

ANTONIO CIRAFISI / ORONZO PASSANTE

Guida al nuovo codice dei contratti pubblici

**LAVORI, SERVIZI E FORNITURE IN ATTUAZIONE
DELLE DIRETTIVE 2004/17/CE E 2004/18/CE**

Aggiornata alle Leggi n. 228/2006 e n. 248/2006

- ▲ Struttura e analisi del nuovo complesso normativo
- ▲ Disposizioni abrogative
- ▲ Applicazione delle norme nel periodo transitorio
- ▲ Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture
- ▲ **CD-ROM incluso con la legislazione collegata al Codice**

Antonio Cirafisi, Oronzo Passante
GUIDA AL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

ISBN 10 88-8207-220-7
ISBN 13 88-8207-220-9
EAN 9 788882 072209

Edizioni dei Lavori Pubblici, 1
Prima edizione, settembre 2006

Cirafisi, Antonio <1949->

Guida al nuovo Codice dei contratti pubblici / Antonio Cirafisi, Oronzo Passante.

– Palermo : Grafill, 2006

(Edizioni dei lavori pubblici ; 1)

ISBN 88-8207-220-7

1. Contratti di diritto pubblico.

I. Passante Oronzo <1951->.

346.45023 CDD-21

SBN Pal0204862

CIP – Biblioteca centrale della Regione siciliana "Alberto Bombace"

© **GRAFILL S.r.l.**

Via Principe di Palagonia 87/91 – 90145 Palermo

Telefono 091/6823069 – Fax 091/6823313

Internet <http://www.grafill.it> – E-Mail grafill@grafill.it

Finito di stampare nel mese di settembre 2006

presso Officine Tipografiche Aiello & Provenzano S.r.l. Via del Cavaliere, 93 – 90011 Bagheria (PA)

Tutti i diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica e di riproduzione sono riservati. Nessuna parte di questa pubblicazione può essere riprodotta in alcuna forma, compresi i microfilm e le copie fotostatiche, né memorizzata tramite alcun mezzo, senza il permesso scritto dell'Editore. Ogni riproduzione non autorizzata sarà perseguita a norma di legge. Nomi e marchi citati sono generalmente depositati o registrati dalle rispettive case produttrici.

Sommario

□	INTRODUZIONE	p.	9
---	--------------------	----	---

PARTE A INQUADRAMENTO GENERALE DELLA NUOVA DISCIPLINA

1.	Il quadro comunitario.....	"	13
1.1.	Effetti delle disposizioni comunitarie.....	"	13
2.	Le direttive comunitarie e il diritto nazionale vigente alla vigilia del recepimento delle nuove direttive	"	14
2.1.	Le direttive comunitarie	"	14
2.2.	Il diritto nazionale vigente alla vigilia del recepimento delle nuove direttive.....	"	14
2.3.	Le Direttive 2004/18 e 2004/17.....	"	15
3.	La Legge delega e i criteri di recepimento per i contratti sopra soglia	"	18
3.1.	La Legge delega.....	"	18
3.2.	Superamento del mero coordinamento.....	"	19
4.	Possibili criteri di semplificazione degli appalti sotto soglia	"	20
5.	Fonti primarie, regolamenti, capitolati.....	"	21
6.	Profili organizzativi	"	21
7.	Contenzioso.....	"	21
8.	Inserimento del Codice nel sistema normativo	"	21
9.	Entrata in vigore e disciplina transitoria.....	"	22
9.1.	Entrata in vigore e differimento di termini.....	"	22
9.2.	Durata del periodo transitorio	"	22
10.	Il riparto delle competenze normative Stato e Regioni	"	22
10.1.	Ambito delle competenze	"	22
10.2.	Materia di legislazione concorrente.....	"	25
10.3.	Clausola di "cedevolezza".....	"	26
10.4.	Indicazione dell'applicabilità a Stato o Regioni	"	27
11.	Quadro abrogativo.....	"	28
12.	Complesso normativo vigente in materia di lavori pubblici con l'entrata in vigore del Codice.....	"	30
13.	Suddivisione dell'articolato	"	34
14.	Allegati (da I a XXII).....	"	44
15.	Relazioni e riferimenti per articolo.....	"	48
16.	Disposizioni collegate.....	"	61
Note	"	68

PARTE B COMMENTO AGLI ARTICOLI

□	Parte I – Principi e disposizioni comuni e contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice.....	"	73
---	---	---	----

■	<i>Commento al Capitolo 1</i>		
1.1.	Oggetto della disciplina.....	p.	73
1.2.	Principi	"	74
1.3.	Definizioni.....	"	74
1.4.	Competenze legislative di Stato e Regioni.....	"	75
1.5.	Regolamento e capitolati.....	"	76
1.6.	Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture	"	77
1.7.	Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture	"	80
1.8.	Disposizioni in materia di organizzazione e di personale dell'Autorità e norme finanziarie	"	80
1.9.	Sportello dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture	"	81
1.10.	Il Responsabile delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture	"	81
1.11.	Fasi delle procedure di affidamento.....	"	82
1.12.	Controlli sugli atti delle procedure di affidamento.....	"	83
1.13.	Accesso agli atti e divieti di divulgazione.....	"	84
1.14.	Contratti misti.....	"	85
1.15.	Qualificazione nei contratti misti	"	86
Note	"	86
■	<i>Commento al Capitolo 2</i>		
2.1.	Contratti relativi alla produzione e al commercio di armi, munizioni e materiale bellico	"	89
2.2.	Contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza	"	89
2.3.	Articoli da 18 a 25.....	"	90
2.4.	Contratti di sponsorizzazione.....	"	90
2.5.	Principi relativi ai contratti esclusi	"	90
Note	"	91
□	Parte II – Contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture nei settori ordinari.....	"	93
■	<i>Commento al Capitolo 3</i>		
3.1.	Importi delle soglie dei contratti pubblici di rilevanza comunitaria e revisione periodica delle soglie	"	93
3.2.	Metodi di calcolo del valore stimato dei contratti pubblici.....	"	94
3.3.	Concessione di servizi	"	94
3.4.	Contratti nei settori del gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica	"	95
3.5.	Amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori	"	95
3.6.	Appalti pubblici e accordi quadro stipulati da centrali di committenza.....	"	98
Note	"	99
■	<i>Commento al Capitolo 4</i>		
4.1.	Ambito soggettivo di applicazione del Codice.....	"	100
4.2.	Requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare.....	"	101
4.3.	Consorzi stabili.....	"	101
4.4.	Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti.....	"	101
4.5.	Requisiti per la partecipazione alle gare	"	102
4.6.	Qualificazione per eseguire lavori pubblici	"	103
4.7.	Capacità economica, finanziaria tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi	"	103
4.8.	Norme di garanzia della qualità e di gestione ambientale.....	"	105
4.9.	Elenchi ufficiali di fornitori o prestatori di servizi.....	"	105
4.10.	Altre disposizioni	"	106
4.11.	Controlli sul possesso dei requisiti.....	"	106
4.12.	L'avvalimento	"	107

4.13.	Vicende soggettive del candidato, dell'offerente e dell'aggiudicatario	p.	111
4.14.	Appalti riservati.....	"	111
Note	"	112
■ <i>Commento al Capitolo 5</i>			
5.1.	Sezione I – Oggetto del contratto e procedure di scelta del contraente	"	113
5.2.	Sezione II – Bandi, avvisi, inviti	"	123
5.3.	Sezione III – Termini di presentazione delle richieste di invito e delle offerte e loro contenuto	"	128
5.4.	Sezione IV – Forme delle comunicazioni, verbali, informazioni ai candidati e agli offerenti, spese di pubblicità, inviti, comunicazioni	"	132
5.5.	Sezione V – Criteri di selezione delle offerte e verifica delle offerte anormalmente basse.....	"	134
Note	"	138
■ <i>Commento al Capitolo 6</i>			
6.1.	Sezione I – Progettazione interna ed esterna, livelli della progettazione	"	140
6.2.	Sezione II – Procedimento di approvazione dei progetti e effetti ai fini urbanistici ed espropriativi.....	"	143
6.3.	Sezione III – Concorsi di progettazione	"	144
6.4.	Sezione IV – Garanzie e verifiche della progettazione	"	146
Note	"	148
■ <i>Commento al Capitolo 7</i>			
7.1.	Garanzie di esecuzione e coperture assicurative.....	"	149
7.2.	Varianti in corso di esecuzione del contratto.....	"	150
7.3.	Adeguamenti dei prezzi	"	150
7.4.	Vicende soggettive dell'esecutore del contratto	"	150
7.5.	Cessione dei crediti derivanti dal contratto	"	151
7.6.	Subappalto e attività che non costituiscono subappalto.....	"	151
7.7.	Direzione dell'esecuzione del contratto	"	152
7.8.	Collaudo	"	153
Note	"	153
■ <i>Commento al Capitolo 8</i>			
8.1.	Disciplina comune applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, di importo inferiore alla soglia comunitaria	"	154
8.2.	Disciplina specifica per i contratti di lavori pubblici sotto soglia.....	"	154
8.3.	Procedura ristretta semplificata per gli appalti di lavori	"	155
8.4.	Appalti di servizi e forniture sotto soglia	"	155
8.5.	Lavori, servizi e forniture in economia	"	156
Note	"	157
■ <i>Commento al Capitolo 9</i>			
9.1.	Ambito di applicazione	"	158
9.2.	Consiglio superiore dei lavori pubblici	"	158
9.3.	Programmazione dei lavori pubblici	"	159
9.4.	Garanzie e coperture assicurative per i lavori pubblici	"	159
9.5.	Direzione dei lavori.....	"	159
9.6.	Piani di sicurezza.....	"	160
9.7.	Varianti in corso d'opera	"	160
9.8.	Termini di adempimento, penali, adeguamenti dei prezzi.....	"	160
9.9.	Recesso	"	161
9.10.	Risoluzione del contratto per reati accertati.....	"	161
9.11.	Risoluzione del contratto per grave inadempimento, grave irregolarità e grave ritardo	"	161
9.12.	Inadempimento di contratti di cottimo	"	162
9.13.	Provvedimenti in seguito alla risoluzione dei contratti.....	"	162

9.14.	Obblighi in caso di risoluzione del contratto	p. 162
9.15.	Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'esecutore.....	" 162
9.16.	Collaudo dei lavori pubblici	" 163
Note	" 163
■	<i>Commento al Capitolo 10</i>	
10.1.	Sezione I – Disposizioni generali	" 164
10.2.	Sezione II – Affidamento delle concessioni di lavori pubblici	" 165
10.3.	Sezione III – Appalti di lavori affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici.....	" 166
10.4.	Sezione IV – Appalti di lavori affidati dai concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici	" 166
Note	" 167
■	<i>Commento al Capitolo 11</i>	
11.1.	Disciplina comune applicabile.....	" 168
11.2.	Promotore.....	" 168
11.3.	Valutazione della proposta	" 169
11.4.	Indizione della gara.....	" 169
11.5.	Società di progetto	" 169
11.6.	Emissione di obbligazioni da parte della società di progetto.....	" 169
11.7.	Risoluzione	" 170
11.8.	Subentro	" 170
11.9.	Privilegio sui crediti.....	" 170
■	<i>Commento al Capitolo 12</i>	
12.1.	Sezione I – Norme applicabili.....	" 171
12.2.	Sezione II – Procedure per la valutazione di impatto ambientale delle grandi opere	" 179
12.3.	Sezione III – Qualificazione dei contraenti generali	" 180
12.4.	Sezione IV – Disposizioni particolari sugli interventi per lo sviluppo infrastrutturale	" 182
Note	" 182
■	<i>Commento al Capitolo 13</i>	
13.1.	Disciplina comune applicabile ai contratti nel settore della difesa	" 184
13.2.	Disciplina speciale per gli appalti nel settore della difesa	" 184
■	<i>Commento al Capitolo 14</i>	
14.1.	Disciplina comune applicabile ai contratti pubblici relativi a beni culturali	" 186
14.2.	Ambito di applicazione	" 186
14.3.	Disciplina degli appalti misti per alcune tipologie di interventi	" 186
14.4.	Limiti all'affidamento congiunto ed all'affidamento unitario.....	" 187
14.5.	Qualificazione.....	" 187
14.6.	Attività di progettazione, direzione dei lavori ed accessorie.....	" 188
14.7.	Progettazione.....	" 188
14.8.	Sistemi di scelta degli offerenti e criteri di aggiudicazione	" 189
14.9.	Varianti	" 189
14.10.	Transitorio.....	" 189
Note	" 189
□	Parte III – Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali	
■	<i>Commento al Capitolo 15</i>	
15.1.	Norme applicabili	" 191
15.2.	Enti aggiudicatori – ambito di applicazione	" 194

15.3.	Gas, energia termica ed elettricità	p.	195
15.4.	Acqua	"	195
15.5.	Servizi di trasporto.....	"	195
15.6.	Servizi postali.....	"	196
15.7.	Prospezione ed estrazione di petrolio, gas, carbone e altri combustibili solidi.....	"	196
15.8.	Porti e aeroporti	"	197
15.9.	Appalti che riguardano più settori.....	"	197
Note	"	198
■ <i>Commento al Capitolo 16</i>			
16.1.	Importi delle soglie dei contratti pubblici di rilevanza comunitaria nei settori speciali.....	"	199
16.2.	Concessioni di lavori e di servizi.....	"	199
16.3.	Appalti aggiudicati per fini diversi dall'esercizio di un'attività interessata o per l'esercizio di un'attività in un paese terzo.....	"	199
16.4.	Appalti aggiudicati ad un'impresa comune o collegata.....	"	199
16.5.	Procedura per stabilire se una determinata attività è direttamente esposta alla concorrenza	"	200
■ <i>Commento al Capitolo 17</i>			
17.1.	Tipologia delle procedure di scelta del contraente.....	"	202
17.2.	Avvisi e inviti.....	"	203
17.3.	Sezione IV – Termini di presentazione delle domande di partecipazione.....	"	204
17.4.	Informazioni	"	204
17.5.	Sezione V – Selezione qualitativa degli offerenti e qualificazione.....	"	205
■ <i>Commento al Capitolo 18</i>			
18.1.	Ambito di applicazione ed esclusioni	"	207
18.2.	Norme in materia di pubblicità e di trasparenza	"	207
18.3.	Norma di rinvio	"	207
■ <i>Commento al Capitolo 19</i>			
19.1.	Disposizioni dettate per gli appalti comunitari applicabili agli appalti sotto soglia.....	"	208
□	Parte IV – Contenzioso	"	209
■ <i>Commento al Capitolo 20</i>			
20.1.	Transazione	"	209
20.2.	Accordo bonario.....	"	209
20.3.	Arbitrato	"	210
20.4.	Camera Arbitrale e albo degli arbitri.....	"	212
20.5.	Ulteriori norme di procedura per gli arbitrati in cui il presidente è nominato dalla Camera Arbitrale.....	"	212
20.6.	Giurisdizione	"	213
20.7.	Strumenti di tutela	"	214
20.8.	Norme processuali ulteriori per le controversie relative a infrastrutture e insediamenti produttivi.....	"	217
Note	"	218
□	Parte V – Disposizioni di coordinamento, finali e transitorie – Abrogazioni	"	220
■ <i>Commento al Capitolo 21</i>			
21.1.	Normativa antimafia.....	"	220
21.2.	Revisione periodica delle soglie e degli elenchi degli organismi di diritto pubblico e degli enti aggiudicatori – Modifiche degli allegati.....	"	220

21.3.	Obblighi di comunicazione alla Commissione dell'Unione europea a carico della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le politiche comunitarie	p.	220
21.4.	Contenuto del prospetto statistico per i contratti pubblici di lavori, forniture e servizi di rilevanza comunitaria.....	"	221
21.5.	Contenuto del prospetto statistico per i contratti pubblici di lavori, forniture e servizi nei settori di gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica.....	"	221
21.6.	Norme di coordinamento	"	222
21.7.	Norme transitorie	"	222
21.8.	Norma finanziaria	"	222
21.9.	Aggiornamenti.....	"	222
21.10.	Entrata in vigore.....	"	223
Note	"	223

PARTE C APPENDICE LEGISLATIVA

Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163	
Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.....	" 227

PARTE D GUIDA AL SOFTWARE

1.	Introduzione al CD-ROM allegato.....	"	393
2.	Requisiti minimi di sistema per utilizzare il CD-ROM.....	"	402
3.	Procedura per installare i contenuti del CD-ROM.....	"	402
4.	Utilizzo della normativa	"	404
<input type="checkbox"/>	LICENZA D'USO	"	407
<input type="checkbox"/>	SCHEDA DI REGISTRAZIONE PER RICEVERE INFORMAZIONI SULLE NOVITÀ GRAFILL	"	408

Introduzione

Con il D.Lgs. n. 163/2006, in vigore dal 1 luglio 2006 e già oggetto di modifiche per effetto della Legge 12 luglio 2006, n. 228, tutte le disposizioni che attengono ad appalti pubblici, confluiscono in un unico corpo normativo: il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Nel Codice, l'oggetto centrale dal quale si espandono tutte le disposizioni è il contratto. Il legislatore è quindi pervenuto a una diversa impostazione dell'articolato rispetto alle norme che fino ad oggi hanno disciplinato settori specifici e tenuti separati, quali gli appalti, le forniture e i servizi: mentre ad esempio gli articoli della Legge n. 109/1994, si succedono secondo il logico sviluppo delle fasi di un lavoro pubblico, nel Codice è riunito in ambito omogeneo tutto ciò che attiene alla disciplina degli aspetti o procedure comuni, che scaturiscono da un contratto da stipulare o stipulato da un'amministrazione pubblica, ovvero altro soggetto che possa configurarsi tale, con colui che veniva denominato "appaltatore" e oggi dal Codice "operatore economico".

Il testo costituito da ben 257 articoli e 22 allegati, infatti, coordina una disciplina fino ad oggi fortemente frammentata e di difficile ricognizione e racchiude in sé tutto il complesso normativo oggi vigente, adattandolo alle disposizioni comunitarie.

In buona sostanza, sono state recepite e coordinate in un solo testo le disposizioni relative ai settori ordinari (disciplinati dalla Direttiva 2004/18 CEE) e quelli relativi ai settori cosiddetti speciali (disciplinati dalla Direttiva 2004/17 CEE), fino ad oggi distinte nel nostro ordinamento e sono state, altresì, riunite in maniera organica le regolamentazioni degli appalti sopra e sotto soglia comunitaria.

Considerati i rilievi più volte mossi alla nostra Nazione dai preposti Organi della CE, in merito alle procedure adottate in difformità ai principi comunitari, il legislatore, accanto al puntuale recepimento delle norme comunitarie, ha provveduto, in primo luogo, ad innovare i settori in cui maggiormente la disciplina nazionale si discostava dai consolidati orientamenti della CE, con i nuovi istituti di derivazione comunitaria, quali l'avalimento e l'accordo quadro, il dialogo competitivo e le aste elettroniche. Il Codice riscrive quindi una disciplina tesa a limitare il più possibile l'eventuale ricorso a procedure connotate da arbitrarietà, adottabili delle amministrazioni.

In materia di lavori pubblici, il Codice prevede espressamente che la nuova disciplina esecutiva ed attuativa, nelle materie oggetto di competenza legislativa statale esclusiva, sarà oggetto di un apposito regolamento da emanare e abroga, poi, con l'articolo 256 la Legge n. 109/1994, il Regolamento n. 554/1999 e buona parte del complesso normativo precedente.

Questo testo espone quindi un'analisi del complesso legislativo oggi vigente, evidenziandone le criticità e si propone nel contempo quale guida per una prima applicazione del Codice nel momento certamente più difficile, quello del regime transitorio dove l'assenza delle nuove norme regolamentari e il necessario ricorso a quelle in atto vigenti presenta problematiche interpretative e applicative di non facile soluzione.

Il testo riporta, con opportune annotazioni, le modifiche introdotte dalla Legge 12 luglio 2006, n. 228 e relative al differimento del termine di entrata in vigore di alcune norme del Codice al 1 febbraio 2007.

Tutte le disposizioni richiamate dal Codice sono state riunite nel CD-ROM allegato al presente testo in modo da consentirne una lettura esaustiva e coordinata.

In tutta la trattazione che segue, il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, sarà indicato con il termine "Codice", mentre per "Regolamento" si intende quello previsto all'articolo 5 del Codice e ancora da emanare.

PARTE A
Inquadramento generale
della nuova disciplina

Inquadramento generale della nuova disciplina

1. Il quadro comunitario

1.1. Effetti delle disposizioni comunitarie

Da consolidati principi giurisprudenziali derivanti dalle pronunce della Corte di Giustizia europea e dalla Corte Costituzionale, viene riconosciuto che le norme comunitarie, che possono trovare diretta applicazione in ciascuno degli Stati membri della CE, prevalgono rispetto alle norme interne degli stessi e rispetto all'ordine gerarchico delle fonti e sono subordinate soltanto alla Costituzione di ciascuno Stato.

Le varie disposizioni che gli organi comunitari possono emanare sono:

- 1) Regolamenti;
- 2) Direttive;
- 3) decisioni;
- 4) raccomandazioni;
- 5) pareri.

Ciascuna di queste produce diversi effetti nell'ordinamento degli stati membri della CE: ad esempio i regolamenti vengono direttamente applicati agli stessi Stati senza la necessità del ricorso ad una specifica norma di recepimento, mentre per le Direttive ciò occorre.

Inoltre tali Direttive vincolano lo Stato membro cui sono rivolte per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi¹.

Qualora le Direttive vadano oltre l'enunciazione di principi, ma dettano disposizioni così dettagliate da rendere non necessarie le norme di recepimento, queste sono di immediata applicazione nei vari Stati della CE (Direttive *self-executing*).

La Direttiva 2004/18, pur contenendo in molti punti disposizioni abbastanza dettagliate, non ricade nella fattispecie delle Direttive *self-executing*, anche se molte delle innovazioni recate da essa, hanno trovato già applicazione. Ciò proprio in virtù del disposto di cui all'articolo 80, comma 1 della citata Direttiva 2004/18, col quale viene stabilito che gli Stati membri *mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente Direttiva entro 31 gennaio 2006*.

Il Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163² – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, oltre ad operare il recepimento di queste, ha riunito in un unico atto

normativo tutto un complesso di norme, relativo agli appalti che negli anni è cresciuto in maniera frammentata e diventato, quindi, di difficile coordinamento e applicazione.

□ **2. Le direttive comunitarie e il diritto nazionale vigente alla vigilia del recepimento delle nuove direttive**

2.1. Le direttive comunitarie

In epoca antecedente all'entrata in vigore delle Direttive 2004/17 e 2004/18 del 31 marzo 2004, il diritto comunitario disciplinava con quattro distinte direttive gli appalti e concessioni di lavori, servizi, forniture, nonché gli appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture nei cosiddetti settori esclusi e cioè:

- Direttiva 93/36/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture;
- Direttiva 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori;
- Direttiva 92/50/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi;
- Direttiva 93/38/CEE che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono i servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (modificata dalla Direttiva 98/4/CE).

Le Direttive 93/36/CEE e 93/37/CEE, e la 92/50/CEE, (quest'ultima ad eccezione dell'articolo 41) sono state abrogate dall'articolo 82 della citata Direttiva 2004/18/CE, mentre la Direttiva 93/38/CEE è stata abrogata dall'articolo 73 della Direttiva 2004/17.

2.2. Il diritto nazionale vigente alla vigilia del recepimento delle nuove direttive

Il diritto nazionale degli appalti, prima del recepimento delle Direttive 2004/17 e 2004/18 era, nelle grandi linee, disciplinato da tre distinti decreti legislativi, che hanno recepito direttive comunitarie, disciplinando gli appalti sopra soglia comunitaria di forniture, servizi, nonché lavori, servizi e forniture nei settori speciali e precisamente:

- D.Lgs. n. 358/1992;
- D.Lgs. n. 157/1995;
- D.Lgs. n. 158/1995.

Gli appalti di lavori sia sopra che sotto soglia erano disciplinati dalla Legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, e relative normative secondarie di attuazione ed esecuzione, con alcune differenze di disciplina per taluni profili degli appalti di lavori sopra e sotto soglia.

Gli appalti di forniture sotto soglia erano disciplinati dal regolamento di cui al D.P.R. n. 573/1994³.

Nel precedente ordinamento mancava una disciplina organica degli appalti di servizi sotto soglia e pertanto si faceva riferimento esclusivamente alla legislazione di contabilità di Stato ossia al Regio Decreto 18 novembre 1923, n. 2440 e Regio Decreto 23 maggio 1924, n. 827⁴; erano poi applicabili i principi del Trattato.

I servizi e le forniture in economia delle diverse amministrazioni trovavano una disciplina generale nel Decreto del Presidente della Repubblica 20 agosto 2001, n. 384⁵.

I lavori in economia erano disciplinati in generale dal D.P.R. n. 554/1999⁶; mentre per il Ministero della difesa dal nuovo regolamento per i lavori del genio militare di cui al Decreto del Presidente della Repubblica 19 aprile 2005, n. 170⁷; per Sismi e Sisde, a loro volta, da apposito regolamento.

Speciali procedure di affidamento per le grandi infrastrutture erano disciplinate dal Decreto Legislativo 20 agosto 2002, n. 190⁸, come da ultimo novellato dal Decreto Legislativo 17 agosto 2005, n. 189⁹.

Nel 2004, nell'ambito dei beni culturali è stato emanato il Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 30¹⁰, che dettava la disciplina degli appalti di lavori pubblici concernenti i beni mobili ed immobili e gli interventi sugli elementi architettonici e sulle superfici decorate di beni del patrimonio culturale, sottoposti alle disposizioni di tutela di cui al Decreto Legislativo 29 ottobre 1999, n. 490¹¹.

2.3. Le Direttive 2004/18 e 2004/17

La Direttiva 2004/18 unifica la disciplina degli appalti e concessioni di lavori, servizi, forniture nei settori ordinari (vale a dire tutti, tranne quelli cosiddetti esclusi, che sono disciplinati dalla Direttiva 2004/17, e tranne quelli eccettuati da entrambe le direttive, quali ad. es., gli appalti segreti), mentre la Direttiva 2004/17 disciplina gli appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture nei settori cosiddetti esclusi e che si possono definire settori speciali e cioè:

- gas;
- energia termica;
- elettricità;
- acqua;
- trasporti;
- servizi postali (di nuova introduzione);
- sfruttamento di area geografica.

La Direttiva 2004/18 e la Direttiva 2004/17 riproducono, in buona parte, le direttive precedenti, con aggiustamenti formali; inoltre le direttive introducono nuovi istituti e strumenti, volti a rendere più flessibile e moderna l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, e al tempo stesso, a meglio garantire sia la concorrenza, sia le esigenze sociali e ambientali che spesso sono interessate dall'attività contrattuale pubblica.

2.3.1. Le disposizioni self-executing

La citata Direttiva 2004/18 contiene le seguenti norme a recepimento obbligatorio - *self-executing* (cfr. § 1.1.):

Tab. 1.1. Norme della Direttiva 2004/18 a recepimento obbligatorio

Art.	Titolo	Contenuto
5	Condizioni relative agli accordi conclusi in seno all'Organizzazione mondiale del commercio	Gli Stati membri applicano nelle loro relazioni condizioni favorevoli quanto quelle che concedono agli operatori economici dei paesi terzi in applicazione dell'accordo sugli appalti pubblici stipulato nel quadro dei negoziati multilaterali dell'Uruguay Round.
6	Riservatezza	Le amministrazioni aggiudicatrici non rivelano informazioni comunicate dagli operatori economici e da essi considerate riservate.
23	Specifiche tecniche	Le specifiche tecniche dovrebbero essere definite in modo da tenere conto dei criteri di accessibilità per i portatori di handicap o di una progettazione adeguata per tutti gli utenti ed inoltre devono consentire pari accesso agli offerenti e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza.
26	Condizioni di esecuzione dell'appalto	Le amministrazioni aggiudicatrici, per particolari motivi socio ambientali, possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto purché siano compatibili con il diritto comunitario e siano precisate nel bando di gara o nel capitolato d'oneri.
30	Aggiudicazione mediante procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara	Le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante procedura negoziata, previa pubblicazione di un bando di gara, o senza previa pubblicazione, nelle fattispecie previste rispettive disposizioni.
31	Aggiudicazione mediante procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara	
45	Situazione personale del candidato o dell'offerente	Le amministrazioni devono introdurre nei bandi altre ipotesi di esclusione per reati commessi nell'ambito della comunità europea.
47	Capacità economica e finanziaria	La capacità economica e finanziaria dell'operatore economico può essere provata mediante una o più delle referenze indicate dallo stesso articolo 47.
48	Capacità tecniche e professionali	Le capacità tecniche e professionali degli operatori economici sono valutate e verificate secondo i paragrafi 2 e 3 dello stesso articolo 48 e in particolare un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi (avvilimento).
49	Norme di garanzia della qualità	Quando occorre, le amministrazioni aggiudicatrici devono fare riferimento ai sistemi di assicurazione della qualità basati sulle serie di norme europee in materia e certificati da organismi conformi alle serie delle norme europee relative alla certificazione.
50	Norme di gestione ambientale	Qualora l'appalto richieda le indicazione delle misure di gestione ambientale, che l'operatore economico potrà applicare durante la realizzazione dell'appalto, le amministrazioni aggiudicatrici fanno riferimento al sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS) o a norme di gestione ambientale basate sulle pertinenti norme europee o internazionali certificate da organismi conformi alla legislazione comunitaria o alle norme europee o internazionali relative alla certificazione.

Art.	Titolo	Contenuto
53	Criteri di aggiudicazione dell'appalto	Le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare gli appalti o ricorrendo all'offerta economicamente più vantaggiosa, adottando determinati criteri o esclusivamente il prezzo più basso.
63	Disposizioni in materia di pubblicità: soglie ed eccezioni	Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché i concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici applichino le disposizioni in materia di pubblicità di cui all'articolo 64 in sede di aggiudicazione di appalti a terzi, se il valore di tali appalti è pari o superiore a 5.923.000 EUR.

2.3.2. La Direttiva 2004/18 e le disposizioni facoltative

Nel precedente paragrafo, sono state elencate le disposizioni a carattere *self-executing*, ma la Direttiva 2004/18, contiene altre disposizioni aventi carattere facoltativo in quanto ad applicabilità nei vari stati membri. Tali disposizioni che riguardano, in linea generale, delle innovazioni, sono le seguenti:

Tab. 1.2. Disposizioni a carattere facoltativo

Art.	Titolo	Contenuto
11	Appalti pubblici e accordi quadro stipulati da centrali di committenza	Gli Stati membri possono prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di acquistare lavori, forniture e/o servizi facendo ricorso ad una centrale di committenza.
19	Appalti riservati	Gli Stati membri possono riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici a particolari categorie di lavoratori.
29	Dialogo competitivo	Nel caso di appalti particolarmente complessi gli Stati membri possono prevedere che l'amministrazione aggiudicatrice, possa avvalersi del dialogo competitivo.
32	Accordi quadro	Gli Stati membri possono prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di concludere accordi quadro.
33	Sistemi dinamici di acquisizione	Gli Stati membri possono prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere a sistemi dinamici di acquisizione.
54	Ricorso alle aste elettroniche	Gli Stati membri possono prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere ad aste elettroniche.

2.3.3. Innovazioni

Dal raffronto tra la Direttiva 2004/17 e quella 2004/18 si rileva l'enucleazione di molteplici principi e disposizioni comuni, che in sede di recepimento sono stati unificati e implementati nel Codice, allo scopo di avere un testo normativo più sintetico e snello; ciò assieme al recepimento delle disposizioni viste nei precedenti paragrafi, ha comportato:

- a) per quanto attiene all'adozione di nuovi strumenti contrattuali e tecnologie informatiche:
- nuovi meccanismi di affidamento dei contratti, quali l'accordo quadro, il sistema dinamico di acquisizione, il dialogo competitivo, la contrattazione tramite centrali di committenza;
 - la previsione che l'appalto di lavori possa avere ad oggetto sia la sola esecuzione, che la esecuzione e progettazione, che la realizzazione con qualsiasi mezzo;
 - l'utilizzo di strumenti informatici, sia per le pubblicazioni e comunicazioni (vedi la pubblicazione di avvisi e capitolati sul cosiddetto profilo di committente, che è il sito informatico della Stazione appaltante, la trasmissione di bandi e avvisi alla Comunità europea per via elettronica), sia per l'attività di contrattazione (vedi le aste elettroniche);
- b) per quanto attiene ai nuovi mezzi di garanzia della concorrenza:
- un maggiore rigore nella predeterminazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
 - un più articolato contraddittorio nella fase di verifica delle offerte anomale;
 - il principio di equivalenza delle specifiche tecniche inerenti le prestazioni contrattuali;
- c) per quanto riguarda gli strumenti di tutela di esigenze sociali e ambientali:
- l'utilizzabilità di criteri ambientali e sociali nella valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
 - la possibilità di riservare l'affidamento degli appalti a laboratori che impiegano mano d'opera disabile;
 - la possibilità di prevedere speciali procedure per la realizzazione di programmi di edilizia residenziale pubblica.

2.3.4. Settore postale

In relazione ai settori speciali (ex esclusi), si segnala l'uscita da tale ambito del settore delle telecomunicazioni, ritenuto ormai aperto alla concorrenza negli Stati membri, e l'ingresso del settore postale.

□ 3. La Legge delega e i criteri di recepimento per i contratti sopra soglia

3.1. La Legge delega

L'articolo 25, Legge 18 aprile 2005, n. 62 (Legge comunitaria 2004) delega il Governo a recepire le Direttive 2004/18 e 2004/17 stabilendo la raccolta in un unico testo normativo sia della disciplina degli appalti e concessioni di rilevanza comunitaria, sia degli appalti e concessioni sotto soglia comunitaria.

Secondo la Legge delega, la disciplina dei contratti sotto soglia deve ispirarsi ai canoni di semplificazione, riduzione dei tempi, massima flessibilità degli strumenti giuridici.

Sulla base della Legge delega è stato possibile:

- recepire in un unico testo normativo sia la Direttiva 2004/18 che la Direttiva 2004/17, enucleando le disposizioni comuni e disciplinando in capi separati gli aspetti non comuni;
- disciplinare, nel medesimo testo normativo che recepisce le Direttive 2004/18 e 2004/17, anche i contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, che si collocano sotto soglia;
- individuare un nucleo di principi e disposizioni comuni a tutti i contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, sia sopra che sotto soglia, sia nei settori ordinari che nei settori speciali.

La Legge delega impone il recepimento integrale delle Direttive 2004/17 e 2004/18 e pertanto a ciò è stato dato puntuale adempimento.

Il recepimento delle direttive non comporta innovazioni radicali per i servizi e le forniture, per le quali erano state già recepite le precedenti direttive, mentre significative modifiche riguardano la materia dei lavori pubblici, per i quali il legislatore nazionale si era in più punti scostato dal diritto comunitario.

In particolare, rispetto alla Legge n. 109/1994, in sede di recepimento della Direttiva 2004/18, è stato previsto:

- un maggior numero di ipotesi di utilizzabilità della trattativa privata;
- la licitazione privata con scelta delle imprese da invitare rimessa alla Stazione appaltante, limitatamente agli appalti di importo particolarmente elevato;
- la scelta, rimessa alla Stazione appaltante, e non predeterminata dalla Legge, tra criterio di aggiudicazione del prezzo più basso e criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- un regime della verifica delle offerte anomale più rispettoso del diritto comunitario (quanto a momento della verifica e a oggetto della verifica).

Sono stati, infine, recepiti i nuovi strumenti negoziali previsti dalle direttive e, in particolare, l'accordo quadro, il dialogo competitivo, la centrale di committenza, le aste elettroniche.

3.2. Superamento del mero coordinamento

In merito all'articolo 25 in commento e in particolare alla specifica delega in esso contenuta, il Consiglio di Stato¹², sottolineando come la definizione del suo oggetto presenti rilevanti peculiarità ha altresì fatto osservare che il comma 1 prevede che il Governo possa adottare uno o più decreti legislativi "volti a definire un quadro normativo finalizzato al recepimento" delle predette direttive.

La formula è ben più ampia di quella prevista, in via generale, dalla stessa Legge comunitaria, che parla di adozione di "decreti legislativi recanti le norme occorrenti per dare attuazione alle direttive comprese negli elenchi di cui agli allegati A e B", formula questa, del comma 1 dell'articolo 1, riprodotta in tutte le specifiche norme di delega della Legge in esame, con la sola variazione lessicale che, talvolta, l'espressione "per dare attuazione" viene sostituita dall'espressione "per il recepimento".

Va aggiunto che la più ampia portata della delega dell'articolo 25 è ulteriormente sottolineata dal riferimento (contenuto nella lettera a) del comma 1, ad un "unico testo", terminologia che, pur nella sua atecnicità, chiarisce che non ci si inten-

de limitare ad una mera raccolta di norme preesistenti, sia pure coordinate con le direttive: è l'intero settore degli appalti – ma soltanto questo – che deve trovare in questa sede la sua disciplina unitaria e coordinata.

Tale peculiarità, rispetto all'ordinario recepimento di direttive comunitarie, ha comportato la necessità di formulare quattro principi e criteri direttivi dettati, per il solo recepimento delle direttive sugli appalti, dallo stesso comma 1 dell'articolo 25, criteri che se da una parte condizionano l'intervento del legislatore delegato, dall'altro ne definiscono la portata innovativa.

La specialità della delega dell'articolo 25 appare ancor più marcata ove la si confronti con le altre. Difatti, l'articolo 5 della stessa Legge n. 62/2005, che prevede "il riordino normativo nelle materie interessate dalle direttive comunitarie", delega il Governo ad adottare, con le stesse modalità di cui ai commi 2 e 3 dell'articolo 1 ed entro lo stesso termine di diciotto mesi, "testi unici delle disposizioni dettate in attuazione delle deleghe conferite per il recepimento di direttive comunitarie, al fine di coordinare le medesime con le norme legislative vigenti nelle stesse materie, apportando le sole modificazioni necessarie a garantire la semplificazione e la coerenza logica, sistematica e lessicale della normativa".

Risulta evidente, al confronto, la portata sostanziale della delega dell'articolo 25 rispetto al mero coordinamento formale delle altre fattispecie.

□ **4. Possibili criteri di semplificazione degli appalti sotto soglia**

Si fa rilevare, in primo luogo, che recentemente dagli organi comunitari e dalla giurisprudenza nazionale, è emerso l'orientamento in base al quale vengono estesi ai contratti sotto soglia comunitaria, i principi del Trattato a tutela della concorrenza e, segnatamente, i principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità¹³. Di tale orientamento è tenuto debito conto nel Codice, e in effetti il rispetto di detti principi ha comportato alcune semplificazioni.

Nei contratti sotto soglia, il rispetto dei canoni di semplificazione e riduzione dei tempi, può essere conseguito estendendo ad essi istituti propri dei contratti sopra soglia, che garantiscono, peraltro, maggiore flessibilità:

- maggior numero di ipotesi di trattativa privata;
- nuovi strumenti quali accordi quadro, aste elettroniche, dialogo competitivo;
- scelta, rimessa alla Stazione appaltante, tra criterio del prezzo più basso e offerta economicamente più vantaggiosa;
- flessibilità dell'appalto di lavori che a scelta della Stazione appaltante può o meno aver ad oggetto anche la progettazione, esclusa quella preliminare.

In aggiunta può essere previsto l'ulteriore caso di trattativa privata, di cui all'articolo 24, Legge n. 109/1994 fino a 100.000 euro e per gli appalti relativi a beni culturali i casi già previsti dal D.Lgs. n. 30/2004.

Per gli appalti di servizi e forniture va considerato che, da un lato, la soglia di rilevanza comunitaria è piuttosto bassa, e che, dall'altro lato, per molti servizi e forniture le amministrazioni non contrattano direttamente con gli operatori economici, ma possono avvalersi degli appalti stipulati dalla CONSIP, la quale può essere qualificata, ai sensi delle Direttive comunitarie 2004/17 e 2004/18, come una centrale di committenza.