

CLAUDIO CONTESSA*

***Oggetto del contratto ,procedure di scelta del contraente
e selezione delle offerte
nel nuovo ‘Codice dei contratti pubblici’*****

(Roma, marzo 2006)

* * *

Sommario:

1. Termini generali della questione.
2. Le procedure di affidamento e la questione dell’*‘in house providing’*
3. Novità in tema di pubblicazione dei bandi
4. Termini di presentazione delle offerte
5. Anomalia delle offerte e cause di esclusione dalla gare
6. Sistemi di qualificazione delle imprese
7. Concorsi di progettazione

1. Termini generali della questione

Con il presente contributo intendo svolgere una rapida panoramica circa le disposizioni del *‘Codice dei contratti pubblici’* che, con formulazione piuttosto ampia, vengono raccolte sotto il Capo III del Titolo I della parte II, rubricato *‘Oggetto del contratto, procedure di scelta del contraente e selezione delle offerte’*(1).

Si tratta, come è evidente, di disposizioni dal contenuto piuttosto eterogeneo e che difficilmente si prestano ad un’esposizione la quale si discosti in modo significativo dalla mera descrizione dei caratteri salienti dei singoli istituti.

* Magistrato TAR e Consigliere giuridico del Ministro per le Politiche Comunitarie.

** Il presente contributo rappresenta una versione riveduta della relazione dal titolo *‘La programmazione dei lavori e la progettazione di bandi di gara ed offerte’* svolta a Roma nell’ambito del Convegno tenutosi presso l’Unioncamere, sul tema de *‘La riforma degli appalti pubblici – Dalle direttive europee al Codice dei contratti pubblici: le nuove norme e le nuove procedure per la gestione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture’*.

(1) Nel testo approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri del 23 marzo 2006, si tratta degli articoli da 53 ad 89.

Volendo, comunque, trovare un *trait d'union* fra le varie questioni disciplinate nell'ambito del Capo III, si può dire che esse concernono in modo univoco quella fase cruciale dell'*iter* di una gara di appalto durante la quale vengono fissate le regole fondamentali che ne disciplineranno lo svolgimento, fino al momento conclusivo di individuazione del contraente.

A causa del carattere fortemente eterogeneo delle questioni trattate e del limitato tempo a disposizione, mi limiterò a fornire alcuni spunti ricostruttivi circa i singoli argomenti, tentando di cogliere alcuni aspetti di particolare interesse ed attualità nell'ambito del dibattito corrente.

2. Le procedure di affidamento e la questione dell'*'in house providing'*

Un primo ordine di osservazioni concerne le disposizioni del 'Codice' in tema di procedure di affidamento.

Tali osservazioni riguardano, in particolare:

- l'individuazione dei sistemi di realizzazione degli appalti, nonché l'oggetto stesso delle gare d'appalto nei c.d. 'settori classici', ed ancora
- la definizione delle procedure di scelta del contraente,

cui il testo del Codice dedica un'intera Sezione (la Prima) nell'ambito del Capo III, del Titolo II, rubricata "*Oggetto del contratto e procedure di scelta del contraente*".

Sotto tale aspetto, non sfugge che gli Estensori del Codice siano stati mossi da un duplice intento: da un lato quello di consolidare la normativa esistente in materia, apportando i necessari correttivi ai fini del coordinamento formale con la restante disciplina in tema di appalti e, dall'altro, quello di conferire al sistema nel suo complesso un'organicità precedentemente mancante a causa dei diversi momenti in cui le direttive comunitarie in materia di appalti nei c.d. 'settori classici' erano state recepite in Italia, apportando al contempo al sistema alcune importanti innovazioni direttamente ispirate dal diritto comunitario.

Cinque mi sembrano le questioni di particolare rilevanza con riferimento al tema delle procedure di scelta del contraente:

- 1) la rimodulazione dell'oggetto stesso del contratto di appalto;
- 2) l'uniformazione delle procedure di scelta del contraente, conformemente ai dettami rinvenienti (in particolare) dalla direttiva 2004/18/CE;
- 3) la profonda revisione dell'istituto della trattativa privata;
- 4) l'introduzione di un'innovativa procedura di scelta del contraente (il dialogo competitivo, di cui all'art. 29 della direttiva 2004/18/CE), con caratteri del tutto peculiari;

5) il dibattito circa l'inclusione o meno nel testo del 'Codice' dell'istituto dell'*in house providing*.

Ma esaminiamo le cinque questioni in sequenza.

Per quanto concerne la prima questione (rimodulazione dell'oggetto del contratto), viene in rilievo la previsione di cui all'art. 1, par. 2, lett. *b*) della direttiva 2004/18/CE, secondo cui l'appalto di lavori pubblici può avere ad oggetto: (oltre alla semplice esecuzione dell'opera ed oltre alla progettazione ed esecuzione), anche l'esecuzione "*con qualsiasi mezzo*" di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice.

Ora, risulta che in sede di elaborazione delle disposizioni del 'Codice' si siano confrontati due approcci sulla questione.

Secondo un primo approccio, l'ampiezza della previsione della direttiva comunitaria avrebbe senz'altro consentito, in sede di recepimento, di ampliare il novero di ipotesi in cui l'oggetto dell'appalto è costituito, appunto, dall'esecuzione "*con qualsiasi mezzo*" dell'opera.

Secondo i fautori della tesi in questione, in particolare, il Legislatore delegato avrebbe dovuto dare pieno e definitivo ingresso nel nostro ordinamento a particolari figure realizzative (quali il *leasing immobiliare* e la vendita di cosa futura)(2), già alcune volte sperimentate nell'esperienza italiana, con indubbi risultati in termini di snellezza operativa e piena responsabilizzazione dell'esecutore/locatore nella realizzazione dell'opera e con conseguente alleggerimento dei relativi oneri in capo all'amministrazione destinataria finale delle utilità ritraibili dall'opera da realizzare(3).

Secondo un diverso approccio (alla fine prevalso in sede di stesura), si ritiene altresì preferibile l'opzione di politica legislativa volta a limitare i casi in cui l'oggetto dell'appalto possa consistere nella realizzazione "*con qualsiasi mezzo*" dell'opera(4). Sotto tale aspetto, si rileva che alla richiamata disposizione comunitaria

(2) Sul punto, cfr. G. MONTEDORO, *Il leasing pubblico e la capacità generale di diritto privato della P.a.*, in: www.lexfor.it; F. TASSONE, *Il Leasing immobiliare pubblico alla luce del recentissimo Disegno di Legge 'Piano d'azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale'*, in: www.giustizia-amministrativa.it.

(3) Si pensi alla previsione di cui all'art. 145, comma 34 della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (legge finanziaria 2001) in tema di ricorso da parte del Ministero della Giustizia agli strumenti della locazione finanziaria, della permuta e della finanzia di progetto per l'acquisizione di nuovi istituti penitenziari. Con riferimento, poi, all'esperienza regionale, si citeranno la L. Reg. Lombardia 29 gennaio 1975, n. 27, relativa al finanziamento degli investimenti per l'attuazione del piano ospedaliero, il cui articolo 5 prevedeva la possibilità di fare "*ricorso a forme di locazione o di leasing*" e la L. Reg. Liguria 10 settembre 1982, n. 39 la quale individuava nel *leasing* uno strumento idoneo a procurare agli organi regionali l'acquisto di porzioni immobiliari per la sede dei relativi Uffici.

(4) Sotto questo aspetto, si ritiene di richiamare il disposto di cui all'art. 4 del d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406 (recante attuazione della direttiva 89/440/CEE in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici), il cui ambito di applicazione veniva esteso (oltre che ai contratti aventi per oggetto

debba essere conferita valenza facultizzante e non già rigidamente prescrittiva, con la conseguenza che il Legislatore nazionale ben possa individuare (riducendole) le ipotesi specifiche in cui l'oggetto dell'appalto possa coincidere con l'amplissima previsione di cui all'art 1 della direttiva.

Nella stesura finale del 'Codice', quindi, si è scelto di limitare le ipotesi in cui l'appalto può comportare l'esecuzione "*con qualsiasi mezzo*" dell'opera (e pertanto, anche tramite vendita di cosa futura e *leasing* immobiliare) al solo caso – per altro, preesistente – dell'affidamento a contraente generale ai fini della realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale, di cui all'art. 1 del d.lgs. 190 del 2002 (emanato, come è noto, sulla scorta della delega contenuta nella 'legge obiettivo', n. 443 del 2001 e di fatto interamente trasfuso nel *corpus* del 'Codice' – articoli da 161 a 194 -).

Al riguardo, del resto, non può tacersi che il ricorso alla figura del *leasing* immobiliare ai fini della realizzazione di opere pubbliche da parte di amministrazioni italiane abbia incontrato in tempi recenti il disfavore della Commissione europea la quale ha aperto nell'ottobre del 2005 una procedura di infrazione⁽⁵⁾ a fronte della procedura seguita dal Ministero della Giustizia per l'attribuzione degli appalti aventi ad oggetto il *leasing* immobiliare '*in costruendo*' per la realizzazione di due istituti penitenziari nel Nord Italia.

Al riguardo, tuttavia, si osserva che l'apertura della procedura di infrazione sembra dovuta, nel caso di specie non tanto ad una pregiudiziale preclusione nei confronti dell'istituto del *leasing* immobiliare in sé inteso, quanto piuttosto nei confronti della scelta delle Autorità italiane di assoggettare l'appalto in questione alle norme in tema di appalti di servizi (per avere il Governo italiano ritenuto prevalente l'aspetto finanziario dell'operazione) e non a quelle – ritenute dalla Commissione più pertinenti nel caso di specie – relative agli appalti pubblici di lavori.

Ed infatti, secondo l'Esecutivo comunitario, è da ritenere che negli appalti in questione i lavori di realizzazione dei penitenziari non possano certamente essere considerati come accessori rispetto al servizio di locazione finanziaria, atteso che le opere da realizzare costituiscono il bene da locare e, quindi, l'oggetto stesso di tale servizio.

“Del resto – afferma al riguardo la Commissione – lo scopo perseguito con l'operazione di locazione immobiliare in questione è, evidentemente, quello di acquisire la disponibilità di tali opere”.

l'esecuzione di lavori pubblici oppure, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori pubblici), anche “[all]’esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un’opera pubblica”, secondo un’opzione legislativa in seguito superata con la legge 109 del 1994, la quale limitava, come è noto, il proprio campo di applicazione alle sole prime due forme contrattuali appena richiamate (articolo 19).

(5) P.I. 2004/5090. La lettera di messa in mora nei confronti delle Autorità italiane è del 12 ottobre 2005.

Per quanto concerne la seconda questione (l'uniformazione delle procedure di scelta del contraente), il 'Codice' opera un rilevante intervento di semplificazione ed omogeneizzazione della disciplina in tema di procedure di scelta.

In primo luogo, esso stabilisce che la regola negli affidamenti dei contratti pubblici in tutti i settori c.d. 'classici' è rappresentata dalle procedure aperte e ristrette, mentre il ricorso alle procedure negoziate (con o senza pubblicazione di un bando di gara) e al dialogo competitivo rappresenta un'eccezione da limitare "*ai casi ed alle condizioni espressamente previste*" (art. 54, comma 4)(6).

Inoltre, il 'Codice' opera finalmente un allineamento testuale fra la terminologia nazionale in tema di procedure di scelta del contraente (terminologia che in molti casi risentiva, nel precedente sistema normativo, della risalente origine degli istituti nazionali in materia di appalti pubblici) e le corrispondenti nomenclature comunitarie.

In particolare, il 'Codice':

- elimina dall'ordinamento la figura stessa dell'appalto concorso (art. 20, comma 4, della l. 109 del 1994), riconducendolo all'unitaria figura dell'appalto di lavori di cui all'articolo 3 del testo;
- riconduce l'istituto della trattativa privata di cui, in particolare, all'art. 24 della 'Legge quadro' alla figura comunitaria delle procedure negoziate (con o senza pubblicazione di un bando), di cui agli articoli 30 e 31 della direttiva 2004/18/CE.

Per quanto concerne la terza questione (profonda revisione dell'istituto della trattativa privata), si osserva che l'art. 56 del 'Codice' reca una disciplina unitaria in materia, nell'ambito della figura comunitaria della 'procedura negoziata', in tal modo superando la frammentazione tipica del previgente sistema, nel quale, se la disciplina della trattativa privata relativa agli appalti di forniture (art. 9 del d.lgs. 358 del 1992) e agli appalti di servizi (art. 7 del d.lgs. 157 del 1995) risultava sostanzialmente in linea con i dettami della normativa comunitaria di riferimento, ben diversa era la situazione nel campo degli appalti di lavori. Ed infatti, la disciplina della trattativa privata in tema di lavori pubblici, di cui all'art. 24 della l. 109 del 1994, risultava oltremodo più rigorosa rispetto al *minimum* di tutela imposto dalla direttiva

(6) L'articolo in questione dà ingresso nell'ordinamento nazionale alla previsione di cui all'art. 28 della direttiva 2004/18/CE, secondo cui "*per aggiudicare gli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici applicano le procedure nazionali adattate ai fini della presente direttiva.*

Esse aggiudicano tali appalti pubblici mediante procedura aperta o mediante procedura ristretta. Alle condizioni specifiche espressamente previste all'articolo 29 le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare gli appalti pubblici mediante il dialogo competitivo. Nei casi e alle condizioni specifiche espressamente previsti agli articoli 30 e 31, esse possono ricorrere a una procedura negoziata, con o senza pubblicazione del bando di gara.

93/37/CE, risentendo, come è noto, della particolare temperie storica in cui la ‘Legge quadro’ era stata concepita.

Pertanto, l’articolo 56 produce da un lato l’effetto di uniformare la previgente disciplina nazionale in tema di trattativa privata ai dettami comunitari e dall’altro sortisce l’effetto di conferire alla materia in questione una disciplina unitaria in tutti i settori c.d. ‘classici’ degli appalti.

Si tratta, tuttavia, di un risultato, se pure importante, meramente tendenziale.

Resta fermo, infatti, che il Legislatore delegato non ha ritenuto di operare una piena e definitiva uniformazione della procedura negoziata anche in materia di appalti di lavori, mantenendo piuttosto una disciplina caratterizzata da importanti previsioni di specie, con particolare riferimento alla materia del c.d. ‘sottosoglia’.

Sotto questo aspetto, risultano di particolare interesse le disposizioni dell’innovativo Titolo II della Parte II – Capo V (articoli da 121 a 125), rubricato “*Contratti sotto soglia comunitaria*”.

L’articolo 122, in particolare (“*disciplina specifica per i contratti di lavori sotto soglia*”), stabilisce che “*la procedura negoziata è ammessa, oltre che nei casi di cui agli articoli 56 e 57 [ossia, negli articoli che puntualmente recepiscono la disciplina UE in tema di procedure negoziate], anche per i lavori di importo complessivo non superiore a 100.000 euro*”.

Per tali tipologie di affidamenti, se da un lato il Legislatore delegato si è mosso in linea con lo specifico criterio di delega di cui all’art. 25 della l. 62 del 2005 (volto, come è noto, a garantire comunque la massima semplificazione e flessibilità nelle procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione di norme comunitarie), dall’altro ha confermato la scelta – già propria della l. 109 del 1994 – di disciplinare gli appalti di lavori sottosoglia in modo solo parzialmente difforme rispetto al resto degli appalti di lavori, mantenendo (ad es.) regole di specie in tema di pubblicità e termini, nonché di anomalia nelle offerte.

Per quanto concerne, poi, la quarta questione (ossia, l’introduzione nel nostro ordinamento del dialogo competitivo, di cui all’art. 29 della direttiva 2004/18/CE), si osserva che con l’art. 58 del ‘Codice’, il Legislatore delegato ha disposto l’ingresso nel sistema nazionale degli appalti di una delle principali novità del panorama comunitario in materia di appalti (novità, per altro, il cui recepimento a termini della direttiva, era soltanto facoltativo per gli Stati membri)(7).

(7) Sul punto: F. FRACCHIA, L. CARROZZA, *Il difficile equilibrio fra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE*, in: www.giustamm.it; M. PROTTO, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in: *Urb. e appalti*, fasc. 7/04, *passim*; E. ROBALDO, *La realizzazione di opere*

Poche indicazioni saranno sufficienti a delineare i principali caratteri dell'istituto.

E' noto che, in base al combinato disposto di cui al considerando 31 ed all'art. 29 della direttiva 'settori classici', questa nuova procedura di scelta del contraente sia posta a disposizione delle stazioni appaltanti nel caso di '*appalti particolarmente complessi*'.

E' noto, altresì, che la direttiva non fornisca particolari indicazioni interpretative al fine dell'individuazione dei caratteri atti a distinguere un appalto 'particolarmente complesso'.

Il testo comunitario si limita a descrivere, piuttosto, *le conseguenze* della particolare complessità dell'appalto, prendendo in esame l'ipotesi in cui, a causa di tale complessità, le amministrazioni possano trovarsi "*nell'impossibilità oggettiva, non per carenze loro imputabili, di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche e/o di soluzioni giuridico/finanziarie*"(8).

Sotto tale aspetto, risulta di particolare importanza il tentativo operato dal Legislatore delegato con l'articolo 58 di fornire a propria volta una definizione della nozione di 'particolare complessità' dell'appalto, stabilendo che tale situazione possa verificarsi quando la stazione appaltante non dispone, a causa di fattori oggettivi ad essa non imputabili, di studi in merito:

- alla identificazione e quantificazione dei propri bisogni o
- all'individuazione dei mezzi strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni,
- alle caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie degli stessi e
- all'analisi dello stato di fatto e di diritto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche, nonché sulle componenti di sostenibilità ambientale, socio-economiche, amministrative e tecniche.

pubbliche con la partecipazione di capitale privato, ivi, fasc. 2/05, p. 146, ss.; M. CLARICH, *Il dialogo competitivo ed i possibili riflessi sul partenariato pubblico privato*, in: atti del Seminario su '*Il dialogo competitivo ed i riflessi sul partenariato pubblico privato*' (in: www.igitalia.it); R. CORI, G. DI PAOLO, *Prime riflessioni sul Dialogo Competitivo ai sensi della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 'Relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi'*, ivi; C. RANGONE, *Il dialogo competitivo: uno sguardo ad alcuni Paesi dell'Unione europea*, ivi; A. CARZANIGA, *I possibili riflessi del 'dialogo competitivo' nelle operazioni di Partenariato Pubblico Privato*, ivi.

(8) Direttiva 2004/18/CE, considerando 18.

Fra gli altri aspetti di particolare interesse dell'istituto così come recepito nel 'Codice', si citeranno da un lato l'obbligo in capo alle amministrazioni aggiudicatrici di fornire specifica motivazione circa la sussistenza dei presupposti per ricorrere al dialogo competitivo e dall'altro l'introduzione di una disciplina di raccordo con l'istituto della finanza di progetto di cui agli artt. 37-*bis* e segg. della 'Legge Merloni' (ora: artt. 153 e seguenti del 'Codice'), volta a consentire alle amministrazioni che non siano state in condizione di individuare una proposta progettuale come di interesse pubblico di far ricorso alla procedura per dialogo competitivo, invitando al dialogo i soggetti che si siano fatti promotori delle diverse iniziative progettuali(9).

Veniamo ora alla quinta delle questioni di particolare interesse in tema di aggiudicazioni nel nuovo 'Codice': ci si riferisce alla scelta (che, come era prevedibile sin dalla vigilia dei lavori di approvazione del 'Codice' ha stimolato un vivacissimo dibattito fra gli addetti ai lavori) circa l'inclusione o meno nell'ambito disciplinato dal 'Codice' di una disposizione in materia di '*in house providing*'(10).

Nel momento in cui questo contributo viene perfezionato, è da poco divenuta di pubblico dominio la notizia secondo cui il 'Codice' *non* conterrà una disposizione dedicata alla delegazione interorganica, nonostante le espresse richieste in tal senso formulate dalle competenti commissioni parlamentari.

Si conclude in tal modo una sorta di *infinita historia* la cui durata è stata pari alla genesi stessa del 'Codice' e che richiama alla mente dell'operatore il manzoniano '*cadde, risorse e giacque*'.

Ed infatti, la norma sull'*'in house'* (originariamente prevista come articolo 15 della bozza di articolato predisposta dalla 'Commissione De Lise') era stata una

(9) Sul punto, sia consentito fare rinvio a: C. CONTESSA, N. DE SALVO, *La procedura di dialogo competitivo fra partenariato pubblico/privato e tutela della concorrenza*, di prossima pubblicazione su: *Urbanistica e Appalti*.

(10) Circa la più recente evoluzione giurisprudenziale in sede comunitaria sul tema, sia consentito richiamare quanto esposto in: C. CONTESSA, *Servizi pubblici locali ed evoluzione giurisprudenziale: quale futuro per il modello societario?*, in: *Corriere del merito*, fasc. 12/2005, p. 1329, ss. Sul tema dell'*in house providing* in generale, poi, la produzione dottrinale è abbondantissima. Al riguardo, ci di limiterà a richiamare: F. CARINGELLA, *Lo strano caso dell'affidamento 'in house'*, in: *Corriere del merito*, fasc. 3/2005, p. 347, ss; F. GAVERINI, *Servizi pubblici ed affidamento "in house"*; *dall'eccezione alla regola in recenti interventi legislativi*, in: *Servizi pubbl. e appalti*, 2004, f. 37, p. 729, ss; A. MAIORANI, *Gestione dei servizi pubblici locali mediante le società miste: la natura giuridica del soggetto e il problema dell'"affidamento in house"*, in: *Dir. & Formazione*, 2004, f. 37, p. 266, ss.; R. URSI, *Brevi osservazioni sui presupposti dell'approvvigionamento "in house" di servizi pubblici locali alla luce del nuovo testo dell'art. 113, comma 5, lett. c), del testo unico sugli enti locali (nota a Cons. St., sez. V, 19 febbraio 2004 n. 679, Soc. L. c. Soc. M. e altro)*, in: *Foro it.*, 2004, III, p. 196, ss.

prima volta espunta dal Consiglio dei Ministri in sede di approvazione preliminare dello schema di decreto, lo scorso gennaio.

La reintroduzione della norma in questione nell'ambito dell'articolato (sia pure con una formulazione in parte diversa da quella originaria) era stata richiesta con decisione dalle Commissioni parlamentari(11) e risulta a chi scrive che essa fosse stata reintrodotta nell'ambito dell'articolato giunto all'esame del Consiglio dei Ministri per l'approvazione definitiva.

Anche in seconda lettura, tuttavia, la norma in questione (che avrebbe dovuto figurare come articolo 15) è stata espunta dal testo, ragione per cui, nella sua formulazione definitiva, il 'Codice' non contiene alcuna disposizione che disciplini in modo diretto la questione della delegazione interorganica.

L'articolo sull'*in house providing*, pertanto, è destinato a divenire cimelio per i sempre numerosi appassionati del diritto *che non fu*, ovvero (secondo altri) una valida base di discussione per un futuro intervento del Legislatore che l'evoluzione del diritto comunitario potrebbe fra non molto rendere necessario.

Eppure, a prescindere dalla sua inclusione o meno nel testo finale del 'Codice', la disciplina dell'*in house* era destinata *comunque* a rappresentare (come in realtà è poi puntualmente avvenuto) uno degli aspetti di maggiore interesse nell'intero dibattito agitato intorno al nuovo intervento di codificazione. Si può anzi affermare al riguardo (e senza amore di paradosso) che la mancata disciplina positiva del fenomeno dell'*in house* rappresenti di per sé una delle principali scelte di politica legislativa operate nella specie dal Legislatore.

Esula dai limiti e dalle finalità del presente contributo (nonché dalla volontà del suo autore) esprimere giudizi di valore sulla scelta in tal modo effettuata, mentre appare utile spendere alcune parole (*de jure [iam] condito*) circa le implicazioni *positive* della scelta in tal modo effettuata, con particolare riferimento ai rapporti con l'ordinamento comunitario.

Ci si domanda, in primo luogo, quale sarebbe stato l'effetto concreto dell'eventuale inclusione nel testo del 'Codice' di una norma relativa ad un istituto comunitario di origine essenzialmente pretoria (quale l'*in house*, appunto) e della quale lo stesso Legislatore europeo non ha, ad oggi, dettato una disciplina positiva.

(11) In particolare, l'VIII Commissione permanente del Senato aveva sottolineato che l'introduzione di una norma espressa in tema di '*in house providing*' rispondesse alla finalità di garantire la "*facoltà, che non può essere negata alle pubbliche amministrazioni, di decidere sulla propria organizzazione funzionale. Afferisce infatti ad una legittima modalità organizzativa delle P.A. – proseguiva sul punto la VIII Commissione – l'avvalersi di un soggetto che fa parte della propria struttura organizzativa*".

Oltretutto, giova sottolineare che la norma in questione era destinata ad essere collocata nell'ambito del Titolo II della Prima Parte, ossia fra i '*Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice*', ragione per cui non era lecito attendersi una sua organica disciplina positiva (che, come è evidente, non avrebbe trovato adeguata *sedes materiae* nell'ambito del 'Codice'), bensì unicamente l'indicazione di una serie di indici oggettivi atti ad identificare la figura, salva la sua sostanziale estraneità all'ambito disciplinare del 'Codice'.

In effetti, se la norma si fosse limitata a ribadire i presupposti individuati dalla giurisprudenza comunitaria⁽¹²⁾ al fine di consentire deroghe alla regola dell'evidenza pubblica negli affidamenti di appalti e concessioni (in particolare, di servizi), il valore aggiunto della disposizione, sotto il profilo squisitamente normativo, sarebbe stato forse dubbio.

Sotto questo aspetto, comunque, l'articolo 15 della bozza di articolato si distingueva sotto due profili, atti a superare in radice ogni dubbio circa l'effettiva utilità dell'intervento legislativo.

In primo luogo (e sotto il profilo della politica legislativa), esso testimoniava l'indubbia intenzione del Legislatore nazionale di dare atto dell'esistenza dell'istituto e di continuare a misurarsi con esso (se del caso, limitandone la portata concreta).

In secondo luogo (e sotto il profilo squisitamente positivo), esso si proponeva la finalità di fissare limiti applicativi alla portata pratica dell'istituto più restrittivi di quelli individuati dalla stessa giurisprudenza comunitaria (ad es.: - secondo quanto da alcuni richiesto – consentendo che il soggetto conferitario potesse ottenere affidamenti *in house* non già laddove esso si limitasse a realizzare '*la parte più importante della propria attività*' con l'Ente conferente, bensì, in modo più radicale, laddove esso realizzasse tale attività *esclusivamente* con l'Ente medesimo).

Tuttavia, se la norma avesse visto la luce in questa formulazione, ci si domanda se essa avrebbe potuto rappresentare un vincolo anche per l'esercizio della potestà legislativa da parte delle Regioni.

Ed infatti, per un verso è noto che il Codice ribadisce che nelle materie di competenza esclusiva statale le disposizioni del 'Codice' rappresentano limite insuperabile per i Legislatori regionali, i quali non possono dettare disposizioni in contrasto con quanto previsto a livello nazionale. Sotto questo aspetto, viene in rilievo la sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 2004, la quale (pronunciandosi *inter alia* sull'art. 113 del Testo Unico degli Enti Locali in tema di

(12) Ci si riferisce, in particolare: *a*) alla sentenza in data 18 novembre 1999 in causa C-107/98 (*Teckal*); *b*) alla sentenza in data 11 gennaio 2005 in causa C-26/03 (*Stadt Halle*) e *c*) alla sentenza in data 25 ottobre 2005 in causa C-458/03 (*Parking Brixen*).

affidamenti *anche in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, come riformulato dal decreto-legge n. 269 del 2003) ha affermato che le disposizioni in questione, afferendo alla materia della tutela della concorrenza di cui all'art. 117, secondo comma della Costituzione, rappresentano limite espresso per l'esercizio della potestà legislativa regionale(13).

Per altro verso, tuttavia, ci si potrebbe chiedere se sia effettivamente consentito al Legislatore statale (sia pure nelle materie di propria competenza esclusiva) dettare norme in tema di affidamenti di appalti e concessioni (norme, per altro, idonee ad essere applicate anche negli ordinamenti regionali), le quali abbiano per effetto di limitare la portata oggettiva di istituti di matrice comunitaria, sostanzialmente limitandone l'ambito oggettivo di esplicazione.

Ora, non può tacersi al riguardo che l'istituto dell'*in house* venga riguardato dai suoi stessi padri (i Giudici di Lussemburgo) con sempre maggiore diffidenza(14), così come non può nascondersi il dubbio circa il se possa annettersi valenza di principio generale del diritto comunitario (in quanto tale, applicabile direttamente negli ordinamenti nazionali, a dispetto delle norme interne con esso eventualmente in contrasto) ad un istituto che nasce non già esso stesso come principio, bensì come deroga al principio di messa in concorrenza degli appalti e delle concessioni.

D'altra parte, non può nemmeno tacersi che vi sono importanti elementi sistematici atti a deporre, appunto, nel senso che l'*in house providing* costituisca ad oggi non solo un ingombrante inquilino delle aule di giustizia europee, in procinto di esserne definitivamente bandito (e, quindi, una sorta di *non principio*), bensì un istituto che trova obiettive ragioni sistematiche nel complesso di disposizioni in tema di intervento pubblico nell'economia e nel mercato.

In particolare, non può negarsi che la possibilità di procedere ad affidamenti diretti in favore di soggetti legati all'Ente conferente da un regime di delegazione interorganica rappresenti l'esito di un contemperamento giudiziale fra due principi comunitari di segno apparentemente antitetico, ma comunque bisognosi di riconduzione ad unità: da un lato, quello della salvaguardia degli equilibri concorrenziali nell'ambito del mercato interno e dall'altro il principio di cui all'art. 295 del Trattato, che lascia impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati

(13) Con la pronuncia in questione, infatti, la Consulta ha avuto modo di affermare che “*non è fondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1 d.l. 30 settembre 2003 n. 269 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici) - conv., con modificazioni, nella l. 24 novembre 2003 n. 326 – [si tratta della norma che ha riscritto la disciplina in tema di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, n.d.A.] in relazione all'art. 117 cost., dal momento che le disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di "rilevanza economica" rientrano nella materia della "tutela della concorrenza" di competenza esclusiva dello Stato; pertanto tali disposizioni generali non comprimono l'autonomia regionale*”. Sul punto, v.: *Giur. It.*, 2005, p. 836, ss. (con nota di ROLANDO).

(14) Sul punto, cfr.: A. CLARIZIA, *La Corte suona il 'de profundis' per l'in house*, in www.giustamm.it.

membri (con particolare riferimento al settore della proprietà pubblica), in tal modo manifestando un *favor* preventivo riguardo agli istituti che abbiano per oggetto o per effetto la salvaguardia della possibilità per i soggetti pubblici di conseguire i fini ad essi demandati attraverso proprie articolazioni funzionali (es.: gli organismi '*in house*'), nei cui confronti l'ordinamento comunitario è tenuto a manifestare una sostanziale neutralità e comunque ad astenersi da atteggiamenti di palese sfavore.

In base a quanto detto, non può ritenersi che l'effetto della mancata inclusione di una norma sull'*in house* nell'ambito del 'Codice' sia quello di revocare in dubbio la sua cittadinanza nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano: alla tesi in questione, come si è visto, osterebbero insuperabili ostacoli di ordine comunitario, nonché il dato positivo dell'esistenza (*de jure condito*) di una norma, quale l'art. 113 del T.U.E.L., di cui ancora nel 2004 la Corte costituzionale ha acclarato la valenza di norma posta a presidio della tutela della concorrenza, di cui al secondo comma dell'art. 117, Cost.

In definitiva, appare possibile affermare che, nell'assetto ordinamentale successivo all'emanazione del 'Codice', l'effetto dell'intervento del Legislatore delegato in tema di affidamenti '*in house*' sarà all'insegna del *nihil sub sole novi*.

In particolare, non potendosi disconoscere (per i motivi dinanzi illustrati) che l'istituto dell'*in house*' costituisca ad oggi un vero e proprio principio del diritto comunitario vivente, la conseguenza è nel senso che, anche all'indomani dell'emanazione del 'Codice', esso potrà trovare applicazione (in specie, in ambito regionale) secondo i caratteri e con i limiti individuati dalla giurisprudenza comunitaria che sino ad oggi ne ha delineato l'assetto.

3. Novità in tema di pubblicazione dei bandi.

Passiamo ora alla questione della pubblicazione dei bandi.

Le norme in tema di '*bandi, avvisi ed inviti*' sono raggruppate, nel testo del Codice, nell'ambito di un'apposita Sezione (la Seconda del Capo III, in materia di "*Oggetto del contratto, procedure di scelta del contraente e selezione delle offerte*" – articoli da 63 a 69 -).

Si tratta, in buona sostanza, di disposizioni che per un verso riprendono piuttosto da vicino le pertinenti disposizioni delle direttive numm. 17 e 18 (ci si riferisce, in particolare, alle norme del Capo VI della direttiva 2004/18/CE, in tema di "*Disposizioni in materia di pubblicità e di trasparenza*"), e per altro verso recano a propria volta pochi aspetti di novità rispetto alle previgenti disposizioni di cui (in

particolare) all'art. 80 del d.P.R. 554 del 1999 e delle altre norme interne di recepimento delle direttive 'settori classici'.

Alla questione della pubblicazione di bandi ed avvisi, quindi, saranno dedicate solo alcune notazioni generali, per poi soffermarsi in particolare sugli aspetti di dettaglio che mi sembrano più significativi.

In primo luogo, l'art. 63 del 'Codice' disciplina l'istituto dell'avviso di preinformazione, attenendosi in modo piuttosto stretto alle previsioni di cui all'art. 35 della direttiva 2004/18/CE, nonché a quanto già previsto – a legislazione vigente – dalle norme di recepimento delle precedenti direttive per gli appalti nei settori tradizionali.

Sotto questo aspetto, vale la pena di osservare

- a) da un lato che i compilatori del Codice hanno chiarito la tempistica della pubblicazione dell'avviso di preinformazione (da effettuarsi entro il 31 dicembre di ciascun anno e a valere per i dodici mesi successivi) e
- b) dall'altro, che l'avviso in questione deve essere inviato alla Commissione europea per la conseguente pubblicazione oppure sia pubblicato dalle stesse stazioni appaltanti sul proprio 'profilo di committente' (sostanzialmente, un sito *Internet* dedicato). L'art. 63, comma 7 del Codice prescrive, altresì, che l'avviso di preinformazione sia altresì pubblicato sull'apposito sito informatico dei contratti istituito presso l'Osservatorio dei contratti pubblici, di cui all'art. 7 del Codice.

Poche, invece, le novità in tema di pubblicazione bandi di gara e dei risultati delle procedure di affidamento: sotto questo aspetto, il testo si discosta ben poco dagli articoli 35 e 36 della direttiva n. 18 e conferma, sotto il profilo redazionale, il sostanziale rinvio alle prescrizioni di cui all'allegato VIIA della direttiva, corrispondente all'allegato IXA del 'Codice'.

In secondo luogo, vengono in rilievo le disposizioni di cui all'art. 66 del 'Codice', in tema di "*Modalità di pubblicazione degli avvisi e dei bandi*", che prevede l'istituzione di un'apposita serie speciale della Gazzetta Ufficiale, interamente dedicata alla materia dei contratti pubblici, attraverso cui completare il sistema delle modalità di pubblicazione reso obbligatorio dagli articoli 36 e 37 della direttiva 2004/18, nonché dall'articolo 44 della direttiva 2004/17.

In terzo ed ultimo luogo, appare di sicuro interesse la previsione di cui all'articolo 68, in tema di indicazione nel bando di gara delle specifiche tecniche.

Sotto tale aspetto è noto che la direttiva stabilisca(15) che “*a meno di non essere giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale menzione o riferimento sono autorizzati, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando [le disposizioni di cui all'art. 23 della direttiva 18], a condizione che siano accompagnati dall'espressione <<o equivalente>>*”.

Al riguardo è interessante notare che la previsione in questione sembra certamente applicabile tanto agli appalti sopra soglia, quanto agli appalti sotto soglia, in tal modo ponendo fine ad una *querelle* dottrinale(16) che si era sviluppata nella vigenza del d.lgs. 358 del 1992 in tema di appalti di forniture, il quale prevedeva l'obbligo in questione solo a fronte degli appalti sopra soglia, mentre invece la disciplina applicabile alle forniture sottosoglia (in particolare, il d.P.R. 573 del 1994) nulla disponeva al riguardo(17).

E' altresì noto al riguardo che la dottrina più accreditata fosse comunque giunta a conclusioni analoghe (cioè a dire: al risultato dell'applicabilità delle disposizioni in tema di specifiche tecniche anche nel caso del c.d. 'sottosoglia') enfatizzando l'applicazione diretta delle disposizioni del Trattato (con particolare riferimento alle disposizioni in tema di libera circolazione delle merci e di libertà di stabilimento) e che la conclusione in questione fosse stata avallata nell'aprile del 2004 da una circolare del Dipartimento per le Politiche comunitarie della Presidenza del Consiglio dei Ministri(18).

(15) Articolo 23, paragrafo 8.

(16) Sul punto, v. M. GENTILE e A. V. SINISI, *Giro di vite ai bandi di forniture sotto soglia recanti indicazione di specifici prodotti*, in: *Urb. e appalti*, fasc. 11/2004, p. 1257, ss.

(17) E' altresì noto che la questione qui richiamata sia divenuta di particolare attualità a seguito dell'abrogazione (disposta dall'art. 15 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv. in l. 24 novembre 2003, n. 326) dell'articolo 24, commi 1 e 2 della l. 27 dicembre 2002, n. 289, la quale aveva avuto per effetto quello di estendere anche agli appalti di forniture sotto-soglia (comunque di importo superiore a 50mila euro) le disposizioni di cui al richiamato d.lgs. 358 del 1992.

Ed infatti, a seguito di tale abrogazione ci si era chiesti se le amministrazioni aggiudicatrici, non essendo tenute ad applicare *in toto* le disposizioni di fonte comunitaria in tema di procedure di evidenza pubblica, potessero liberamente prescrivere le specifiche tecniche dei prodotti da acquistare anche con riferimento a specifiche produzioni, ovvero se anche in tali casi l'autonomia delle amministrazioni incontrasse vincoli e prescrizioni comunque desumibili in via di principio dal diritto comunitario.

(18) Circolare 29 aprile 2004 (*Principi da applicare, da parte delle stazioni appaltanti, nell'indicazione delle specifiche tecniche degli appalti pubblici di forniture sotto soglia comunitaria*, in G.U. n° 161 del 12/7/2004).

4. Termini di presentazione delle offerte.

Veniamo ora alla questione dei termini di presentazione delle offerte.

Anche sotto questo aspetto, il testo del ‘Codice’ non si discosta in modo significativo né dalle direttive da recepire (con particolare riferimento agli articoli 38 e 39 della direttiva 2004/18), né dalla previgente normativa nazionale di recepimento.

Vengono, infatti, confermati:

- a) il termine minimo ordinario per la presentazione delle offerte nel caso delle procedure aperte, pari a 52 giorni;
- b) il termine minimo ordinario per la ricezione delle domande di partecipazione nel caso delle procedure ristrette, pari a 37 giorni;
- c) il termine minimo per la ricezione delle offerte nelle procedure ristrette, pari a 40 giorni dalla data dell’invio dell’invito, nonché
- d) il termine minimo per la ricezione delle offerte nelle procedure negoziate (con o senza la previa pubblicazione di un bando) e nel dialogo competitivo, pari a 20 giorni dalla data dell’invio dell’invito.

Come nella precedente disciplina, poi, esistono particolari disposizioni acceleratorie (con ulteriore riduzione dei termini) per l’ipotesi in cui le amministrazioni abbiano pubblicato un avviso di preinformazione, nonché per l’ipotesi in cui il bando sia stato redatto e trasmesso per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione di cui all’allegato X al testo (che riproduce l’allegato VIII della direttiva 2004/18/CE).

Il comma 11 del medesimo articolo 70, poi, (analogamente al paragrafo 8 dell’articolo 38 della direttiva 18) stabilisce termini ulteriormente abbreviati per il caso delle procedure ristrette e delle procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara, per il caso in cui l’urgenza rende impossibile rispettare i termini di cui all’articolo stesso.

Un’ulteriore novità è poi prevista dall’art. 71, comma 2 per l’ipotesi in cui, nelle procedure aperte, l’amministrazione aggiudicatrice abbia offerto per via elettronica l’accesso libero, diretto e completo al capitolato d’oneri e ad ogni documento complementare al bando di gara: in tali casi non è necessario l’invio del capitolato stesso ai richiedenti (e la previsione in parola si pone in deroga all’ipotesi ordinaria della mancata pubblicazione elettronica di tali documenti - ipotesi in cui la stazione appaltante è tenuta a trasmettere agli interessati i capitolati d’oneri e i documenti complementari entro sei giorni dalla ricezione della loro domanda di partecipazione -).

5. Anomalia delle offerte e cause di esclusione dalle gare.

Senza altro di maggiore interesse è la questione dell'anomalia delle offerte e la disciplina delle cause di esclusione dalle gare⁽¹⁹⁾.

Cinque sono, a mio avviso, le principali novità recate al riguardo dal 'Codice'.

In primo luogo, viene in rilievo la scelta del Legislatore delegato di uniformare le disposizioni e procedure in tema di determinazione delle soglie di anomalia ed il successivo svolgimento della verifica in contraddittorio delle giustificazioni fornite, generalizzando in via tendenziale le disposizioni dettate in materia di appalti di lavori dall'art. 21, comma 1-*bis* della legge n. 109.

Sotto questo aspetto, appare di particolare interesse l'estensione anche agli altri settori degli appalti del sistema del c.d. 'taglio delle ali', il quale comporta – come è noto – l'esclusione dal computo della soglia di anomalia, del dieci per cento rispettivamente delle offerte con maggior ribasso e di quelle con minore ribasso (art. 86, comma 1 del 'Codice').

In secondo luogo, il Legislatore delegato ha chiarito che la verifica del carattere anormalmente offerto dell'offerta è possibile non solo nel caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta più bassa, ma anche laddove sia previsto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (*ivi*, art. 86, comma 2).

In terzo luogo, il 'Codice' chiarisce che il criterio matematico di individuazione delle offerte da ritenere anormalmente basse non escluda la possibilità per la stazione appaltante di ravvisare in concreto l'opportunità o l'esigenza di assoggettare a verifica di anomalia ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa (art. 88, comma 6).

Si tratta, come è evidente, di disposizione ispirata dall'esigenza di coniugare il carattere rigorosamente obiettivo di un criterio matematico di determinazione della soglia di anomalia (criterio di cui la Corte di Giustizia già nel novembre del 2001 ha

(19) Sul tema, cfr. (in generale): A. CANCRINI, *Le anomalie nei bandi di gara: profili giuridici*, in: *Riv. trim. appalti*, 1989, p. 607, ss.; R. DE NICTOLIS, *Sistemi di scelta del contraente, criteri di aggiudicazione e offerte anomale nella "Merloni - ter"*, in: *Urbanistica e appalti*, 1999, fasc. 5, p. 178-9; M.G. DELLA SCALA, *Il sindacato "debole" sulle valutazioni tecniche e il controllo giurisdizionale sul giudizio di anomalia dell'offerta (nota a Cons. St., sez. IV, 30 luglio 2003 n. 4409, Soc. T. c. Anas e altro)*, in: *Foro amm. CDS*, 2003, fasc. 3, p. 3345, ss.; M. FRONTONI, *Discrezionalità amministrativa ed esclusione delle offerte "anomale"*, in: *Riv. amm. R.I.*, 1996, II, p. 387, ss.; A. IANNOTTA, *L'anomalia dell'offerta tra principi comunitari e diritto interno*, in: *Riv. trim. appalti*, 1996, II, p. 643, ss.

sancito la compatibilità con il diritto comunitario)(20) con l'esigenza di effettività operativa propria della stazione appaltante, la quale deve essere posta in condizione di individuare con equo apprezzamento ulteriori casi di offerte da sottoporre al giudizio di congruità di cui all'art. 55 della direttiva 2004/18/CE.

In quarto luogo, il Legislatore delegato ribadisce che il catalogo delle giustificazioni in concreto adducibili (secondo l'elencazione di cui all'articolo 55 della direttiva, sostanzialmente riprodotto dall'art. 87 del 'Codice') rappresenti un novero di ipotesi meramente esemplificativo e non tassativo.

Sotto questo aspetto, è il caso di richiamare che il sistema di cui all'originario disposto di cui all'art. 21, comma 1-*bis* della legge 'Merloni' (il quale prevedeva, appunto, il carattere tassativo dell'elencazione delle possibili giustificazioni) era incorso nelle censure della Corte di Giustizia la quale, con sentenza in cause riunite C-285/99 e C-286/99 del novembre 2001, aveva fornito la corretta interpretazione dell'art. 30 della direttiva 93/37/CE, sostanzialmente riprodotta dall'art. 55 della direttiva 2004/18/CE(21).

In quinto luogo, costituisce un'indubbia novità il dettato dell'articolo 88 dal 'Codice', il quale disciplina in modo piuttosto dettagliato il procedimento di verifica ed esclusione delle offerte anomale, fissando:

- a) le modalità per la richiesta di giustificazioni da parte della stazione appaltante;
- b) i termini forniti all'interessato per fornire le proprie giustificazioni;
- c) le modalità di svolgimento in contraddittorio della fase di verifica.

Di sicuro interesse è la previsione di cui al comma 4 dell'art. 88, la quale (con indubbi richiami alla disciplina del 'preavviso di rigetto', di cui al 'nuovo' articolo 10-*bis* della legge n. 241 del 1990) stabilisce che *“prima di escludere l'offerta, ritenuta eccessivamente bassa, la stazione appaltante convoca l'offerente con un anticipo non inferiore a cinque giorni lavorativi e lo invita ad indicare ogni elemento che ritenga utile”* al riguardo.

(20) Ci si riferisce alla sentenza in data 27 novembre 2001, sulle cause riunite C-285/99 e C-286/99 (*Impresa Lombardini*), con cui la Corte ha, appunto, dichiarato la non contrarietà con il diritto UE di una disposizione nazionale (quale l'articolo 21, comma 1-*bis* della 'legge Merloni') che abbia ad oggetto l'individuazione attraverso criteri di computo matematico della soglia di anomalia delle offerte.

(21) Secondo la sentenza in questione, infatti, l'art. 30, cit., si oppone alla normativa ed alla prassi amministrativa di uno Stato membro la quale imponga all'amministrazione aggiudicatrice di prendere in considerazione, ai fini della verifica delle offerte anormalmente basse, solamente le giustificazioni fondate sull'economicità del procedimento di costruzione o delle soluzioni tecniche adottate o sulle condizioni particolarmente favorevoli di cui gode l'offerente, ad esclusione di giustificazioni relative a tutti quegli elementi i cui valori minimi siano stabiliti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, ovvero i cui valori siano rilevabili da dati ufficiali (la pronuncia in questione aveva ad oggetto l'originaria formulazione del comma 1-*bis* della 'legge Merloni' – come introdotto dalla legge n. 216 del 1995 ed anteriore alla riformulazione fattane ad opera della legge n. 166 del 2002).

Una notazione finale concerne la questione dell'esclusione automatica delle offerte che superino la soglia di anomalia fissata secondo i criteri di computo di cui all'art. 86 (il quale riproduce, con poche modifiche, il criterio di cui all'art. 21, comma 1-*bis* della legge Merloni)(22).

Sotto questo aspetto, la scelta da compiere si presentava piuttosto delicata.

Ed infatti, se per quanto concerne gli appalti sopra soglia gli articoli 86 ed 87 del 'Codice' escludono ogni forma di automatismo dell'esclusione delle offerte che superino la soglia di anomalia, subordinando ogni scelta al riguardo agli esiti della fase di verifica svolta in contraddittorio con la ditta concorrente, ben diversa è la scelta per quanto concerne gli appalti sottosoglia.

Per tali appalti, infatti, l'art. 122, comma 9 del 'Codice' (nella versione approvata in via preliminare lo scorso gennaio), riprendendo l'analoga previsione di cui all'art. 21, comma 1-*bis* della legge 'Merloni', stabiliva che *“quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante procede all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 86. La procedura di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a cinque”*.

Al riguardo, si osserva che se da un lato la previsione in questione (ripresa dal precedente disposto di cui alla legge 109 del 1994) è stata giudicata dalla Corte costituzionale non in contrasto con gli articoli 3 e 97 della Costituzione (si vedano, al riguardo, la sentenza n. 40 del 1998(23) e le ordinanze n. 258 del 1998 e 442 del 1998), nondimeno essa presentava rilevanti dubbi di compatibilità comunitaria.

In particolare, il Consiglio di Stato, nell'esprimere il proprio parere sulla bozza di articolato, aveva chiesto l'espunzione del richiamato comma 9, sul rilievo per cui *“la scelta di mantenere l'esclusione automatica in esito alle operazioni di individuazione della soglia di anomalia [appare, sia pure se limitata al solo ambito del 'sottosoglia',] non rispondente alla tendenza conformativa del diritto comunitario, che propende nettamente per il mantenimento di un dialogo con le imprese concorrenti così da consentire giustificazioni a corredo dell'offerta anomala”*.

(22) Sul punto, cfr. D. CAMPANARO, *Negata l'incostituzionalità del regime di esclusione automatica delle offerte anomale (nota a sent. T.A.R. Puglia, Sez. Bari II, 3 settembre 1997 n. 619, Soc. Voltedison c. Com. Andria)*, in: *Urbanistica e appalti* 1997, III, 1, p. 1137, ss.

(23) Sul punto, cfr. M. BELLA, A. V. SINISI, *Il criterio di esclusione automatica delle offerte anormalmente basse di cui all'art. 21, comma 1-*bis*, della legge n. 109 del 1994 (e successive modifiche) supera il vaglio della Corte costituzionale*, in: *Giust. civ.*, 1998, fasc. 6, p. 1503, ss.

Non a caso, del resto, con la recentissima ordinanza n. 489 dello scorso 7 febbraio(24) (cui si faceva innanzi riferimento), la Quinta Sezione del Consiglio di Stato aveva rimesso alla Corte di Giustizia la questione interpretativa circa il se il divieto di esclusione automatica delle offerte anomale possa essere configurato quale vero e proprio ‘principio fondamentale del diritto comunitario’, con la conseguenza di risultare necessariamente applicabile anche al settore del c.d. ‘sottosoglia’, e con conseguente eventuale obbligo per le amministrazioni e per le giurisdizioni nazionali di disapplicare la normativa nazionale in contrasto con il richiamato principio.

Per tali ragioni, in sede di approvazione definitiva del testo, la previsione dinanzi richiamata è stata espunta e con essa ogni forma di automatica esclusione delle offerte anomale nell’ambito del sottosoglia.

6. Sistemi di qualificazione delle imprese

Veniamo ora alle disposizioni del ‘Codice’ dedicate ai sistemi di qualificazione per eseguire lavori pubblici.

Alla questione è dedicato l’art. 40 del ‘Codice’, destinato a prendere il posto dell’articolo 8 della ‘legge Merloni’, vertente nella medesima materia(25).

Viene confermato nelle sue grandi linee il precedente assetto circa i compiti delle SOA, cui è demandato il duplice compito:

- a) da un lato, di attestare il possesso da parte dei soggetti qualificati della certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000, rilasciata da organismi di certificazione accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e
- b) dall’altro, di attestare il possesso, da parte dei medesimi soggetti, dei requisiti di ordine generale, nonché dei requisiti di ordine speciale di cui agli articoli 47 e 48 della direttiva 2004/18/CE.

(24) Il cui testo è reperibile in: www.giustamm.it.

(25) In generale, sul sistema di qualificazione introdotto dalla ‘legge Merloni’: L. BELLAGAMBA, *La qualificazione nell’appalto di lavori*, Milano, 2000; A. CANCRINI, *La privatizzazione del sistema della qualificazione e le SOA*, in: *Riv. trim. appalti*, 2000, III, p. 459, ss.; A. CRISAFULLI, *Il nuovo sistema di qualificazione dopo la "Merloni-ter"*, in: *Urbanistica e appalti*, 1999, p. 178-9, p. 353, ss.; S. DE MARINIS, *Nuove regole per la qualificazione delle imprese di costruzione: superamento dell’a.n.c. e raccordo con l’evoluzione delle regole comunitarie*, in: *Appalti urbanistica Edilizia*, 1999, p. 392, ss.; E. TANZARELLA, *SOA: sistema di qualificazione e libertà di apprezzamento della stazione appaltante*, in: *Servizi pubbl. e appalti*, 2004, II, p. 283, ss.

Viene, inoltre, confermato l'importo di 150mila euro come limite minimo per l'applicazione del sistema di qualificazione, così come la sua articolazione in rapporto alle tipologie ed all'importo dei lavori stessi.

Il Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, nel parere reso il 6 febbraio scorso ha espresso interesse per la questione dell'effettiva indipendenza delle SOA, richiedendo quindi l'inserimento nel testo dell'affermazione di principio secondo cui l'attività di attestazione deve essere esercitata *“nel rispetto del principio di indipendenza di giudizio”* e garantendo *“l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori”*. La richiesta in questione è stata accolta e la norma appena citata è stata inserita nell'articolato finale del 'Codice'.

Alcuni indubbi profili di novità e di indubbio interesse recano, invece, le disposizioni di cui al comma 4 dell'articolo 40, che demanda al regolamento generale di cui al comma 5 del 'Codice' la fissazione di una serie di previsioni, fra cui:

- le modalità e i criteri di autorizzazione e di eventuale revoca nei confronti delle SOA, nonché i requisiti soggettivi, organizzativi, finanziari e tecnici che le stesse devono possedere;
- le modalità concrete di attestazione della certificazione di sistema di qualità e del possesso dei requisiti di ordine generale e speciale, nonché
- le modalità di verifica della qualificazione.

E' evidente al riguardo la scelta del Legislatore delegato di devolvere all'unico strumento regolamentare di cui all'articolo 5 del 'Codice' la disciplina di una serie di questioni che nel precedente sistema erano devolute all'apposito regolamento di cui all'art. 8 della legge 'Merloni' (si tratta, come è noto del d.P.R. 34 del 2000, meglio noto come 'decreto Bargone', dal nome dell'allora sottosegretario al Ministero dei Lavori Pubblici(26): un decreto di cui la norma transitoria di cui all'art. 253 prevede la permanenza in vigore fino all'emanazione del nuovo decreto).

Ebbene, si ritiene che la previsione in esame, relativa all'esercizio del potere regolamentare da parte del Governo, contenga almeno due spunti di estremo interesse.

Quanto al merito della questione, è evidente la cura posta dal Legislatore delegato nel rafforzamento dei poteri di vigilanza riconosciuti all'Autorità nella materia della qualificazione (di particolare interesse è al riguardo la previsione secondo cui spetterà all'Autorità la redazione e conservazione degli elenchi, su base regionale, dei soggetti che hanno conseguito la qualificazione – elenchi, questi, di cui l'Autorità stessa assicurerà la pubblicità per il tramite dell'Osservatorio -).

(26) Circa i profili generali del decreto in questione, v. D. GALLI, *Nuovi parametri di qualificazione alla luce del d.P.R. n. 34 del 2000*, in: *Riv. trim. appalti*, 2001, I, p. 25, ss.

Quanto, poi, al metodo della devoluzione del potere regolamentare in capo al Governo nella materia della qualificazione degli operatori, non sfugge all'interprete che i compilatori del 'Codice' abbiano operato al riguardo una scelta certamente decisa.

Non è un caso, infatti se la questione dell'ascrizione della materia in questione alla potestà legislativa esclusiva dello Stato (e, conseguentemente, alla sua potestà regolamentare) venga ribadita:

- tanto all'art. 4, comma 2 (in tema di "*Competenze legislative di Stato e Regioni*"), il quale stabilisce che le Regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, nel rispetto dell'articolo 117, comma secondo della Costituzione non possono prevedere una disciplina della qualificazione e selezione dei concorrenti diversa da quella prevista nel 'Codice';
- tanto dall'articolo 5 (in tema di "*regolamento e capitoli*") il quale, premesso che lo Stato detta col regolamento la disciplina esecutiva ed attuativa del Codice nelle materie di competenza legislativa statale esclusiva, precisa (comma 5, lettera g)) che fra le materie in cui è riconosciuto l'esercizio del potere regolamentare rientra, appunto, quella della "*qualificazione degli operatori economici*".

E' evidente in entrambi i casi che la decisa scelta del Legislatore delegato di mantenere in capo al regolamento governativo generale di cui all'art. 5 del Codice la disciplina in materia di qualificazione (nonostante l'ormai pacifica giurisprudenza costituzionale orientata nel senso di limitare rigorosamente tale possibilità alle sole materie di competenza esclusiva statale) non possa che fondarsi sul radicato convincimento secondo cui il settore della qualificazione sia senza dubbio ascrivibile alla materia della 'tutela della concorrenza' di cui al secondo comma dell'art. 117 della Costituzione scaturente dalla riforma del 2001.

E' altresì evidente che la decisa scelta in tal modo operata rappresenti una netta cesura nei confronti dell'approccio consolidatosi a seguito della sentenza n. 302 del 2003(27) (sentenza – è opportuno ricordarlo – pronunciata sulla base del quadro costituzionale anteriore alla riforma del Tit. V), con cui la Corte costituzionale aveva dichiarato la parziale illegittimità costituzionale del 'decreto Bargone' per la parte in cui esso si spingeva a dettare regole applicabili anche alle Regioni ed alle province autonome, per non essere le stesse comprese fra i destinatari del regolamento.

(27) In: *Foro amm. CDS*, 2003, p. 2774, ss. (s.m.); *Riv. giur. Urbanistica*, 2003, p. 316, ss., con nota di PASSERI.

E' quindi immaginabile che la disposizione in questione possa costituire oggetto di opinioni largamente divergenti fra gli operatori regionali e quelli statali.

7. Concorsi di progettazione

Alcune notazioni finali sulla questione dei concorsi di progettazione.

La materia in questione è disciplinata nell'ambito di un'intera Sezione (la terza) del Capo IV della Parte II del 'Codice', dedicato alla '*progettazione e concorsi di progettazione*' (articoli da 99 a 110).

La disciplina in questione risulta largamente tributaria del disposto di cui al previgente art. 59 del d.P.R. 554 del 1999, in tema di modalità di espletamento.

Come nella precedente disciplina, gli estensori del 'Codice' hanno tenuto distinti:

- da un lato il 'concorso di progettazione' (ora disciplinato agli articoli 99 e segg. del 'Codice'), volto solitamente all'acquisizione da parte della stazione appaltante di un progetto preliminare, e
- dall'altro, il 'concorso di idee' (ora disciplinato dall'art. 108 del 'Codice'), volto alla predisposizione da parte del concorrente di una mera 'proposta ideativa'. E' tuttavia da rilevare che il primo comma dell'art. 108 stabilisce la tendenziale applicabilità al concorso di idee delle generali disposizioni dettate in tema di concorsi di progettazione.

Quanto all'ambito di applicazione delle norme in tema di concorsi di progettazione, il secondo comma dell'articolo 99 stabilisce che esse si applichino ai concorsi di progettazione indetti nel contesto di una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici di servizi, nonché ai concorsi di progettazione che prevedono premi di partecipazione o versamenti a favore dei partecipanti.

Come già previsto dall'art. 59 del d.P.R. 554 del 1999, è previsto che con il pagamento del premio le stazioni appaltanti acquistino la proprietà del progetto vincitore e che al vincitore del concorso, se in possesso dei requisiti previsti dal bando, possano essere affidati con procedura negoziata (se così prescrive il bando) i successivi livelli di progettazione.

Il testo del 'Codice' recepisce senza particolari modificazioni la disposizioni della direttiva 2004/18/CE in tema di:

- disposizioni generali sulla partecipazione ai concorsi (art. 101 del Codice);
- bandi ed avvisi e relative modalità di pubblicazione (artt. 102 e 103);
- selezione dei concorrenti (art. 105), nonché in tema di

- composizione e decisioni della commissione giudicatrice (artt. 106 e 107).

E' invece rilevante notare che il Legislatore delegato ha optato per il mantenimento dell'istituto del 'concorso in due gradi', già disciplinato dall'art. 59, comma 6 del d.P.R. 554 del 1999.

Si tratta, come è noto, di un tipo di concorso che trova applicazione nel caso di 'interventi di particolare rilevanza e complessità' e nel cui ambito il concorso risulta articolato in due gradi:

- a) una prima fase, durante la quale i candidati presentano 'proposte di idee' che vengono valutate senza la formazione di una graduatoria di merito o l'assegnazione di premi, ma al solo fine dell'accesso al secondo grado della procedura, e
- b) una seconda fase, che ha ad oggetto la presentazione, da parte dei soggetti in tal modo selezionati, del progetto preliminare al fine di operare la scelta finale.

Di particolare interesse risultano, infine, le disposizioni di cui all'art. 107 (per altro, ampiamente ricognitivo delle previsioni di cui all'art. 74 della direttiva), in tema di 'decisioni della commissione giudicatrice'.

Le disposizioni in questione prescrivono da un lato il pieno anonimato dei candidati fino alla decisione finale della Commissione giudicatrice e dall'altro che venga redatto un verbale completo dell'eventuale dialogo svoltosi fra i membri della Commissione ed i candidati.

E' evidente che le norme in parola si distinguono per la particolare cautela posta nell'assicurare la massima trasparenza ed imparzialità della procedura, confermando l'attenzione del Legislatore comunitario al rispetto del principio della *fair procedure* anche nella materia dei concorsi di progettazione.