

Riforme

Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Con D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, è stato approvato il «Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture», in attuazione della delega contenuta nell'art. 25 della L. 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004), con la quale il Governo è stato investito del recepimento delle direttive n. 2004/17/CE e 2004/18/CE del 31 marzo 2004. Le direttive disciplinano, rispettivamente, le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (cosiddetti settori speciali o ex esclusi) e le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori, forniture e servizi. Il recepimento delle direttive è divenuta l'occasione per la raccolta sistematica della normativa nazionale nel suo insieme, secondo l'intenzione espressa dal legislatore nella legge di delega, al fine di coordinare con le direttive concretamente recepite 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.

Su questo e sui prossimi numeri della Rivista verranno pubblicati alcuni contributi che cercheranno di illustrare sinteticamente il nuovo Codice.

Principi e disposizioni comuni di Guido Giovannelli e Leonardo Masi

Art. 1 Oggetto

L'art. 1 del Codice degli appalti individua in termini generali l'oggetto della disciplina, includendovi i contratti delle stazioni appaltanti, degli enti e dei soggetti aggiudicatori inerenti l'acquisizione di servizi, prodotti, lavori ed opere sia sopra che sotto la soglia comunitaria.

Tale norma consente, quindi, immediatamente di apprezzare gli evidenti obiettivi di semplificazione perseguiti dal Codice, in ossequio a quanto disposto dall'art. 25 della L. 18 aprile 2005, n. 62 (cd. legge comunitaria per l'anno 2004), che ha delegato il Governo italiano a recepire le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE all'interno di un unico testo normativo contenente la disciplina organica degli appalti e delle concessioni di lavori, servizi e forniture tanto di rilevanza comunitaria quanto al di sotto della relativa soglia, sia all'interno dei settori cd. «ordinari» che dei settori cd. «esclusi» (oggi settori «speciali»).

L'entrata in vigore del Codice consentirà, pertanto, di mettere ordine in un settore quale quello del diritto nazionale degli appalti pubblici il cui quadro normativo risulta ad oggi estremamente frammentario e frazionato in una vasta serie di leggi, decreti legislativi, decreti presidenziali e ministeriali.

Allo stato, infatti, tre differenti decreti legislativi regolamentano gli appalti di rilevanza comunitaria di forniture (D.Lgs. 24 luglio 1992, n. 358), servizi (D.Lgs. 17 marzo

1995, n. 157) e lavori, servizi e forniture nei settori «esclusi» (D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 158).

Gli appalti pubblici di lavori sono, invece, disciplinati dalla L. 11 febbraio 1994, n. 109 (cd. legge quadro sui lavori pubblici), nonché dal relativo regolamento di attuazione (D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554).

Infine, gli appalti di forniture sottosoglia sono regolati dal D.P.R. 18 aprile 1994, n. 573, mentre manca una disciplina organica degli appalti di servizi sottosoglia, cui, pertanto, è stato finora ritenuto applicabile il R.D. 23 maggio 1924, n. 827 (*Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*).

Significativa, inoltre, si dimostra essere la previsione di cui al comma 2 dell'art. 1 che, nel codificare un principio generale - peraltro già enunciato nell'ordinamento interno in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica all'art. 113, comma 5, lett. b) del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 - afferma che, ogniqualvolta le norme vigenti consentano la costituzione di società miste finalizzate alla realizzazione ovvero alla realizzazione e alla gestione di un'opera pubblica o di un pubblico servizio, la scelta del socio privato debba essere effettuata mediante procedure di evidenza pubblica, ad evidente garanzia della concorrenza e del «*favor participationis*».

Art. 2 Principi

Il successivo art. 2 del Codice in commento indica i

principi ispiratori dell'attività contrattuale finalizzata all'affidamento e all'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, mutuandoli dall'art. 2 della direttiva 2004/18/CE, dall'art. 10 della direttiva 2004/17/CE, nonché dall'art. 1 della L. 7 agosto 1990, n. 241 e dall'art. 1 della L. 11 febbraio 1994, n. 109.

In proposito, si prevede che l'attività contrattuale debba essere condotta in modo tale da garantire la qualità delle prestazioni e il rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza.

Con particolare riferimento alla fase dell'affidamento, inoltre, si statuisce che essa debba essere svolta nel rispetto dei principi fondamentali del Trattato, ovvero dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità.

Tale previsione ha sostanzialmente l'effetto di recepire un particolare orientamento della giurisprudenza comunitaria, che già in passato aveva esteso l'applicazione dei principi fondamentali del Trattato anche ai contratti posti al di sotto della soglia comunitaria (1).

La norma afferma, quindi, il primato delle esigenze sociali, della tutela della salute e dell'ambiente, nonché della promozione dello sviluppo sostenibile rispetto al principio di economicità, prevedendo che quest'ultimo possa essere subordinato entro i limiti di legge a criteri previsti dal bando purché ispirati a dette finalità.

Infine, sono richiamate, sia pure in via residuale, le disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla L. 7 agosto 1990, n. 241, in relazione alle procedure di affidamento ed alle altre attività amministrative connesse ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nonché, per quanto concerne l'attività contrattuale complessivamente considerata, i principi dettati in materia dal Codice civile.

Art. 3 Definizioni

Al fine di offrire un ausilio agli operatori del diritto che si troveranno ad applicarne le disposizioni, l'art. 3 del Codice in commento detta le definizioni dei termini giuridici di più frequente utilizzo in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ricavandole in parte dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE e in parte dal diritto interno.

Fra le disposizioni di maggior interesse occorre innanzitutto soffermarsi sul comma 5, ove viene coniata la nuova terminologia di «settori speciali» di contratti pubblici, categoria dalla quale il Codice espunge il settore delle telecomunicazioni - ritenuto ormai aperto alla concorrenza negli stati membri - aggiungendovi invece, conformemente alla direttiva 2004/17/CE, quello dei servizi postali.

La normativa comunitaria risulta altresì recepita dal comma 7, che reca la definizione di «appalto pubblico di lavori», all'interno della quale vengono fatte confluire le ipotesi di contratto avente ad oggetto l'esecuzione di lavori, ovvero la progettazione esecutiva congiunta-

mente all'esecuzione, nonché, limitatamente all'ambito dei lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi, la cd. esecuzione con qualsiasi mezzo di un'opera rispondente alle esigenze specificate dalla stazione appaltante o dall'ente aggiudicatore sulla base del progetto preliminare posto a base di gara.

Le ipotesi maggiormente significative di ricezione della normativa nazionale sono, invece, offerte dai commi immediatamente seguenti.

Il comma 8, infatti, contempla la nozione di «lavori pubblici» e di «opere pubbliche», integrando l'ampia definizione contenuta nell'art. 2, comma 1, della L. 11 febbraio 1994, n. 109.

Il comma 11, invece, introduce la definizione di «concessione di lavori pubblici», traendola dall'art. 19 della L. 11 febbraio 1994, n. 109.

Degni di nota in ragione della loro portata fortemente innovativa risultano poi alcuni dei commi successivi, che introducono nuovi meccanismi di affidamento dei contratti, mutuati dalle direttive comunitarie e finalizzati al raggiungimento di obiettivi di semplificazione e informatizzazione delle procedure di scelta del contraente.

Fra di essi è opportuno innanzitutto analizzare il comma 13, che reca la definizione di «accordo quadro» - istituito peraltro già presente nell'ordinamento interno all'art. 16 del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 158 - quale accordo concluso fra una o più stazioni appaltanti ed uno o più operatori economici preordinato a stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste.

La puntuale disciplina di detto istituto, peraltro strettamente connessa a quella delle centrali di committenza, è contenuta nell'art. 59 del Codice.

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

Si tratta, in sostanza, di un sistema aperto idoneo a garantire la massima flessibilità di incontro tra domanda ed offerta e, pertanto, capace di stimolare un continuo confronto competitivo (2).

Note:

(1) Cfr. Corte Giust. CE, sez. VI, 7 dicembre 2000, C-324/1998, in questa Rivista, 2001, 487 ss., con nota di F. Leggiadro, Corte Giust. CE, sez. II, ord., 3 dicembre 2001, C-59/2000, in Riv. Giur. Edil., 2002, I, 857 ss.

(2) Sul punto, G. Barbon, I sistemi dinamici di acquisizione e le aste elettroniche, in R. Garofoli - M.A. Sandulli (a cura di), Il nuovo diritto degli appalti pubblici, Milano, 2005, 456 ss.

L'istituto è dettativamente disciplinato all'art. 60 del Codice.

Il comma 15 offre, invece, la definizione di «asta elettronica», quale fase di negoziazione telematica che può precedere l'aggiudicazione dell'appalto ove le offerte vengono presentate e valutate in via esclusiva su un supporto informatico.

L'utilizzabilità di tale strumento risulta pertanto limitata alle ipotesi in cui la natura dell'oggetto e della prestazione richiesta possa essere specificamente definita da un punto di vista qualitativo e quantitativo, di modo che gli elementi da valutare tramite il mezzo elettronico siano costituiti dal prezzo ed eventualmente da altri fattori, purché quantificabili con precisione.

Si nega, di conseguenza, l'utilizzabilità di tale strumento in relazione agli appalti di servizi e di lavori aventi ad oggetto prestazioni intellettuali (quali ad esempio la progettazione di lavori), trattandosi evidentemente di fattispecie in cui le specifiche dell'appalto sono insuscettibili di essere fissate in maniera precisa.

La disciplina dell'asta elettronica è dettata dall'art. 85 del Codice.

Sotto il profilo soggettivo, dal comma 25 al 35 sono indicate una serie di definizioni, in parte già recepite dal diritto interno, tra cui assumono peculiare rilievo quella di «impresa pubblica» (comma 28), «centrale di committenza» (comma 34) e «profilo di committente» (comma 35).

In particolare, per «impresa pubblica» - nozione mutuata dall'art. 2 della direttiva 2004/17/CE ma già presente nell'ordinamento interno all'art. 2 del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 158 - si intende quell'impresa su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie o perché vi hanno una partecipazione finanziaria ovvero in virtù delle norme che disciplinano le imprese in questione.

Si ribadisce, aderendo alla nozione sostanziale di «dominanza pubblica» (3), che l'influenza dominante esercitata su di un'impresa debba ritenersi presunta ogniqualvolta le amministrazioni aggiudicatrici direttamente o indirettamente detengano la maggioranza del capitale sottoscritto, oppure controllino la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa, ovvero abbiano il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio d'amministrazione, del comitato esecutivo o del collegio sindacale della stessa.

Con il termine «centrale di committenza» - nozione di origine comunitaria - si fa riferimento all'amministrazione aggiudicatrice che acquista forniture o servizi destinati ad ulteriori amministrazioni aggiudicatrici o ad altri enti aggiudicatori ovvero che aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o ad altri enti aggiudicatori.

Per «profilo del committente» - espressione usata, ma non definita, dalle direttive comunitarie - si intende, in-

vece, il sito informatico di una stazione appaltante, su cui sono pubblicati gli atti e le informazioni previsti dal Codice.

Il gruppo successivo di commi (dal 36 al 41) reca, quindi, la definizione delle varie tipologie di procedure di affidamento.

Fra di esse, è interessante soffermarsi sulla nozione di «dialogo competitivo» di cui al comma 39, definito come una procedura, a cui qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare, nella quale la stazione appaltante, in caso di appalti particolarmente complessi, avvia un dialogo con i candidati ammessi al fine di elaborare una o più soluzioni idonee a soddisfare le proprie necessità, soluzioni in base alle quali i candidati selezionati saranno poi invitati a presentare le rispettive offerte.

Si tratta, in sostanza, di un peculiare strumento di dialogo di derivazione comunitaria idoneo a garantire un profondo coinvolgimento dei concorrenti nell'elaborazione delle scelte dell'appaltante in relazione ad appalti di particolare complessità (4).

L'istituto in questione è compiutamente disciplinato all'art. 58 del Codice.

Art. 4 Competenze legislative di Stato, Regioni e Province autonome

L'art. 4 del Codice in commento disciplina il riparto di competenze legislative fra Stato, Regioni e Province autonome di Trento e Bolzano, in precedenza regolato dagli artt. 1 e 3 della L. 11 febbraio 1994, n. 109.

L'estrema vastità dell'oggetto del Codice, infatti, non consente di ricondurre in capo ad un unico soggetto la competenza legislativa in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ma impone piuttosto di attribuirle caso per caso alla potestà legislativa esclusiva dello Stato o delle regioni ovvero a quella concorrente di Stato e regioni secondo i principi dettati dall'art. 117 Cost.

Com'è noto, infatti, l'art. 117 Cost., nel testo riformulato in seguito all'approvazione della L. Cost. 18 ottobre 2001, n. 3, apportante modifiche al Tirolo V, parte seconda, della Costituzione, ha posto quali limiti di carattere generale all'esercizio della potestà legislativa sia dello Stato che delle Regioni il rispetto delle disposizioni costituzionali, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Tale norma ha quindi espressamente indicato alcuni settori da ritenersi riservati alla competenza legislativa

Note:

(3) Cf. T.A.R. Veneto, 27 maggio 2003, n. 3014, in *Foro Amm. TAR*, 2003, 1579; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 3 aprile 2000, n. 904, in *Foro Amm.*, 2000, 2375; Cons. Stato, sez. VI, 1° aprile 2000, n. 1885, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 2443.

(4) Per un maggiore approfondimento in ordine a tale istituto, si veda R. Invernizzi, *Il dialogo competitivo e tecnico*, in R. Garofoli - M.A. Sandulli, op. cit., 299 ss.

esclusiva statale ed altri rimessi, invece, alla potestà legislativa concorrente dello Stato e delle regioni.

Infine, l'art. 117 ha previsto che, in via residuale, spetti alle regioni «la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato».

Ebbene, in ossequio alla formulazione di detta disposizione costituzionale, l'art. 4 pone quale limite generale all'esercizio della potestà normativa delle Regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano nelle materie oggetto del Codice il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dalle disposizioni relative a materie di competenza esclusiva dello Stato (vincoli cui si aggiungono, limitatamente alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e Bolzano, gli obblighi derivanti dalle disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione).

Con specifico riferimento alle materie oggetto di competenza concorrente, invece, si statuisce che le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano debbano esercitare la propria potestà legislativa conformandosi ai principi fondamentali enunciati dal Codice, attribuendo a quest'ultimo, evidentemente, valore di cd. legge-comice.

Sul punto, la norma fa specifico rinvio ai principi dettati in tema di programmazione di lavori pubblici, approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi, organizzazione amministrativa, compiti e requisiti del responsabile del procedimento, sicurezza del lavoro.

Sono enunciate, quindi, una serie di materie (qualificazione e selezione dei concorrenti; procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; criteri di aggiudicazione; subappalto; poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; attività di progettazione e piani di sicurezza; stipulazione ed esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative; contenzioso) rimesse alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, in relazione alle quali, pertanto, non è ammessa alcuna disciplina regionale difforme. Si conferma, inoltre, in ossequio alla ripartizione operata dall'art. 117 Cost., la competenza esclusiva dello Stato in relazione alla disciplina dei contratti aventi ad oggetto la tutela dei beni culturali e il settore della difesa, nonché dei contratti segreti o quelli che esigono particolari misure di sicurezza relativi a lavori, servizi, forniture.

Infine, all'evidente scopo di evitare la creazione di vuoti legislativi, al comma 4 la norma codifica un principio di carattere generale affermando che nelle materie di competenza normativa regionale, sia concorrente che esclusiva, le disposizioni del Codice trovino integrale applicazione in tutte quelle regioni che non abbiano ancora fatto uso della propria autonomia legislativa e fi-

no all'entrata di vigore della propria normativa di attuazione.

Art. 5 Regolamento e capitolati

Costituisce indubbio elemento di novità la previsione all'art. 5 del Codice di un unico regolamento recante la disciplina attuativa ed esecutiva dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di amministrazioni ed enti statali da adottarsi con Decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri e sentito il Consiglio di Stato.

L'ambito di applicazione di detto regolamento risulta altresì esteso, limitatamente alle sole materie riservate alla esclusiva potestà legislativa statale elencate al comma 3 del precedente art. 4, anche ai contratti conclusi da qualsiasi amministrazione o soggetto ad essa equiparato nonché, in linea generale e solo se espressamente stabilito, alle amministrazioni regionali o a quelle appartenenti alle Province autonome di Trento e Bolzano.

Il comma 5, nell'individuare l'oggetto del regolamento, elenca una serie di materie di cui esso deve recare la disciplina di attuazione e di esecuzione, oltre, s'intende, a quelle ulteriori materie per le quali è di volta in volta richiamato.

Detta elencazione risulta, in sostanza, per la maggior parte mutuata dal comma 6 dell'art. 3 della L. 11 febbraio 1994, n. 109, seppure con alcune variazioni, determinate essenzialmente dalle finalità di semplificazione perseguite dal Codice nonché dall'estensione della disciplina anche ai contratti di servizi e forniture, nonché ai settori cd. «speciali».

Sul punto, è interessante osservare come, al fine di realizzare le sopraindicate finalità di semplificazione, il Codice abbia talora utilizzato formulazioni assai più generiche rispetto alla L. 11 febbraio 1994, n. 109, ad esempio in riferimento alla disciplina dell'attività di programmazione dei lavori pubblici (lett. a) e all'individuazione dei requisiti soggettivi, certificazioni di qualità e di qualificazione degli operatori economici (lett. g).

Rispetto alla preesistente elencazione sono, inoltre, introdotte alcune nuove voci, quali ad esempio la lett. f), ove si prescrive che l'emanando regolamento disciplini le modalità di istituzione e gestione del sito informatico dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui all'art. 7, comma 4, lett. i).

Il successivo comma 6, sostanzialmente riprodotto il testo del comma 7-ter dell'art. 3 della L. 11 febbraio 1994, n. 109 (sebbene nella nuova formulazione scompare ogni riferimento al capitolato generale), stabilisce che, al fine di assicurare la compatibilità con gli ordinamenti stranieri delle procedure di affidamento ed esecuzione di lavori, servizi e forniture eseguiti sul territorio dei rispettivi stati esteri, nell'ambito di attuazione della L. 26 febbraio 1987, n. 49 (*Nuova disciplina della cooperazione dell'Italia con i Paesi in via di sviluppo*), il regolamento debba tener conto della specialità della fattispe-

cie, nonché delle procedure applicate in materia dalle organizzazioni internazionali e dall'Unione Europea.

Infine, gli ultimi tre commi dell'art. 5 disciplinano il capitolato, quale ulteriore fonte regolatrice della materia a cui, nel tentativo di evitare inutili sovrapposizioni con il regolamento, è attribuita dal Codice natura contrattuale.

La struttura della norma riflette la tradizionale distinzione fra capitolati generali e speciali.

Questi ultimi, in particolare, sono disciplinati dal comma 7, il quale prescrive che, nel rispetto delle disposizioni del Codice e del regolamento, le singole stazioni appaltanti possano adottare capitolati contenenti la disciplina di dettaglio e tecnica dei propri contratti.

Tali capitolati, se menzionati nel contratto o nell'invito, divengono parte integrante del contratto.

Il comma successivo prevede, invece, l'adozione con decreto ministeriale del capitolato generale per gli appalti di lavori delle amministrazioni aggiudicatrici statali, anch'esso suscettibile di essere richiamato all'interno del bando o dell'invito, e, in tal caso, di divenire parte integrante del contratto.

L'ambito di applicazione del capitolato generale dei lavori pubblici di cui al comma 7 (*recte*, comma ottavo) risulta, infine, ampliato dall'ultimo comma dell'art. 5 del Codice, ove è stabilito che questo possa essere richiamato anche nel bando o negli inviti da parte di stazioni appaltanti diverse dalle amministrazioni aggiudicatrici statali, assumendo in tal modo valore contrattuale.

Art. 6 Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Attraverso l'art. 6 del Codice viene data attuazione all'art. 81.2 della direttiva 2004/18/CE e all'art. 72.2. della direttiva 2004/17/CE, norme le quali prevedono che gli stati membri, al fine di assicurare l'applicazione delle due suddette direttive, possano designare o istituire «un'agenzia indipendente».

Viene operata la scelta più logica e prevedibile, quella cioè di utilizzare l'organismo già esistente, vale a dire l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, che viene ad assumere la nuova denominazione di «Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture», ampliando così notevolmente le proprie attribuzioni.

Restano per contro invariati composizione (5 membri), meccanismi di nomina, durata in carica e criteri di determinazione del compenso dei componenti, anche se scompare il limite massimo complessivo di compensi, previsto dall'art. 4, comma 3, della L. 11 febbraio 1994, n. 109.

Tra le funzioni, elencate al comma 7 dell'articolo in commento, oltre alla naturale estensione di quelle preesistenti ai contratti di servizi e forniture, si ravvisano alcuni nuovi compiti rispetto alla formulazione dell'art. 4, legge Merloni.

In particolare: la vigilanza sui contratti esclusi dall'applica-

zione del Codice, al fine di verificare la legittimità dell'esclusione (lett. b); la possibilità di annullare, in caso di inerzia degli organismi preposti, le attestazioni rilasciate nell'ambito del sistema di qualificazione (lett. m), con ciò codificando una conclusione cui, pur in essenza di una norma espressa, era già giunta la giurisprudenza (5); l'espressione di pareri non vincolanti sulle procedure di gara (lett. n), attribuzione che sostituisce quella in materia precontenziosa (composizione controversie insorte durante l'esecuzione dei contratti), inizialmente contenuta nello schema di D.Lgs., ma poi espunta a seguito dell'invito del Consiglio di Stato in sede di parere reso sul predetto schema.

Altra novità consiste nell'espressa facoltà dell'Autorità di avvalersi, per l'esercizio delle proprie funzioni, del Corpo della Guardia di Finanza (comma 9), recependo così l'osservazione formulata sempre dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema di decreto legislativo. Infine, è prevista l'estensione dell'ambito applicativo delle sanzioni pecuniarie previste per l'omessa (fino a € 25.822,00) o non veritiera (fino a € 51.545,00) fornitura dei documenti, informazioni e chiarimenti di cui al comma 9 (si tratta di quelli previsti dall'art. 4, comma 17, legge Merloni), sanzioni che oggi si applicano anche «agli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, nonché agli operatori economici che forniscono dati o documenti non veritieri, circa il possesso dei requisiti di qualificazione, alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicati e agli organismi di attestazione» (comma 11, seconda parte).

Non si rinviene, nell'art. 10 del Codice dedicato all'Autorità, alcun riferimento alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per l'impugnazione dei provvedimenti sanzionatori dell'Autorità (come invece era previsto dall'art. 4, comma 7, ult. parte, legge Merloni), ma si tratta soltanto di un vuoto apparente e frutto della razionalizzazione normativa operata dal Codice, atteso che la riserva di giurisdizione ai tribunali amministrativi è contenuta nel comma 2, dell'art. 244, interamente dedicato, appunto, ai profili relativi alla giurisdizione.

Art. 7 Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture

L'Osservatorio dei «lavori pubblici», già disciplinato dai commi 10 e seguenti dell'art. 4, legge Merloni, assume la nuova denominazione di «Osservatorio dei contratti pubblici, relativi a lavori, servizi e forniture», ampliando così, come naturale, il proprio ambito operativo anche agli appalti di servizi e forniture.

Nota:

(5) T.A.R. Lazio, sez. III, 24 maggio 2005, n. 4116, in *Foro Amm. TAR*, 2005, f. 5, 1592; Cons. Stato, sez. VI, 14 aprile 2004, n. 2124, in *Foro Amm. CdS*, 2004, 1203; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 991, in *Foro Amm. CdS*, 2004, 899.

Si osserva subito che nel Codice si prevede che l'Osservatorio operi «nell'ambito» dell'Autorità, e non «alle dipendenze» di questa (come invece si esprimeva l'art. 4, legge Merloni), a voler accentuare l'autonomia dell'organismo, nel qual senso è da leggersi anche la disciplina contenuta in un articolo a se stante riservato all'Osservatorio (l'art. 7 del Codice, appunto), rispetto alla disciplina della legge Merloni, in cui le norme relative all'Osservatorio erano contenute nell'art. 4 dedicato all'Autorità.

Sotto il profilo sostanziale, non sono tuttavia molte le modifiche introdotte dal Codice.

È previsto che l'attività si svolga in collaborazione, oltre che con gli enti già elencati dall'art. 4, comma 15, legge Merloni, anche con la Consip, le cui convenzioni è previsto rappresentino uno dei parametri per la determinazione annuale dei costi standardizzati per tipo di servizio e fornitura (comma 4, lett. c).

Quanto ai compiti della sezione centrale dell'Osservatorio, tra le novità, vi è la gestione del proprio sito informativo (comma 4, lett. i) e soprattutto quello dell'elaborazione dei prospetti statistici per i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di rilevanza comunitaria, compresi i settori esclusi, adempimento che sinora l'Osservatorio curava limitatamente ai lavori, mentre per i servizi e le forniture provvedeva il Dipartimento per politiche comunitarie presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Art. 8 Disposizioni in materia di organizzazione e di personale dell'Autorità e norme finanziarie

L'articolo 8 consta di una serie di norme generali riguardanti l'organizzazione, il funzionamento (con particolare riferimento alle funzioni di vigilanza e sanzionatoria), il personale e il bilancio dell'Autorità.

Quanto all'organizzazione e al funzionamento, il primo comma contiene l'enunciazione del metodo operativo ispiratore dell'attività dell'Autorità, vale a dire quello della consultazione preventiva, consistente nel «dare preventivamente notizie del progetto di atto e nel consentire agli interessati di far pervenire le proprie osservazioni, da valutare motivatamente» (periodo suggerito proprio in questi esatti termini dal Consiglio di Stato nel parere sullo schema di D.Lgs.).

Viene affermata l'autonomia organizzativa dell'Autorità, la quale attraverso propri regolamenti disciplina l'organizzazione, il funzionamento, i bilanci, i rendiconti e la gestione delle spese, l'accesso ai documenti amministrativi, le modalità di esercizio della vigilanza e i procedimenti sanzionatori (comma 2).

Peraltro, l'attribuzione di poteri regolamentari alle autorità indipendenti è già stato oggetto di scrutinio positivo di legittimità da parte del Consiglio di Stato (Sez. atti norm., 14 febbraio 2005, n. 11603/04).

Nella sopra evidenziata possibilità di governare il proprio bilancio e la gestione delle spese si coglie la maggiore innovazione, in senso autonomistico, rispetto al si-

stema attuale, in cui è prevista l'iscrizione di un apposito capitolo iscritto nello stato di previsione della spesa della Presidenza del Consiglio dei Ministri (art. 5, comma 6, legge Merloni), mentre la determinazione dei criteri di gestione e di rendicontazione risulta devoluta ad un regolamento ministeriale.

I commi 3 e 4 indicano i principi procedurali cui debbono attenersi rispettivamente l'attività di vigilanza e quella sanzionatoria, risultando di tutta evidenza l'esigenza particolarmente sentita dai redattori del Codice di permeare tali attività ai principi cardine di garanzia e partecipazione del procedimento amministrativo di cui alla L. 7 agosto 1990, n. 241.

Quanto al personale, viene mantenuto l'apposito ruolo del personale dipendente dell'Autorità, mentre la determinazione della pianta organica e la distribuzione del personale in ruolo tra i vari servizi è demandato al regolamento del personale (comma 7).

È espressamente prevista l'applicazione al personale dell'Autorità del Testo unico sul pubblico impiego, pur nel rispetto dell'autonomia organizzativa (comma 8).

È consentita la facoltà di avvalersi di personale di altre amministrazioni, in posizione di comando, distacco o fuori ruolo, purché senza oneri aggiuntivi per la finanza pubblica (comma 10).

Viene meno, almeno ad una prima lettura, la possibilità di ricorrere a risorse esterne all'Autorità, previo conferimento di relativo incarico professionale, in quanto l'art. 256, comma 1, del Codice prevede l'abrogazione della norma che contemplava tale facoltà (l'art. 3, comma 4, D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554).

Quanto infine alla gestione finanziaria (comma 11), vi è, come detto, l'accentuazione dell'autonomia dell'Autorità, che si traduce nella predisposizione del bilancio preventivo e del rendiconto.

A tale autonomia, e alla sottrazione della gestione finanziaria alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, fa da naturale contraltare l'assoggettamento del rendiconto al controllo della Corte dei Conti.

Art. 9 Sportello dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture

Attraverso l'articolo 9 del Codice, anche la materia dei contratti pubblici, analogamente a quanto già avvenuto in altri settori dell'azione amministrativa (edilizia, attività produttive), vede nascere l'istituto (facoltativo) dello «Sportello», con l'evidente scopo di semplificare i rapporti tra gli enti aggiudicatori e i soggetti partecipanti alle procedure selettive.

Per quanto l'istituto non sia espressamente previsto dalle direttive, la genesi della norma può rinvenirsi in due disposizioni, di identico tenore, contenute rispettivamente nella direttiva 2004/18/CE (art. 27, comma 1) e nella direttiva 2004/17/CE (art. 39, comma 1), le quali prevedono che «L'amministrazione aggiudicatrice può precisare o può essere obbligata da uno Stato membro a precisare nel capitolato d'onori l'organismo o gli organi-

smi dai quali i candidati o gli offerenti possono ottenere le pertinenti informazioni sugli obblighi relativi alla fiscalità, alla tutela dell'ambiente, alle disposizioni in materia di sicurezza e alle condizioni di lavoro che sono in vigore nello Stato membro, nella regione o nella località in cui devono essere fornite le prestazioni e che si applicheranno ai lavori effettuati nei cantieri o ai servizi forniti nel corso dell'esecuzione dell'appalto».

Il fondamento delle preoccupazioni del legislatore comunitario sembra risiedere nell'esigenza che, una volta ampliato il contesto territoriale nel quale i soggetti economici dei vari stati membri possono partecipare alle gare d'appalto, questi si trovino in condizione di poter contare su un elevato grado di certezza circa il contesto normativo di riferimento del paese, o addirittura della regione, nel quale deve svolgersi la prestazione oggetto del contratto da affidare.

In sede di recepimento, il Codice non si è arrestato al soddisfacimento di tale esigenza chiarificatrice, limitata nelle direttive alla normativa fiscale, della tutela dell'ambiente, alla sicurezza e alle condizioni di lavoro, ma ha esteso l'oggetto dell'attività esplicativa dello Sportello «a tutte le altre norme che debbono essere rispettate nell'esecuzione del contratto» (art. 9, comma 1, lett. a). È stato poi inserito, nell'elenco dei compiti dello Sportello, quello di fornire ai candidati la «documentazione utile per la presentazione delle candidature e delle offerte», (art. 9, comma 1, lett. b), di cui non vi è traccia nella direttiva, ma che appare assolutamente logico ed in linea con la funzione dello Sportello, che, come detto, è quella di rappresentare un supporto tecnico-documentale ai partecipanti.

Apprezzabile è poi la possibilità che lo Sportello assolva le proprie funzioni con il ricorso alle tecniche di trasmissione telematica, sulla scorta dei provvedimenti nazionali (D.Lgs. 28 febbraio 2005, n. 42 e D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82) intervenuti nell'intento di favorire la digitalizzazione dell'attività delle pubbliche amministrazioni. Quanto agli oneri per l'istituzione e il funzionamento dello Sportello, posto che i relativi compiti possono essere affidati anche ad uffici già presenti presso l'ente aggiudicatore (art. 9, comma 4), si prevede che tali oneri non possano gravare sul bilancio delle amministrazioni aggiudicatrici (art. 9, comma 3).

Talché il comma 5 prevede un meccanismo di recupero dei costi consistente nell'onerosità dei servizi forniti dallo Sportello attraverso la fissazione, da parte dell'ente aggiudicatore che lo ha istituito, di corrispettivi a carico dei soggetti richiedenti i servizi stessi.

Dell'esistenza dello Sportello e dei costi dei relativi servizi, occorrerà dare indicazione nel bando o nel capitolato (comma 6).

Art. 10 Responsabile delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

L'articolo 10 prevede, anche in questo caso in linea

con evidenti esigenze di semplificazione, l'istituzione - «per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico» - la figura del responsabile unico del procedimento per le fasi della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione.

Il modello sul quale il legislatore nazionale ha potuto contare è naturalmente quello, già esistente, del responsabile unico del procedimento per i lavori pubblici, previsto e disciplinato dall'art. 7 della legge Merloni, oltre che dall'art. 7 del regolamento di attuazione.

La natura pressoché omnicomprendiva delle attribuzioni del responsabile del procedimento emerge dalla norma generale, di cui non vi era traccia nella legge Merloni, contenuta nel comma 2 dell'articolo in commento, in base alla quale il responsabile del procedimento «svolge tutti i compiti relativi alle procedure previste dal presente codice, ivi compresi gli affidamenti in economia, e alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti, che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti».

Quanto agli specifici compiti assegnati al responsabile del procedimento, essi sono elencati nel comma 3 della disposizione in commento, e non si ravvisano sostanziali novità rispetto all'elenco già contenuto nell'art. 7, comma 3, della legge Merloni.

Qualche innovazione, per la verità non profonda, si ha in relazione ai requisiti soggettivi per l'assunzione del ruolo di responsabile del procedimento.

La legge Merloni, coerentemente al suo oggetto, limitato ai lavori, prevedeva che dovesse trattarsi di «un tecnico», e in assenza di adeguate professionalità interne era ammesso il ricorso a soggetti esterni (art. 7, comma 5).

Il regolamento aggiungeva e precisava che doveva trattarsi di un «tecnico in possesso di titolo di studio adeguato alla natura dell'intervento da realizzare, abilitato all'esercizio della professione o, quando l'abilitazione non sia prevista dalle norme vigenti, è un funzionario con idonea professionalità, e con anzianità di servizio in ruolo non inferiore a cinque anni» (art. 7, comma 4, D.P.R. n. 554/1999).

Il Codice, da parte sua, al comma 5 dell'art. 10, richiede «titolo di studio e competenza adeguati in relazione ai compiti per cui è nominato», e che soltanto per i lavori attinenti all'ingegneria e all'architettura «deve essere un tecnico».

Stabilisce poi, sempre al comma 5, che in caso di amministrazione aggiudicatrice, il responsabile deve essere un dipendente di ruolo, pur mantenendosi, al comma 7, la facoltà di ricorrere a figure esterne in carenza di adeguate professionalità interne.

Il comma 6 rinvia al regolamento l'individuazione nel dettaglio dei requisiti di professionalità richiesti al responsabile del procedimento.

Sotto tale profilo si deve osservare che l'art. 7 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, è stato - quantomeno per i primi sei commi - mantenuto in vita dal Codice (il cui art. 256 abroga soltanto il sesto comma dell'art.

7, D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554), per cui tale rinvio è operato, in attesa dell'emanazione del nuovo regolamento attuativo del Codice, al regolamento oggi vigente.

Gli ultimi due commi sono nuovi.

Il comma 8, in un'ottica di trasparenza, prevede che il nominativo del responsabile del procedimento venga indicato nel bando di gara o nella lettera di invito a presentare offerte.

Il comma 9, invece, si pone il problema dei meccanismi di nomina e dell'ambito delle attribuzioni dei responsabili del procedimento in caso di stazioni appaltanti non pubbliche amministrazioni, disponendo, quanto al primo aspetto, un rinvio agli «ordinamenti» dei soggetti in questione, e, quanto al secondo, che le attribuzioni siano limitate al «rispetto delle norme del presente codice al cui rispetto sono tenuti».

Artt. 11 e 12 Fasi delle procedure di affidamento e controlli sugli atti delle procedure di affidamento

L'art. 11 individua le fasi delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, articolandole nelle seguenti: programmazione; determinazione a contrattare; procedura di selezione del contraente; aggiudicazione provvisoria; aggiudicazione definitiva; stipulazione del contratto; controlli.

L'attività di programmazione costituisce una fase di carattere non generalizzato, in quanto richiesta soltanto per quei contratti in cui sia espressamente prevista.

Essa concerne, in particolare, gli appalti di lavori pubblici e si estrinseca nella redazione del programma triennale delle opere pubbliche e dei suoi aggiornamenti annuali, secondo la disciplina dettata dal successivo art. 128 del Codice, al fine di rendere compatibili, in un'ottica di buona amministrazione, le priorità da conseguire con le risorse disponibili.

La determinazione a contrattare, pur avendo natura di atto amministrativo, ritenuto come tale revocabile *ad nutum* (6), è obbligatoria (7), manifestandosi con essa la volontà di addivenire alla conclusione di un determinato contratto.

Essa deve precedere l'avvio delle procedure di affidamento ed è funzionale alla individuazione degli elementi essenziali dell'appalto e dei criteri di selezione.

Questi ultimi sono indicati nell'art. 54 del Codice e consistono in procedure aperte, ristrette, negoziate, ovvero nel dialogo competitivo.

Costituisce elemento di novità l'espressa articolazione della fase dell'aggiudicazione in provvisoria e definitiva.

La prima consta della dichiarazione di individuazione del miglior contraente che interviene all'esito della procedura di selezione, come tale generalmente di competenza della Commissione di gara.

L'aggiudicazione diviene invece definitiva soltanto a seguito dell'approvazione, da parte dell'organo competente della stazione appaltante, dell'aggiudicazione provvi-

soria, compiuti i necessari controlli (di carattere meramente formale), nel termine previsto dai singoli ordinamenti o, in difetto, in quello di trenta giorni dalla ricezione della prima.

All'inutile decorso di tali termini, l'art. 12 riconnette il formarsi *per silentium* dell'aggiudicazione definitiva.

Significativa, in un'ottica di definitivo superamento del principio contenuto nell'art. 16 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 (secondo il quale, a seguito di asta pubblica o licitazione privata, il verbale di aggiudicazione definitiva equivaleva al contratto), è la previsione, di cui al comma 7 dell'art. 11, della non vincolatività per la stazione appaltante dell'aggiudicazione definitiva.

Deve pertanto intendersi, secondo quanto già affermato dall'Autorità di Vigilanza nella determinazione n. 54/2000, che, fino alla scadenza dei termini per la stipulazione del contratto, la posizione dei contraenti rimane diversificata, essendo, da un lato, il privato vincolato all'offerta presentata, qualificata come irrevocabile, mentre l'amministrazione ha l'obbligo di concludere il procedimento, fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela.

Il sorgere del vincolo contrattuale è stato pertanto ricondotto in termini generali alla stipulazione del contratto, che diviene dunque momento centrale di manifestazione della volontà negoziale in tutte le procedure di scelta del contraente, così evitando i distinguo posti fra di esse dal R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, e comunque quelli giurisprudenziali circa la cogenza di tale disposizione (8).

L'Amministrazione deve provvedere alla stipulazione del contratto nel termine di sessanta giorni dall'efficacia (che consegue alla verifica del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario) dell'aggiudicazione definitiva, ma comunque non prima del decorso di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del medesimo provvedimento.

Rispetto alla disciplina già contenuta nell'art. 109 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, l'art. 11 dunque, da un lato, ha armonizzato per tutte le procedure di scelta del contraente il termine finale per addivenire alla stipulazione e, dall'altro lato, ha introdotto il predetto termine dilatorio, verosimilmente al fine di consentire all'amministrazione di verificare l'insorgere di eventuali contenziosi, prima del sorgere del vincolo contrattuale. Come già previsto dal regolamento attuativo della legge Merloni, in caso di mancata stipula del contratto nei termini previsti (così come nel caso di omesso tempesti-

Note:

(6) Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 5 aprile 1993, n. 4054, in Riv. Giur. Edil., 1993, I, 1021.

(7) Cfr. Corte Conti, sez. Liguria, 16 ottobre 2003, n. 858, in Riv. Corte Conti, 2003, 5, 97.

(8) Sulla derogabilità della stessa, cfr. Cass. civ., Sez. Un., 11 giugno 1998, n. 5807, in App. Urb. Edil., 1999, 478; Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2001, n. 4065, in Cons. Stato, 2001, I, 2, 1697.

vo esercizio del controllo sul contratto stipulato), l'art. 11 consente all'aggiudicatario di sciogliersi dal vincolo, mediante atto notificato alla stazione appaltante, avendo diritto al solo rimborso delle spese sostenute.

Alle tradizionali forme di stipulazione dei contratti pubblici (atto notarile, forma pubblica amministrativa, scrittura privata, quest'ultima peraltro estesa dalla sola trattativa privata a tutte le procedure di scelta del contraente), l'art. 11 aggiunge quella elettronica.

Deve intendersi pertanto ribadito il principio, costantemente affermato dalla giurisprudenza (9), della forma scritta *ad substantiam* dei contratti pubblici.

Alla stipulazione segue la fase, peraltro eventuale secondo l'ordinamento proprio di ogni amministrazione aggiudicatrice, del controllo del contratto, interno alla stessa (che assume la forma dell'approvazione) ovvero deferito ad enti terzi, rispetto al quale la disciplina dettata dagli artt. 11 e 12 fa rinvio, salvo per generalizzare il regime di inefficacia del contratto sottoposto a controllo (condizionatamente sospeso) ed il termine residuale (in difetto di diversa previsione) di trenta giorni per la sua definizione del controllo, decorso il quale termine, il controllo si intende positivamente reso.

Art. 13 Accesso agli atti e divieti di divulgazione

L'art. 13, dopo aver richiamato anche in tema di appalti pubblici l'applicabilità della disciplina generale del diritto di accesso di cui alla L. 7 agosto 1990, n. 241, detta alcune limitazioni all'esercizio di tale diritto, relativamente a specifiche tipologie di atti.

Così, parallelamente a quanto già previsto dall'art. 22 della legge Merloni, si prevede il differimento del diritto di accesso all'elenco dei soggetti che hanno partecipato ad una gara o che hanno fatto richiesta di esservi invitati, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Dunque, anche per le procedure ristrette, il termine del differimento è stato correttamente posticipato, rispetto alla disciplina della legge Merloni, alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte (10), tranne che nell'ipotesi in cui l'istanza di accesso sia presentata da parte dei soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, ove il differimento è anticipato al momento della formazione da parte della stazione appaltante dell'elenco ufficiale delle imprese invitate.

Si tratta di un differimento «legale» dell'accesso (a differenza di quello «discrezionale» che può essere disposto dal responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 24 della L. 7 agosto 1990, n. 241), che risponde alla duplice esigenza di salvaguardare la riservatezza dei partecipanti e l'effettività della concorrenza (cfr., determinazione dell'Autorità di vigilanza 25/2000).

L'art. 13 ha poi aggiunto un'ulteriore ipotesi di differimento obbligatorio del diritto di accesso, cioè quello relativo alle offerte fino all'approvazione dell'aggiudicazione.

Quest'ultimo risponde all'esigenza di non creare i pre-

supposti per interferenze nel procedimento di scelta del contraente, finché esso non si sia concluso.

Per i pubblici ufficiali o incaricati di pubblici servizi che violino il divieto di accesso fino alla scadenza dei predetti termini è confermata la sanzione penale di cui all'art. 326 c.p. (*Rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio*).

Particolarmente significativa è la norma contenuta nel comma 5 dell'art. 13, che, in attuazione dei principi sanciti dall'art. 6 della direttiva 2004/18/CE, mira a specificare le ipotesi nelle quali l'esercizio del diritto di accesso è comunque escluso, sanando alcuni contrasti giurisprudenziali creati in ordine alle stesse.

Così, non risultano accessibili: a) le informazioni, che secondo la comprovata dichiarazione dell'offerente, integrino segreti tecnici o commerciali (la giurisprudenza, sul punto, riconosceva la prevalenza dell'accesso, quantomeno nella forma della visione, sulla *privacy*) (11); b) gli ulteriori profili riservati delle offerte, da individuarsi nel regolamento di attuazione del Codice; c) i pareri legali (12); d) le relazioni riservate del direttore dei lavori e del collaudatore, peraltro già espressamente escluse dall'accesso dall'art. 10 del regolamento attuativo della legge Merloni, dopo pronunce contrastanti della giurisprudenza (13).

Peraltro, si garantisce comunque l'esercizio del diritto di accesso anche sulle informazioni riservate contenute nelle offerte o nelle giustificazioni (e non anche, quindi, sui pareri legali e sulle relazioni riservate), qualora esso sia funzionale alla difesa in giudizio degli interessi di un concorrente.

Tale deroga pare quindi più circoscritta di quella analoga contemplata nell'ultimo comma del novellato art. 24 della L. 7 agosto 1990, n. 241, sia dal punto di vista soggettivo (essendo limitata al solo concorrente), che

Note:

(9) Cfr. Cass. civ., sez. III, 10 giugno 2005, n. 12323, in *Foro Amm. CdS*, 2005, 1685.

(10) Recependo il suggerimento di parte della dottrina, cfr. A. Tabarrini - L. Tabarrini, *Le modifiche alla legge quadro in materia di lavori pubblici*, Rimini, 1995, 113 e R. De Nicolis, *L'accesso agli atti di gara*, in R. Garofoli - M.A. Sandulli, op. cit., 536.

(11) Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 4 febbraio 1997, n. 5, in *Cons. Stato*, 1997, I, 12; Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 1999, n. 518, in *Cons. Stato*, 1999, I, 855; Cons. Stato, sez. VI, 9 gennaio 2004, n. 14, in *Foro Amm. CdS*, 2004, I, 166.

(12) Sull'argomento si erano pronunciati favorevolmente all'accesso, Cons. Stato, sez. V, 15 aprile 2004, n. 2163, in *Riv. Giur. Edil.*, 2004, I, 1428; Cons. Stato, sez. IV, 13 ottobre 2003, n. 6200, in *Foro Amm. CdS*, 2003, 2939 e, in senso contrario, Cons. Stato, sez. V, 2 aprile 2001, n. 1893, in questa *Rivista*, 2001, f. 5, 565; Cons. Stato, sez. V, 26 settembre 2000, n. 5105, in *Foro Amm.*, 2000, IV, 3131.

(13) Favorevoli all'accesso, Cons. Stato, sez. V, 8 giugno 2000, n. 3253, in *Riv. Giur. Edil.*, 2000, I, 693; Cons. Stato, sez. IV, 15 maggio 2000, n. 2734, in *Foro Amm.*, 2000, II, 1688; contrarie, Cons. Stato, sez. V, 20 dicembre 1999, n. 2128, in *Cons. Stato*, 1999, I, 2, 2130; Cons. Stato, sez. V, 10 dicembre 1999, n. 814, in questa *Rivista*, 2000, 3, 297.

oggettivo (essendo limitata alle informazioni riservate evincibili dalle offerte).

Il regime ordinario dell'accesso è espressamente dichiarato inapplicabile agli appalti segretiati o a quelli la cui esecuzione richieda particolari misure di sicurezza (cioè quelli di cui al successivo art. 17 del Codice), nonché può subire specifiche deroghe, volte alla tutela della riservatezza delle informazioni trasmesse, relativamente agli appalti nei settori «speciali» (acqua, energia, trasporto, servizi postali) di cui alla Parte III del Codice, come per essi espressamente previsto dall'art. 13 della direttiva 2004/17/CE.

Art. 14 Contratti misti

L'art. 14 del Codice individua i criteri per la qualificazione di un contratto misto, nel quale cioè coesistono elementi propri dell'appalto di lavori, di forniture e/o di servizi, nell'una piuttosto che nell'altra tipologia.

La disposizione non appare innovativa rispetto a quella risultante dalle modifiche introdotte dalla L. 18 aprile 2005, n. 62 (cd. Legge comunitaria per l'anno 2004) nell'art. 3 della legge Merloni e nell'art. 3 del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, e comunque recepisce le indicazioni contenute nella direttiva 2004/18/CE.

In sostanza, i criteri distintivi ai fini della qualificazione di un contratto misto sono quelli della prevalenza economica dell'oggetto del contratto, ovvero quello, più propriamente comunitario, della valutazione dell'accessibilità, rispetto agli obiettivi perseguiti dalla stazione appaltante, di un oggetto rispetto ad un altro, che pur abbia maggior rilevanza economica.

Più in particolare, conformemente alla normativa comunitaria, un contratto misto di fornitura di prodotti e di lavori di loro posa in opera si considera un appalto pubblico di fornitura, ove i lavori abbiano carattere accessorio (criterio funzionale); un contratto misto di fornitura e servizi si considera un appalto pubblico di servizi ove questi abbiano valore prevalente (criterio economico); un contratto misto di servizi e di lavori si consi-

dera un appalto di servizi, ove i lavori abbiano carattere accessorio (criterio funzionale).

Il comma 3 dell'art. 13 contiene una disposizione peculiare della normativa italiana (introdotta, come detto, dalla Legge comunitaria del 2004), specificando che qualora i lavori abbiano una rilevanza economica superiore al cinquanta per cento, l'appalto misto si considera di lavori, sempre che essi non abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture.

La preponderanza economica della prestazione diviene così elemento condizionante la valutazione di tipo funzionale, la quale opera soltanto in via residuale ed in ipotesi di particolare evidenza delle diverse principali finalità perseguite dalla stazione appaltante.

Tale criterio, secondo autorevole dottrina (14) mira a coniugare l'esigenza del rispetto della disciplina comunitaria (il previgente criterio esclusivamente economico, aveva esposto l'Italia alla procedura di infrazione 2001/2182 da parte della Commissione europea), con quella della riduzione dei margini di discrezionalità dell'Amministrazione nell'individuare il regime applicabile agli appalti misti.

Peraltro, la tendenziale (eccettuata, in particolare, le specifiche disposizioni dettate dal Titolo III della Parte Seconda in materia di appalti pubblici di lavori) unificazione della disciplina degli appalti di lavori, di forniture e di servizi, operata dal Codice, ha certamente ridotto l'importanza della riconduzione di un contratto misto ad una delle suddette tre tipologie di appalto.

In tale ottica, appare significativa la norma di cui al comma 4 dell'art. 13 che ribadisce, a prescindere dalla qualificazione del contratto, la inderogabilità della normativa comunitaria relativa alle procedure di aggiudicazione ed alla tutela della concorrenza.

Nota:

(14) Cfr. R. Garofoli, *La disciplina degli appalti pubblici misti*, in R. Garofoli - M.A. Sandulli, op. cit., 67.

Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice di Matteo Baldi

Art. 16 Contratti relativi alla produzione e al commercio di armi, munizioni e materiale bellico

L'art. 16 del D.Lgs. n. 163 del 2006, recante il «Codice dei Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture», recepisce l'art. 10 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, 2004/18/CE del 31 marzo 2004.

La disposta esclusione va interpretata alla luce dell'art.

296, par. 1, lett. b), del Trattato richiamato al comma 1, che mantiene fermo il divieto di pratiche finalizzate all'alterazione della concorrenza nel mercato comune per tutti quei prodotti che non siano destinati a fini esclusivamente militari.

Le regole comunitarie sono quindi in linea di principio applicabili anche al settore della difesa, sebbene, gli Stati membri abbiano la possibilità di derogarvi nei casi ed alle condizioni specificamente previsti a tal fine.

La possibilità di deroga prevista dall'art. 296 CE non