

AVANGUARDIA GIURIDICA collana a cura di MARCO ANTONIOL

contratti pubblici MA27

MICHELA BIGONZONI

# L'ANNULLAMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE

la sorte del contratto  
dopo il D.Lgs. 53/2010

**EXEO** edizioni 

STUDI APPLICATI

pubblicazioni professionali

ISBN formato pdf : 978-88-95578-82-8

**AVANGUARDIA GIURIDICA** collana a cura di **MARCO ANTONIOL**

contratti pubblici **MA27**

**MICHELA BIGONZONI**

# **L'annullamento dell'aggiudicazione**

**La sorte del contratto dopo  
il D.Lgs. 53/2010**

**EXEO** edizioni 

**STUDI APPLICATI**

pubblicazioni professionali

ISBN formato pdf : 978-88-95578-82-8



tel: 049 9710328 martedì e giovedì 12:30 > 14:00 - fax: 049 9710328  
e-mail: [amministrazione@territorio.it](mailto:amministrazione@territorio.it)

---

**La presente opera, redatta con l'obiettivo di fornire un valido strumento di supporto a professionisti ed esperti del settore, intende offrire una esauriente illustrazione in merito agli effetti dell'annullamento, giurisdizionale o in via di autotutela, dell'aggiudicazione definitiva sulla sorte del contratto d'appalto *medio tempore* stipulato tra l'amministrazione e l'impresa illegittimamente selezionata. Alla luce degli ultimi aggiornamenti normativi comunitari e statali, nonché della recente casistica formatasi in materia, si intende evidenziare come il legislatore abbia voluto allontanarsi dalla tradizione civilistica, introducendo nel solo settore dei contratti pubblici una nuova categoria autonoma della inefficacia, tentando di perfezionarla nel tempo.**

Copyright © 2011 Exeo S.r.l.. Tutti i diritti riservati. È vietata la riproduzione anche parziale e con qualsiasi mezzo senza l'autorizzazione scritta dell'editore. È consentita la stampa ad esclusivo uso personale del soggetto abbonato, e comunque mai a scopo commerciale. Il pdf può essere utilizzato esclusivamente dall'acquirente, nei propri dispositivi di lettura, e dai suoi più stretti collaboratori professionali. Ogni diffusione, con qualsiasi mezzo, con qualsiasi scopo e nei confronti di chiunque, totale o parziale di contenuti è vietata senza il consenso scritto dell'editore.

edizione: gennaio 2012 - collana: AVANGUARDIA GIURIDICA a cura di Marco Antoniol  
materia: contratti pubblici - tipologia: studi applicati - formato: digitale, pdf  
codice prodotto: MA27 - ISBN: 978-88-95578-82-8- prezzo: € 15,00  
autore: Michela Bigonzoni, laureato in giurisprudenza  
editore: Exeo srl CF PI RI 03790770287 REA 337549 ROC 15200/2007 c.s.i.v. € 10.000,00,  
sede legale piazzetta Modin 12 35129 Padova - sede operativa: via Dante Alighieri 6 int. 1  
35028 Piove di Sacco PD casella postale 76/A 35028 Piove di Sacco PD  
[info@exeoedizioni.it](mailto:info@exeoedizioni.it). Luogo di elaborazione presso la sede operativa.  
L'editore ringrazia per ogni segnalazione o suggerimento inviato a  
[direzione@exeoedizioni.it](mailto:direzione@exeoedizioni.it).

---



professionisti

pubblica amministrazione

[www.territorio.it](http://www.territorio.it) - [www.exeoedizioni.it](http://www.exeoedizioni.it)

## SOMMARIO

INTRODUZIONE .....	6
CAPITOLO I - QUADRO STORICO SULLA EVOLUZIONE NORMATIVA, INTERNA E COMUNITARIA, IN MATERIA DI PUBBLICI APPALTI .....	9
CAPITOLO II - L'INEFFICACIA DEL CONTRATTO D'APPALTO PUBBLICO .....	38
SEZIONE I - L'INEFFICACIA DEL CONTRATTO: TRA MITO E REALTÀ .....	38
1. <i>Premessa</i> .....	38
2. <i>Inefficacia del contratto: assente giustificata</i> .....	38
SEZIONE II - L'ANNULLAMENTO DELLA AGGIUDICAZIONE E SORTE DEL CONTRATTO: GLI INDIRIZZI ERMENEUTICI FORMATI PRIMA DEL D.LGS. 53/ 2010 .....	44
3. <i>Sorte del contratto d'appalto</i> .....	44
4. <i>Teoria dell'annullabilità relativa</i> .....	44
5. <i>Teoria della nullità assoluta</i> .....	47
6. <i>Teoria della caducazione automatica</i> .....	57
6.1 <i>La caducazione del contratto</i> .....	58
6.2 <i>Segue: la caducazione del contratto. Le argomentazioni di ordine letterale e sistematico</i> .....	64
6.3 <i>Sviluppi successivi della teoria della caducazione: collegamento negoziale</i> .....	67
7. <i>Tesi dell'inefficacia relativa</i> .....	73

<b>CAPITOLO III - LE NOVITÀ INTRODOTTE DAL D.LGS. 53/ 2010 .....</b>	<b>84</b>
1. <i>Cenni storici</i> .....	84
2. <i>La “privazione degli effetti” e la “inefficacia del contratto”</i> .....	94
3. <i>Il D.Lgs. n. 53 del 2010 e l’inefficacia “necessaria” del     contratto</i> .....	101
4. <i>L’inefficacia “facoltativa” del contratto</i> .....	113
5. <i>L’annullamento in autotutela dell’aggiudicazione</i> .....	119
 <b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	 <b>125</b>
 <b>SITOGRAFIA.....</b>	 <b>131</b>

## INTRODUZIONE

In tale primo contesto introduttivo, è indispensabile chiarire che con la locuzione “attività amministrativa” si indica la manifestazione della funzione pubblica, contenuta entro il limite positivo dell’attribuzione normativa di potere per il perseguimento ed il soddisfacimento di fini pubblici, per mezzo anche dello strumento negoziale privatistico<sup>1</sup>.

Il legislatore ordinario, in ossequio ai principi di cui all’art. 1, comma 1 legge proc. amm., ha riposto in soffitta il tradizionale modello autoritativo-procedimentale, riconoscendo all’autorità pubblica la facoltà di curare l’interesse pubblico anche per mezzo di strumenti e moduli operativi privati (art. 1, comma 1-*bis* della L. n. 241/90, come modificato dalla L. n. 15/2005)<sup>2</sup>.

Al riguardo, la dottrina ha individuato, nell’ambito dell’attività di diritto privato della P.A., tre differenti modalità di azione: 1) un’attività cd. strumentale, diretta al reperimento delle risorse necessarie allo svolgimento della stessa; 2) un’attività amministrativa di diritto privato cd. istituzionale, svolta dalle autorità pubbliche che operano esclusivamente a livello privatistico e, pertanto, il regime pubblicistico investe solo gli organi di vertice; 3) un’attività amministrativa di diritto privato cd. equivalente,

---

<sup>1</sup> Cfr. Cass. Civ., Sezioni Unite, 16 luglio 2008, n. 19502, in *Foro Amm.*, CDS, 2008, n.10, pp. 2657 e ss.. Deve osservarsi che l’attività privatistica della Pubblica Amministrazione, in quanto vincolata al perseguimento dell’interesse pubblico, è sempre connotata dallo stesso limite teologico che connota l’attività provvedi-  
mentale. Cfr. Cap. I.

<sup>2</sup> Cfr. F. CARINGELLA, S. MAZZAMUTO, G. MORBIDELLI, *Manuale di diritto amministrativo*, DIKE, Seconda Edizione, 2010, p. 1331. La codificazione della capacità negoziale della P.A. costituisce l’effetto di una profonda revisione nella concezione dell’*agere* amministrativo, determinata dalla consapevolezza dell’idoneità dello strumento privatistico all’attuazione dei fondamentali principi di efficienza, efficacia ed economicità dell’azione amministrativa e dal superamento dell’idea del modulo autoritario-procedimentale quale strumento esclusivo di realizzazione dell’interesse pubblico.

espletata dalle amministrazioni in alternativa all'attività amministrativa pubblica<sup>3</sup>.

Al di là della soprarichiamata classificazione, meramente descrittiva, il potere di autonomia privata della Pubblica Amministrazione deve, in ogni caso, esplicarsi in conformità dei principi costituzionali di legalità (artt. 24 e 113 Cost.), imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.), nonché di tutela del terzo e dei principi normativi che disciplinano l'azione amministrativa. In altre parole, trattasi di una autonomia negoziale «limitata» e «funzionale», dal momento che i fini istituzionali dei soggetti pubblici sono sempre e necessariamente individuati dalle norme di organizzazione<sup>4</sup>.

Enunciazione confermata, anche di recente, dalla Corte Costituzionale<sup>5</sup>, la quale, pur sostenendo che nella fase negoziale l'amministrazione si pone in una posizione di tendenziale parità con la controparte<sup>6</sup>, ritiene che in capo alla autorità procedente residuo, in merito alle peculiari esigenze di interesse pubblico, poteri pubblici riferibili, tra l'altro, a specifici aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva<sup>7</sup>.

In conclusione, laddove l'amministrazione agisca secondo le norme di diritto privato (art. 1, comma 1-*bis* legge proc. amm.)<sup>8</sup>, è tenuta, in attuazione dei principi e dei criteri contenuti nelle

---

<sup>3</sup> Cfr. F. CARINGELLA, S. MAZZAMUTO, G. MORBIDELLI, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 1328, nota n. 1.

<sup>4</sup> Cfr. B. CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, Giuffrè, 2005, pp. 78 e ss. L'autonomia contrattuale è espressione di un diritto di libertà (Können), ossia un potere di decidere come e quando l'interesse privato verrà soddisfatto, senza che la soddisfazione di esso divenga il fine di altro soggetto dell'ordinamento. Diversamente, il Sollen è un dover essere che, in quanto obbligo giuridico, si deve necessariamente realizzare. In tal caso, l'interesse non è solo considerato meritevole di protezione, mediante lo speculare conferimento di un Können. Ma la sua tutela si spinge sino alla soddisfazione concreta del medesimo.

<sup>5</sup> Cfr. Corte Cost., 11 febbraio 2011, n. 43.

<sup>6</sup> Cfr. Corte Cost., 22 maggio 2009, n. 160.

<sup>7</sup> Cfr. Corte Cost., 23 novembre 2007, n. 401.

<sup>8</sup> Cfr. F. CARINGELLA, S. MAZZAMUTO, G. MORBIDELLI, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 1333. Allo stato attuale, può affermarsi che, salve le norme di diritto privato esplicitamente derogatorie, l'amministrazione soggiace *in toto* al dettato del Codice Civile ed alle regole di diritto comune.

disposizioni costituzionali e legislative sopra richiamate, ad adottare atti di natura non autoritativa enucleando le ragioni di pubblico interesse che la inducono a tale scelta, nonché ad indicare gli elementi alla stregua dei quali ritiene che il contratto sia uno strumento nel concreto più funzionale rispetto allo strumento provvedimentale.

§§§

## CAPITOLO I

# QUADRO STORICO SULLA EVOLUZIONE NORMATIVA, INTERNA E COMUNITARIA, IN MATERIA DI PUBBLICI APPALTI

Prima di procedere all'analisi degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali espressi in ordine alla delicata questione della sorte del contratto d'appalto in caso di annullamento, giurisdizionale o in autotutela, dell'aggiudicazione definitiva, è opportuno ricostruire il quadro storico della legislazione, interna e comunitaria, per comprendere le numerose difficoltà che gli addetti ai lavori hanno incontrato lungo il loro percorso di indagine.

La prima e più importante fonte normativa in materia era la *“Legge per l'unificazione amministrativa del regno d'Italia”*, n. 2248 del 20 marzo 1865, pubblicata nella G. U. del 27 aprile 1865, la quale, all'Allegato F (*“Legge sulle opere pubbliche”*), contemplava le disposizioni sui contratti di lavori pubblici<sup>9</sup>.

Si evidenzia che, mediante l'All. E (*“Legge sul contenzioso amministrativo”*) del medesimo testo normativo, il legislatore aveva attribuito l'intera materia contrattuale delle Pubbliche Amministrazioni alla competenza del giudice ordinario<sup>10</sup>, con la conseguenza, a parere della risalente dottrina<sup>11</sup>, che i soggetti pubblici non potevano avvalersi di modelli civilistici per la cura degli interessi della collettività.

---

<sup>9</sup> Cfr. in particolare gli artt. 319-365.

<sup>10</sup> Cfr. All. E, art. 2: «Sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico [...]».

<sup>11</sup> Cfr. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, ristampa a cura di G. MIELE, p. 51, secondo il quale «il diritto pubblico è il diritto comune, ordinario per i rapporti fra individuo e Stato», i quali devono, dunque, «presumersi regolati dal diritto pubblico, se non v'è espressa e chiara ragione in contrario».

Nel “*droit administratif*” francese<sup>12</sup>, i *contrats administratif* hanno sempre rilevato come “*actes de gestion publique*” e, tradizionalmente, sindacati dal giudice amministrativo<sup>13</sup>; in altre parole, contratto e provvedimento erano sempre stati concepiti dal legislatore francese come validi strumenti di azione amministrativa. Al contrario, nell'ordinamento giuridico italiano, in un primo momento<sup>14</sup>, non si era radicata l'idea del contratto come strumento di amministrazione, al pari del provvedimento.

Successivamente, il quadro legislativo in materia di evidenza pubblica, era stato arricchito con l'introduzione del R.D. n. 2440/1923, recante “*Nuove disposizioni sull'amministrazione del*

---

<sup>12</sup> Si segnala che il testo fondamentale sugli appalti pubblici è il *Code des Marchés Publics*, recentemente modificato, nel quadro del *Plan de relance pour l'économie*, con i decreti adottati tra il 17 e il 19 dicembre 2008 (Décret n. 2008 - 1334 e Décret n. 2008 - 1356, completati dalla Circolare du 19 décembre 2008). Codice che deve essere, altresì, integrato da una serie di documenti ufficiali (decisioni, raccomandazioni, documenti tecnici) approvati dalla *Commission Centrale des Marchés*. Tra questi i principali sono: i Cahiers des clauses administratives generales (CCAG) per le disposizioni specifiche relative alla fase attuativa del rapporto contrattuale, il Cahier des clauses techniques generales (CCTG) per le disposizioni tecniche comuni, il Cahier des prescriptions communes (CPC) per le disposizioni comuni.

<sup>13</sup> Cfr. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, Ed. XV, Paris.

<sup>14</sup> Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, Relazione al 47° Convegno di studi amministrativi su “Autorità e consenso nell'attività amministrativa”, Varenna, 20-22 settembre 2001, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it). L'autore evidenzia che, in tempi recenti, la risalente opinione dottrinale, tipica dell'esperienza italiana, ha cominciato a modificarsi e si è andato affermando un orientamento politico, prima ancora che giuridico, che potremmo chiamare *panprivatistico*, il quale vorrebbe ribaltare la precedente impostazione, affermando la prevalenza del diritto privato nell'espletamento dei compiti amministrativi; e di questo rinnovato clima sono sintomi sia il testo di riforma della Costituzione presentato dalla Commissione Bicamerale (legge cost. n. 1/97), secondo la quale le pubbliche Amministrazioni «salvi i casi previsti dalla legge per ragioni di interesse pubblico, agiscono in base alle norme di diritto privato» (art. 106); sia la p.d.l. contenenti norme generali sull'attività amministrativa (A.C. 6844-A), approvata dalla Camera dei Deputati (25 ottobre 2000, con lievi modificazioni, poi decaduta per la fine della XIII legislatura, e adesso è presentata dal Governo e all'esame del Senato (A.S. 1281), secondo la quale «salvi i casi di poteri amministrativi espressamente conferiti da leggi o da regolamenti, le amministrazioni pubbliche agiscono secondo le norme del diritto privato. In ogni caso le amministrazioni pubbliche agiscono per la realizzazione dei pubblici interessi» (art. 2). Ovvero, secondo il nuovo testo «per le relazioni dei propri fini istituzionali, le amministrazioni pubbliche agiscono utilizzando strumenti del diritto pubblico o privato».

*patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato*<sup>15</sup> ed il connesso “Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato”, approvato con R.D. 23 maggio 1924, n. 827.

La nuova normativa, tuttavia, era finalizzata a tutelare unicamente l'interesse della Pubblica Amministrazione, ossia di stipulare, col miglior offerente, un contratto d'appalto alle condizioni economiche più vantaggiose, ponendo in secondo piano gli interessi dei privati a vedere correttamente valutate le proprie offerte, secondo i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di trasparenza e di proporzionalità<sup>16</sup>.

Il quadro sistematico delle fonti in materia di contrattualistica pubblica, muta sensibilmente nei primi anni Settanta, in ragione della progressiva erosione della potestà normativa statale, diretta alla creazione di un cd. *Multilevel Governance*, con il quale la disciplina degli appalti pubblici è stata affidata sia alle Regioni che alle Comunità Europee.

Da lì a poco, l'ordinamento giuridico italiano si era trovato a dover fare i conti con gli interventi normativi comunitari, prima di tutti la direttiva 71/304/CE concernente la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici ed alla relativa aggiudicazione tramite agenzie o succursali, e la direttiva 71/305/CE, che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, recepita nell'ordinamento nazionale con la legge 8 agosto 1977, n. 584<sup>17</sup>.

Ambedue le direttive citate, erano tese ad armonizzare le discipline di settore dei singoli Stati Membri ed a proibire, a quest'ultimi, di porre in essere condotte discriminatorie, mediante una regolamentazione di carattere impositivo e/o negativo<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, 23 novembre 1923, n. 275.

<sup>16</sup> Cfr. F. CARINGELLA, S. MAZZAMUTO, G. MORBIDELLI, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit. di qui la qualificazione in termini di interesse “occasionalmente protetto” della posizione soggettiva del contraente, con tutti i tradizionali riflessi in tema di risarcibilità del danno.

<sup>17</sup> Entrambe le direttive pubblicate nella Gazzetta Ufficiale CEE del 16 agosto 1971.

<sup>18</sup> Cfr. A. NOBILE, *Le nuove direttive: i principi generali*, in L. FIORENTINO, C. LACAVALA, (a cura di), *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, *Quaderni del Giornale di Diritto amministrativo*, Roma, 2004, pp. 13 e ss.

La normativa sovranazionale sopra vista fu recepita con legge quadro 11 febbraio 1994, n. 109 (cd. "*Legge Merloni*"), oggetto, poi, dei seguenti interventi normativi: decreto legge 3 aprile 1995, n. 101, recante "*Disposizioni urgenti in materia di lavori pubblici*", convertito, con modifiche, dalla legge 2 giugno 1995, n. 216 (cd. "*Legge Merloni bis*")<sup>19</sup>; legge 18 novembre 1998, n. 415 (cd. "*Legge Merloni ter*"), riguardante le "*Modifiche alla legge 11 febbraio 1994, n. 109 e ulteriori disposizioni in materia di lavori pubblici*";<sup>20</sup> D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, "*Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109*" (il cd. "*Regolamento generale*"); D.P.R. 25 febbraio 2000, n. 34, "*Sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori, ai sensi dell'art. 8 della legge 109/1994*" (regolamento sulla qualificazione cd. Bargone); D.M. Lavori Pubblici 19 aprile 2000, n. 145, "*Regolamento recante il capitolato generale d'appalto dei lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 3, comma 5, della legge 11 febbraio 1994, n. 109*".

Il complesso normativo sopra ricordato aveva come obiettivo quello di garantire un ampio margine di trasparenza agli appalti pubblici, mediante l'introduzione della figura del Responsabile del procedimento, l'istituzione dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici e la separazione netta tra progettazione e costruzione.

La prassi aveva evidenziato, tuttavia, la debolezza della legge Merloni sul piano della modernizzazione infrastrutturale, in quanto pensata unicamente per regolamentare gli appalti relativi ad opere modeste e di utilità circoscritta<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 2 giugno 1995, n. 127.

<sup>20</sup> Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 4 dicembre 1998, n. 284.

<sup>21</sup> Si pensi, inoltre, che livello medio di infrastrutture italiane era inferiore a quello europeo, a causa, principalmente, dei vincoli di bilancio e dell'incapacità di spesa, nonché per l'inutilizzazione degli ingenti stanziamenti finanziari e dei fondi comunitari. In più, l'incapacità italiana nel settore delle infrastrutture era dovuta essenzialmente al sistema normativo inefficace. Esempi di tale situazione erano: 1) margini temporali troppo alti tra valutazione ed approvazione di un progetto (da 5 ad 8 anni); 2) le procedure autorizzatorie spesso restavano senza conclusione; 3) forte difficoltà di esecuzione di gestione delle opere di dimensioni maggiori, spezzettate in lotti e sottolotti; 4) la partecipazione dei privati agli investimenti infrastrutturali risultava minima.

La disciplina delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, inclusi gli eventuali relativi lavori di installazione, era contenuta, invece, nella direttiva 77/62/CE<sup>22</sup>, modificata, poi, dalle direttive 80/767/CE e 88/295/CE, sostituita dalla direttiva 93/36/CE<sup>23</sup>, ed ulteriormente novellata dalla direttiva 97/92/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio.

Tali direttive furono trasposte nell'ordinamento nazionale con la legge 30 marzo 1981, n. 113, recante "*Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione delle pubbliche forniture alla direttiva della Comunità Economica Europea n. 77/62, del 21 dicembre 1976*", modificata dal decreto legge 7 novembre 1981, n. 631, convertito in legge 26 dicembre 1981, n. 784 e legge 23 marzo 1983 n. 83 e, infine, novellata dal D.Lgs. 15 gennaio 1992, n. 48, che reca "*Attuazione della direttiva numero 88/295/CEE in tema di procedure di aggiudicazione degli appalti di pubbliche forniture*".

Quest'ultimo testo normativo era stato successivamente abrogato dall'art. 20 del "*Testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE*" (D.Lgs. 24 luglio 1992, n. 358)<sup>24</sup>, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 11 agosto 1992, n. 188, come

---

<sup>22</sup> Nella direttiva gli «appalti pubblici di forniture» erano definiti i contratti a titolo oneroso conclusi per iscritto tra un fornitore (persona fisica o giuridica) ed una delle amministrazioni aggiudicatrici definite alla lettera *b*), aventi per oggetto la fornitura di prodotti. La fornitura può comportare, a titolo accessorio, lavori di posa e d'installazione. Sono considerate «amministrazioni aggiudicatrici» lo Stato, gli enti pubblici territoriali e le persone giuridiche di diritto pubblico oppure, negli Stati membri che non conoscono tale concetto, gli enti equivalenti. Dall'applicazione della direttiva erano espressamente esclusi gli appalti pubblici di forniture aggiudicati da enti che gestiscono servizi di trasporto e quelli stipulati da aziende di produzione, trasporto ed erogazione di acqua e di energia, nonché i servizi di telecomunicazioni.

<sup>23</sup> Direttiva 14 giugno 1994 del Consiglio ed entrata in vigore il 1° luglio 1994.

<sup>24</sup> Con riferimento al presente provvedimento sono state emanate le seguenti istruzioni: Msg. 23 luglio 2004, n. 23634 e 12 agosto 2004, n. 25621 dell'I.N.P.S.; Circolare 8 gennaio 2001, n. 8 del Ministero del lavoro e della previdenza sociale; Circolare 1° dicembre 1999, n. 291 del Ministero della pubblica istruzione; Circolare 17 ottobre 1996, n. 10/29 del Ministero di Grazia e Giustizia; Circolare 21 marzo 2000, n. 48 del Ministero per i Beni Culturali ed Ambientali; Circolare 23 febbraio 2000 della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

modificato dal D.Lgs. 20 ottobre 1998, n. 402, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 24 novembre 1998, n. 275<sup>25</sup>.

Con riguardo alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, si rileva che il legislatore comunitario, dapprima, era intervenuto con la direttiva 92/50/CE<sup>26</sup> e, in seguito, con le direttive 97/95/CE<sup>27</sup> e 98/4/CE<sup>28</sup>, pubblicate nella Gazzetta Ufficiale 1° aprile 1998, n. 101.

La normativa comunitaria di cui sopra, era stata attuata, modificata ed integrata dal legislatore italiano con una serie di interventi normativi che, per comodità espositiva, di seguito vengono così elencati in ordine cronologico: D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, recante le disposizioni di “*Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi*”<sup>29</sup>; D.Lgs. 25 novembre 1999, n. 525, relativo alla “*Attuazione della direttiva 98/4/CE che modifica la normativa comunitaria sulle procedure di appalti nei settori esclusi*”<sup>30</sup>; D.Lgs. 25 febbraio 2000, n. 65, contenente le norme “*Attuazione delle direttive 97/52/CE e 98/4/CE, che modificano ed integrano, rispettivamente, le direttive 92/50/CEE, in materia di appalti*

---

<sup>25</sup> Il D.lgs. 402/98, con gli artt. da 1 a 19, ha disposto la modifica degli artt. 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, e gli allegati da 1 a 5, nonché ha introdotto l'art. 21-*bis*, *ter*, *quater* e *quinqüies* e gli allegati 6 e 7.

<sup>26</sup> Direttiva 18 giugno 1992 del Consiglio che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi ed entrata in vigore il 1° luglio 1994. La direttiva in parola definiva «appalti pubblici di servizi» i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice, ad esclusione, degli appalti pubblici di forniture e degli appalti di lavori pubblici ai sensi dell'art. 1, lett. a) delle direttive 77/62/CEE e 71/305/CEE e degli appalti pubblici che vengono aggiudicati nei settori dell'acqua e dell'energia, dei servizi di trasporto e del settore delle telecomunicazioni menzionati agli articoli 2, 7, 8, 9 della direttiva 90/531/CEE e degli appalti che ottemperano alle condizioni dell'articolo 6, paragrafo 2 della stessa direttiva» (cd. settori esclusi)

<sup>27</sup> Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di pubblicità ingannevole e comparativa.

<sup>28</sup> Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, 16 febbraio 1998 che modifica la direttiva 93/38/CEE che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni

<sup>29</sup> Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 6 maggio 1995, n. 104.

<sup>30</sup> Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 15 gennaio 2000, n. 11 e rettificata nella Gazzetta Ufficiale 7 febbraio 2000, n. 30.

*pubblici di servizi, e 93/38/CEE, limitatamente ai concorsi di progettazione*<sup>31</sup>.

La Commissione, cosciente dei notevoli cambiamenti intervenuti già dalla pubblicazione delle prime direttive negli anni Settanta, estesa anche ai settori dei servizi e delle forniture, aveva riconosciuto la necessità di conferire un nuovo orientamento alla propria politica, nonché di snellirne la normativa, comunitaria e nazionale<sup>32</sup>.

Importante è chiarire che con l'espressione "semplificazione" la Commissione aveva inteso, da un lato, il chiarimento delle disposizioni dal significato oscuro e dubbio<sup>33</sup>, dall'altro, il riordino

---

<sup>31</sup> Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 4 marzo 2000, n. 70. Sull'argomento cfr. C. MOTTIN, *Appalti di servizi e forniture. Le novità introdotte dal d.P.R. 207/2010*, Padova, 2011.

<sup>32</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione, Bruxelles, 11 marzo 1998 (COM. (98) 143), cd. Libro Bianco. La Commissione riconosce la complessità dell'attuale quadro giuridico e la rigidità delle sue procedure. Intende, pertanto, semplificare il primo e rendere più flessibili le seconde. In questo contesto, la semplificazione comporta, da un lato, chiarire le norme esistenti e, dall'altro, modificarle. Per preservare la stabilità dell'assetto normativo, la precedenza sarà data alla chiarificazione delle regole esistenti, in modo che siano risolti i problemi più complessi. Quando chiarire non risulti sufficiente e quando il quadro attuale sia considerato insufficientemente flessibile per tener conto delle nuove realtà pratiche o della realtà del mercato, la Commissione intende proporre modifiche con un pacchetto di misure legislative

<sup>33</sup> La Commissione si era prefissata l'obiettivo di chiarire con un documento interpretativo, in particolare, i punti seguenti: a) le definizioni dei concetti di base come «organismo di diritto pubblico», «opera», «diritti speciali ed esclusivi», «amministrazione aggiudicatrice», «ente aggiudicatore», nonché la delimitazione degli appalti di lavori rispetto agli appalti di servizi; b) gli appalti di servizi interessati dalla direttiva, in particolare la situazione dei servizi finanziari e dei servizi di ricerca e sviluppo; c) gli appalti «in house», ossia quelli aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata; d) il «dialogo tecnico» con il quale l'amministrazione aggiudicatrice avvia discussioni tecniche con offerenti potenziali nella fase della definizione del fabbisogno, prima che venga indetta la procedura di aggiudicazione dell'appalto, pur rispettando la parità di trattamento e senza pregiudizio della concorrenza; e) i metodi da seguire per determinare se l'appalto superi o no le soglie che delimitano il campo d'applicazione delle direttive; f) una distinzione operativa tra criteri di selezione e criteri di aggiudicazione; g) l'identificazione delle «offerte anormalmente basse» ai sensi delle direttive; h) la definizione del concetto di offerte «irregolari», «inaccettabili» e non «idonee», ai sensi delle direttive; i) i casi in cui è possibile il ricorso alle «varianti». Inoltre, la Commissione conta emettere comunicazioni interpretative, in particolare nei seguenti settori: a) le norme del Trattato applicabili agli appalti non coperti dalle direttive nonché i principi esplicitati dalla

del quadro normativo, in modo oculato e mirato per rispettarne la struttura ed i fondamenti<sup>34</sup>.

Per fare ciò, la Commissione aveva stabilito, una volta concluso i chiarimenti interpretativi e gli adattamenti legislativi, di avviare, a lungo termine, un consolidamento delle tre direttive «classiche», dette anche «di seconda generazione» (direttive nn. 92/50/CE sui servizi, 93/36/CE sulle forniture e 93/37/CE sui lavori), riunendole in un unico testo, accompagnandola con un chiarimento della normativa nazionale applicabile. Simile codificazione doveva essere circoscritta alle modifiche ed ai chiarimenti nel frattempo intervenuti, nonché all'eliminazione di possibili incongruenze.

Pertanto, alla luce delle recenti e numerose modifiche del quadro normativo comunitario, nonché delle coordinate generali di revisione espresse dalla Commissione con due noti documenti, ossia il Libro Verde degli Appalti Pubblici<sup>35</sup> ed il Libro Bianco<sup>36</sup>, il

---

giurisprudenza della Corte in materia, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di trasparenza, di riconoscimento reciproco e di proporzionalità ed i principi applicabili alla fase successiva all'attribuzione dell'appalto; b) le condizioni in cui criteri ambientalistici possono essere presi in considerazione negli appalti pubblici (saranno trattati, tra gli altri, l'utilizzazione di "eco-labels" e di sistemi di "eco-audits", la presa in considerazione di metodi di produzione e di elaborazione e la corretta utilizzazione di *standards* a differenti livelli); c) le condizioni in cui possono essere presi in considerazione criteri sociali negli appalti pubblici.

<sup>34</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione, 11 marzo 1998, n. 143, cit. il riassetto si situa nella falsariga di quanto previsto nel piano d'azione a favore del mercato unico, in cui la Commissione aveva già annunciato la necessità di porre rimedio alle lacune dell'assetto giuridico attuale in materia di appalti pubblici al fine di assicurare il buon funzionamento del mercato interno in questo settore (quinta azione del primo obiettivo strategico).

<sup>35</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione n. 583 del 27 novembre 1997.

<sup>36</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione, n. 143 dell'11 marzo 1998, All. II, già citata. La Commissione si era proposta di adottare le seguenti misure: 1) proporre una serie di modifiche, mediante la presentazione di un pacchetto legislativo, con particolare riguardo alla direttiva 93/38/CEE, alla procedura di dialogo competitivo, agli appalti quadro ed alle concessioni; 2) Attuazione immediata dell'articolo 8 della direttiva 93/38/CEE; 3) Codificazione delle direttive classiche; 4) Miglioramento delle procedure di controllo a livello comunitario; 5) Avvio di azioni volte ad incoraggiare la creazione o la designazione d'autorità indipendenti; 6) Miglioramento degli appalti aggiudicati dalla Commissione, che non esiga emendamenti legislativi; 7) Sviluppo di una politica di formazione in tema di appalti pubblici; 8) Comunicazione su PMI e appalti pubblici; 9) Promozione di programmi-pilota sull'aggiudicazione di appalti per

Parlamento Europeo ed il Consiglio avevano emanato le direttive del 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (settori ordinari) e la n. 2004/17/CE che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi posta (servizi speciali)<sup>37</sup>.

Entrambe le direttive in commento sono il frutto di una accurata operazione di razionalizzazione ed armonizzazione delle disposizioni comunitarie dettate in materia di pubblici appalti, introducendo, altresì, dei nuovi istituti e strumenti volti a modernizzarne e rendere più flessibile l'attività contrattuale delle stazioni appaltanti<sup>38</sup>.

Tra le novità più importanti si ricordano: 1) l'innalzamento delle soglie di applicazione della normativa<sup>39</sup>; 2) l'introduzione delle c.d. centrali di committenza<sup>40</sup>, ossia strutture, in genere societarie,

---

via elettronica; 10) Fissazione di una serie di principi, regole e meccanismi appropriati per gli appalti nel settore della difesa.

<sup>37</sup> Entrambe pubblicate nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea 30 aprile 2004, n. 134. Direttive che dovevano essere recepite dagli Stati Membri entro il 1° febbraio 2006, in mancanza, acquisiscono carattere *self-executing*.

<sup>38</sup> Difatti, altro scopo perseguito dalla direttiva 2004/18 CE, è stato quello di aggiornare la normativa vigente, tenendo conto dell'evoluzione tecnologica ed economica. Ed infatti, mentre la precedente disciplina comunitaria non era riuscita ad adeguarsi all'innovazione tecnologica (essendosi limitata a prevedere la possibilità di utilizzare i nuovi strumenti di comunicazione elettronica solo in aggiunta ai mezzi di comunicazione tradizionali ed avendo, conseguentemente, reso il sistema degli appalti pubblici sempre più distante dal mondo imprenditoriale privato, ormai caratterizzato da rapporti economici sempre più rapidi ed informali) la direttiva unica si pone l'obiettivo di colmare questa distanza. A tal fine il legislatore comunitario (vedi considerando n. 35) si è preoccupato di prevedere che «tenuto conto delle nuove tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni e delle semplificazioni che esse possono comportare per quanto riguarda la pubblicità degli appalti nonché in termini di efficacia e di trasparenza delle procedure di aggiudicazione, è opportuno porre sullo stesso piano i mezzi elettronici e gli strumenti classici di informazione e di scambio di informazioni[...]».

<sup>39</sup> Per le forniture passano da 154.014 a 162.000 euro, per i servizi da 236.945 a 249.000 euro, e per i lavori da 5.923.624 a 6.242.000 euro.

<sup>40</sup> Centri unici di imputazione di appalti, simili alle Consip italiane (*Concessionarie Servizi Informativi Pubblici*, S.p.a. al servizio dello Stato che forniscono consulenza, assistenza e soluzioni informatiche per l'innovazione della Pubblica Amministrazione).

composte dalle stesse amministrazioni aggiudicatrici che ha lo scopo di acquistare e/o prefissare, le condizioni di acquisto, di grandi volumi di beni e servizi destinati ad altre amministrazioni aggiudicatrici che, a loro volta, potranno rifornirsi direttamente dalla centrale di acquisto<sup>41</sup>; 3) la possibilità di ricorrere ad aste elettroniche<sup>42</sup> ed ai sistemi dinamici di acquisizione<sup>43</sup>; 4) la previsione del dialogo competitivo (solo nella direttiva

---

<sup>41</sup> La scelta di prevedere o meno questi soggetti spetta agli Stati membri.

<sup>42</sup> Cfr. art. 1, paragrafo 7 della direttiva 2004/18/CE secondo cui per “asta elettronica” si intende un processo per fasi successive basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi prezzi, modificati al ribasso, e/o di nuovi valori riguardanti taluni elementi delle offerte, che interviene dopo una prima valutazione completa delle offerte permettendo che la loro classificazione possa essere effettuata sulla base di un trattamento automatico. Di conseguenza appalti di servizi e di lavori che hanno per oggetto prestazioni intellettuali, come la progettazione di lavori, non possono essere oggetto di aste elettroniche. Ai sensi e per gli effetti dell'art. 53, paragrafo 3, amministrazioni aggiudicatrici che decidono di ricorrere ad un'asta elettronica lo indicano nel bando di gara. Cfr. anche il considerando n. 14 della direttiva 2004/18/CE ed il considerando n. 22 della direttiva 2004/17/CE che precisano che gli aspetti delle offerte che implicano l'apprezzamento di elementi non quantificabili non dovrebbero costituire oggetto di aste elettroniche. Nel dettaglio cfr. art. 53 (Ricorso alle aste elettroniche) della direttiva 2008/18/CE.

<sup>43</sup> Si tratta di un procedimento interamente elettronico per acquisti di uso corrente, limitato nel tempo (massimo quattro anni), aperto, nel periodo della sua durata, ad ogni operatore economico che soddisfi i criteri di selezione e che abbia presentato un'offerta indicativa conforme al capitolato d'oneri. Questa tecnica di acquisizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici di disporre, grazie alla creazione di un elenco di offerenti già ammessi e alla possibilità offerta a nuovi offerenti di aderirvi, di un ventaglio particolarmente ampio di offerte grazie ai mezzi elettronici utilizzati e, quindi, di assicurare un'utilizzazione ottimale delle finanze pubbliche mediante un'ampia concorrenza. Le tecniche dell'acquisto elettronico consentono, inoltre, un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica, in particolare grazie al risparmio di tempo e di denaro derivante dal loro utilizzo. Cfr. art. 33, paragrafo 2 della direttiva 2004/18/CE, secondo cui «Per istituire un sistema dinamico di acquisizione le amministrazioni aggiudicatrici seguono le norme della procedura aperta in tutte le sue fasi fino all'attribuzione degli appalti da aggiudicare nell'ambito di detto sistema. Tutti gli offerenti che soddisfano i criteri di selezione e che hanno presentato un'offerta indicativa conforme al capitolato d'oneri e agli eventuali documenti complementari sono ammessi nel sistema; le offerte indicative possono essere migliorate in qualsiasi momento, a condizione che esse restino conformi al capitolato d'oneri. Per l'istituzione del sistema e per l'aggiudicazione degli appalti nell'ambito del medesimo le amministrazioni aggiudicatrici utilizzano esclusivamente mezzi elettronici conformemente all'articolo 42, paragrafi da 2 a 5».

2004/18/CE)<sup>44</sup>; 5) una nuova definizione dei diritti speciali od esclusivi<sup>45</sup>; 6) l'esclusione dal campo di applicazione della disciplina comunitaria delle attività direttamente esposte alla concorrenza su mercati liberamente accessibili, di fatto e di diritto<sup>46</sup>.

Circa un anno dopo, il legislatore italiano aveva delegato il Governo, mediante l'art. 25 della legge 18 aprile 2005, n. 62 (*"Legge comunitaria 2004"*), a recepire la direttiva unica appalti, imponendogli, dunque, di raccogliere in "unico testo" tanto la disciplina degli appalti e concessioni di rilevanza comunitaria, quanto quella degli appalti e concessioni sotto soglia comunitaria, ispirandosi ai canoni di semplificazione, riduzione dei tempi, e massima flessibilità degli strumenti giuridici.

Le modalità di adozione del decreto legislativo (o dei decreti legislativi) di cui all'art. 25, sono quelle generali fissate dall'art. 1 della stessa legge comunitaria per tutti i decreti di recepimento.

---

<sup>44</sup> Cfr. art. 1, paragrafo 11, lett. c) secondo cui per "dialogo competitivo" si designa una procedura alla quale qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare e nella quale l'amministrazione aggiudicatrice avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte. L'art. 29 sancisce che nel caso di appalti particolarmente complessi, gli Stati membri possono prevedere che l'amministrazione aggiudicatrice, qualora ritenga che il ricorso alla procedura aperta o ristretta non permetta l'aggiudicazione dell'appalto, possa avvalersi del dialogo competitivo conformemente al presente articolo. L'unico criterio per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Cfr. anche considerando n. 39, secondo il quale la verifica dell'idoneità degli offerenti e della loro selezione gli Stati Membri dovrebbero rifarsi al principio di trasparenza. Per completezza si segnalano anche i considerando nn. 16, 40 e 41 e gli artt. 28, 30, 35, 38, 40, 43, 44, 43 e 72.

<sup>45</sup> Cfr. art. 2, paragrafo 3 della direttiva 2004/17/CE sono definiti come diritti, concessi da un'autorità competente di uno stato membro, aventi l'effetto di riservare a uno o più enti l'esercizio di una delle attività disciplinate dalla direttiva stessa e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri enti di esercitare tale attività.

<sup>46</sup> Cfr. art. 30 della direttiva 2004/17/CE. L'esposizione diretta alla concorrenza deve essere valutata sulla base di criteri obiettivi, prendendo in considerazione le caratteristiche specifiche dei beni e servizi del settore interessato, l'esistenza di beni e servizi alternativi, i prezzi e la presenza, effettiva o potenziale, di più fornitori dei beni o dei servizi in questione (art. 30, paragrafo 2). Resta inteso che deve essere dimostrato che il mercato di cui si tratta è libero di fatto e di diritto. L'applicazione di una norma comunitaria che proceda all'apertura di un dato settore o di parte di esso, sarà considerata una presunzione sufficiente dell'esistenza di un libero accesso alle attività in esame.

Esso prevede, in particolare: A) un termine di diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della legge n. 62 del 2005 per l'adozione dei decreti legislativi (art. 1, comma 1); B) l'applicazione dell'art. 14 della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro per le Politiche Comunitarie e del Ministro con competenza istituzionale prevalente per la materia, di concerto con i Ministri degli Affari Esteri, della Giustizia, dell'Economia e delle Finanze e con gli altri Ministri interessati in relazione all'oggetto della direttiva (comma 2); C) i pareri della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica, con un termine di quaranta giorni, prorogabile di novanta giorni in casi specifici (comma 3); D) l'obbligo, per gli schemi dei decreti legislativi recanti attuazione di alcune direttive comunitarie (tra cui le nn. 2004/17/CE e 2004/18/CE recepite dal presente schema), di essere corredati della relazione tecnica di cui all'art. 11-ter, comma 2, della legge 5 agosto 1978, n. 468, su cui si esprimono anche le Commissioni parlamentari competenti per i profili finanziari.

Fermo quanto esposto, il tentativo di "allineare" la legge nazionale alla normativa comunitaria ed alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ad opera della Commissione guidata dall'allora Presidente T.A.R. Lazio, Pasquale De Lise, era stato realizzato secondo i criteri dettati dalla legge delega. Il primo, discende direttamente dall'esigenza di realizzare un quadro normativo, finalizzato non solo al recepimento delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, ma dell'intero tessuto ordinamentale comunitario.

La conferma di quanto appena detto era data sia dalla necessità di adeguarsi al diritto vivente della Corte di Giustizia (art. 25, comma 1, lett. d), sia dall'obbligo del "rispetto dei principi del Trattato istitutivo dell'Unione europea" (art. 25, comma 1, lett. a). L'osservanza di detti vincoli va intesa non soltanto in senso limitativo degli interventi da evitare, perché in contrasto con i principi del Trattato, ma anche in senso impositivo degli interventi da introdurre per la "definizione di un quadro normativo finalizzato al recepimento delle direttive", coerente con i principi medesimi, come interpretati (e talvolta "costruiti") dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo.

Il secondo principio guida, enunciato dall'art. 25, comma 1, lett. b), ossia la cd. "semplificazione", si inserisce, per espressi richiami letterali, nel processo costituito dalle più recenti leggi di semplificazione<sup>47</sup>.

Si tratta di interventi normativi che non rappresentano un generale ed ampio indirizzo di politica legislativa, ma piuttosto un tentativo di riorganizzare le fonti di regolazione ed una drastica riduzione del loro numero, riformando sostanzialmente, al tempo stesso, la disciplina primaria: conclusione cui era giunta l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato<sup>48</sup> che ha avuto modo, in passato, di approfondire il significato odierno del concetto in esame, canone ormai adottato da oltre dieci anni, seppur sotto *nomen* diversi, come quelli di "riordino", "codificazione" ovvero "riassetto".

Alla stregua delle considerazioni testé svolte, la VI Sezione Consultiva per gli Atti Normativi del Consiglio di Stato, aveva affermato che, nonostante qualche incertezza lessicale, il Codice dei contratti pubblici non è qualificabile in termini di "unico testo", bensì si è in presenza di un decreto legislativo che codifica la materia «recando gli interventi di riforma resi necessari dai criteri sostanziali di delega di cui all'art. 25, e in primo luogo il recepimento delle direttive comunitarie»<sup>49</sup>.

In tema di riparto delle competenze normative tra Stato e Regioni in materia di pubblici appalti, il Consiglio di Stato aveva inoltre rilevato che, seppur i contratti della Pubblica Amministrazione ed i pubblici lavori, servizi o forniture non sono citati dal nuovo art. 117 Cost<sup>50</sup>., nulla impedisce che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni.

---

<sup>47</sup> Cfr. legge 29 luglio 2003, n. 229 (legge di semplificazione 2001) che ha segnato l'avvio di una nuova fase in materia di semplificazione e riordino normativo dopo quella dei cd. testi unici misti di cui all'ormai abrogato art. 7 della legge 8 marzo 1999, n. 50 (soppresso dall'art. 23, comma 3 della legge n. 229/2003). Cfr. anche legge 28 novembre 2005, n. 246.

<sup>48</sup> Cfr. Ad. Gen., Cons. St., parere del 25 ottobre 2004, n. 2 sul Codice della proprietà industriale.

<sup>49</sup> Cons. St., Sez. VI, parere del 6 febbraio 2006 che qualifica tale opera di codificazione come "di seconda generazione", al fine di distinguerla da quella di stampo illuministico.

<sup>50</sup> Come modificato dalla legge costituzionale n. 3/2001.

Del resto, la Corte Costituzionale con riferimento ai lavori pubblici, aveva statuito che «si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti, di volta in volta, a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti»<sup>51</sup>.

L'inquadramento di tale materia all'interno dell'assetto costituzionale, profondamente rinnovato con legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, si presentava una operazione complessa per due ordini di motivi. Il primo è che la disciplina in rassegna ha un indubbio carattere trasversale, dato che, per alcuni aspetti, rientra nelle materie elencate al secondo comma dell'art. 117 Cost. concernenti la potestà legislativa esclusiva dello Stato, per altri profili, invece, sembra rientrare nell'elenco del terzo comma della medesima disposizione costituzionale, riguardante la potestà legislativa concorrente Stato - Regioni. La seconda ragione risiede nella distinzione tra i contratti stipulati tra amministrazioni o enti statali ed i contratti di interesse regionale.

Come più volte si è ricordato, l'affidamento di un appalto pubblico deve avvenire nel rispetto dei principi di libera concorrenza (art. 2, comma 1 D.Lgs. 163/2006), materia, per l'appunto, di competenza "trasversale" rispetto a tutti i settori della vita economica, come tale, a parere della prevalente dottrina, interferente nelle materie di competenza legislativa regionale concorrente ed anche esclusiva.

In proposito, la Corte Costituzionale aveva osservato che la tutela della concorrenza costituisce una delle leve della politica economica statale, dato che il costituente ha unificato, in capo allo Stato, *tutti* gli strumenti di politica economica atti a equilibrare il volume delle risorse finanziarie inserite nel circuito economico del Paese<sup>52</sup>. Ragione per cui, lo Stato è pienamente legittimato ad operare interventi volti sia a promuovere che a proteggere l'assetto

---

<sup>51</sup> Cfr. Corte Cost., 1° ottobre 2003, n. 303.

<sup>52</sup> Cfr. Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 14. In dottrina cfr. R. CARANTA *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione (nota a Corte cost. n. 14/2004)*, in *Le Regioni*, n. 4, 2004.

concorrenziale; al contrario, appartengono alla competenza legislativa ovvero residuale delle Regioni gli interventi sintonizzati sulla realtà produttiva regionale, tali da non ostacolare la libera circolazione delle persone e delle merci tra le Regioni, nonché a garantire l'esercizio del diritto al lavoro nel territorio della Repubblica<sup>53</sup>.

A ciò, si aggiunge che la tutela della concorrenza deve essere altresì coordinata alla normativa comunitaria, la quale, pur non incidendo direttamente sul riparto delle competenze tra Stato e Regioni, di fatto, richiede una particolare articolazione del rapporto “norme di principio e norme di dettaglio”, esprimendo un favor per l'intervento legislativo statale<sup>54</sup>.

Orbene, le molteplici osservazioni formulate dal Consiglio di Stato in tema di riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, così come sopra riportate, erano state necessarie, secondo il Consesso amministrativo, per porre all'attenzione del Governo gli eventuali problemi di costituzionalità, visto che la Conferenza Unificata Stato - città ed autonomie locali (art. 8 D.Lgs. 28 agosto 1997, n. 281), presieduta dall'on. Enrico La Loggia, aveva espresso un giudizio negativo in ordine a tale tematica<sup>55</sup>. . Nei medesimi

---

<sup>53</sup> Cfr. Corte Cost., 27 luglio 2004, n. 272. Cfr. anche Corte Cost., 7 dicembre 2011, n. 328 con la quale ha dichiarato incostituzionalmente illegittimi gli artt. 1 e 2 della legge della regione Sardegna 9 agosto 2002, n. 14 (*Nuove norme in materia di qualificazione delle imprese per la partecipazione agli appalti di lavori pubblici che si svolgono nell'ambito territoriale regionale*), poichè recano una disciplina dei sistemi di qualificazione delle imprese per la partecipazione alle gare d'appalto per gli appalti di lavori pubblici di interesse regionale difforme da quella nazionale di cui al D.lgs. n. 163/2006. Nel dettaglio, la Consulta ha ritenuto che le predette disposizioni regionali sono in contrasto con i limiti generali posti dallo statuto all'esercizio della competenza legislativa primaria in materia di lavori pubblici di interesse regionale attribuita alla Regione dall'art. 3, lettera e) del medesimo statuto. Limiti inerenti, appunto, al rispetto delle regole concorrenziali e dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza e parità di trattamento e dunque ascrivibili, per il loro stesso contenuto d'ordine generale, all'area delle norme fondamentali di riforme economico-sociali, nonché delle norme con le quali lo Stato ha dato attuazione agli obblighi internazionali nascenti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea.

<sup>54</sup> Cfr. Corte Cost., 27 luglio 2005, n. 336.

<sup>55</sup> Cfr. Conferenza Unificata, parere del 9 febbraio 2006, reso ai sensi e per gli effetti dell'art. 25, comma 2 della legge comunitaria 2004.

termini negativi si erano altresì espressi l'A.N.C.I., l'U.P.I. e, infine, l'U.N.C.E.M..

Conformemente all'Adunanza Generale, anche la Commissione Permanente (Ambiente, territorio e lavori pubblici) della Camera dei Deputati<sup>56</sup> e l'Ottava Commissione Permanente (Lavori

---

<sup>56</sup> Cfr. Resoconto della VIII Commissione permanente (Ambiente, territorio e lavori pubblici) del 1° marzo 2006. La Commissione ha espresso parere favorevole ma alle seguenti condizioni: a) al fine di consentire un impatto graduale della nuova normativa sul sistema delle imprese e sulle stesse stazioni appaltanti, si raccomanda preliminarmente l'adozione di apposite norme transitorie che consentano di prolungare in misura congrua, comunque non inferiore a tre mesi, i termini di entrata in vigore del provvedimento rispetto alla data della sua futura pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale; b) considerato, altresì, che a seguito dell'entrata in vigore del provvedimento potrebbe crearsi un pericoloso «vuoto normativo» per quanto concerne la vigenza di disposizioni attuative, anche a carattere regolamentare, si raccomanda al Governo la rapida adozione delle relative misure tecniche, che adeguino ai contenuti dello schema di decreto legislativo (anche con eventuali richiami in allegato) talune disposizioni di rango secondario, quanto meno con riferimento ai settori della progettazione e verifica del progetto, dell'esecuzione, contabilità e collaudo dei lavori, dei lavori riguardanti i beni culturali e di quelli eseguiti all'estero, della qualificazione degli esecutori di lavori pubblici; c) si raccomanda, inoltre, al Governo l'accoglimento dei numerosi suggerimenti di modifica formale forniti dal Consiglio di Stato nel proprio parere, nonché un più dettagliato intervento di complessiva manutenzione redazionale, diretto a risolvere profili problematici di coordinamento normativo e di chiarezza di formulazione, che si riscontrano in misura significativa nella lettura del testo; d) si evidenzia la necessità di un approfondimento delle problematiche connesse al rapporto Stato - Regioni, che deve basarsi sul principio di leale collaborazione, sia rispetto al riparto delle competenze legislative, sia rispetto allo specifico profilo della pubblicazione degli avvisi e dei bandi; in tal senso, si propone di procedere alla riscrittura degli articoli 4 e 5, avendo riguardo al coordinamento di tali articoli con la ripartizione di competenze già proposta con lo schema di decreto legislativo recante ricognizione dei principi fondamentali in materia di governo del territorio, attualmente in fase di definizione, sottolineando, peraltro, che la progettazione, i piani di sicurezza, la direzione dell'esecuzione e il collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione amministrativa, non possono che essere di competenza esclusiva statale, anche in considerazione della attuale vigenza di un'unica tariffa nazionale professionale, che disciplina lo svolgimento delle predette attività; e) nell'ambito del citato articolo 4, sia altresì garantito che le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano adeguino la propria legislazione ai sensi degli statuti speciali e delle relative norme di attuazione; f) sempre con riferimento ai confini tra normativa statale e regionale, si rileva l'opportunità di confermare la scelta del legislatore statale di non utilizzare gli spazi di discrezionalità lasciati dalle direttive comunitarie, che offre alle regioni un residuo margine di intervento, pur precisando che tale margine non può essere utilizzato per introdurre misure di attenuazione della concorrenza, come avverrebbe, ad esempio, ampliando le ipotesi di trattativa privata; g) all'articolo 5, sia

pubblici e comunicazioni) del Senato<sup>57</sup> avevano espresso parere favorevole. In particolare, quest'ultimo organo consultivo aveva osservato che, in tema di ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni, la proposta contenuta nel parere del Consiglio di Stato di riformulazione dell'articolo 4 è pienamente da condividere ad eccezione, tuttavia, dell'ultima frase contenuta nel comma 3 dalla parola "devono" alla parola "comunitaria", che si suggerisce di sopprimere. Non sarebbe, infatti, condivisibile che le procedure di gara non possano essere ritenute di competenza concorrente ma esclusiva, nonché che i contratti sotto soglia non siano del tutto competenza concorrente, ma rientrino nella competenza esclusiva o concorrente con gli stessi criteri previsti per il sopra soglia. La tutela della concorrenza è comunque materia legislativa statale esclusiva, indipendentemente da quale sia la soglia del contratto di appalto.

Esposto il lungo *iter* di approvazione dello schema di decreto delegato, ossia il "*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*"<sup>58</sup>, è necessario occuparci, brevemente, delle principali innovazioni che hanno riguardato tutti i comparti, in particolar modo, il settore dei lavori, per il quale il legislatore, già con la legge Merloni, si era, in parte, discostato dal diritto comunitario.

Il Codice dei contratti pubblici, seguendo le due impostazioni fondamentali dell'uniformazione della disciplina e della semplificazione procedimentale, ha optato per l'uniformazione della disciplina degli appalti sotto soglia a quella degli appalti sopra soglia, anche al fine di garantire i principi del trattato CE a tutela della concorrenza.

Così premesso, l'art. 121, comma 1 sancisce il principio generale secondo cui, per tutti i contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie, si applicano, oltre alle disposizioni delle Parti I, IV e V, «anche le

---

espressamente prevista l'acquisizione del parere parlamentare sul regolamento esecutivo ed attuativo dello schema di decreto.

<sup>57</sup> Cfr. Parere al Ministro per i Rapporti con il Parlamento, n. 606 (estensore Senatore Grillo).

<sup>58</sup> Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 2 maggio 2006, n. 100, s.o.n. n. 107/L.

disposizioni della parte II in quanto non derogate dalle norme» del titolo dedicato ai contratti sotto soglia. In sostanza, poiché la Parte II del Codice comprende anche le disposizioni afferenti ai contratti sopra la soglia comunitaria, è agevole osservare che il citato primo comma dell'articolo 121 ha fissato, in linea generale ed in assenza di esplicite ipotesi derogatorie, un perfetto parallelismo tra la disciplina applicabile ai contratti sopra soglia e quella sotto soglia, assicurando, in tal modo, maggiore uniformità nelle procedure di appalto.

Il D.Lgs. 163/2006 ha inoltre predisposto, in virtù del più volte richiamato canone di semplificazione, un regime pubblicitario semplificato, termini procedurali<sup>59</sup> ridotti rispetto a quelli comunitari e la possibilità, ove sia espressamente previsto dal bando di gara, che le offerte anomale possano essere escluse automaticamente<sup>60</sup>.

A ciò si aggiungono le specificità dei singoli settori dei lavori, delle forniture e dei servizi degli appalti pubblici

Con riguardo agli appalti di lavoro sotto soglia<sup>61</sup>, la disciplina dettata, ispirandosi ai summenzionati criteri guida, è di seguito analizzata tenendo conto, in particolar modo, di due profili: la determinazione dei termini di ricezione delle domande di presentazione di partecipazione alla competizione ad evidenza pubblica ed il connesso regime pubblicitario.

In relazione al primo aspetto, si osserva che, ancor prima della entrata in vigore della legge 109/1994, ai sensi e per gli effetti dell'art. 3, comma 3 D.P.C.M. 10 gennaio 19991, n. 55<sup>62</sup>, i termini

---

<sup>59</sup> Cfr. artt. 70 - 76 del Codice.

<sup>60</sup> Cfr. art. 78, comma 1 lett. d) del Codice, secondo cui per ogni contratto, ogni accordo quadro e ogni istituzione di un sistema dinamico di acquisizione, le stazioni appaltanti redigono un verbale che deve contenere delle informazioni minime indicate dalla stessa disposizione in esame, tra cui i motivi dell'esclusione delle offerte giudicate anormalmente basse.

<sup>61</sup> Cfr. art. 3, comma 17, D.Lgs. 163/2006 per contratti sotto soglia s'intendono «i contratti pubblici il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) è inferiore alle soglie di cui agli articoli 28, 32 comma 1° lett. e), 91, 99, 196, 215, 235, e che non rientrano nel novero dei contratti esclusi».

<sup>62</sup> Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, recante «Regolamento recante disposizioni per garantire omogeneità di comportamenti delle stazioni committenti relativamente ai