della Legge-obiettivo) sulla base dei predetti principi direttivi, il cui tenore - assai generico - lascia, con ogni evidenza, amplissimi spazi di discrezionalità al Governo delegato. Infatti, a parte la necessità di recepire le Direttive del Parlamento e del Consiglio Europeo 2004/17/CE e 2004/18/CE (che hanno raccolto e coordinato in un unico testo - rispettivamente - tutte le direttive europee in precedenza emanate in tema di procedure di appalto degli enti dei c.d. "settori speciali", e di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi) e di conformarsi all'intero tessuto ordinamentale

comunitario (come interpretato dalla Corte di Giustizia di Lussemburgo), l'ulteriore criterio direttivo - che sancisce l'obbligo di semplificare le procedure di affidamento, al fine di favorire il contenimento dei tempi e la massima flessibilità degli strumenti giuridici - è estremamente generico e consente soluzioni finali attuative anche profondamente diverse, a seconda della visione "politica" d'insieme del soggetto governativo delegato. Se a ciò si aggiunge che l'art. 25 terzo comma della Legge-delega n° 62/2005 prevede la possibilità di emanare - sempre in forza dei medesimi soprariportati principi direttivi - disposizioni correttive e integrative del Codice degli appalti pubblici, entro due anni dalla data di entrata in vigore del primo decreto legislativo di emanazione del Codice stesso, ben si comprende che il testo originario del Codice "De Lise" si presenti oggi come profondamente modificato rispetto al suo impianto originario e, ancor di più, in relazione alla bozza originariamente predisposta dalla Commissione di esperti appositamente istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (c.d. Commissione "De Lise"), che conteneva forti elementi di flessibilità e semplificazione, espressivi di un disegno di completa discontinuità rispetto al quadro normativo previgente in materia (soprattutto nel settore dei lavori pubblici).

Il Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163 si poneva, consapevolmente e volutamente, in deciso contrasto con le ardite scelte compiute negli anni '90 dalle c.d. "Leggi Merloni" (che si erano discostate, in maniera rilevante, dalla disciplina comunitaria, sancendo - tra l'altro - la rigida separazione tra l'attività di progettazione e quella di esecuzione delle opere pubbliche e riducendo drasticamente le ipotesi un cui è consentito l'affidamento di lavori pubblici mediante trattativa privata e l'introduzione di varianti progettuali in corso di esecuzione dell'appalto), sposando in pieno una logica più attenta alle esigenze liberiste europee e di flessibilità degli istituti giuridici sui contratti pubblici, che alla necessità di prevenire ogni possibile abuso nella realtà pratica.

Il nuovo Governo (insediatosi nell'anno 2006), emanando - con il Decreto Legislativo 26 Gennaio 2007 n° 6 e (soprattutto) con il Decreto Legislativo 31 Luglio 2007 n° 113 - le disposizioni correttive e integrative del Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163, si muove, invece, in un'ottica di maggiore prudenza tendente - in senso complessivo - ad attenuare (per quanto possibile) il salto compiuto rispetto alla normativa delle "Leggi Merloni" ed a ridurre (in qualche misura) gli spazi di discrezionalità delle stazioni appaltanti e gli "eccessi" di flessibilità degli istituti giuridici contemplati nel comparto degli appalti pubblici.

Per il vero, il primo Decreto delegato n° 6/2007 si è - sostanzialmente - limitato a dettare poche disposizioni correttive e integrative del Codice "De Lise", essenzialmente di carattere transitorio, rinviando - ulteriormente - alla data del 1° Agosto 2007 (rectius: alle procedure i cui bandi o avvisi siano pubblicati successivamente al 1° Agosto 2007) l'applicazione di talune delle disposizioni più innovative introdotte dal Codice degli appalti e precisamente: l'art. 33 in tema di "centrali di

committenza", l'art. 58 sul "dialogo competitivo", l'art. 59 relativamente agli "accordi quadro" (dei settori ordinari), l'art. 53 secondo e terzo comma sulla c.d. "liberalizzazione" dell'appalto integrato di lavori pubblici (con la connessa eliminazione dell'appalto-concorso), e gli artt. 56 e 57 in tema di procedura negoziata (limitatamente ai lavori pubblici di qualsiasi importo nei settori ordinari).

Per quanto attiene, poi, l'istituto dell'avvalimento (che, notoriamente, è uno dei profili innovativi di maggiore impatto del Codice "De Lise", disciplinante le modalità con cui un soggetto si può avvalere, sia per le singole gare che per i sistemi di qualificazione, dei requisiti di capacità tecnica, economica e finanziaria di un altro soggetto, senza legami giuridici - di carattere soggettivo - con lo stesso, la cui introduzione ha spostato l'asse dell'accertamento della capacità richiesta per l'esecuzione di un appalto pubblico verso il futuro, potendo - ora - il soggetto partecipante dimostrare - in conformità al principio comunitario dell'effetto utile - che disporrà dei mezzi e delle risorse necessarie per lo svolgimento delle prestazioni contrattuali al momento dell'assunzione e dell'esecuzione degli impegni negoziali, e non necessariamente già all'atto della procedura selettiva), va sottolineato quanto segue.

Mentre la stesura originaria dell'art. 49 decimo comma del Codice - in perfetta adesione alla principale caratteristica che distingue l'avvalimento dal tradizionale fenomeno dei Raggruppamenti Temporanei d'Imprese, consistente nel fatto che il soggetto che mette a disposizione i propri mezzi (impresa ausiliaria) rimane estraneo alla gara indetta per l'affidamento ed alla esecuzione del appalto, non assumendo il ruolo di appaltatore né di sub-appaltatore - stabiliva che: "Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara ... e l'impresa ausiliaria non può assumere a qualsiasi titolo il ruolo di appaltatore o di sub-appaltatore" (norma applicabile, in virtù dell'art. 253 comma 1-bis lettera "b", ai contratti di appalto i cui bandi o avvisi fossero stati pubblicati successivamente al 1° Febbraio 2007), le prime disposizioni correttive e integrative introdotte con il Decreto Legislativo 26 Gennaio 2007 n° 6 (dopo aver soppresso la lettera "b" del comma 1-bis dell'art. 253) hanno previsto, invece, che: "l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di sub-appaltatore, nei limiti dei requisiti prestati".

Per il resto, solo poche altre disposizioni correttive e di coordinamento di carattere tecnico e di modesta incidenza sulla portata complessiva del Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163, tra cui l'opportuna precisazione che le previgenti disposizioni di legge abrogate (a decorrere dal 1° Luglio 2006) dall'art. 256 primo comma del Codice degli appalti, ove riferite alle fattispecie elencate dall'art. 253 commi 1-bis e 1-ter, continuano ad applicarsi per il periodo transitorio esteso sino alla data del 31 Luglio 2007.

Di ben altra consistenza ed impatto pratico appaiono le "ulteriori disposizioni correttive e integrative del Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163" emanate dal Governo con il recentissimo Decreto Legislativo 31 Luglio 2007 n° 113.

Invertendo l'ordine seguito dal legislatore delegato, va segnalata - innanzitutto - la sensibile modifica introdotta al regime transitorio attraverso l'inserimento dei commi 1-quater e 1-quinquies all'art. 253 del Codice degli appalti, che (rispettivamente) rinviava l'applicazione dell'istituto del "dialogo competitivo" (art. 58) e le prescrizioni dettate dall'art. 53 secondo e terzo comma (sulla c.d. liberalizzazione dell'appalto integrato nei lavori pubblici) alle procedure i cui bandi o avvisi siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del Regolamento di cui all'articolo 5, senza considerare - però - dal un lato, che il termine per l'adozione del predetto Regolamento di attuazione contemplato dall'art. 253 secondo comma (un anno dalla data di entrata in vigore del Codice) era già inutilmente decorso all'atto dell'emanazione del Decreto Legislativo 31 Luglio 2007 n° 113 e, dall'altro, che le disposizioni in tema di "dialogo competitivo" (procedura assolutamente inedita nel panorama italiano contemplata per l'ipotesi di appalti particolarmente complessi nella quale, a differenza delle normali procedure in cui è l'Amministrazione a definire gli aspetti tecnici e finanziari dell'intervento sui quali i concorrenti devono confrontarsi, la stazione appaltante avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura al fine di elaborare la soluzione tecnico-finanziaria più idonea a soddisfare le sue necessità-obiettivi e sulla base della quale i candidati selezionati saranno, poi, invitati a presentare le loro offerte finali contenenti tutti gli elementi necessari all'esecuzione del progetto) e di "appalto integrato" hanno matrice essenzialmente europea, trattandosi di istituti strategici previsti da direttive comunitarie, i cui termini di recepimento nell'ordinamento italiano sono ormai scaduti da un pezzo.

Tra i contratti segretati o che esigono particolari misure di sicurezza elencati dall'art. 17 del Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163 - esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice degli appalti - vengono inclusi dal Decreto Legislativo 31 Luglio 2007 n° 113 anche le opere, i servizi e le forniture destinati ad attività dell'amministrazione della giustizia (sempre nei soli casi in cui sono effettivamente richieste misure speciali di sicurezza o di segretezza). All'art. 53, commi secondo e terzo, (la cui applicazione, come detto, è stata rinviata alle procedure i cui bandi o avvisi siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del Regolamento di cui all'articolo 5) viene aggiunta la seguente prescrizione: "l'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva, per la progettazione esecutiva e per l'esecuzione dei lavori"; e si prevede, inoltre, che "nel caso in cui, ai sensi del comma terzo, l'appaltatore si avvale di uno o più soggetti qualificati alla realizzazione del progetto, la stazione appaltante può indicare nel bando di gara le modalità per la corresponsione diretta al progettista

della quota del compenso corrispondente agli oneri di progettazione, al netto del ribasso d'asta, previa approvazione del progetto".

Inoltre, si riducono sensibilmente le ipotesi nelle quali è possibile aggiudicare i contratti pubblici mediante procedura negoziata, previa pubblicazione di un bando di gara, sopprimendo le fattispecie previste dalle lettere b) e c) dell'art. 56 prima comma del Codice degli appalti (ossia: i casi eccezionali in cui la particolare natura dei lavori, servizi e forniture o la presenza di imprevisti non imputabili alla stazione appaltante non consentissero la fissazione preliminare e globale dei prezzi; e, per i servizi finanziari o di carattere intellettuale, quando la natura della prestazione da fornire rendesse impossibile stabilire le specifiche del contratto con sufficiente precisazione).

Tra le fattispecie nelle quali l'art. 57 del Codice consente la procedura negoziata, senza previa pubblicazione di un bando di gara, il Decreto Legislativo 31 Luglio 2007 n° 113 elimina quella dei "nuovi lavori, conformi ad un progetto di base, consistenti nella ripetizione di lavori analoghi già affidati (nel triennio precedente) all'aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante mediante procedura di gara aperta o ristretta, il cui bando prevedesse tale possibilità".

In relazione al "dialogo competitivo" (la cui applicazione, come detto, è stata rinviata alle procedure i cui bandi o avvisi siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del Regolamento di cui all'articolo 5), viene ora previsto che: "Il ricorso al dialogo competitivo, per i lavori, è consentito previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici" (e, per i lavori relativi ai beni culturali, anche al parere del Consiglio superiore dei beni culturali).

Si conferma l'esclusione dell'istituto del "dialogo competitivo" in relazione alle grandi opere della Legge-obiettivo e si stabilisce che i pareri di cui sopra sono resi entro trenta giorni dalla richiesta, altrimenti l'Amministrazione può comunque procedere.

Per ciò che attiene gli "accordi quadro" contemplati dall'art. 59 del Codice degli appalti, il Decreto Legislativo 31 Luglio 2007 n° 113 prevede - ora - che, per i lavori pubblici, le stazioni appaltanti possono concludere accordi quadro (sempre previa apposita gara indetta al fine di individuare le parti di tali accordi) esclusivamente in relazione ai lavori di manutenzione, essendo stato soppresso l'inciso "e negli altri casi da prevedersi nel Regolamento", con il contestuale irrigidimento dell'esclusione per la progettazione e per gli altri servizi di natura intellettuale, in ragione della disposta eliminazione di ogni eccezione al riguardo.

Appaiono rilevanti anche le modificazioni operate vuoi all'art. 84 quarto e ottavo comma del Codice, con l'inserimento della puntualizzazione che "la Commissione giudicatrice per l'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è presieduta, in caso di mancanza in organico della figura del dirigente, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali", e della precisazione che i componenti della predetta Commissione

giudicatrice, diversi dal Presidente, nel caso di accertata carenza di adeguate professionalità nell'organico della stazione appaltante o negli altri casi previsti dal Regolamento, sono scelti innanzitutto tra i funzionari di altre amministrazioni aggiudicatrici (oltre che tra i professionisti con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali e tra i professori universitari di ruolo), vuoi all'art. 110 del Codice, essendo adesso prevista, per i concorsi di progettazione e per i concorsi di idee di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, la procedura di gara informale di cui all'art. 57 sesto comma, con invito rivolto ad almeno cinque soggetti (con la statuizione aggiuntiva che: "Nel Regolamento di cui all'articolo 5 sono dettate disposizioni volte ad assicurare l'adeguata partecipazione di giovani professionisti").

In relazione ai contratti di lavori pubblici sotto la soglia comunitaria, il Decreto Legislativo 31 Luglio 2007 n° 113, inserisce nell'art. 122 del Codice "De Lise" l'importante prescrizione che: "Le stazioni appaltanti possono ricorrere ai contratti di cui all'art. 53 comma secondo lettere b) e c) ("appalto integrato") qualora riguardino lavori di speciale complessità o in caso di progetti integrali, come definiti rispettivamente dal Regolamento di cui all'articolo 5, ovvero riguardino lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici".

Di straordinaria rilevanza pratica sono, poi, le disposizioni correttive dettate in tema di "Promotore Finanziario", posto che l'art. 153 del Codice degli appalti stabilisce, adesso, che le proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità (inseriti nella programmazione triennale di cui all'art. 128 ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice), tramite contratti di concessione, sono presentate non più entro il 30 Giugno di ogni anno, bensì "entro 180 giorni dalla pubblicazione dell'avviso indicativo di cui al terzo comma", nel mentre risulta soppressa l'originaria previsione contenuta nell'ultimo periodo dello stesso terzo comma e nel successivo articolo 154 che contemplava il diritto del promotore di essere preferito ai soggetti presentatori delle due migliori offerte formulate in occasione della propedeutica gara, nella successiva procedura negoziata finalizzata all'aggiudicazione della relativa concessione (ove il promotore finanziario avesse inteso adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti).

Tra le principali disposizioni di coordinamento contemplate dall'art. 2 del Decreto Legislativo 31 Luglio 2007 n° 113 vanno segnalate, in primo luogo, quelle concernenti l'art. 32 primo comma lettera g) del Codice, per cui - ora - le norme contenute nella Parte I, II, IV e V del Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163 si applicano ai lavori pubblici, di importo pari o superiore alla soglia di rilevanza comunitaria, da realizzarsi da parte di soggetti privati titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo del contributo previsto per il rilascio del permesso, con l'introdotta precisazione che la gara finalizzata

all'aggiudicazione di tali lavori pubblici verrà bandita ed effettuata non già dal promotore (titolare del permesso di costruire), bensì dall'Amministrazione che rilascia il permesso di costruire, e che il promotore può esercitare (purchè previsto nel bando di gara) il diritto di prelazione nei confronti dell'aggiudicatario corrispondendogli il 3% del valore dell'appalto aggiudicato, ma solo se in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dall'art. 40 in relazione alla tipologia ed all'importo delle opere di urbanizzazione; nel mentre, per siffatti lavori pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria - in forza del nuovo testo dell'art. 122 ottavo comma del Codice - le predette disposizioni di cui all'art. 32 primo comma lettera g) non si applicano alle sole opere di urbanizzazione primaria correlate o funzionalmente connesse all'intervento edilizio assentito (quindi, per il resto, viene estesa l'applicazione anche ai lavori pubblici urbanizzativi sotto-soglia); con la statuizione aggiuntiva che: "Prima dell'avvio dell'esecuzione delle opere, gli uffici tecnici delle Amministrazioni locali interessate trasmettono alle competenti Procure regionali della Corte dei Conti gli atti adottati e tutta la documentazione relativamente agli interventi edilizi da realizzare a scampo degli oneri di urbanizzazione, ai sensi del presente comma".

La regola dell'art. 91 primo comma del Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163, secondo cui per l'affidamento degli incarichi di progettazione in materia di lavori pubblici di importo pari o superiore a 100.000 euro si applicano le disposizioni contenute nella Parte II e III del Codice, viene estesa (con il Decreto Legislativo 31 Luglio 2007 n° 113) anche agli incarichi di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori e di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, e negli stessi termini è estesa la differente regola procedurale dettata dal successivo secondo comma per gli incarichi di importo inferiore alla predetta soglia di 100.000 euro. Sono molto rilevanti, inoltre, le modificazioni introdotte all'art. 142 del Codice, il cui nuovo testo estende la disciplina contenuta nel Capo II del Titolo III della Parte II a tutte le concessioni di lavori pubblici ed agli appalti di lavori affidati dai concessionari di lavori pubblici, anche quando il valore delle concessioni sia inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria fissata per i lavori pubblici dall'articolo 28 (attualmente, 5.278.000 euro).

Il Decreto Legislativo 31 Luglio 2007 n° 113, dopo aver aggiunto alla rubrica del Capo III del Titolo II della Parte II del Codice dei contratti pubblici (prima intitolata "Promotore Finanziario, Società di progetto") l'inciso "e disciplina della locazione finanziaria per i lavori", recepisce nel nuovo art. 160 bis del Codice l'istituto della "locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità", così come disciplinato dall'art. 1 commi 907-908-912-913 della Legge Finanziaria 27 Dicembre 2006 n° 296, nel mentre con l'art. 42, comma 4-bis, viene trasposta nell'appropriata sede codicistica la disposizione introdotta dall'art. 1 comma 914 della medesima Legge Finanziaria per l'anno 2007 ("Al fine di assicurare la massima estensione dei principi comunitari e delle regole di

concorrenza negli appalti di servizi o di servizi pubblici locali, la stazione appaltante considera, in ogni caso, rispettati i requisiti tecnici prescritti anche ove la disponibilità dei mezzi tecnici necessari e idonei all'espletamento del servizio sia assicurata mediante contratti di locazione finanziaria con soggetti terzi"). Con riferimento all'inserimento nell'ambito del Codice degli appalti della "Locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità", quale nuovo strumento per la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di tali opere, non si può fare a meno di evidenziare alcune aporie, tra cui - in primo luogo - la mancanza della definizione delle caratteristiche "strutturali" dell'innovativo istituto nell'apposita sede costituita dall'articolo 3 del Codice "De Lise", per cui lo stesso assume contorni sbiaditi ed incerti nella generica descrizione operata esclusivamente dal menzionato art. 160 bis ("Per la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità i committenti tenuti all'applicazione del presente Codice possono avvalersi anche del contratto di locazione finanziaria. Nei casi di cui al comma 1, il bando, ferme le altre indicazioni previste dal presente Codice, determina i requisiti soggettivi, funzionali, economici, tecnico-realizzativi ed organizzativi di partecipazione, le caratteristiche tecniche ed estetiche dell'opera, i costi, i tempi e le garanzie dell'operazione, nonché i parametri di valutazione tecnica ed economica-finanziaria dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'offerente di cui al comma 2 può essere anche una associazione temporanea costituita dal soggetto finanziatore e dal soggetto realizzatore, responsabili, ciascuno, in relazione alla specifica obbligazione assunta, ovvero un contraente generale... L'adempimento degli impegni della stazione appaltante resta in ogni caso condizionato al positivo controllo della realizzazione ed alla eventuale gestione funzionale dell'opera secondo le modalità previste"). Il terzo comma di quest'ultima norma sembra postulare la necessaria presenza di un soggetto finanziatore dell'opera (pubblica o di pubblica utilità) diverso dalla stazione appaltante come, d'altra parte, suggerisce la nozione di locazione finanziaria (leasing) delineata dalla giurisprudenza civile, ma - indubbiamente - sarebbe stata opportuna una maggiore precisione definitoria nell'operata introduzione del contratto di locazione finanziaria nel "comparto" dei lavori pubblici.

In ogni caso, va stigmatizzato il mancato coordinamento con il testo dell'art. 53 primo comma del Codice degli appalti, statuente ancora adesso che: "i lavori pubblici possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione, come definiti all'articolo 3". Tra le ulteriori disposizioni correttive e integrative del Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163 (dettate dal Decreto Legislativo 31 Luglio 2007 n° 113), si ritiene opportuno rammentare in questo scritto l'aggiunta inserita alla norma transitoria dell'art. 253 terzo comma del Codice, secondo cui "per i lavori pubblici, fino all'adozione del nuovo Capitolato generale, continua ad applicarsi il Decreto

Ministeriale 19 Aprile 2000 n° 145, se richiamato nel bando, nei limiti di compatibilità con il presente Codice".

Infine, un rapido cenno deve essere fatto alle modifiche introdotte dal Decreto Legislativo 31 Luglio 2007 n° 113 al precipuo fine di assicurare più penetranti forme di vigilanza in materia di contratti pubblici e di tutelare più efficacemente le condizioni di lavoro e i diritti dei lavoratori nell'esecuzione dei predetti contratti. All'art. 5, comma quinto, del Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163 è ora previsto che il Regolamento detterà le disposizioni di attuazione ed esecuzione del Codice degli appalti, relativamente ai requisiti soggettivi, ricomprendendovi anche la regolarità contributiva attestata dal documento unico di cui all'art. 2, secondo comma, del Decreto Legge 25 Settembre 2002 n° 210 (convertito dalla Legge 22 Novembre 2002 n° 266), e prevedendo necessariamente l'intervento sostitutivo della stazione appaltante in caso di inadempienza retributiva e contributiva dell'appaltatore.

Nell'ambito dell'art. 40 del Codice dei contratti pubblici (che regola la qualificazione per eseguire a qualsiasi titolo i lavori pubblici, disponendo che il sistema di qualificazione è attuato da organismi di diritto privato, appositamente autorizzati dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici), il Decreto Legislativo 31 Luglio 2007 n° 113 inserisce ex novo le seguenti importanti prescrizioni normative:

- (al comma terzo) "Le SOA nell'esercizio dell'attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici svolgono funzioni di natura pubblicistica, anche agli effetti dell'articolo 1 della Legge 14 Gennaio 1994 n° 20. In caso di false attestazioni dalle stesse rilasciate si applicano gli articoli 476 e 479 del codice penale. Prima del rilascio delle attestazioni, le SOA verificano tutti i requisiti dell'impresa richiedente".

- (al comma 9-bis) "Le SOA sono responsabili della conservazione della documentazione e degli atti utilizzati per il rilascio delle attestazioni anche dopo la cessazione dell'attività di attestazione. Le SOA sono altresì tenute a rendere disponibile la documentazione e gli atti ai soggetti indicati nel Regolamento, anche in caso di sospensione o revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione; in caso di inadempimento, si applicano le sanzioni amministrative pecuniarie previste dall'articolo 6, comma 11. In ogni caso, le SOA restano tenute alla conservazione della documentazione e degli atti di cui al primo periodo per dieci anni o nel diverso termine indicato con il Regolamento di cui all'articolo 5".

- (al comma 9-ter) "Le SOA hanno l'obbligo di revocare l'attestazione di qualificazione qualora accertino che la stessa sia stata rilasciata in carenza dei requisiti prescritti dal Regolamento, ovvero che sia venuto meno il possesso dei predetti requisiti; in caso di inadempienza l'Autorità procede a revocare alla SOA l'autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione".

All'art. 118 del Codice "De Lise" (che disciplina il subappalto dei contratti pubblici), al quarto comma (statuente che "l'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento"), è aggiunta la seguente previsione: "L'affidatario corrisponde gli oneri della sicurezza, relativi alla prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso; la stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, ovvero il direttore dell'esecuzione, provvede alla verifica dell'effettiva applicazione della presente disposizione. L'affidatario è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di quest'ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente".

Al sesto comma dell'art. 118 sono inserite le seguenti ulteriori disposizioni correttive: "Ai fini del pagamento degli stati di avanzamento dei lavori o dello stato finale dei lavori, l'affidatario e, suo tramite, i subappaltatori trasmettono all'amministrazione o ente committente il documento unico di regolarità contributiva, nonché copia dei versamenti agli organismi paritetici previsti dalla contrattazione collettiva, ove dovuti".

Dopo il comma sesto, viene aggiunto il seguente comma 6-bis: "Al fine di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso ed irregolare nel settore dell'edilizia, le Casse Edili, sulla base di accordi stipulati a livello regionale con INPS e INAIL, rilasciano il documento unico di regolarità contributiva comprensivo della verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa al cantiere interessato dai lavori, ai sensi dell'articolo 1, commi 1173 e 1174 della Legge 27 Dicembre 2006 n° 296".

E' appena il caso di segnalare la straordinaria incisività della introdotta "verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa al cantiere interessato dai lavori", da riportare nel D.U.R.C. rilasciato dalle Casse Edili.

Da ultimo, va sottolineato l'avvenuto inserimento nell'art. 135 del Codice (ora intitolato "Risoluzione del contratto per reati accertati e per revoca dell'attestazione di qualificazione) del comma 1-bis, alla stregua del quale: "Qualora nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta la revoca dell'attestazione di qualificazione, per avere prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultante dal casellario informatico, la stazione appaltante procede alla risoluzione del contratto".

**Le ulteriori disposizioni correttive e integrative del Codice degli appalti pubblici  
emanate con il Decreto Legislativo 11 Settembre 2008 n° 152.**

E' appena il caso di rammentare che, con il Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163 (pubblicato nel Supplemento Ordinario della Gazzetta Ufficiale del 2 Maggio 2006 ed entrato in vigore in data 1° Luglio 2006), è stato approvato il "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE" (noto anche come Codice degli appalti pubblici) e che il predetto Decreto Legislativo n° 163/2006 trae origine dalla specifica "delega al Governo per l'attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE del 31 Marzo 2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio", conferita dall'art. 25 della Legge 18 Aprile 2005 n° 62 (c.d. Legge Comunitaria per l'anno 2004).

Diamo per noti, altresì, i quattro criteri direttivi (in verità, piuttosto generici) fissati dal menzionato art. 25 della citata Legge 18 Aprile 2005 n° 62: a) compilazione di un unico testo normativo recante le disposizioni legislative in materia di procedure di appalto disciplinate dalle due direttive, coordinando anche le altre disposizioni in vigore, nel rispetto dei principi del Trattato istitutivo dell'Unione Europea; b) semplificazione delle procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione delle normative comunitarie, finalizzata al contenimento dei tempi e la massima flessibilità degli strumenti giuridici; c) conferimento all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, in attuazione della normativa comunitaria, dei compiti di vigilanza nei settori oggetto della presente disciplina; d) adeguare la normativa alla sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 7 Ottobre 2004 nella causa C-247/02.

L'art. 25 terzo comma della Legge-delega n° 62/2005 prevede, poi, la possibilità di emanare - sempre in forza dei medesimi soprariportati principi direttivi - disposizioni correttive e integrative del Codice degli appalti pubblici, entro il termine di due anni dalla data di entrata in vigore del primo decreto legislativo di emanazione del Codice stesso e nel rispetto delle procedure contemplate dall'art. 1 della medesima legge.

Il Governo di centro-sinistra (insediatosi nell'anno 2006) aveva già emanato - con il Decreto Legislativo 26 Gennaio 2007 n° 6 e (soprattutto) con il Decreto Legislativo 31 Luglio 2007 n° 113 - le disposizioni correttive e integrative del Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163, muovendosi in un'ottica di maggiore prudenza (rispetto al testo originario del Codice "De Lise") tendente - in senso complessivo - ad attenuare (per quanto possibile) il salto compiuto rispetto alla normativa delle "Leggi Merloni" ed a ridurre (in qualche misura) gli spazi di discrezionalità delle stazioni appaltanti e gli "eccessi" di flessibilità degli istituti giuridici contemplati nell'intero comparto degli

appalti pubblici. Adesso, il nuovo Governo in carica ha adottato, con il recentissimo Decreto Legislativo 11 Settembre 2008 n° 152 - pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (S.O.) n° 231 del 2 Ottobre 2008, ed entrato quindi in vigore dal 17 Ottobre 2008 - le "Ulteriori disposizioni correttive e integrative del Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25 terzo comma della Legge 18 Aprile 2005 n° 62".

Detto ciò, e iniziando l'esame delle principali "Disposizioni (correttive e integrative) di adeguamento comunitario" previste dall'art. 1 del Decreto Legislativo 11 Settembre 2008 n° 152, appare opportuno segnalare, in primo luogo, quella introdotta in (dichiarata) ottemperanza alla sentenza della Corte di giustizia C.E. di Lussemburgo 15 Maggio 2008 (C-147/06 e C-148/06), secondo cui: "Le norme fondamentali del Trattato C.E. relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, nonché il principio generale di non discriminazione, ostano a una normativa nazionale che, per quanto concerne gli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria e che presentano un interesse transfrontaliero certo, imponga tassativamente alle Amministrazioni aggiudicatrici, qualora il numero delle offerte valide sia superiore a cinque, di procedere all'esclusione automatica delle offerte considerate anormalmente basse rispetto alla prestazione da fornire, in base all'applicazione di un criterio matematico previsto da tale normativa, precludendo alle suddette amministrazioni aggiudicatrici qualsiasi possibilità di verificare la composizione di tali offerte richiedendo agli offerenti interessati precisazioni in merito a queste ultime; salva tuttavia la possibilità di fissare una soglia ragionevole al di sopra della quale si applicherebbe l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse a motivo appunto del numero eccessivamente elevato di offerte che potrebbe obbligare l'Amministrazione aggiudicatrice a procedere alla verifica in contraddittorio di un numero di offerte talmente alto da eccedere la sua capacità amministrativa o da poter compromettere la realizzazione del progetto a causa del ritardo che tale verifica potrebbe comportare".

Il Governo italiano ha ritenuto di adeguarsi alla soprariportata pronuncia della Corte di giustizia della U.E. modificando gli articoli 122 e 124 del Codice (relativi, rispettivamente, agli appalti di lavori pubblici sotto soglia ed agli appalti di servizi e forniture sotto soglia).

In particolare, con il Decreto Legislativo 11 Settembre 2008 n° 152, sono state inserite all'inizio del primo periodo del comma nove dell'art. 122 (statuente: "Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 86, in tal caso non si applica l'art. 86 comma quinto") le seguenti parole "Per lavori d'importo inferiore o pari a 1 milione di Euro" (anziché, dunque, per tutti

gli appalti di lavori sotto la soglia di 5,278 milioni di Euro), nonché al secondo periodo (statuente: "Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a cinque") sostituendo le parole "inferiore a cinque", con quelle "inferiore a dieci". Parallelamente, sono state inserite all'inizio del primo periodo del comma otto dell'art. 124 le parole "Per servizi e forniture d'importo inferiore o pari a 100.000 Euro" (anziché, dunque, per tutti gli appalti di servizi e per le forniture sotto la soglia di 211.000 Euro ovvero di 137.000 Euro per le autorità governative centrali), nonché al secondo periodo (statuente: "Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a cinque") sostituite le parole "inferiore a cinque", con quelle "inferiore a dieci".

In proposito, va però segnalato che, a ben vedere, già il testo originario dei soprariportati articoli 122 e 124 del Codice degli appalti pubblici non sembrava porsi in contrasto rispetto a principi fondamentali del Trattato C.E. (così come interpretati dalla menzionata sentenza della Corte di giustizia del 15 Maggio 2008), poiché non imponeva tassativamente alle Amministrazioni aggiudicatrici (negli appalti di lavori, servizi e forniture sotto soglia) di procedere immancabilmente all'esclusione automatica delle offerte considerate anormalmente basse rispetto alla prestazione da fornire in base alla rigida applicazione di un criterio matematico, posto che contemplava - invece - la facoltà discrezionale delle stazioni appaltanti di prevedere (o meno) nei bandi di gara il meccanismo dell'esclusione automatica.

Un'altra importantissima disposizione correttiva di adeguamento comunitario introdotta dal Decreto Legislativo 11 Settembre 2008 n° 152 per conformare (in subjecta materia) l'ordinamento nazionale alle pronunce della Corte di giustizia C.E. consiste nell'abrogazione del terzo periodo del quarto comma dell'art. 83 del Codice degli appalti pubblici.

Rammentato che la Corte di giustizia di Lussemburgo con la sentenza 24 Gennaio 2008 n° 532 ha chiarito che: "Un'Amministrazione aggiudicatrice non può applicare regole di ponderazione o sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia anticipatamente portato a conoscenza dei soggetti offerenti, posto che ogni elemento preso in considerazione dall'autorità aggiudicatrice per selezionare l'offerta economicamente più vantaggiosa e l'importanza relativa dei criteri e parametri di selezione deve essere reso noto ai potenziali offerenti all'atto dell'offerta.., sicchè le vigenti direttive europee, nell'ottica del principio di parità di trattamento degli operatori economici e dell'obbligo di trasparenza, impediscono che l'Amministrazione aggiudicatrice specifichi solo successivamente i coefficienti di ponderazione e i sottocriteri per parametri di aggiudicazione menzionati nel capitolato d'onori o nel bando di gara", si rileva che 83 quarto comma del Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163 stabiliva, invece, che "Il bando per ciascun criterio di valutazione

prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi. . La commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando" e l'insegnamento giurisprudenziale italiano prevalente sul tema riconosceva che "rientra nella discrezionalità della commissione di gara la specificazione dei criteri di valutazione delle offerte, nei limiti indicati nel bando di gara, ivi compreso il potere di fissare gli opportuni ed adeguati criteri per la modulazione del punteggio da assegnare ad ogni singolo elemento nei limiti del punteggio massimo stabilito nei documenti di gara, e tale potere sfugge al sindacato di legittimità, salvo la sua manifesta irragionevolezza, irrazionalità, illogicità o arbitrarietà" (ex multis: Consiglio di Stato, IV Sezione, 22 Marzo 2007 n° 1389).

Ora, il decreto correttivo del 2008 ha, come detto, soppresso l'ultimo periodo del soprariportato comma quarto dell'art. 83, pertanto le Commissioni giudicatrici nelle gare di appalto basate sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non potranno più (a partire dal 17 Ottobre 2008) "fissare in via generale i criteri motivazionali cui si atterranno per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando".

La conseguenza, ad avviso di chi scrive, è la possibile riconsiderazione dell'orientamento giurisprudenziale preponderante che ritiene sufficiente (in tale fattispecie) la motivazione puramente numerica (o comunque estremamente sintetica) dei giudizi tecnico-discrezionali espressi dalla Commissione di gara (con la conseguente attribuzione del punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dalla lex specialis) sugli aspetti qualitativi (in senso ampio) delle singole offerte presentate dei concorrenti in relazione a ciascun criterio e subcriterio di valutazione prestabilito dal bando.

Altra importante modifica disposta dal Decreto correttivo del 2008, ai fini dell'adeguamento del Codice degli appalti pubblici all'ordinamento comunitario, è quella inerente l'art. 32 primo comma lettera g) e l'art. 122 comma otto. Tali norme, per il vero, avevano già costituito oggetto delle disposizioni di coordinamento contemplate dall'art. 2 del precedente Decreto correttivo 31 Luglio 2007 n° 113, nel senso che le norme contenute nella Parte I, II, IV e V del Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163 si applicano ai lavori pubblici, di importo pari o superiore alla soglia di rilevanza comunitaria, da realizzarsi da parte di soggetti privati titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo del contributo previsto per il rilascio del permesso, con l'introdotta precisazione che la gara finalizzata all'aggiudicazione di tali lavori pubblici verrà bandita ed effettuata non già dal promotore titolare del permesso di costruire (come previsto dal testo originario dell'art. 32 primo comma lettera "g"),

bensì dall'Amministrazione che rilascia il permesso di costruire, e che il promotore poteva si esercitare (purchè previsto nel bando di gara) il diritto di prelazione nei confronti dell'aggiudicatario corrispondendogli il 3% del valore dell'appalto aggiudicato, ma solo se in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dall'art. 40 in relazione alla tipologia ed all'importo delle opere di urbanizzazione; nel mentre, per siffatti lavori pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria - in forza del testo novellato nel 2007 dell'art. 122 ottavo comma del Codice - le predette disposizioni di cui all'art. 32 primo comma lettera g) non si applicavano alle sole opere di urbanizzazione primaria correlate o funzionalmente connesse all'intervento edilizio assentito; con la statuizione aggiuntiva che: "Prima dell'avvio dell'esecuzione delle opere, gli uffici tecnici delle Amministrazioni locali interessate trasmettono alle competenti Procure regionali della Corte dei Conti gli atti adottati e tutta la documentazione relativamente agli interventi edilizi da realizzare a scomputo degli oneri di urbanizzazione, ai sensi del presente comma".

Il Decreto Legislativo 11 Settembre 2008 n° 152 ha nuovamente (e sensibilmente) modificato la lettera g) del primo comma dell'art. 32 stabilendo in particolare che: "L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'avente diritto a richiedere il permesso di costruire presenti all'amministrazione stessa, in sede di richiesta del permesso di costruire, un progetto preliminare delle opere da eseguire, con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate, allegando lo schema del relativo contratto di appalto. L'amministrazione, sulla base del progetto preliminare, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 55. Oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sono la progettazione esecutiva e le esecuzioni di lavori. L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva ed esecutiva, per l'esecuzione dei lavori e per gli oneri di sicurezza".

Il nuovo comma otto dell'art. 122 del Codice degli appalti (in ordine ai lavori pubblici sotto soglia) recita: "Per l'affidamento dei lavori pubblici di cui all'articolo 32, comma 1, lettera g), si applica la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti se sussistono in tale numero aspiranti idonei".

In effetti, la nuova disciplina risultante dopo il decreto correttivo del 2008 appare, più razionale e anche maggiormente coerente con l'ordinamento comunitario, in ragione della soppressione vuoi della artificiosa assimilazione alla figura giuridica del promotore (munito peraltro di diritto di prelazione nei confronti dell'aggiudicatario) del soggetto titolare del permesso di costruire, vuoi della strana esclusione (prima prevista) di qualsiasi tipo di gara (anche informale) nell'ipotesi della realizzazione diretta (a scomputo del contributo concessorio) delle opere di urbanizzazione primaria

di importo inferiore ad Euro 5.278.000 correlate o funzionalmente connesse all'intervento edilizio assentito (di assai dubbia compatibilità con i principi del Trattato C.E.).

Di notevole rilievo, poi, è la nuova disciplina sulle categorie c.d. "super specializzate" pure introdotta dal Decreto Legislativo 11 Settembre 2008 n° 152 che, sostituendo il comma undici dell'art. 37 del Codice degli appalti pubblici, contempla ora (al posto dell'A.T.I. obbligatoria in caso di superamento del 15 per cento del totale delle lavorazioni) che: "Qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrano, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi in valore il 15 per cento dell'importo totale dei lavori, se i soggetti affidatari non siano in grado di realizzare le predette componenti, possono utilizzare il subappalto con i limiti dettati dall'articolo 118, comma 2, terzo periodo .." (ossia, l'impresa generale potrà subappaltare il 30 per cento dei lavori speciali e quindi soltanto per il restante 70 per cento dovrà associarsi laddove non abbia i necessari requisiti di specializzazione").

Tra le "disposizioni di adeguamento comunitario" dettate dall'art. 1 del Decreto Legislativo 11 Settembre 2008 n° 152 merita considerazione l'avvenuto inserimento nell'ambito dell'art. 48 del Codice degli appalti del seguente comma 1-bis: "Quando le stazioni appaltanti si avvalgono della facoltà di limitare il numero di candidati da invitare, ai sensi dell'art. 62 comma 1, richiedono ai soggetti invitati di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando, in sede di offerta, la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito in originale o copia conforme.. Non si applica il comma 1, primo periodo".

Premesso che l'art. 62 primo comma del "Codice" ha reso pienamente operativo in Italia (in relazione agli appalti di servizi e forniture e nei lavori pubblici di importo pari o superiore a quaranta milioni di Euro) l'istituto della "forcilla" (in precedenza, mai, realmente impiegato nella pratica), prevedendo che nelle procedure ristrette, nonché nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara e nel dialogo competitivo (quale che sia l'oggetto del contratto), le stazioni appaltanti, quando lo richieda la difficoltà o la complessità dell'opera, della fornitura o del servizio, possono limitare il numero di candidati istanti ed in possesso dei requisiti di idoneità da invitare (purchè vi sia un numero sufficiente di candidati idonei), indicando nel bando di gara i criteri oggettivi non discriminatori e proporzionati (non meglio precisati dal Codice) che intendono

(discrezionalmente) applicare al fine precipuo di selezionare i soggetti istanti idonei, eccedenti il numero massimo prestabilito (in quanto ritenuto opportuno per motivate esigenze di buon andamento), vi era indubbiamente l'oggettiva necessità di adeguare la disposizione generale dell'art. 48 (inerente i controlli sul possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa) al particolare istituto previsto dal predetto articolo 62 (primo comma), escludendo in tal caso il controllo a sorteggio limitato al 10 per cento degli offerenti (prima dell'apertura delle buste delle offerte presentate) e contemplando, invece, un controllo generalizzato (al momento della presentazione delle offerte) sull'effettivo possesso dei requisiti autodichiarati (nella domanda di partecipazione) esteso a tutti i soggetti invitati.

Il decreto correttivo del 2008 introduce, ancora, una ulteriore limatura all'istituto dell'avvalimento (che, notoriamente, è uno dei profili innovativi di maggiore impatto del Codice degli appalti pubblici, disciplinante le modalità con cui un soggetto si può avvalere, sia per le singole gare che per i sistemi di qualificazione, dei requisiti di capacità tecnica, economica e finanziaria di un altro soggetto, senza legami giuridici - di carattere soggettivo - con lo stesso, la cui introduzione ha spostato l'asse dell'accertamento della capacità richiesta per l'esecuzione di un appalto pubblico verso il futuro, potendo - ora - il soggetto partecipante dimostrare - in conformità al principio comunitario dell'effetto utile - che disporrà dei mezzi e delle risorse necessarie per lo svolgimento delle prestazioni contrattuali al momento dell'assunzione e dell'esecuzione degli impegni negoziali, e non necessariamente già all'atto della procedura selettiva).

Rammentato che la stesura originaria dell'art. 49 decimo comma del Codice - in perfetta adesione alla principale caratteristica che distingue l'avvalimento dal tradizionale fenomeno dei Raggruppamenti Temporanei d'Imprese, consistente nel fatto che il soggetto che mette a disposizione i propri mezzi (impresa ausiliaria) rimane estraneo alla gara indetta per l'affidamento ed alla esecuzione del appalto, non assumendo il ruolo di appaltatore né di sub-appaltatore - stabiliva che: "Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara ... e l'impresa ausiliaria non può assumere a qualsiasi titolo il ruolo di appaltatore o di sub-appaltatore", e sottolineato che le prime disposizioni correttive e integrative introdotte con il Decreto Legislativo 26 Gennaio 2007 n° 6 hanno previsto, invece, che: "l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di sub-appaltatore, nei limiti dei requisiti prestati", si precisa che il Decreto Legislativo 11 Settembre 2008 n° 152 ha proceduto, da un lato, alla sostituzione del sesto comma dell'art. 49 del Codice, nel senso che: "Per i lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie

in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'art. 40 comma 3 lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria", e, dall'altro, all'abrogazione del settimo comma del medesimo articolo 49 (che prima prevedeva la possibilità per il bando di gara di permettere alle imprese partecipanti di avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici ovvero che l'avvalimento potesse integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto in una certa misura dall'impresa avvalente).

In tema di "Finanza di progetto", è noto che - a seguito delle disposizione correttive introdotte dal precedente Decreto Legislativo 31 Luglio 2007 n° 113 - l'art. 153 del Codice degli appalti pubblici (allora intitolato "Promotore") stabiliva che le proposte (contenenti uno studio di fattibilità, un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato, una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, l'indicazione degli elementi di cui all'art. 83 primo comma e delle garanzie offerte dal promotore) relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità (inseriti nella programmazione triennale di cui all'art. 128 ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice), tramite contratti di concessione con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori, sono presentate dai soggetti denominati "promotori" non più entro il 30 Giugno di ogni anno, bensì "entro 180 giorni dalla pubblicazione dell'avviso indicativo di cui al terzo comma", nel mentre era stata soppressa l'originaria previsione contenuta nell'ultimo periodo dello stesso terzo comma e nel successivo articolo 154 che contemplava il diritto del promotore di essere preferito ai soggetti presentatori delle due migliori offerte formulate in occasione della propedeutica gara, nella successiva procedura negoziata finalizzata all'aggiudicazione della relativa concessione (ove il promotore finanziario avesse inteso adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti).

Il Decreto correttivo 11 Settembre 2008 n° 152 abroga gli artt. 154 e 155 e riscrive completamente l'art. 153 (innovativamente intitolato "Finanza di progetto") stabilendo che per la realizzazione dei lavori di che trattasi (che ora devono essere inseriti anche nell'elenco annuale di cui all'art. 128), le amministrazioni aggiudicatrici possono, in alternativa all'affidamento mediante concessione ai sensi dell'art. 143, affidare una concessione ponendo a base di gara uno studio di fattibilità, mediante pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti.

Il predetto bando specifica sia che l'amministrazione aggiudicatrice ha la possibilità di richiedere al "promotore prescelto" di apportare al progetto preliminare da esso presentato le modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto e che in tal caso la concessione è aggiudicata al promotore solo successivamente all'accettazione da parte di quest'ultimo delle modifiche progettuali, sia che in caso di mancata accettazione da parte del promotore l'amministrazione ha facoltà di chiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche da apportare al progetto preliminare presentato dal promotore. Le amministrazioni aggiudicatrici valutano le offerte presentate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83, con esame delle proposte esteso anche agli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare presentato. Al termine della gara l'amministrazione aggiudicatrice redige una graduatoria e nomina "promotore" il soggetto che ha presentato la migliore offerta, dopodichè la stipulazione del contratto di concessione può avvenire solamente a seguito della conclusione, con esito positivo, della procedura di approvazione del progetto preliminare e della accettazione delle modifiche progettuali da parte del promotore, ovvero (in caso di mancata accettazione di quest'ultimo) del diverso concorrente aggiudicatario. Nel caso in cui risulti aggiudicatario della concessione un soggetto diverso dal promotore, quest'ultimo ha diritto solo al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'art. 2578 del Codice Civile.

Però, in alternativa alla predetta procedura, le amministrazioni aggiudicatrici possono, invece, pubblicare un bando precisando che la procedura non comporta l'aggiudicazione al promotore prescelto, ma l'attribuzione allo stesso del diritto di essere preferito al migliore offerente individuato in una successiva ulteriore gara (bandita ponendo a base il progetto preliminare approvato e le condizioni economiche e contrattuali offerte dal promotore), ove il promotore prescelto intenda (entro 45 giorni dalla apposita comunicazione) adeguare la propria offerta a quella ritenuta economicamente più vantaggiosa.

I commi 16, 17 e 18 del nuovo articolo 153 prevedono, da un lato, che la procedura di realizzazione dei lavori pubblici o di pubblica utilità con il sistema della finanza di progetto possa essere avviata anche ad iniziativa dei soggetti privati interessati (in possesso dei necessari requisiti), in caso di mancata pubblicazione dei bandi di cui sopra entro sei mesi dall'approvazione dell'elenco annuale di cui all'art. 128 (in relazione a ciascun lavoro inserito nell'elenco annuale), e dall'altro, che i soggetti privati possono anche presentare alle amministrazioni aggiudicatrici, a mezzo di studi di fattibilità, proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità non presenti nella programmazione triennale di cui all'art. 128, con l'obbligo delle amministrazioni di valutare tali

proposte entro sei mesi dal loro ricevimento e con la possibilità di adottare, nell'ambito dei loro programmi, gli studi di fattibilità ritenuti di pubblico interesse (l'adozione, che non determina il sorgere di alcun diritto per il proponente, dà l'avvio alla possibile applicazione dell'iter procedurale relativo alla finanza di progetto).

Infine, viene precisato che: "La disciplina recata dall'art. 153 del Codice, come sostituito dal presente decreto, si applica alle procedure i cui bandi siano stati pubblicati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto; in sede di prima applicazione della nuova disciplina, il termine di sei mesi di cui all'art. 153, comma 16, primo periodo, decorre dalla data di approvazione del programma triennale 2009-2011".

Il decreto correttivo 11 Settembre 2008 n° 152 contempla rilevanti novità (sia pure di carattere transitorio) anche in relazione agli aspetti legati alla qualificazione di imprese e progettisti, stabilendo che fino al 31 Dicembre 2010 le imprese di costruzioni potranno attestare i requisiti per la qualificazione da parte delle S.O.A. con riguardo ai migliori cinque anni del decennio antecedente la data di sottoscrizione del contratto con la S.O.A., e che i progettisti, per qualificarsi nelle gare di cui all'art. 91, potranno dimostrare i requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria documentando, nel caso di tre anni, l'attività svolta nei migliori tre del quinquennio, e nel caso di requisiti su cinque anni, i migliori cinque del decennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara. Viene alzato, poi, a 1 milione di Euro il limite previsto dall'art. 123 del Codice per l'esercizio della facoltà delle stazioni appalti di utilizzare la procedura ristretta semplificata per gli appalti aventi ad oggetto la sola esecuzione di lavori pubblici, nel mentre si prevede che i lavori di manutenzione di opere e di impianti potranno essere eseguiti in economia (mediante amministrazione diretta per una spesa non superiore a 50.000 Euro, e poi tramite affidamento a terzi in cottimo fiduciario) fino a 200.000 Euro (in precedenza, l'art. 125 sesto comma contemplava in proposito il limite di 100.000 Euro).

Un discorso a parte meritano le novità opportunamente introdotte dal Decreto correttivo del 2008 in relazione all'istituto della "locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità". Come è noto, il precedente Decreto Legislativo 31 Luglio 2007 n° 113, dopo aver aggiunto alla rubrica del Capo III del Titolo II della Parte II del Codice dei contratti pubblici (prima intitolata "Promotore Finanziario, Società di progetto") l'inciso "e disciplina della locazione finanziaria per i lavori", aveva recepito inserendo l'art. 160 bis del Codice l'istituto della "locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità", così come disciplinato dall'art. 1 commi 907-908-912-913 della Legge Finanziaria 27 Dicembre 2006 n° 296. Con riferimento all'inserimento nell'ambito del Codice degli appalti della "locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità", quale nuovo strumento per la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di tali opere, chi scrive

aveva già evidenziato svariate aporie, tra cui - in primo luogo - la mancanza della definizione delle caratteristiche "strutturali" dell'innovativo istituto nell'apposita sede costituita dall'articolo 3 del Codice degli appalti pubblici, per cui lo stesso assumeva contorni sbiaditi ed incerti nella generica descrizione (sinora) operata esclusivamente dal menzionato art. 160 bis ("Per la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità i committenti tenuti all'applicazione del presente Codice possono avvalersi anche del contratto di locazione finanziaria. Nei casi di cui al comma 1, il bando, ferme le altre indicazioni previste dal presente Codice, determina i requisiti soggettivi, funzionali, economici, tecnico-realizzativi ed organizzativi di partecipazione, le caratteristiche tecniche ed estetiche dell'opera, i costi, i tempi e le garanzie dell'operazione, nonché i parametri di valutazione tecnica ed economica-finanziaria dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'offerente di cui al comma 2 può essere anche una associazione temporanea costituita dal soggetto finanziatore e dal soggetto realizzatore, responsabili, ciascuno, in relazione alla specifica obbligazione assunta, ovvero un contraente generale... L'adempimento degli impegni della stazione appaltante resta in ogni caso condizionato al positivo controllo della realizzazione ed alla eventuale gestione funzionale dell'opera secondo le modalità previste").

Il terzo comma di quest'ultima norma sembrava postulare la necessaria presenza di un soggetto finanziatore dell'opera (pubblica o di pubblica utilità) diverso dalla stazione appaltante come, d'altra parte, suggeriva la nozione di locazione finanziaria (leasing) delineata dalla giurisprudenza civile, ma - indubbiamente - era necessaria una maggiore precisione definitoria nell'operata introduzione del contratto di locazione finanziaria nel "comparto" dei lavori pubblici.

In ogni caso, andava stigmatizzato il mancato coordinamento con il testo dell'art. 53 primo comma del Codice degli appalti, statuente che: "i lavori pubblici possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione, come definiti all'articolo 3".

Adesso, il Decreto Legislativo 11 Settembre 2008 n° 152 ha, in primo luogo, inserito il comma 15-bis all'art. 3 del Codice, in tal modo introducendo la seguente definizione dell'istituto de quo. "La locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità è il contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori".

Inoltre, è stato modificato il testo dell'art. 160-bis, aggiuendosi alla fine del primo comma le parole: "che costituisce appalto pubblico di lavori, salvo che questi ultimi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo", e inserendo i seguenti ulteriori commi: 4-bis "Il soggetto finanziatore, autorizzato ai sensi del Decreto Legislativo 1° Settembre 1993 n° 385 e ss.mm., deve dimostrare alla stazione appaltante che dispone, se del caso avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche in associazione temporanea con un soggetto realizzatore, dei mezzi necessari ad eseguire l'appalto..."; 4-ter: "La stazione appaltante pone a base

di gara un progetto di livello almeno preliminare. L'aggiudicatario provvede alla predisposizione dei successivi livelli progettuali ed all'esecuzione dell'opera"; 4-quater: "L'opera oggetto del contratto di locazione finanziaria può seguire il regime di opera pubblica ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi; l'opera può essere realizzata su area nella disponibilità dell'aggiudicatario".

Ancora, vale la pena segnalare che l'art. 2 del Decreto Legislativo 11 Settembre 2008 n° 152 (verosimilmente, prendendo spunto anche dalla decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 3 Marzo 2008 n° 1), ha introdotto il seguente comma 15-ter all'articolo 3 del Codice degli appalti pubblici: "Ai fini del presente Codice, i contratti di partenariato pubblico privato sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione .. , alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat".

In relazione al "diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici" disciplinato dall'art. 13 del Codice, il Decreto correttivo del 2008, da una parte, inserisce tra le ipotesi nelle quali il diritto di accesso è differito ex lege la seguente: (lettera c-bis) "in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione definitiva", e, dall'altra, introduce il comma 7-bis, alla stregua del quale: "Gli enti aggiudicatori mettono a disposizione degli operatori economici interessati e che ne fanno domanda le specifiche tecniche regolarmente previste nei loro appalti di forniture, di lavori o di servizi, o le specifiche tecniche alle quali intendono riferirsi per gli appalti che sono oggetto di avvisi periodici indicativi. Quando le specifiche tecniche sono basate su documenti accessibili agli operatori economici interessati, si considera sufficiente l'indicazione del riferimento a tali documenti".

Inoltre, il Decreto Legislativo 11 Settembre 2008 n° 152 sostituisce completamente il primo e il quarto comma dell'art. 41 del Codice che, ora, recitano: "Negli appalti di forniture e servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti: a) dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del Decreto Lgs. 1° Settembre 1993 n° 385 (al posto delle "idonee

dichiarazioni bancarie" prima previste); b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa, ovvero dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del D.P.R. 28 Dicembre 2000 n° 445 (al posto dei "bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa", in precedenza previsti); c) dichiarazione, sottoscritta in conformità alle disposizioni del D.P.R. 28 Dicembre 2000 n° 445, concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi (primo comma). La dichiarazione di cui al comma 1, lettera a), è presentata in sede di offerta. Il concorrente aggiudicatario è tenuto ad esibire la documentazione probatoria a conferma delle dichiarazioni di cui al comma 1, lettere b) e c)" (quarto comma).

Infine, in relazione agli appalti di lavori pubblici di qualsiasi importo nei settori ordinari, si conferma che l'applicazione della disciplina "liberalizzatrice" dettata dall'art. 53 secondo e terzo comma del Codice per l'appalto integrato è rinviata all'entrata in vigore del nuovo Regolamento di cui all'art. 5, con l'espressa precisazione che, medio tempore, continuano ad applicarsi le corrispondenti (restrittive) norme contenute nella (abrogata) Legge Merloni n° 109 del 1994 (artt. 19 e 20), senza considerare - però - da un lato, che il termine per l'adozione del predetto Regolamento di attuazione contemplato dall'art. 253 secondo comma (un anno dalla data di entrata in vigore del Codice) è già ampiamente decorso e, dall'altro, che le disposizioni dettate dal Codice in tema c.d. "appalto integrato" hanno matrice essenzialmente europea, trattandosi di un istituto strategico previsto dalle direttive comunitarie, i cui termini di recepimento nell'ordinamento italiano sono ormai scaduti da un pezzo.



## **I PUNTI CRITICI DEL DECRETO LEGISLATIVO 20 MARZO 2010 n° 53 ATTUATIVO DELLA "DIRETTIVA RICORSI" 2007/66 DELLA COMUNITA' EUROPEA.**

La direttiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 Dicembre 2007 ha notevolmente modificato le precedenti direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, fissando il termine del 20 Dicembre 2009 per il recepimento della nuova "direttiva ricorsi" da parte degli Stati membri della Comunità Europea.

Innanzitutto, è appena il caso di rammentare che - in linea di principio - il "legislatore" europeo limita il suo intervento all'ambito sostanziale delle materie rientranti nelle sue competenze esclusive e concorrenti (indicate dal Trattato), lasciando ai singoli Stati il compito di stabilire le regole processuali volte a permettere la tutela delle correlate posizioni giuridiche soggettive.

Tuttavia, la sfera di autonomia processuale dei singoli Stati membri incontra - notoriamente - il rilevante limite della non discriminazione e dell'effettività del risultato: i singoli ordinamenti processuali devono, infatti, necessariamente garantire (in ragione della imperatività del diritto comunitario) alle posizioni giuridiche soggettive derivanti dalle fonti comunitarie un livello di tutela che sia al contempo non inferiore a quello assicurato alle omologhe posizioni create dal diritto nazionale, nonché pieno ed effettivo, tale da non rendere ardua o comunque inadeguata la tutela giudiziaria delle pretese di origine comunitaria.

Pertanto, in base ai fondamentali principi di sussidiarietà (verticale), di proporzionalità e dell'effetto utile, la normativa comunitaria è (da tempo) intervenuta nell'importantissimo settore degli appalti pubblici - strategico rispetto all'obiettivo primario del mercato unico europeo - attraverso l'emanazione di svariate direttive "dettagliate" (quindi, eterodosse rispetto al modello tipico delineato dall'art. 249 del Trattato), oltre che per armonizzare (quasi sino ad uniformarle) le discipline sostanziali nazionali in tema di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture aventi rilevanza (economica) comunitaria, anche (ineditamente) sul piano processuale, imponendo agli Stati membri la previsione di idonei strumenti di protezione delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte nelle relative procedure di gara.

Ad esempio, la direttiva 89/665/CEE (nel testo originario), in un momento storico in cui in Italia vigeva la regola assoluta dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi (pretensivi), al precipuo fine di garantire piena effettività alle norme sostanziali di cui alle direttive comunitarie inerenti gli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, ha imposto a tutti gli Stati membri la istituzione di mezzi e procedure tali da assicurare l'obbligo di risarcire (in tale materia) i danni causati alle imprese

operanti nel mercato comune dalle violazioni della disciplina europea poste in essere dalle stazioni appaltanti (disposizione, prontamente, recepita nel nostro Paese con l'art. 13 della Legge n° 142 del 1992). Ora, la direttiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 Dicembre 2007 ha introdotto importanti e innovative modifiche alle precedenti direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE in tema di "miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici".

Le principali novità dettate in sede comunitaria nel 2007 rispetto alle precedenti stesure della "direttiva ricorsi" sono le seguenti: in primo luogo, al fine precipuo di garantire in materia di appalti pubblici una tutela processuale effettiva e celere, che giunga di regola prima della stipula del contratto, si prescrive (articoli 1, 2, 2-bis, 2-ter, 2-quater e 2-septies della direttiva 89/665/CEE e ss.mm.) sia l'obbligo delle stazioni appaltanti di rispettare un congruo termine dilatorio (c.d. "stand-still") tra l'aggiudicazione definitiva e la stipulazione del contratto (con contestuale previsione di termini e mezzi certi per la comunicazione a tutti gli interessati del provvedimento di aggiudicazione e degli altri provvedimenti adottati nel corso della procedura di evidenza pubblica), sia l'ulteriore effetto sospensivo decorrente dalla proposizione del ricorso giurisdizionale e perdurante fino alla pronuncia giudiziaria (almeno cautelare), sia l'obbligo che la stazione appaltante, tempestivamente informata dell'imminente proposizione di un ricorso giurisdizionale (con una indicazione sommaria dei relativi motivi di gravame), si pronunci valutando se intervenire o meno in autotutela, sia un procedimento giurisdizionale estremamente rapido e concentrato.

Inoltre, si prevedono (art. 2-quinquies della direttiva 89/665/CEE e ss.mm.) alcune ipotesi tipiche di particolare gravità (riferite, essenzialmente, alla radicale assenza della procedura concorrenziale o al mancato rispetto di uno dei predetti termini sospensivi per la stipula del contratto) in cui l'accertata violazione di determinati precetti del diritto comunitario deve comportare - obbligatoriamente - la integrale "privazione di effetti" del contratto eventualmente stipulato, salvo alcune tassative eccezioni che conducono all'applicazione di sanzioni alternative.

L'art. 2-sexies della direttiva 89/665/CEE e ss.mm. contempla un altro gruppo circoscritto di gravi violazioni del diritto comunitario (violazione dei termini dilatori che non incidono, però, sulle possibilità di ricorso e di aggiudicazione) nelle quali gli Stati membri possono scegliere, discrezionalmente, se prevedere la "privazione di effetti" o se introdurre, invece, altri adeguati meccanismi sanzionatori, purchè proporzionati e dissuasivi (diversi ed ulteriori rispetto al risarcimento dei danni).

Per le restanti violazioni del diritto comunitario degli appalti pubblici, la "direttiva ricorsi" (così come modificata nel 2007) rimette al diritto nazionale determinare gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sulla sorte del contratto di appalto stipulato, che può anche limitare la tutela al

risarcimento del danno per equivalente, con salvezza del contratto anche se preceduto da un'illegittima aggiudicazione.

L'art. 2-quinquies primo comma della direttiva 89/665/CEE e ss.mm. precisa che persino la privazione di effetti "obbligatoria" non è mai automatica, ma deve essere accertata con apposita decisione da un "organo di ricorso indipendente" (dall'amministrazione aggiudicatrice).

Il comma successivo del medesimo articolo stabilisce, poi, che: "le conseguenze di un contratto considerato privo di effetti sono previste dal diritto nazionale. Pertanto il diritto nazionale può prevedere la soppressione con effetto retroattivo di tutti gli obblighi contrattuali o viceversa limitare la portata della soppressione di quegli obblighi che rimangono da adempiere. In quest'ultimo caso gli Stati membri prevedono l'applicazione di altre sanzioni ai sensi dell'articolo 2-sexies, paragrafo 2". Si deve sottolineare, inoltre, che l'articolo 2, sesto comma, della direttiva 89/665/CEE e ss.mm. contempla - "ex novo" - la possibilità per gli Stati membri di stabilire che la domanda di risarcimento dei danni debba essere subordinata alla richiesta di annullamento dei provvedimenti illegittimi che hanno provocato i danni, sancendo testualmente che: "gli Stati membri possono prevedere che, se un risarcimento danni viene domandato a causa di una decisione presa illegalmente, per prima cosa l'organo che ha la competenza necessaria a tal fine annulli la decisione contestata", chiarendo - dunque - che la eventuale opzione normativa nazionale nel senso dell'introduzione in "subiecta materia" della "pregiudiziale di annullamento" non sarebbe affatto in contrasto con le garanzie minime di difesa delle posizioni giuridiche soggettive previste dal diritto comunitario.

Le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, nella recente sentenza 10 Febbraio 2010 n° 2906, hanno autorevolmente chiarito che la sopravvenuta "direttiva ricorsi" del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 Dicembre 2007, le cui previsioni avrebbero dovuto essere trasposte nel nostro ordinamento entro il 20 Dicembre 2009, rende necessario l'esame congiunto della domanda di invalidità dell'aggiudicazione e di "privazione degli effetti" del contratto concluso, nonostante l'annullamento della gara (prima o dopo la decisione del giudice adito), in ragione dei principi che l'innovativa norma comunitaria impone agli Stati membri di attuare, che corrispondono a quelli di concentrazione, effettività e ragionevole durata del processo.

Con l'ulteriore precisazione che, per effetto dell'entrata in vigore della predetta direttiva del 2007, la Pubblica Amministrazione è onerata a dichiarare "privo di effetti" il contratto, se concluso con aggiudicatario diverso da quello dovuto, a meno che sussistano condizioni (eccezionali) che consentano di non farlo, e lo stesso potere-dovere della stazione appaltante impone di attribuire al Giudice Amministrativo (in sede di giurisdizione esclusiva) la cognizione della controversia estesa anche al contratto, essendo tale Giudice l'organo indipendente dall'Amministrazione indicato nella

citata direttiva 2007/66/CE, che ha nell'ordinamento italiano il potere di pronunciare l'annullamento dell'aggiudicazione illegittima.

In altri termini, il diritto comunitario incide nel sistema giurisdizionale interno, esigendo la trattazione unitaria delle domande di annullamento del provvedimento di affidamento dell'appalto e di caducazione del contratto stipulato per effetto dell'illegittima aggiudicazione, imponendo di riconoscere il rilievo per il diritto comunitario della connessione tra le due domande (in precedenza ritenuta irrilevante dall'orientamento giurisprudenziale italiano prevalente), a favore della giurisdizione unica del G.A., sicchè attualmente deve concludersi che - ai sensi dell'art. 103 della Costituzione - le richieste di tutela dei diritti soggettivi inerenti ai rapporti contrattuali di che trattasi non sono scindibili da quelle sugli interessi legittimi violati dall'abuso dei poteri della Pubblica Amministrazione, spettanti alla cognizione del Giudice Amministrativo, che (ora) può quindi decidere "anche" su tali diritti, dopo essersi pronunciato sugli interessi al corretto svolgimento del procedimento amministrativo di affidamento dell'appalto (Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 10 Febbraio 2010 n° 2906).

Rammentato ciò, si deve - a questo punto - segnalare, criticamente, che sia l'art. 44 della Legge 7 Luglio 2009 n° 88 ("Delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 Dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio, per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici"), sia l'art. 7 del conseguente Decreto Legislativo 20 Marzo 2010 n° 53, si limitano ad affidare alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo (per il vero, l'art. 44 della Legge-delega parla anche di giurisdizione di merito del G.A.) le controversie riguardanti la "privazione di effetti" (rectius: la dichiarazione di inefficacia) del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Ora, mentre va certamente apprezzata (condividendosi le argomentazioni espresse in proposito nel parere reso dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato in data 25 Gennaio 2010) l'opzione effettuata dal Decreto Legislativo n° 53/2010 di non attribuire al Giudice Amministrativo anche una giurisdizione di merito (nonostante l'espressa previsione della Legge di delega), che effettivamente mal si attaglia a controversie aventi ad oggetto aspetti di natura squisitamente civilistica (posto che la scelta tra più rimedi affidata al G.A. non costituisce l'esercizio di un potere di amministrazione attiva, ma l'esito di valutazioni effettuate in sede giurisdizionale sulla base di presupposti predeterminati dal legislatore), si deve - invece - stigmatizzare la scelta del legislatore nazionale di "estendere la giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione", senza al contempo stabilire esplicitamente che tutte le domande inerenti la sorte del contratto di appalto concluso in (allegata) violazione delle norme

disciplinanti le procedure di evidenza pubblica (in tema di affidamento dello stesso) debbano essere subordinate alla (tempestiva) richiesta di annullamento dei provvedimenti illegittimi.

Infatti, il nostro legislatore non poteva obliterare che la Suprema Corte di Cassazione si è ripetutamente espressa vuoi (in linea generale, in tema di risarcimento danni da lesione di interessi legittimi) per l'insussistenza della c.d. "pregiudiziale di annullamento" (da ultimo: Sezioni Unite Civili, 23 Dicembre 2008 n° 30254), vuoi - soprattutto - in materia di appalti pubblici, nel senso che l'elusione delle garanzie di sistema prescritte dalla legge per l'individuazione del contraente più affidabile e meglio tecnicamente organizzato comporta la nullità del contratto per contrasto con le relative norme inderogabili (ex multis: Cassazione Civile, III Sezione, 16 Febbraio 2010 n° 3672), sicchè il Giudice Ordinario - vertendosi su diritti soggettivi perfetti - ben può tutt'ora dichiarare (su domanda di chiunque vi abbia interesse) la nullità del contratto di appalto, ove accerti - in via incidentale - l'illegittimità dell'atto di affidamento dello stesso all'appaltatore individuato dalla P.A.. Come è noto, infatti, il giudizio concernente la nullità di un contratto è normalmente un giudizio "autonomo", attivabile - ai sensi degli artt. 1421 e seguenti del Codice Civile - da chiunque vi abbia interesse e senza limiti di tempo; pertanto - mancando nel Decreto Legislativo 20 Marzo 2010 n° 53 un'apposita norma statuente che per poter ottenere la "privazione di effetti" (o la dichiarazione di inefficacia) del contratto di appalto l'interessato deve aver necessariamente ottenuto la previa caducazione del provvedimento amministrativo di affidamento, vi è il concreto rischio di aver introdotto in Italia una inadeguata forma di giurisdizione esclusiva del G.A. limitata unicamente alle controversie riguardanti la "privazione di effetti" (rectius: la dichiarazione di inefficacia) del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, bypassabile da qualsiasi soggetto interessato tramite lo strumento dell'autonoma proposizione dell'azione di nullità del contratto di appalto pubblico (concluso in violazione delle norme imperative di legge sull'affidamento) dinanzi al Giudice Ordinario, il quale dovrà - obbligatoriamente - dichiarare la nullità del vincolo contrattuale (qualificazione non inconciliabile con la "privazione di effetti" retroattiva, prevista dalla direttiva 2007/66/CE) nell'ipotesi in cui accerti - incidentalmente - l'esistenza di qualsiasi violazione della normativa imperativa (anche comunitaria) realizzata dalla stazione appaltante nella fase di affidamento del contratto di appalto, a prescindere da ogni valutazione sulla gravità (maggiore o minore) della violazione commessa e senza alcuna possibilità di scelta diversa in funzione del bilanciamento degli interessi contrapposti coinvolti nei casi concreti. Insomma, a ben vedere, accanto alla giurisdizione esclusiva del G.A. relativa alle controversie riguardanti la "privazione di effetti" (rectius: la dichiarazione di inefficacia) del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione introdotta dall'art. 7 del Decreto Legislativo 20 Marzo 2010 n° 53, sembrano persistere rilevanti spazi per la perdurante operatività - anche in tale materia (al di

fuori del caso esplicitamente previsto dell'impugnazione degli atti della procedura di evidenza pubblica sfociata nell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva) - dei tradizionali criteri di riparto della giurisdizione tra G.O. e G.A. basati sulla natura della posizione giuridica soggettiva azionata.

E, siccome ciò non appare conforme alla "ratio" della "direttiva ricorsi" 2007/66/CE (vanificando notevolmente, sul piano della realtà pratica, la portata innovativa della stessa), si ritiene che il nostro Governo debba fare immediato uso della facoltà concessa dall'art. 44 secondo comma della Legge-delega 7 Luglio 2009 n° 88, provvedendo ad emanare pertinenti disposizioni correttive idonee ad evitare i sopra denunciati gravi inconvenienti, prevedendo esplicitamente che tutte le domande inerenti la sorte del contratto di appalto concluso in (allegata) violazione delle norme disciplinanti le procedure di evidenza pubblica (in tema di affidamento dello stesso) debbano essere necessariamente subordinate alla (tempestiva) richiesta di annullamento dei provvedimenti illegittimi e, allo scopo di assicurare la concentrazione della tutela giurisdizionale e la certezza dei rapporti giuridici, possano essere proposte unicamente dinanzi al Giudice Amministrativo (in sede di giurisdizione esclusiva), cumulativamente all'azione di annullamento, e solo dai soggetti legittimati a contestare gli esiti della gara.

In secondo luogo, mentre va salutata con favore la prescrizione dettata dall'art. 8 del Decreto Legislativo 20 Marzo 2010 n° 53 secondo cui "gli atti delle procedure di affidamento relativi a lavori, servizi e forniture, nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale competente" (così eliminandosi la preesistente possibilità alternativa di impugnare gli stessi atti tramite ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, che si poneva, addirittura, in palese contrasto con il principio della ragionevolezza, considerato che, mentre per il ricorso giurisdizionale è delineato un rito speciale estremamente accelerato caratterizzato dalla riduzione di tutti i termini processuali e da particolari restrizioni in tema di concessione della tutela cautelare, nulla di simile è previsto per l'ipotesi alternativa del ricorso straordinario, essendo richiamato in proposito l'art. 3 comma quarto della Legge 21 Luglio 2000 n° 205, statuente che: "nell'ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica può essere concessa, a richiesta del ricorrente, ove siano allegati danni gravi ed irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto, la sospensione dell'atto medesimo"), merita - invece - una severa critica la previsione contenuta nell'art. 10 del medesimo Decreto Legislativo n° 53/2010, che (in pratica) esclude radicalmente la possibilità per il Giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva di dichiarare l'inefficacia del contratto di appalto in tutti i (frequenti) casi in cui il vizio dell'aggiudicazione (denunciato da chi faccia valere il c.d. interesse strumentale) comporti l'obbligo di rinnovare la gara.

Il citato articolo 10 (che inserisce nel "Codice degli appalti pubblici" l'art. 245-ter, disciplinante l'inefficacia del contratto "negli altri casi", diversi dalle gravi violazioni contemplate dall'art. 245-bis) sancisce: "Fuori dei casi indicati dagli articoli 245-bis e 245-quater, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la relativa domanda sia stata proposta".

Nonostante qualche ambiguità del testo normativo sopra riportato, sembra (con ragionevole grado di certezza) potersi concludere che, in tutte le ipotesi in cui il Giudice Amministrativo pronuncerà l'annullamento dell'aggiudicazione per l'accertata presenza di un vizio degli atti di gara implicante la ripetizione (totale o parziale) della gara stessa, non potrà giammai optare per la declaratoria di inefficacia del relativo contratto di appalto, che - pertanto - continuerà sempre ad essere eseguito dall'originario aggiudicatario, nonostante l'acclarata illegittimità della propedeutica fase di affidamento.

Si deve, infatti, tenere presente che - pur se l'art. 10 del Decreto Legislativo n° 53/2010 esclude espressamente i "casi indicati dagli articoli 245-bis e 245-quater, comma 3" - anche per le ipotesi di "gravi violazioni" contemplate da queste ultime norme è previsto che: "Il contratto resta efficace .. qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale. Gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara...".

Pertanto, sebbene l'art. 245-bis preveda pure che "non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso e dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione.", chi scrive esprime il meditato convincimento che - in forza del Decreto Legislativo 20 Marzo 2010 n° 53 - sarà praticamente impossibile (per il Giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva) dichiarare l'inefficacia del contratto di appalto in tutti i casi in cui il vizio dell'aggiudicazione (denunciato dal ricorrente che faccia valere il c.d. interesse strumentale)

comporti l'obbligo di rinnovare totalmente o parzialmente la gara (se non altro perché l'inefficacia del contratto apparirà sempre una conseguenza sproporzionata).

In ultima analisi, in tali (frequenti) ipotesi, il ricorrente vittorioso in giudizio otterrà soltanto l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva, seguito dalla rinnovazione della procedura di gara - puramente virtuale (e senza scopi concreti per la stazione appaltante) - poiché "medio tempore" il contratto di appalto continuerà ad essere eseguito interamente dall'originario (illegittimo) aggiudicatario (salva la possibile applicazione della sanzione alternativa della "riduzione della durata residua del contratto", sino ad un massimo del cinquanta per cento della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo, nei soli casi previsti dagli artt. 245-bis quarto comma e 245-quater del Codice degli appalti pubblici), e se a ciò si aggiunge la considerazione che l'art. 245-quinquies (inserito dall'art. 12 del Decreto Legislativo 20 Marzo 2010 n° 53) stabilisce che "se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone, su domanda e a favore del solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione, il risarcimento per equivalente del danno da questi subito e provato", emerge una tutela giurisdizionale della posizione giuridica soggettiva azionata dal soggetto titolare dell'interesse c.d. strumentale sicuramente non conforme agli standards costituzionali e comunitari di pienezza ed effettività (almeno allorquando risulti, infine, che il ricorrente vittorioso non ha sicuro titolo all'aggiudicazione della gara).

Passando ad altro argomento, e rammentato che (come già detto) la nuova "direttiva ricorsi" del 2007 prescrive (al fondamentale fine di garantire in materia di appalti pubblici una tutela processuale effettiva e celere, che giunga di regola prima della stipula del contratto) l'obbligo delle stazioni appaltanti di rispettare un congruo termine dilatorio (c.d. "stand-still") tra l'aggiudicazione definitiva e la stipulazione del contratto coniugata alla previsione di termini e mezzi certi per la comunicazione a tutti gli interessati del provvedimento di aggiudicazione e degli altri provvedimenti adottati nel corso della procedura di evidenza pubblica, nonché l'ulteriore effetto sospensivo decorrente dalla proposizione del ricorso giurisdizionale e perdurante fino alla pronuncia giudiziaria (almeno cautelare), va qui denunciata la sicura contrarietà al diritto comunitario della disposizione dettata dal nuovo testo dell'art. 11 del Codice degli appalti (così come novellato dall'art. 1 del Decreto Legislativo 20 Marzo 2010 n° 53), nella parte in cui consente l'esecuzione di urgenza (anticipata) di cui al comma 9, anche durante i termini dilatori di cui ai commi 10 e 10-ter, "nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari".

Infatti, come espressamente segnalato nel parere reso (sullo schema di decreto delegato) dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato in data 25 Gennaio 2010 (sul punto

ingiustificatamente disatteso), "la formula, oltre a risultare eccessivamente generica, perché basata sul concetto elastico di danno grave al pubblico interesse, non risulta in linea con la disciplina comunitaria, che indica con chiarezza le tassative ed eccezionali situazioni in cui può derogarsi alla regola del termine dilatorio", sicché la normativa interna in questione potrà (e dovrà) essere disapplicata - anche d'ufficio - dal competente Giudice nazionale, in favore della normativa comunitaria "self executing".

Un altro punto molto critico del Decreto Legislativo 20 Marzo 2010 n° 53 (e dell'art. 44 quarto comma della Legge-delega 7 Luglio 2009 n° 88) si rinviene a proposito della parziale salvezza della disciplina straordinaria dettata dall'art. 20 del Decreto Legge 29 Novembre 2008 n° 185 (convertito dalla Legge 28 Gennaio 2009 n° 2) in tema di "velocizzazione delle procedure esecutive di progetti facenti parte del quadro strategico nazionale e simmetrica modifica del relativo regime di contenzioso amministrativo".

E' noto che il primo comma del menzionato art. 20 del Decreto Legge 29 Novembre 2008 n° 185 (convertito dalla Legge 28 Gennaio 2009 n° 2) prevede che "In considerazione delle particolari ragioni di urgenza connesse con la contingente situazione economico-finanziaria del Paese ed al fine di sostenere e assistere la spesa per investimenti, compresi quelli necessari per la messa in sicurezza delle scuole, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta dal Ministro competente per materia di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, sono individuati gli investimenti pubblici di competenza statale, ivi inclusi quelli di pubblica utilità, con particolare riferimento agli interventi programmati nell'ambito del Quadro Strategico Nazionale .., ritenuti prioritari per lo sviluppo economico del territorio nonché per le implicazioni occupazionali ed i connessi riflessi sociali, nel rispetto degli impegni assunti a livello internazionale.. Per quanto riguarda gli interventi di competenza regionale si provvede con decreto del Presidente della Giunta Regionale ovvero dei Presidenti delle Province autonome di Trento e Bolzano".

I successivi commi dell'art. 20 dispongono che i decreti di cui al precedente comma 1 individuano i tempi di tutte le fasi di realizzazione dell'investimento e il quadro finanziario dello stesso e che sul rispetto dei suddetti tempi vigilano Commissari Straordinari delegati, nominati con i medesimi provvedimenti (dotati di pregnanti poteri di monitoraggio, impulso, vigilanza e di poteri sostitutivi). Sul versante processuale, l'art. 20, ottavo comma, del Decreto Legge 29 Novembre 2008 n° 185 (convertito dalla Legge 28 Gennaio 2009 n° 2) introduce misure processuali acceleratorie, ulteriori rispetto a quelle già previste dall'art. 23-bis della Legge 6 Dicembre 1971 n° 1034 e ss. mm. e dall'art. 246 del Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163 e ss. mm. (per le controversie relative alle infrastrutture strategiche e agli insediamenti produttivi individuati dal C.I.P.E. a mezzo del programma di cui all'art. 1 della c.d. Legge-obiettivo 21 Dicembre 2001 n° 443), ma ad ambito

oggettivo circoscritto, in quanto riguardanti solo i provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 20 del medesimo Decreto Legge 185/2008 (segnalandosi che trattasi, però, di un ambito applicativo "in bianco", essendo demandata ai predetti D.P.C.M. l'individuazione degli investimenti c.d. "anticrisi" ai quali le misure stesse troveranno applicazione).

Con la precisazione sia che le speciali misure processuali acceleratorie introdotte dall'art. 20 ottavo comma del Decreto Legge 29 Novembre 2008 n° 185 (convertito dalla Legge 28 Gennaio 2009 n° 2) riguardano tutti i provvedimenti contemplati dall'art. 20, che non sono solo gli atti di gara, ma anche i D.P.C.M. di individuazione degli investimenti pubblici prioritari, di nomina dei Commissari Straordinari, nonché i provvedimenti adottati da questi ultimi (quindi, non solo quelli relativi all'affidamento dei contratti di appalto, ma anche i provvedimenti volti a localizzare e autorizzare l'intervento "anticrisi" e dunque anche quelli inerenti i procedimenti urbanistici, edilizi ed espropriativi), sia che la fase di esecuzione del contratto rimane di spettanza del Giudice Ordinario, se e nella misura in cui si svolga con atti paritetici, nel mentre se nel corso di essa vengano adottati provvedimenti sostitutivi da parte del Commissario Straordinario, su tali provvedimenti, vi sarà giurisdizione del Giudice Amministrativo, con applicazione del c.d. "giudizio immediato".

La disciplina peculiare del nuovo "giudizio immediato", delineata dall'art. 20 del Decreto Legge 29 Novembre 2008 n° 185 (convertito dalla Legge 28 Gennaio 2009 n° 2), si caratterizza (oltre che per i differenti termini prescritti per la proposizione e deposito del ricorso giurisdizionale e per i motivi aggiunti, nonché per la costituzione delle parti resistenti e per il ricorso incidentale) essenzialmente perché il giudizio è sempre immediato, dovendo essere obbligatoriamente definito alla prima udienza (e con dispositivo pubblicato in udienza) a prescindere dalla complessità della lite.

Va, poi, considerato che tale "giudizio immediato" (obbligatorio per legge) sarà quasi sempre (pressoché) inutile, tenuto conto che il comma 8-bis del medesimo art. 20 dispone che i contratti di cui al presente articolo possono essere immediatamente stipulati, senza rispettare il termine dilatorio previsto dall'art. 11 del Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163 e ss. mm. (eliminandosi il c.d. "stand-still").

Insomma, il meccanismo delineato dall'art. 20 citato è che il contratto può essere stipulato immediatamente tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario e che in nessun caso la tutela giurisdizionale potrà far conseguire l'aggiudicazione e la stipula del contratto di appalto al ricorrente vittorioso, ma solo (eventualmente) il risarcimento per equivalente.

Abbiamo, invece, in precedenza rammentato che, secondo la "direttiva ricorsi" (come da ultimo modificata con la direttiva 2007/66/CE), se di regola spetta al legislatore nazionale scegliere tra "privazione di effetti" del contratto di appalto e risarcimento del danno per equivalente, la invalidazione del contratto è comunitariamente obbligatoria nell'ipotesi di talune grave violazioni,

tra cui rientra quella in cui la stazione appaltante non abbia rispettato il termine dilatorio per la stipulazione del contratto di appalto, privando così l'interessato della possibilità di avvalersi dei mezzi di ricorso prima del perfezionamento del vincolo contrattuale, sicchè la disciplina introdotta dall'art. 20 del Decreto Legge 29 Novembre 2008 n° 185 (convertito dalla Legge 28 Gennaio 2009 n° 2), si pone in evidente e diretta violazione del canone comunitario di "stand-still".

In tale situazione, risulta di dubbia compatibilità comunitaria la soluzione prescelta dall'art. 15 del Decreto Legislativo 20 Marzo 2010 n° 53 di abrogare l'art. 20 commi 8 e 8-bis del Decreto Legge 29 Novembre 2008 n° 185 (convertito con modificazioni dalla Legge 28 Gennaio 2009 n° 2), prevedendo l'applicazione del c.d. "stand-still" anche ai contratti inerenti gli investimenti "anticrisi", ma solo se l'aggiudicazione definitiva sia intervenuta successivamente al 27 Aprile 2010, lasciando ferma, invece, la predetta disciplina abrogata relativamente agli interventi "anticrisi" per i quali siano già stati nominati i relativi Commissari Straordinari o (addirittura) vengano nominati entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del Decreto Legislativo n° 53/2010.

Infine, appare necessario formulare un ulteriore rilievo critico a carico del Decreto Legislativo 20 Marzo 2010 n° 53, poiché lo stesso omette di specificare se le importanti innovazioni normative introdotte siano o meno applicabili ai giudizi in corso.

Trattasi, infatti, di norme che hanno in parte sicura natura processuale (e sono quindi applicabili ai processi già pendenti), ma in parte anche contenuto sostanziale (ad esempio, la disciplina riguardante la "privazione di effetti" del contratto di appalto), per cui sembrerebbe opportuna una esplicita indicazione di carattere transitorio da parte del legislatore delegato, idonea a risolvere (uniformemente) le predette delicate problematiche applicative.

Cons. Enrico d'Arpe

(Magis trato del T.A.R. Puglia - Lecce)