

Presentazione alla seconda edizione

Ad oltre un anno dall'uscita del volume, d'intesa con l'Editore Giappichelli, si è ritenuto opportuno, in concomitanza con l'occasione di una ristampa, dare vita ad una seconda edizione, preordinata ad intervenire sul testo originario correlandolo delle acquisizioni normative, dottrinali e giurisprudenziali che hanno caratterizzato quest'ultimo periodo, con riferimento, fra l'altro, alle recenti novità introdotte dalla legge 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio 2019) e dal d.l. 14 dicembre 2018, n. 135 (c.d. decreto semplificazioni).

Ciò al fine di fornire al lettore uno strumento di studio e/o di lavoro adeguato ed aggiornato.

Il Curatore
Franco Mastragostino

Bologna, 31 dicembre 2018

Presentazione alla prima edizione

L'idea di dare vita ad una trattazione organica e sistematica, anche se essenziale, della disciplina sui contratti pubblici (appalti e concessioni), utile sia a fini didattici che ad un pubblico di professionisti e di operatori pubblici e privati è nata in correlazione con le iniziative di formazione *post lauream* che la Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica dell'Università di Bologna dedica da sempre alle varie tematiche che le stagioni di riforme del momento propongono all'attenzione di coloro che sono tenuti a vivere e ad applicare le relative disposizioni.

In tale ambito, in continuità con una precedente, felice esperienza, patrocinata sempre dall'editore Giappichelli, su *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo* (2011) ed a fronte di un *corpus* normativo, invero risalente al 2006 (d.lgs. n. 163/2006), ma arricchito dal regolamento di esecuzione e di attuazione (d.P.R. n. 207/2010) e da una corposa serie di decreti correttivi, che sono valsi a rendere la relativa disciplina (sulla quale si sono, fra l'altro, innestate le disposizioni anticorruzione) sempre più complessa e di difficile interpretazione ed applicazione e caratterizzato, altresì, dalla discesa in campo delle direttive di ultima generazione (la 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori ordinari, la 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e la 2014/23/UE interamente dedicata, per la prima volta, all'aggiudicazione dei contratti di concessione) ho ritenuto, assieme ad alcuni colleghi e collaboratori, fra i più esperti in materia, di realizzare una trattazione organica sull'argomento.

L'intendimento originariamente era quello di operare un inquadramento serio ed aggiornato dei vari istituti, suscettibile di ulteriori approfondimenti alla luce dei molteplici riferimenti, contenuti nelle note dei vari contributi, alla più accreditata dottrina e ai più recenti orientamenti giurisprudenziali, dando adeguatamente conto dell'incidenza sulla disciplina di cui al Codice del 2006 e al relativo regolamento del 2010 delle direttive del 2014.

Senonché, a lavoro ultimato (luglio 2014), a fronte dell'annuncio deciso e perentorio del Governo Renzi circa l'approvazione di un nuovo codice, recante anche il recepimento delle direttive, entro il dicembre 2014, si è ritenuto, d'intesa con l'editore Giappichelli, di rinviare a dopo la annunciata riforma l'edizione cartacea del volume e di attestarsi su una edizione *e-book* del lavoro, su il Diritto dei

contratti pubblici, che reca, in ragione del momento nel quale è stato edito, il seguente sottotitolo *Assetto della materia e dinamiche evolutive*.

Con l'entrata in vigore del d.lgs. 15 aprile 2016, n. 50, recante il nuovo Codice dei contratti pubblici il percorso di avvicinamento all'edizione definitiva non si è immediatamente perfezionato dal momento che la piena efficacia delle disposizioni del Codice, oggi in parte integrate e/o modificate alla luce del correttivo, di cui al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, è, come noto, condizionata dall'adozione di una corposa serie di atti attuativi (decreti del MIT e di altri Ministeri, Linee guida dell'ANAC, ecc.), che al momento non si è ancora del tutto realizzata, anche se una parte significativa di essi (ci si riferisce, in particolare, ad alcune delle linee guida ANAC) è già stata adottata.

A fronte di una situazione di, se pur parziale, stallo, destinata a protrarsi non si sa per quanto tempo ancora (è ormai trascorso un anno dall'entrata in vigore del Codice), si è pervenuti alla decisione di pubblicare il volume, in larghissima parte del tutto nuovo rispetto all'edizione *e-book* del 2014, ovviando alle lacune del sistema, ascrivibili ad atti attuativi non ancora perfezionati, attraverso un'analisi del c.d. "vecchio regime" (qualora provvisoriamente applicabile) nonché degli atti attuativi in corso di elaborazione, se ed in quanto indicativi dell'impostazione che caratterizzerà la piena vigenza del nuovo Codice, oggi significativamente integrato e modificato dal decreto correttivo 2017.

L'auspicio ovviamente è che l'insieme dei vari contributi, anche grazie al corposo apparato di riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, possa costituire un utile e prezioso strumento di studio e/o di lavoro.

Il Curatore
Franco Mastragostino

Bologna, 8 maggio 2017

1

La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria

di Franco Mastragostino e Enrico Trenti*

SOMMARIO: 1. Profili evolutivi. – 2. Il quadro normativo. – 3. I principi. – 4. L'assetto delle competenze.

1. Profili evolutivi

Una trattazione sistematica, anche se essenziale della disciplina sui contratti pubblici¹ non può non dare preliminarmente conto del processo evolutivo che

* FRANCO MASTRAGOSTINO: parr. 1 e 4. ENRICO TRENTI: parr. 2 e 3.

¹ Relativamente alla disciplina dei contratti pubblici, si veda, fra i lavori recanti una trattazione sistematica della materia, i quali si riferiscono però al Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 163/2006, si annoverano, fra gli altri: S. BACCARINI, G. CHINÉ, R. PROIETTI, *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2015; R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014; F. FRACCHIA, L. GILI, *Ordinamento dell'Unione Europea, mercato, risorse pubbliche e contratti della Pubblica Amministrazione*, Napoli, 2013; L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milanofiori Assago, 2013; A. CARULLO, G. IUDICA, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, II ed., Padova, 2012; G.A. BENACCHIO, M. COZZIO, *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano, 2012; F.G. SCOCA, *Gli appalti pubblici. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2012; R. DE NICTOLIS, *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, II ed., Roma, 2012; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, V ed., Roma, 2012; S.A. ROMANO, *L'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2011; M. CLARICH, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010; F. SAITTA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture*, Padova, 2008; M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008; M. SANINO, *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Padova, 2006. Ad oggi, al di là di contributi su profili specifici, mancano ancora studi generali ed organici sul nuovo Codice, d.lgs. n. 50/2016. Per un primo commento si vedano: AA.VV., *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 436-522; nonché il fasc. speciale 8-9, 2016 di *Urb. e app.*, interamente dedicato al nuovo Codice; F. CARINGELLA, P. MANTINI, M. GIUSTINIANI, *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, Roma, 2016; F. GARELLA, M. MARIANI (a cura di), *Il codice dei contratti pubblici*, Torino, 2016; G. FERRARI, R. GAROFOLI, *La nuova disciplina dei contratti pubblici dopo il correttivo approvato con d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56*, Roma, 2017; F.G. SCOCA, F. DI SCIASCIO,

l'ha interessata negli ultimi decenni e della portata del fenomeno, che, grazie all'irrompere del diritto comunitario negli ordinamenti degli Stati membri è senz'altro valso a ridefinire l'intero quadro normativo sul piano funzionale, metodologico, procedimentale ed anche comportamentale, senza peraltro avere ancora prodotto un assetto stabile e definitivamente appagante sotto i molteplici punti di vista, sui quali si avrà occasione di soffermarsi nel corso della trattazione.

In primo luogo, allorché ci si riferisce al diritto dei contratti pubblici si ha riguardo a due momenti distinti, anche se intimamente connessi e complementari, vale a dire alle procedure della c.d. evidenza pubblica, preordinate alla scelta del contraente (in cui l'Amministrazione agisce come Autorità) da un lato e alle successive fasi della stipulazione ed esecuzione del contratto, nelle quali, se si prescinde da alcune deroghe storicamente indotte dalla natura pubblica di una delle parti del rapporto contrattuale, valgono le regole del diritto civile.

Al primo di essi è dedicata la gran parte della presente trattazione, sul presupposto che la componente largamente più significativa dell'evoluzione della materia, sul piano della disciplina sostanziale ed anche processuale, ha riguardato l'insieme delle operazioni che, a partire dal momento identificativo del bisogno e del reperimento delle necessarie risorse finanziarie, sono preordinate alla scelta del contraente/aggiudicatario, vale a dire del soggetto che in ragione dell'offerta prodotta e del possesso dei necessari requisiti morali, professionali ed economico-finanziari è testato come idoneo ad acquisire la veste di contraente ed esecutore della prestazione richiesta.

A tal fine, occorre ricordare che, allorché a partire dai primi anni '70 del secolo scorso furono emanate le direttive c.d. di prima generazione in tema di appalti pubblici (e di concessioni)², in virtù del titolo di legittimazione riconosciuto alle Istituzioni comunitarie, che affonda le proprie radici nei principi di tutela della concorrenza, di libera circolazione delle persone e delle merci, di libera prestazione dei servizi, nel diritto di libertà di stabilimento, nonché nel divieto di discriminazioni in base alla nazionalità e di restrizioni alle importazioni, la materia dei contratti era, per lo più, contenuta nella legge di contabilità di Stato, di cui al r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 e, più diffusamente, nel relativo regolamento di esecuzione (r.d. 23 maggio 1924, n. 827)³, sull'asserito presupposto che "*i con-*

Il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50 del 18 aprile 2016). Profili sostanziali e processuali, Napoli, 2017; G.F. FERRARI, G. MORBIDELLI, *Codice dei contratti pubblici*, Piacenza, 2017; M.A. SANDULLI, M. LIPARI, F. CARDARELLI, *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017.

² Ci si riferisce, in particolare, alla direttiva 71/305/CEE del 26 luglio 1971, avente ad oggetto le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (ma anche delle concessioni) di importo superiore al miliardo di lire e alla successiva direttiva 72/277/CEE del 26 luglio 1972, relativa alle modalità e alle condizioni di pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* dei bandi di gara per appalti e concessioni di lavori pubblici. Ad esse, seguirono, poi, le direttive 77/62/CEE e 80/767/CEE, in materia di appalti pubblici di forniture.

³ La normativa contabile degli anni '20 del secolo scorso dettava una disciplina compiuta relativamente ai contratti di fornitura, trasporti, acquisti, alienazioni o lavori riguardanti le varie Ammi-

*tratti, per la connessa erogazione di spesa e acquisizione di entrate che necessariamente comportano – donde la loro classificazione nell'ordinamento contabile in contratti passivi ed attivi – rilevano per la consistenza del patrimonio dei soggetti pubblici e, quindi, trovano la loro corretta disciplina in quel settore dell'ordinamento positivo che delinea il regime giuridico della gestione finanziaria e patrimoniale pubblica”*⁴.

L'attuazione nel nostro ordinamento delle suddette direttive di prima generazione⁵, in nome della protezione degli interessi degli operatori economici e dei principi di non discriminazione in base alla nazionalità e di libero svolgimento delle attività economiche nello spazio dell'intera Comunità, e la loro applicazione agli appalti e alle concessioni (e, quindi, ai contratti passivi) collocabili per importo al di sopra di una soglia definita dalle stesse direttive⁶, non ha fatto venir meno, per i contratti sotto soglia, il ricorso alla legislazione di contabilità di Stato e, quindi, non ha, a quel momento, prodotto “*il definitivo superamento della c.d. concezione contabilistica, che qualificava tale normativa come posta esclusivamente nell'interesse dell'Amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale*”⁷.

Il che ha determinato il perpetuarsi (sino al loro definitivo superamento, grazie al d.lgs. n. 163/2006, Codice dei contratti pubblici, oggi abrogato dal d.lgs. n. 50/2016) di due distinti sottosistemi normativi fondati su obiettivi, principi e presupposti eterogenei, su una differente prassi applicativa, su autonomi e distinti indirizzi interpretativi e giurisprudenziali, con tutte le conseguenti implicazioni negative sul piano del coerente e funzionale governo della materia, che si possono facilmente immaginare. Si consideri, d'altronde, che l'ultrattività della normativa contabilistica, quale sottosistema applicabile, oltre che ai contratti attivi, ai contratti passivi sotto soglia, ha altresì costituito un comodo e proficuo rifugio onde dota-

nizzazioni e i vari servizi dello Stato. Tant'è che tali disposizioni, che contemplavano i criteri di scelta del privato contraente, le metodologie di gara, i capitoli d'onere, le modalità di stipulazione ed approvazione dei contratti, le regole sulla loro esecuzione e sulla collaudazione, hanno costituito il nucleo centrale del sistema sino a tempi recenti, operando quali norme generali suscettibili di essere conseguentemente invocate ed utilizzate, quanto meno in funzione suppletiva, tutte le volte in cui la legislazione speciale non disponesse diversamente.

⁴ Cfr. A. BARETTONI ARLERI, *Linee evolutive della contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, Milano, 1980, 177.

⁵ Le prime direttive in materia di appalti pubblici di lavori vennero recepite in Italia dalla legge 9 agosto 1977, n. 584, successivamente integrata e modificata dalla legge 10 dicembre 1981, n. 741 e dalla legge 8 ottobre 1984, n. 687.

⁶ Per i contratti attivi (quelli che comportano un'entrata e non una spesa) non c'è questione di soglia, atteso che ad essi hanno continuato ad essere applicate le disposizioni contenute nella legge di contabilità di Stato del 1923 e del regolamento di attuazione, di cui al r.d. n. 827/1924. Il che ovviamente non significa che i contratti attivi non soggiacciano di norma alle procedure concorrenziali dell'evidenza pubblica e che ad essi non si estendano i principi e alcune delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici riguardanti i requisiti di partecipazione alle procedure di gara, in quanto compatibili e conseguentemente applicabili.

⁷ Cfr. Corte cost. n. 401/2007.

re di un compiuto apparato normativo quelle fattispecie che, pur essendo ascrivibili per importo ai contratti riconducibili alla disciplina di matrice comunitaria, erano, a torto o a ragione, sottratti, in relazione al loro ambito soggettivo o oggettivo, all'applicazione di tale disciplina⁸ e spesso assoggettati a procedure semplificate, con un abnorme ed improprio ricorso alla trattativa privata, talvolta mascherandola quale procedura concorrenziale fra più offerte, sul presupposto che essa consentiva alle Amministrazioni di disporre della più ampia autonomia e discrezionalità nella scelta del contraente, senza tuttavia considerare che la trattativa privata, neppure contemplata dalle direttive comunitarie di prima generazione e successivamente ammessa nelle forme della procedura negoziata con o senza pubblicazione di bando, ma assoggettata a rigorosi vincoli sia in ordine alla possibilità di accedervi sia in ordine alle modalità di individuazione del soggetto con cui negoziare e concludere il contratto, costituiva, anche nella normativa di contabilità, una eccezione alla regola secondo cui il contraente va normalmente scelto in base ad una vera e propria procedura concorrenziale, alla quale ricorrere nei soli casi tassativamente indicati dalla legge e, più propriamente, dall'art. 41 del r.d. n. 827/1924⁹.

La situazione non è cambiata neppure a seguito della pubblicazione del *Libro Bianco* del 1985 e della Comunicazione della Commissione europea del 1986 e del successivo avvento delle direttive di seconda generazione¹⁰, le quali, pur apportando significativi elementi di novità rispetto al passato – come, in particolare, l'estensione della disciplina comunitaria agli appalti pubblici di servizi¹¹, l'intro-

⁸ Invero, l'ambito di applicazione delle direttive di prima generazione era abbastanza ridotto, in quanto esse riguardavano i soli lavori e le forniture, ed era, altresì, espressamente prevista l'esclusione degli appalti aggiudicati dagli enti operanti nei servizi a rete (trasporto, acqua, energia), ossia nei c.d. settori ex esclusi. Inoltre, da un punto di vista soggettivo, le direttive si applicavano alle sole Amministrazioni aggiudicatrici, per tali intendendosi lo Stato, gli enti pubblici territoriali e le altre persone giuridiche di diritto pubblico espressamente indicate nelle direttive, ad esclusione, quindi, di tutti i soggetti formalmente privati, ma sostanzialmente pubblici, che verranno, poi, ricondotti nella definizione di organismo di diritto pubblico (introdotta dalle direttive c.d. di seconda generazione) e, quindi, assoggettati anch'essi alle regole relative all'affidamento dei contratti pubblici.

⁹ Senonché, l'art. 41 del regolamento di attuazione della legge di contabilità di Stato (cit. r.d. n. 827/1924), nel disciplinare i casi in cui poteva procedersi a trattativa privata, indicava una serie di circostanze generiche e non chiaramente identificate, che le Amministrazioni potevano facilmente invocare, per ricorrere a detta forma di affidamento. Infatti, al di là dei casi, compiutamente definiti, del previo esperimento di procedure concorrenziali andate deserte ovvero dell'acquisto di beni coperti da privativa industriale o caratterizzati da alto grado di specificità, l'utilizzo della trattativa privata risultava, altresì, consentito ogni qualvolta sussistessero ragioni di urgenza tali “*da non consentire l'indugio degli incanti o della licitazione*”, nonché “*in ogni altro caso in cui ricorrono speciali ed eccezionali circostanze per le quali non possano essere utilmente seguite*” le procedure concorrenziali. Va detto, tuttavia, che le direttive del 2014, di cui si dirà in prosieguo, hanno attenuato l'originaria rigorosa avversione nei confronti delle procedure negoziate, reputando che le stesse corrispondano, in casi determinati e con maggiore ampiezza rispetto a quanto consentito dalle precedenti direttive, ad esigenze di speditezza e di semplificazione delle procedure di affidamento.

¹⁰ In particolare, la direttiva 88/295/CEE in materia di appalti pubblici di forniture e la direttiva n. 89/440/CEE in materia di opere pubbliche.

¹¹ Per effetto di quanto disposto dalla direttiva 92/50/CEE.

duzione della nozione di organismo di diritto pubblico, la previsione di una regolamentazione peculiare per i settori esclusi¹² e, soprattutto, un'impostazione più attenta ad impedire l'elusione, da parte delle Amministrazioni, delle regole di pubblicità, trasparenza ed imparzialità, attraverso la tipizzazione delle procedure (aperte, ristrette e negoziate) – hanno lasciato immutato il sistema delle soglie, quale limite al relativo ambito oggettivo di applicazione.

A livello nazionale, l'attuazione delle direttive di seconda generazione ha comportato l'adozione di una pluralità di atti normativi, ciascuno dei quali avente ad oggetto gli affidamenti di importo superiore alla soglia comunitaria in ogni specifico settore¹³. Tra questi, merita un cenno a parte la legge n. 109/1994, c.d. legge Merloni, con cui il legislatore ha reagito ai fenomeni corruttivi emersi nel periodo di tangentopoli e, al fine di porre rimedio alle gravi disfunzioni che, specie nel settore dei lavori pubblici, si erano palesate, ha dettato una disciplina peculiare delle procedure di affidamento dei contratti di lavori (sopra e sotto soglia)¹⁴, talvolta discostandosi anche significativamente, in termini di maggiore rigore, dal modello comunitario¹⁵, nel dichiarato tentativo di limitare al massimo l'autonomia e la discrezionalità esercitate dalle stazioni appaltanti nell'ambito delle procedure di selezione del contraente¹⁶.

Sempre all'inizio degli anni '90, si è, altresì, registrata l'adozione, in ambito europeo, delle prime direttive ricorsi¹⁷, con cui il legislatore comunitario, ravvi-

¹² La prima disciplina sui settori ex esclusi è stata posta dalle direttive 90/531/CEE e 93/38/CEE.

¹³ Si allude, in particolare, al d.lgs. n. 358/1992, recante "*Testo Unico in materia di appalti pubblici di forniture*", al d.lgs. n. 157/1995, avente ad oggetto "*Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi*", al d.lgs. n. 158/1995, recante "*Attuazione delle direttive 93/531/CEE e 93/38/CEE relative alle procedure di appalti nei settori esclusi*", nonché al d.lgs. n. 190/2002, contenente la disciplina speciale in materia di affidamento delle c.d. grandi infrastrutture. È interessante notare che, mentre le forniture sotto soglia erano specificamente regolate dal d.P.R. n. 573/1994, gli appalti di servizi sotto soglia soggiacevano alla disciplina generale in materia di contabilità di Stato, di cui si è già detto in precedenza.

¹⁴ La legge quadro sui lavori pubblici prevedeva una disciplina parzialmente differenziata per gli affidamenti sotto soglia. Ulteriori disposizioni, con particolare riferimento ai lavori in economia, erano, poi, rinvenibili nel relativo regolamento di attuazione, di cui al d.P.R. n. 554/1999.

¹⁵ Anche suscitando, sotto questo profilo, dubbi di compatibilità con il modello comunitario. In proposito, si veda: Corte cost. n. 482/1995.

¹⁶ Basti pensare che, diversamente dalla normativa comunitaria, in base alla quale i criteri di aggiudicazione delle offerte del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa sono perfettamente alternativi, l'art. 21 della legge Merloni indicava quello del prezzo più basso quale criterio ordinario di selezione delle offerte e consentiva alle Amministrazioni di ricorrere al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa solo in presenza di circostanze eccezionali, tassativamente enunciate dalla disposizione medesima. Inoltre, con la legge n. 109/1994, veniva istituita l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, con compiti principalmente ispettivi e sanzionatori sia nei confronti delle Amministrazioni, che nei confronti delle imprese.

¹⁷ Direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, relative rispettivamente ai settori ordinari e a quelli speciali (ex esclusi).

sando, a fronte dei frequenti fenomeni elusivi, la necessità di garantire l'applicazione effettiva e concreta della disciplina sostanziale relativa alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici¹⁸, ha imposto agli Stati membri di adeguare il proprio ordinamento interno, predisponendo, a livello nazionale, un sistema di mezzi di tutela efficace e rapido, attivabile dai soggetti interessati in caso di violazione delle disposizioni comunitarie sugli appalti pubblici o delle norme nazionali di recepimento in un momento in cui le violazioni stesse potevano ancora essere corrette. Sia, in questa sede¹⁹, sufficiente ricordare che, a garanzia del rispetto del principio di effettività della tutela, le direttive ricorsi si focalizzavano sull'esigenza, considerata la concentrazione e la brevità delle procedure di affidamento nella loro fase conclusiva successiva all'aggiudicazione, che gli organi²⁰ competenti a decidere i ricorsi fossero abilitati ad adottare misure provvisorie per sospendere l'aggiudicazione o l'esecuzione di decisioni eventualmente adottate dall'Autorità aggiudicatrice per assicurare la tutela cautelare dei soggetti interessati, e che, inoltre, fossero previste norme interne aventi ad oggetto l'annullamento delle decisioni illegittime e il risarcimento delle situazioni soggettive ingiustamente lese.

L'evoluzione della disciplina comunitaria, testimoniata dall'ininterrotta attenzione degli organi comunitari nel monitorare le disfunzioni del sistema riscontrabili all'interno degli Stati membri²¹, ha, poi, registrato un'ulteriore svolta fondamentale con l'approvazione delle direttive di terza generazione, la 2004/18/CE, relativa al "*Coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*"²², e la 2004/17/CE, relativa al "*Coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali*", con cui il legislatore comunitario,

¹⁸ Già nei primi considerando, la direttiva ricorsi 89/665/CEE, evidenzia le ragioni che hanno indotto il legislatore comunitario ad intervenire in *subiecta materia*, ricordando che "... le direttive comunitarie in materia di appalti pubblici ... non contengono disposizioni specifiche che consentano di garantirne l'effettiva applicazione", che "i meccanismi attualmente esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire tale applicazione non sempre permettono di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette", ed inoltre, che "l'assenza o l'insufficienza di mezzi di ricorso efficaci in vari Stati membri dissuade le imprese comunitarie dal concorrere nello Stato dell'Autorità aggiudicatrice interessata".

¹⁹ Per la compiuta disamina dei contenuti delle direttive ricorsi e delle relative disposizioni di recepimento a livello nazionale, si rinvia al cap. 12 della presente trattazione.

²⁰ Sia giurisdizionali, che non giurisdizionali. È bene notare che le direttive ricorsi richiedono solo che gli Stati membri apprestino un sistema di tutela con caratteristiche (minime) predeterminate, ma lasciano liberi gli Stati di optare per un sistema giurisdizionale, paragiurisdizionale ovvero anche amministrativo.

²¹ In proposito, si segnalano: il *Libro Verde* del 27 novembre 1996, relativo a "*Gli appalti pubblici nell'Unione Europea – Spunti di riflessione per il futuro*", la Comunicazione della Commissione dell'11 novembre 1998, nonché il *Libro Verde* del 30 aprile 2004, concernente i partenariati pubblico-privato.

²² Per la disamina dei relativi contenuti, si veda: R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005.

in ragione delle esigenze di semplificazione e razionalizzazione, ha accorpato in un contesto unitario, dettando una disciplina per lo più uniforme, le disposizioni riguardanti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, rispettivamente, nei settori ordinari e nei settori speciali²³ (ex settori esclusi). Pur essendo in larga parte riprodotte della normativa previgente, le direttive del 2004 risultano, fra l'altro²⁴, caratterizzate dalla maggiore attenzione riservata ad esigenze di ordine ambientale e sociale, coerentemente con le indicazioni fornite dalla giurisprudenza comunitaria, suscettibili di essere tenute in considerazione dalle Amministrazioni nella fase di valutazione delle offerte²⁵ e, altresì, di determinare l'adozione di particolari misure nel corso dell'esecuzione del contratto.

Le direttive 17 e 18/2004 sono state recepite in Italia dal Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cui al d.lgs. n. 163/2006 (oggi abrogato), emanato in forza della legge delega n. 62/2005, successivamente integrato e modificato a più riprese²⁶. A ben vedere, tuttavia, la valenza del Codice è andata ben al di là del mero recepimento delle direttive comunitarie, in quanto il legislatore delegato, coerentemente con quanto richiesto dalla cit. legge delega n. 62/2005²⁷, ha raccolto e riorganizzato, in un unico testo normativo, l'intera disciplina degli appalti pubblici (e delle concessioni) nei settori ordinari e in quelli speciali, indipendentemente dal loro valore (e, quindi, sia sopra che sotto la soglia comunitaria), sia con riferimento alle procedure di scelta del contraente che alla fase di esecuzione del contratto, nonché le regole speciali relative agli strumenti giudiziali e stragiudiziali di tutela in caso di contenzioso²⁸, ed ha, altresì, coordinato le

²³ Attualmente, i settori speciali sono i seguenti: gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica. Il settore delle telecomunicazioni, invece, appartiene ora ai settori ordinari, in considerazione dell'avvenuta liberalizzazione del relativo mercato.

²⁴ Ulteriori elementi di innovatività si rinvencono, in particolare, nell'introduzione del dialogo competitivo e dell'accordo quadro, quest'ultimo già consentito in passato per i settori speciali ed ora esteso anche ai settori ordinari. Inoltre, nell'ottica della valorizzazione del potenziale assicurato dall'evoluzione tecnologica, il legislatore comunitario ha previsto, per un verso, norme volte a favorire l'utilizzo di mezzi di comunicazione elettronici da parte delle stazioni appaltanti e l'uso di strumenti informatici e telematici nell'ambito delle procedure di gara tradizionali e, per altro verso, regole specifiche che istituiscono sistemi dinamici di acquisizione interamente elettronici per approvigionamenti di uso corrente, le cui caratteristiche generalmente disponibili sul mercato soddisfano le esigenze delle Amministrazioni, nonché processi elettronici di valutazione delle offerte per fasi successive, definiti aste elettroniche.

²⁵ Purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano all'Amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati e rispettino i principi fondamentali in materia di affidamento dei contratti pubblici.

²⁶ Dall'approvazione del Codice del 2006, sono intervenuti quattro importanti decreti correttivi: il d.lgs. n. 6/2007, il d.lgs. n. 113/2007, il d.lgs. n. 152/2008 e il d.l. n. 70/2011 (art. 4), oltre ad una miriade di provvedimenti legislativi che hanno comportato modifiche ed integrazioni di minore portata.

²⁷ L'art. 25 della cit. legge n. 62/2005 prevedeva, infatti, "la compilazione di un unico testo normativo recante le disposizioni legislative in materia di procedure d'appalto disciplinate dalle due direttive coordinando anche le altre disposizioni in vigore nel rispetto dei principi del TUE".

²⁸ Come si avrà modo di precisare, le disposizioni relative al contenzioso giurisdizionale sono

disposizioni in materia di contratti pubblici con quelle (ovviamente, esterne al Codice) relative, fra l'altro, al procedimento amministrativo²⁹, all'informatizzazione della Pubblica Amministrazione³⁰ e alla disciplina antimafia, nel tentativo, solo in parte riuscito, di delineare un sistema più organico, semplificato e tendenzialmente esaustivo della disciplina dei contratti pubblici.

Più recentemente, il legislatore comunitario è tornato sul tema delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione dei contratti pubblici, approvando la nuova direttiva ricorsi, 2007/66/CE, con cui, al fine di migliorare ulteriormente l'efficacia di tali procedure, soprattutto onde evitare la stipulazione dei contratti e l'avvio dell'attività esecutiva prima e a prescindere dall'attivazione dei rimedi previsti dalle precedenti direttive ricorsi, e sempre nell'ottica della progressiva armonizzazione del diritto (processuale) amministrativo degli Stati membri, ha individuato nuovi *standard* minimi³¹, che i singoli ordinamenti nazionali devono necessariamente assicurare a garanzia di una tutela piena ed effettiva contro la violazione delle regole sulla concorrenza. Le disposizioni contenute nella cit. direttiva 2007/66/CE sono state recepite, in un primo momento, all'interno dal d.lgs. n. 163/2006, per effetto di quanto disposto dal d.lgs. n. 53/2010, salvo, poi, essere trasposte (almeno quelle di carattere squisitamente processuale, aventi ad oggetto il rito speciale in materia di provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di contratti pubblici³²) nel Codice del processo amministrativo, di cui al d.lgs. n. 104/2010³³.

state successivamente trasposte nel Codice del processo amministrativo, di cui al d.lgs. n. 104/2010. Pertanto, nel Codice dei contratti pubblici del 2006 si rinveniva la sola disciplina degli strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie.

²⁹ Legge 7 agosto 1990, n. 241.

³⁰ D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

³¹ Senza pretese di esaustività, sia consentito ricordare che la prima importante innovazione ascrivibile alla direttiva 2007/66/CE consiste nell'introduzione di un termine sospensivo minimo (c.d. *stand still period*), che deve intercorrere tra la data di comunicazione della decisione di aggiudicazione e la data di stipulazione del contratto, finalizzata a consentire "un ricorso efficace tra la decisione d'aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto" (cfr. quarto considerando). Inoltre, la direttiva introduce un ulteriore termine sospensivo per la stipula del contratto, operante tra la proposizione del ricorso e la decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari. Un'ulteriore fondamentale prescrizione riguarda la previsione dell'obbligatoria declaratoria di inefficacia del contratto, eventualmente stipulato prima dell'annullamento della decisione di aggiudicazione, nei casi di violazioni più gravi della normativa comunitaria, salvo che l'organo competente a decidere il ricorso, dopo aver esaminato tutti gli aspetti pertinenti, rilevi che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che gli effetti del contratto siano mantenuti, fermo restando, in tale caso, l'obbligo degli Stati membri di prevedere l'applicazione di sanzioni alternative.

³² Le disposizioni di carattere sostanziale introdotte, in sede di recepimento della direttiva 2007/66/CE, dal d.lgs. n. 53/2010, come quelle aventi ad oggetto il periodo di *stand still* ovvero gli obblighi di comunicazione gravanti sulle stazioni appaltanti, erano contenute nel d.lgs. n. 163/2006 ed oggi, a seguito della sua abrogazione, nel d.lgs. n. 50/2016 (art. 32).

³³ Per una compiuta disamina delle innovazioni introdotte dalla seconda direttiva ricorsi e recepite dal d.lgs. n. 104/2010, si segnala, in dottrina: P.G. TORRANI, M. RENNA, *Direttiva ricorsi in ma-*

Da ultimo, il legislatore comunitario ha ritenuto di dover rivedere ed aggiornare le direttive del 2004, onde rendere più efficiente possibile l'utilizzo delle risorse pubbliche³⁴. A tal fine, le direttive c.d. di quarta generazione (la 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori ordinari, la 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e la 2014/23/UE interamente dedicata, per la prima volta, all'aggiudicazione dei contratti di concessione) contengono un pacchetto organico di misure volte a modificare, sostituendola, la disciplina contenuta nelle precedenti direttive e destinato, nell'ottica della semplificazione e dell'accelerazione della tempistica, a rendere più chiaro e trasparente e, al tempo stesso, più flessibile il quadro normativo generale e, in particolare, la disciplina delle procedure di affidamento, anche di quelle che, fermo restando il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, consentono la negoziazione (qualora esse siano idonee ad incrementare anche gli scambi transfrontalieri)³⁵, a favorire l'accesso delle piccole e medie imprese mediante la riduzione degli oneri e la suddivisione degli appalti in lotti, ad accrescere l'attenzione da riservare agli aspetti sociali ed ambientali, a migliorare i risultati delle procedure di affidamento in termini di rapporto costo-efficacia, anche attraverso la valorizzazione del sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, opportunamente rivisitato, onde incoraggiare maggiormente la qualità degli appalti e delle concessioni, nonché attraverso l'incentivazione del ricorso al mercato elettronico.

In ragione degli obiettivi definiti dalle direttive del 2014, ma anche nell'ottica della riduzione e razionalizzazione dell'insieme delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative a quel momento vigenti, insuscettibili per complessità e ponderosità, oltre che per la loro scarsa chiarezza, di garantire adeguatamente il rispetto dei criteri di semplificazione, trasparenza e rapidità delle procedure, il Parlamento, con legge 28 gennaio 2016, n. 11, ha delegato il Governo ad emanare norme, oltre che per l'attuazione e il recepimento delle direttive sopra richiamate, per il riordino della disciplina vigente, con la precisazione che queste ultime sarebbero confluite in un unico testo normativo denominato "*Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*", destinato a sostituire sia il d.lgs. n. 163/2006 che il relativo regolamento di esecuzione ed attuazione.

teria di aggiudicazione degli appalti pubblici. Le novità introdotte dal nuovo codice del processo amministrativo, Milano, 2010; A. BARTOLINI, S. FANTINI, *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urb. e app.*, 2008, 1093; G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE. Illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Giust. amm.*, 2008; M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto*, in *Foro amm.-TAR*, 2008.

³⁴ Ai fini dell'elaborazione delle nuove direttive, la Commissione europea ha potuto trarre importanti indicazioni dai Libri Verdi COM(2011)15 e COM(2010)571, riguardanti, segnatamente, la modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici e l'estensione degli appalti elettronici nell'UE.

³⁵ Come evidenziato nella nota 9, proprio nell'ottica della semplificazione, tempestività e flessibilità, il legislatore comunitario ha dato maggiore spazio alle procedure negoziate.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici (tale denominazione è ascrivibile all'art. 1 del correttivo 2017), di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, pubblicato nella *Gazz. Uff.* 19 aprile 2016 ed entrato in vigore il giorno stesso, contiene in 220 articoli l'intera disciplina della materia (oggi in parte rivisitata alla luce del correttivo, di cui al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56). In tal modo e in conformità con i principi contenuti nella legge delega, il legislatore delegato si è proposto di perseguire l'obiettivo, in verità in larga parte in condivisione con le direttive, di dar vita ad una strumentazione legislativa più snella, caratterizzata da una drastica riduzione e razionalizzazione delle disposizioni di più elevata complessità, nell'ottica della certezza del diritto, della semplificazione dei procedimenti e, più in generale, dell'efficientamento del sistema anche con riferimento alle procedure di ricorso.

Particolare attenzione risulta essere stata dedicata al contrasto alle pratiche corruttive ed ai fenomeni di inquinamento del mercato da parte della criminalità organizzata e, in tale ambito, al ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), che il Codice valorizza quale figura centrale/dominante, dotata di ampi poteri di vigilanza, di controllo, e di regolazione concernenti l'intero sistema dei contratti pubblici.

Contrariamente a quanto previsto dalla normativa di cui al d.lgs. n. 163/2006, il nuovo Codice non è corredato da un complesso di norme regolamentari, essendosi ritenuto di rimettere il "*completamento della disciplina ad un sistema attuativo più snello e flessibile rispetto al modello tradizionale del regolamento unico di esecuzione e attuazione*"³⁶.

Tali atti attuativi, espressamente menzionati nel d.lgs. n. 50/2016 e rimessi a varie Autorità (allo stato, ne manca ancora un certo numero), constano, fra gli altri, di 16 decreti del MIT (Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti), di 15 decreti di altri Ministeri e di 15 Linee guida dell'ANAC, alcune delle quali vincolanti e che riguardano aspetti rilevanti della disciplina di gara.

Quanto ai cit. decreti ministeriali si ritiene di condividere l'opinione espressa dal Consiglio di Stato nel parere sullo schema di decreto legislativo, che ascrive detti decreti alla categoria dei regolamenti ministeriali, ai sensi dell'art. 17, comma 3 della legge n. 400/1988, per di più "rafforzati" dall'obbligatoria previa acquisizione del parere delle competenti commissioni parlamentari³⁷.

Per le Linee guida la questione è più complessa e controversa. Il Consiglio di Stato, nel richiamato parere³⁸, ha ritenuto, adducendo perplessità di ordine siste-

³⁶ Cfr. Cons. Stato, Comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 855, 39.

³⁷ Sempre Cons. Stato, Comm. spec., parere cit., 39 ss.

³⁸ Per un approfondimento sulla natura giuridica delle Linee guida, si veda, oltre al parere cit. nella nota precedente, il parere espresso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato nell'Adunanza del 30 agosto 2016 sullo schema di regolamento ANAC per il rilascio dei pareri di precontenzioso, ai sensi dell'art. 211, comma 1, d.lgs. n. 50/2016. In dottrina, N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale An-*

matico e ordinamentale, di non poter riconoscere alle Linee guida vincolanti natura normativa *extra ordinem*³⁹; esse costituirebbero piuttosto atti di regolazione del tipo di quelli adottati dalle altre Autorità amministrative indipendenti e, quindi, atti amministrativi generali, che, in quanto “*espressione di un potere che è carente sotto il profilo della legalità sostanziale e promananti da soggetti che sfuggono al tradizionale circuito della responsabilità politica, debbono essere adottati nel rispetto di un procedimento articolato, aperto al contraddittorio e alla partecipazione dei soggetti interessati, e sottoposto al vaglio del Consiglio di Stato*”⁴⁰. Il che non pregiudica gli effetti vincolanti *erga omnes* ad esse ascrivibili.

Quanto alle Linee guida non vincolanti, che hanno un valore di indirizzo a fini di orientamento dei comportamenti delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, è pacifico che valga il loro inquadramento fra gli atti amministrativi generali.

2. Il quadro normativo

Allo stato attuale, il Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 50/2016, modificato ed integrato dal decreto delegato (d.lgs. n. 56/2017) previsto dall'art. 1, comma 8 della legge n. 11/2016, rappresenta – alla luce della sua duplice valenza di atto (unico) di recepimento nell'ordinamento interno delle regole dettate dalle (tre) direttive comunitarie di quarta generazione (2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE) e di strumento di razionalizzazione e semplificazione dell'assetto legislativo nazionale⁴¹ – il fulcro della disciplina relativa all'affidamento e all'esecuzione dei contratti pubblici e costituisce, altresì, il baricentro attorno al quale ruotano tutte le ulteriori disposizioni relative all'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione e degli altri soggetti pubblici.

Il Codice si compone di sei Parti, che riguardano, rispettivamente, l’“*Ambito di applicazione, principi, disposizioni comuni ed esclusioni*” (Parte I, artt. 1-34); i “*Contratti di appalto per lavori servizi e forniture*” (Parte II, artt. 35-163); i “*Contratti di concessione*” (Parte III, artt. 164-178); il “*Partenariato pubblico privato e*

ticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici; C. DEODATO, *Le Linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto*; M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, tutti in *www.giustamm.it*, 2016, nonché G. PIPERATA nel successivo cap. 2, par. 2.1, lett. d); G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli*, in *Dir. amm.*, 2016, 3, 275 ss.; M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 4, 436; P. MANZINI, *Autorità nazionale anticorruzione e soft law nel sistema delle fonti e dei contratti pubblici*, in *www.giustam.it*, 2018.

³⁹ Che le Autorità amministrative indipendenti non siano dotate di potere normativo risulta smentito dal diritto positivo (il che non è però esente da critiche, in relazione al principio di legalità sostanziale). Si pensi alla legge n. 262/2005, sulla tutela del risparmio, che attribuisce potestà normativa a Banca d'Italia, Consob, ISVAP e COVIP. Su cui cfr. M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto*, cit.

⁴⁰ In tal senso, il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato del 30 agosto 2016, *supra* cit.

⁴¹ Per una compiuta disamina di tali profili, si rinvia al paragrafo precedente.

contraente generale” (Parte IV, artt. 179-199); le “*Infrastrutture e insediamenti prioritari*” (Parte V, artt. 200-203); ed infine, le “*Disposizioni finali e transitorie*” (Parte VI, artt. 204-220).

La disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici – come si è più sopra evidenziato – consta di “soli” 220 articoli, a differenza del previgente d.lgs. n. 163/2006, che era composto da 256 articoli e poteva, altresì, contare su un regolamento di esecuzione ed attuazione, di cui all’ormai abrogato d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207⁴², di ben 358 articoli, ma è destinata ad essere completata da 16 decreti del MIT (Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti), da 15 decreti di altri Ministeri e – questa, la novità più rilevante – da 15 Linee guida dell’ANAC⁴³.

Gli atti di *soft law* demandati all’Autorità anticorruzione riguardano aspetti di rilevante importanza, soprattutto alla luce dell’esperienza applicativa pregressa, dell’attività contrattuale pubblica, quali, a titolo esemplificativo: gli indici valutativi utilizzabili dalle stazioni appaltanti in caso di ricorso al criterio del offerta economicamente più vantaggiosa, le condizioni suscettibili di legittimare il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili, la disciplina di dettaglio avente ad oggetto la nomina, il ruolo e i compiti del responsabile unico del procedimento, le procedure per l’affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, i criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell’Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici, le peculiari modalità di affidamento dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria, il monitoraggio da parte delle Amministrazioni aggiudicatrici sull’attività dell’operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato e il ricorso a

⁴² È importante ricordare che il cit. d.P.R. n. 207/2010, approvato a distanza di oltre quattro anni dall’entrata in vigore del d.lgs. n. 163/2006, ha profondamente innovato il quadro normativo previgente, riunificando le norme di rango secondario riferite alle varie tipologie di contratti pubblici in un unico regolamento – nel contempo, abrogando i numerosi decreti relativi alla legislazione *ante* Codice – ed ha dettato una disciplina di attuazione ed esecuzione estremamente ampia e ben più dettagliata di quella previgente. In particolare, il cit. d.P.R. n. 207/2010 regolava nel dettaglio gli aspetti indicati nell’art. 5 del d.lgs. n. 163/2006, fra cui: la programmazione dei lavori pubblici, i rapporti funzionali tra i soggetti che concorrono alla realizzazione dei lavori, dei servizi e delle forniture, e le relative competenze, le attribuzioni del responsabile del procedimento e le relative sanzioni, la progettazione dei lavori, servizi e forniture, con le annesse normative tecniche, i requisiti soggettivi nonché la qualificazione degli operatori economici, le procedure di affidamento dei contratti, gli affidamenti in economia, i requisiti e le modalità di funzionamento delle commissioni giudicatrici, l’ammontare delle penali e le relative modalità applicative, l’individuazione delle quota parte di lavori subappaltabile, le norme riguardanti le attività necessarie per l’avvio dell’esecuzione dei contratti, la tenuta dei documenti contabili, l’intervento sostitutivo della stazione appaltante in caso di inadempienza retributiva e contributiva dell’appaltatore, il collaudo e la tutela dei diritti dei lavoratori.

⁴³ Il ricorso alla cosiddetta “*soft law*” rappresenta, infatti, una delle maggiori novità della riforma e condurrà l’ANAC ad emanare Linee guida, con efficacia gradata in relazione all’effetto vincolante (o meno) rispetto ai soggetti destinatari. Il rischio, ravvisato da più parti, è quello di veder complicarsi eccessivamente il quadro delle fonti della disciplina. In proposito, si rinvia a quanto rilevato nel paragrafo precedente.

procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili.

Nonostante il ruolo di gran lunga preponderante di tale *corpus* normativo, la disciplina dei contratti pubblici non si esaurisce nel Codice e negli atti che da questo promanano (decreti ministeriale e Linee guida ANAC), in quanto, oltre alle eventuali leggi regionali che, nel rispetto dei limiti derivanti dal sistema costituzionale di riparto delle competenze⁴⁴, possono regolare determinati aspetti della materia, si rinvengono ulteriori disposizioni, dettate dal legislatore statale, destinate a rimanere esterne al Codice.

Invero, le norme *extravaganti* più recenti sono state introdotte nell'ambito di ampie manovre di riforma dettate dall'improrogabile necessità (determinata dalla crisi economico-finanziaria, che ha colpito il nostro Paese) di conseguire, in tempi brevi, una significativa riduzione della spesa pubblica, e, in tale prospettiva, risultano finalizzate a garantire la migliore allocazione delle risorse utilizzate dalla Pubblica Amministrazione.

Le innovazioni apportate da tali disposizioni non sono affatto di poco conto: basti pensare all'impatto delle misure volte ad incrementare i processi di centralizzazione e razionalizzazione degli acquisti di beni e servizi, per la realizzazione di economie di scala, funzionali al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica⁴⁵ (obiettivi questi ultimi che, peraltro, non paiono del tutto compatibili con l'ulteriore intento, asserito dal legislatore, di valorizzare il ruolo delle piccole e medie imprese)⁴⁶. Ci si riferisce, in particolare, all'art. 7 della c.d. *spending review*⁴⁷, approvato prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice, ma tuttora vigente, che ha esteso a tutte le Pubbliche Amministrazioni (di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 165/2001) l'obbligo (in precedenza, previsto per le sole Amministrazioni dello Stato centrali e periferiche) di ricorrere al m.e.p.a.⁴⁸ per gli acquisti di beni e ser-

⁴⁴ Si rinvia al successivo par. specificamente incentrato sulla questione del riparto di competenze.

⁴⁵ La disciplina delle centrali di committenza verrà trattata nel successivo cap. 3.

⁴⁶ Si fa riferimento alla circostanza che il legislatore, per sostenere l'economia nazionale in crisi, ha introdotto alcune modifiche al d.lgs. n. 163/2006, successivamente confermate e trasposte nell'art. 51 dell'attuale Codice dei contratti pubblici, secondo cui "nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali... ovvero in lotti prestazionali..., in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. ... Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese". È chiaro che tali previsioni parrebbero in controtendenza rispetto all'impulso ad accentrare le procedure di acquisizione in capo alle centrali di committenza, dal momento che detto sistema parrebbe, invece, favorire le grandi imprese e le multinazionali, ossia, in generale, quei soggetti che, possedendo determinati requisiti dimensionali, possono assicurare il conseguimento di economie di scala.

⁴⁷ D.l. 7 maggio 2012, n. 52, convertito dalla legge di conversione 6 luglio 2012, n. 94.

⁴⁸ Il m.e.p.a. (mercato elettronico della pubblica amministrazione) è disciplinato, in particolare, dall'art. 1, comma 450, legge n. 296/2006 e consiste, per l'appunto, in uno strumento di *e-procurement* che consente alle Pubbliche Amministrazioni di effettuare acquisti telematici (esclusivamen-

vizi di importo inferiore alla soglia comunitaria. Del pari, vengono in rilievo le disposizioni contenute nella c.d. *spending review* 2⁴⁹, con cui il legislatore ha potenziato il sistema centralizzato di acquisizione dei beni e servizi da parte delle Pubbliche Amministrazioni (enfaticamente sottolineando ulteriormente il ruolo strategico di CONSIP e delle centrali regionali di committenza⁵⁰ nel mercato delle commesse pubbliche), prevedendo la nullità dei contratti stipulati in violazione dell'obbligo di approvvigionamento attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione dalle suddette centrali, nonché la responsabilità disciplinare ed amministrativa dei soggetti ai quali sia ascrivibile detta violazione⁵¹.

Per altro verso, i medesimi interventi normativi testimoniano che l'attenzione del legislatore nazionale sembra essersi temporaneamente focalizzata, in ragione delle "superiori" esigenze di contenimento della spesa, sulla protezione dell'interesse al buon uso delle risorse pubbliche, anche talvolta a discapito della tutela della concorrenza e dell'iniziativa imprenditoriale. Detta circostanza trova conferma nel fatto che, in taluni casi, l'affidamento del contraente privato è stato sacrificato in funzione dell'ottimizzazione dell'economicità dell'attività contrattuale delle Amministrazioni⁵². Ci si riferisce, in particolare, all'introduzione dei meccanismi di rinegoziazione obbligatoria delle condizioni economiche dei contratti in corso di esecuzione, a cui si correla, in caso di mancato accordo con l'appaltatore, il riconoscimento della facoltà delle Pubbliche Amministrazioni di recedere unilateralmente, nel caso in cui esse possano ottenere condizioni economiche migliorative aderendo alle convenzioni messe a disposizione dalla centrale di committenza nazionale (CONSIP)⁵³.

te per importi inferiori alla soglia comunitaria) basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via elettronica e telematica, a cui possono accedere gli operatori economici abilitati. I principali benefici del m.e.p.a. consistono nella flessibilità del sistema, nei risparmi di tempo e di costi ascrivibili all'impiego di uno strumento elettronico privo di costi di registrazione e di transazione e nell'opportunità per i *buyer* pubblici di confrontare in ogni momento le offerte di fornitori presenti su tutto il territorio nazionale (oltrepassando, quindi, i limiti territoriali che, invece, inevitabilmente incontrerebbe un'eventuale procedura di acquisizione sotto soglia).

⁴⁹ D.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 135.

⁵⁰ Relativamente all'analisi delle prerogative di CONSIP e delle centrali regionali di committenza, si rinvia al successivo cap. 3.

⁵¹ In proposito, viene in rilievo, in particolare, l'art. 1 della cit. *spending review* 2, avente ad oggetto la "riduzione della spesa per l'acquisto di beni e servizi e trasparenza nelle procedure". Inoltre, l'art. 15 contiene una disciplina specificamente riferita agli acquisti degli enti appartenenti al comparto sanitario.

⁵² In proposito, la dottrina ha osservato che "... il buon uso delle risorse pubbliche attenua la difesa «del» contraente, ponendo fortemente in crisi il dogma della stabilità del rapporto contrattuale. ... L'affidamento che si consolida in capo al contraente, dunque, è molto diverso rispetto ai casi in cui il contratto sia stipulato tra due parti private" (cfr. F. FRACCHIA, L. GILI, *Ordinamento dell'Unione Europea*, cit., 41).

⁵³ L'art. 1, comma 13, d.l. n. 95/2012 prevede, infatti, il diritto delle Amministrazioni di rece-

Meritano un cenno (rinviando per la relativa disamina al cap. 2) anche le norme legislative volte alla prevenzione ed alla repressione della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica Amministrazione, la cui pietra miliare è rappresentata dalla legge n.190 del 2012, che hanno, fra l'altro, determinato l'istituzione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) e la successiva incorporazione in quest'ultima dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP). Così come più recentemente la legge 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio 2019), il cui art. 1, comma 130, ha innalzato la soglia di esenzione dall'obbligo di ricorso al mercato elettronico da Euro 1.000,00 ad Euro 5.000,00, mentre il comma 912 del medesimo art. 1, ha incrementato, relativamente ai soli lavori pubblici, la soglia entro la quale le stazioni appaltanti hanno facoltà di procedere, tramite affidamento diretto (da Euro 40.000,00 ad Euro 150.000,00) e con procedura negoziata semplificata (da Euro 150.000,00 ad Euro 350.000,00), derogando in tal modo temporaneamente fino al 31 dicembre 2019, nelle more di una complessiva revisione del Codice, all'art. 36 dello stesso Codice.

In conclusione, preme evidenziare che la disciplina dei contratti pubblici, tra spinte comunitarie e condizionamenti interni (si pensi anche alla funzione integrativa delle disposizioni del codice civile per quanto attiene alla fase di esecuzione dei contratti o di quelle di carattere processuale, di cui al c.p.c. e al c.p.a.; su cui cfr. i successivi capp. 11 e 12), risulta, ancora oggi, estremamente fluida e dinamica, e il nuovo Codice, a ben vedere, non rappresenta il traguardo, quanto piuttosto il nuovo punto di partenza per la futura evoluzione di una materia in continuo divenire, come peraltro testimoniato anche dai recenti interventi normativi modificativi della disciplina codicistica⁵⁴.

3. I principi

I principi della disciplina sull'attività contrattuale delle Amministrazioni Pubbliche sono esplicitati dall'art. 30 del Codice dei contratti pubblici⁵⁵, che ne con-

dere in qualsiasi tempo dai contratti di fornitura o di servizi, previa comunicazione all'appaltatore e previo pagamento del decimo delle prestazioni non ancora eseguite, nel caso in cui, tenuto conto anche dell'importo dovuto per le prestazioni non ancora eseguite, i parametri delle convenzioni messe a disposizione da CONSIP siano migliorativi rispetto a quelli del contratto in corso di esecuzione e l'appaltatore non acconsenta a rinegoziare le condizioni economiche per rispettare il limite delle suddette convenzioni. Altre disposizioni ispirate ai medesimi obiettivi sono state dettate con specifico riferimento ai prezzi delle prestazioni in ambito sanitario e ai costi per locazione passiva.

⁵⁴ Successivamente alla sua approvazione, il Codice è stato modificato dal cit. d.lgs. n. 56/2017, nonché dal d.l. n. 50/2017 convertito in legge n. 96/2017 e, da ultimo, dalla legge n. 205/2017, che ha introdotto alcune rilevanti innovazioni in particolare con riferimento agli affidamenti dei concessionari.

⁵⁵ In precedenza, erano elencati all'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006.

tiene un'elencazione analitica, avente valore meramente ricognitivo e non tassativo.

Detti principi traggono il proprio fondamento, in parte, nel diritto nazionale⁵⁶ e, in parte, nel diritto comunitario⁵⁷, e si applicano indistintamente a tutti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture⁵⁸, sia di importo superiore, che di importo inferiore, alla soglia comunitaria (conformemente alle indicazioni della giurisprudenza comunitaria⁵⁹). Invero, dalla sinergica fusione tra regole nazionali e comunitarie⁶⁰, è scaturita una disciplina di principio improntata, da un lato, alla protezione degli interessi pubblici perseguiti dall'Amministrazione e, dall'altro lato, alla tutela degli operatori economici, nell'ottica della promozione della concorrenza e del mercato, la cui principale finalità è quella di orientare l'attività contrattuale delle Amministrazioni Pubbliche in tutte le sue varie fasi⁶¹.

È previsto che, in sede di affidamento ed esecuzione di appalti e concessioni di opere, lavori, servizi e appalti di forniture, le Amministrazioni Pubbliche debbano, innanzitutto, adottare gli accorgimenti necessari per garantire la qualità delle prestazioni, ad esempio, fissando *standard* minimi di qualità⁶², predisponendo idonei criteri di valutazione delle offerte⁶³ e pianificando un adeguato

⁵⁶ L'art. 30 del Codice ricalca la precedente formulazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006 che, a sua volta, riprendeva, in parte, l'art. 1, comma 1 della legge n. 109/1994, riferito ai soli appalti pubblici di lavori.

⁵⁷ In particolare, vengono in rilievo i principi enunciati dall'art. 18 della direttiva 2014/23/UE e dall'art. 3 della direttiva 2014/23/UE.

⁵⁸ Il superamento della precedente frammentazione normativa, avvenuto per effetto dell'approvazione del Codice del 2006, ha consentito, fra l'altro, di individuare una serie di principi applicabili indistintamente a tutti i contratti di lavori, servizi e forniture.

⁵⁹ La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con giurisprudenza costante, sostiene, infatti, da tempo, che i contratti esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive in ragione del loro modesto rilievo economico debbano, comunque, soggiacere ai principi del diritto comunitario ed, in particolare, alle norme primarie dei Trattati, che dunque risultano vincolanti per tutti gli appalti pubblici a prescindere dal loro valore (in proposito, *ex multis*, si veda: Corte di Giustizia CE, 3 dicembre 2001, in C-59/2000).

⁶⁰ Un'ulteriore, rilevante, novità introdotta dal d.lgs. n. 163/2006 e confermata dal nuovo Codice è, infatti, rappresentata proprio dalla "*saldatura del diritto nazionale con quello comunitario per quanto riguarda i principi della materia*" (cfr. M.P. CHITI, *I principi*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, *Trattato*, cit., 152).

⁶¹ I principi indicati dal cit. art. 30, infatti, non solo ispirano le disposizioni di dettaglio del Codice, ma fungono, altresì, da criteri "guida" suscettibili di indirizzare l'attività delle Amministrazioni ogni qualvolta vengano in rilievo profili di discrezionalità nell'applicazione delle regole dettate dal d.lgs. n. 50/2016. Per questo, la dottrina ritiene che assolvano una funzione essenzialmente "*didattica*" (cfr. M.P. CHITI, *I principi*, cit., 158).

⁶² La stazione appaltante indica, di norma, le caratteristiche qualitative richieste nell'ambito del capitolato speciale, eventualmente prevedendo *standard* minimi che gli offerenti sono tenuti ad assicurare. In tale prospettiva, viene, altresì, in rilievo il sistema di qualificazione relativo ai lavori pubblici.

⁶³ Costituisce applicazione del principio, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (in proposito, si rinvia al cap. 10) con predeterminazione dei criteri valutativi, quali, ad esempio, il

sistema di controlli sull'esecuzione delle prestazioni⁶⁴.

Al fine di salvaguardare gli interessi pubblici correlati al conseguimento della prestazione oggetto del contratto, le fasi dell'affidamento e dell'esecuzione devono assicurare il rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza⁶⁵. Il principio di economicità può, tuttavia, essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dal Codice ovvero da altre norme vigenti, al rispetto di criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.

Invero, economicità ed efficacia sono principi generali dell'attività amministrativa, diretta espressione (assieme all'efficienza) del principio di buon andamento dell'azione amministrativa sancito dall'art. 97 Cost., che, in ambito contrattuale, trovano applicazione, fra l'altro, in sede di programmazione individuale dell'attività contrattuale per l'acquisizione di beni e servizi, nonché al momento dell'individuazione della migliore offerta⁶⁶. Il principio di tempestività rappresenta, a sua volta, un corollario del principio di economicità (ricollegandosi, per altro verso, al divieto di aggravamento del procedimento amministrativo) e indica la necessità di prevedere tempi rapidi e certi per l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici e, in ogni caso, tali da consentire il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dall'Amministrazione⁶⁷. Il dovere di correttezza rientra anch'esso tra le varie declinazioni del principio generale di buona amministrazione (di cui all'art. 97 Cost.), ma, a differenza degli altri valori sopra indicati (che rilevano su un piano squisitamente pubblicistico), presenta anche risvolti privatistici, in quanto è ormai assodato che l'obbligo dell'Amministrazione di agire secondo buona fede e correttezza (*ex art. 1175 c.c.*)⁶⁸ è suscettibile di ingenerare un legit-

merito tecnico, la qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica e il termine di esecuzione (si veda: Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2005, n. 4692).

⁶⁴ Si tenga in considerazione che, in sede di esecuzione della prestazione, l'appaltatore è tenuto a rispettare le regole dell'arte, al fine di assicurare un risultato tecnico conforme alle esigenze del committente, nonché a garantire la qualità del materiale impiegato, essendo responsabile in relazione agli eventuali vizi di tale materiale.

⁶⁵ Il controllo sull'osservanza, da parte delle Amministrazioni, di detti principi è demandato all'ANAC. In proposito, si rinvia al cap. 2.

⁶⁶ Nessun dubbio in ordine alla circostanza che *“la selezione della migliore offerta assicura la piena attuazione degli interessi pubblici in relazione al bene o al servizio oggetto dell'aggiudicazione a garanzia del rispetto delle regole dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività dei pubblici poteri”* (in questi termini, si veda: Corte cost. n. 401/2007 e n. 431/2007). È appena il caso di osservare che la migliore offerta, a seconda dei casi, può essere considerata tale da un punto di vista meramente economico (criterio del prezzo più basso), ovvero in funzione delle esigenze della stazione appaltante, tenuto anche conto del prezzo (criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa).

⁶⁷ In tale prospettiva, è, ad esempio, previsto che la stazione appaltante possa chiedere, in caso di necessità, l'esecuzione anticipata del contratto (ai sensi dell'art. 32, commi 8 e 13, del Codice).

⁶⁸ La dottrina ha chiarito che la correttezza è un valore che deve essere sempre garantito in modo uniforme, a prescindere dalla tipologia di contratto pubblico che viene in rilievo. Infatti, *“non vi*

timo affidamento in capo ai soggetti privati che entrano in contatto con essa⁶⁹.

In sede di affidamento⁷⁰, devono, poi, trovare applicazione i principi di derivazione comunitaria di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità. Detti principi costituiscono diretta espressione delle norme fondamentali contenute nei Trattati dell'Unione Europea relative al libero mercato, in forza delle quali le Istituzioni comunitarie sono legittimate a disciplinare la materia dei contratti pubblici, e si collocano, pertanto, in una posizione sovraordinata rispetto ai principi nazionali precedentemente indicati, alla luce della riconosciuta prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost.

Dai suddetti principi comunitari e, in particolare, da quello di libera concorrenza deriva l'obbligo, derogabile solo in presenza delle condizioni tassativamente indicate⁷¹, per le Amministrazioni aggiudicatrici, di porre in essere le procedure competitive ad evidenza pubblica (disciplinate dalle direttive e recepite dal Codice) per l'affidamento dei contratti (anche di importo inferiore alla soglia comunitaria), favorendo la partecipazione degli operatori economici interessati⁷², ancorché provenienti da altri Stati membri⁷³, nell'ottica della promozione di un

può essere ... una modulazione diversa del principio di correttezza in riferimento ai singoli contratti, con la conseguenza che – rispetto ad un contratto – si possa prevedere una correttezza minore e per un altro una correttezza maggiore” (cfr. G. RUGGERI, *Codice dei contratti pubblici: commento al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, Milano, 2007, 28).

⁶⁹ Secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, “*la responsabilità precontrattuale della P.A. è configurabile in tutti i casi in cui l'ente pubblico, nelle trattative con i terzi, abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza anch'esso è tenuto, nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 c.c. In particolare, se non è configurabile una responsabilità precontrattuale, per violazione del dovere di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. rispetto al procedimento amministrativo strumentale alla scelta del contraente, essa è configurabile con riguardo alla fase successiva alla scelta, in cui il recesso dalle trattative dell'ente è sindacabile sotto il profilo della violazione del dovere del neminem laedere, ove sia venuto meno ai doveri di buona fede, correttezza, lealtà e diligenza, in rapporto anche all'affidamento ingenerato nel privato circa il perfezionamento del contratto. Spetta al giudice di merito accertare se il comportamento della P.A. abbia ingenerato nei terzi, anche per mera colpa, un ragionevole affidamento in ordine alla conclusione del contratto*” (cfr. Cass., sez. II, 10 gennaio 2013, n. 477).

⁷⁰ È da notare che i principi in parola, diversamente da quelli di cui si è detto poc'anzi, non riguardano la successiva fase dell'esecuzione.

⁷¹ È pacifico, infatti, che “*il ricorso alla procedura negoziata, nell'ordinamento nazionale e comunitario, è vicenda assolutamente eccezionale perché lesiva dei valori fondamentali, costituzionali e internazionali, della libertà di impresa, del libero mercato, della trasparenza, dell'imparzialità dell'azione amministrativa e della buona amministrazione; da qui la conseguenza che le disposizioni che consentono il ricorso a tale procedura di affidamento di appalti devono essere interpretate restrittivamente*” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2012, n. 6256).

⁷² Il principio di libertà di concorrenza nel settore degli appalti pubblici comporta, quindi, la creazione di una concorrenza “per” il mercato, che consente agli operatori economici interessati di competere nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica indette dalle Amministrazioni aggiudicatrici per conseguire le commesse pubbliche.

⁷³ Invero, “*il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione degli appalti*

mercato (unico) delle commesse pubbliche nell'ambito del territorio dell'Unione Europea. I principi di parità di trattamento e trasparenza – che, nel diritto nazionale, trovano collocazione nell'alveo del principio costituzionale di imparzialità dell'azione amministrativa, di cui all'art. 97 Cost. – impongono che tutti i partecipanti alle procedure di affidamento “*dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte*”⁷⁴, in modo tale da garantire la *par condicio* dei concorrenti⁷⁵ e la massima trasparenza possibile attraverso la visibilità e la conoscibilità delle informazioni relative alle procedure ad evidenza pubblica⁷⁶, anche attraverso il riconoscimento del diritto di accesso agli atti dei soggetti interessati. Il principio di proporzionalità (già presente nell'ordinamento interno, quale corollario del criterio di ragionevolezza) assume rilievo, al pari dei precedenti, sul piano della tutela dei soggetti partecipanti alle procedure, essendo, in particolare, suscettibile di rilevare quale parametro di verifica della legittimità delle scelte delle Amministrazioni aggiudicatrici, qualora queste, in ragione di un preciso interesse pubblico, decidano di porre limiti e/o vincoli rispetto all'accesso alla singola procedura (anziché favorire la massima partecipazione possibile, come, invece, richiederebbe il diritto comunitario)⁷⁷. Il principio di pubblicità, da applicarsi secondo le modalità indicate dal Codice, si esplica, fra l'altro, nella previsione di

pubblici ha il fine essenziale di proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni e servizi alle Amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro e, a tal fine, di escludere sia il rischio che gli offerenti nazionali siano preferiti nell'attribuzione degli appalti, sia la possibilità che un'Amministrazione aggiudicatrice – nell'osservare il principio di parità di trattamento degli offerenti, nonché l'obbligo di trasparenza al fine di garantire il rispetto del divieto di discriminazione in base alla nazionalità – si lasci guidare da considerazioni non economiche” (cfr. Corte di Giustizia CE, 27 novembre 2001, in C-285/1999 e C-286/1999).

⁷⁴ Cfr. Corte di Giustizia CE, 25 aprile 1996, in C-87/1994.

⁷⁵ A tale fine, assume particolare rilievo l'obbligo, per le stazioni appaltanti, di predeterminare i criteri di riferimento per l'attribuzione dei punteggi ai diversi fattori ponderali delle offerte. Parimenti, viene in rilievo l'obbligo di predeterminare puntualmente i contenuti del contratto oggetto di affidamento, tanto è vero che “*l'oggetto di una gara d'appalto può essere esteso, rispetto alla previsione originaria, esclusivamente se previsto ab origine in fase di pubblicazione del bando di gara, a condizione dell'esatta individuazione dell'oggetto della stessa, circoscrivendo più possibile l'ambito della potenziale estensione e determinando in via anticipata il corrispettivo massimo rispetto all'impegno che l'aggiudicatario assume, in modo da garantire una effettiva par condicio tra i concorrenti*” (cfr. TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 7 febbraio 2018, n. 74).

⁷⁶ In base alla normativa in materia di attività delle Pubbliche Amministrazioni, la trasparenza deve essere intesa come “*accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, alla scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche*” (cfr. art. 1 del d.lgs. n. 33/2013).

⁷⁷ Infatti, “*secondo il costante insegnamento della Corte di Giustizia, le Pubbliche Autorità non possono stabilire obblighi e restrizioni alla libertà degli interessati, in misura diversa da quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per raggiungere lo scopo a cui è preposta l'Autorità responsabile. Il punto è ora recepito anche dal nostro giudice amministrativo, secondo il quale, in attuazione del principio di proporzionalità, la Pubblica Amministrazione deve adottare la soluzione idonea e adeguata che consenta il sacrificio minore possibile per gli interessati*” (cfr. M.P. CHITI, *I principi*, cit., 163).

specifiche modalità di pubblicazione degli avvisi e dei bandi, finalizzate a favorire la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici attraverso la più ampia diffusione delle informazioni, nonché nell'obbligo di svolgere pubblicamente le sedute delle commissioni giudicatrici nel corso delle quali vengano svolti gli adempimenti preordinati alla verifica dell'ammissibilità delle offerte.

Particolare rilievo assume, poi, il principio di trasparenza, nelle sue varie declinazioni disciplinate dall'art. 29 del Codice. Invero, il virtù di tale principio, tutti gli atti delle stazioni appaltanti relativi alla programmazione di lavori, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici⁷⁸, compresi quelli oggetto di affidamento diretto *in house*, debbano essere pubblicati sul sito internet dal committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", ai sensi del d.lgs. n. 33/2013.

Al fine di consentire l'eventuale proposizione di azioni giurisdizionali, debbono essere tempestivamente pubblicati (entro due giorni dalla relativa adozione), gli atti ed i provvedimenti relativi alla ammissione ed esclusione dei concorrenti all'esito della verifica dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali.

Sotto altro profilo, è previsto che, nel rispetto della disciplina comunitaria, le stazioni appaltanti, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividano gli appalti in lotti⁷⁹, al fine di favorire l'accesso al mercato anche agli operatori di piccole dimensioni. In base alla stessa logica, i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese.

Inoltre, nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni, assurge a principio generale l'obbligo di applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente⁸⁰.

A chiusura del sistema, il cit. art. 30 del Codice dispone che, per quanto non espressamente previsto dal medesimo d.lgs. n. 50/2016 e dai relativi atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici, caratterizzate dall'esercizio di poteri autoritativi, si applichino le disposizioni sul procedimento amministrativo contenute nella legge n. 241/1990.

⁷⁸ È interessante rilevare che, a seguito delle innovazioni introdotte dal decreto correttivo n. 56/2017, debbono essere pubblicati anche gli atti relativi alla composizione della Commissione giudicatrice.

⁷⁹ In caso contrario, le stazioni appaltanti sono tenute ad indicare la ragioni della mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica.

⁸⁰ Di talché, "*la contrattazione collettiva, che le imprese partecipanti a procedure di affidamento di appalti pubblici sono tenute a rispettare, deve essere coerente con la natura delle prestazioni oggetto dei contratti posti a gara, a garanzia della corretta esecuzione degli stessi*" (cfr. TAR Veneto, Venezia, sez. I, 28 giugno 2018, n. 704).

Per altro verso, sempre in via sussidiaria rispetto alla disciplina del d.lgs. n. 50/2016, è previsto che l'attività contrattuale pubblica, espressiva della capacità di diritto privato delle Amministrazioni Pubbliche (in particolare, la stipula del contratto e la successiva esecuzione), si svolga nel rispetto delle disposizioni del Codice civile.

4. L'assetto delle competenze

Fermo restando quanto più sopra evidenziato in ordine al ruolo svolto dalle direttive comunitarie, di carattere sostanziale ed anche processuale, nel dettare norme di coordinamento suscettibili di uniformare le disposizioni vigenti nei vari Stati membri ai principi in esse contenuti ed ai tempi ed ai modi con cui tali direttive, di norma non applicabili direttamente⁸¹, sono state attuate nei singoli ordinamenti e, in particolare, in Italia⁸², per disciplinare gli appalti e le concessioni, ma con l'effetto di involgere progressivamente e diffusamente in termini di adeguamento ai criteri ed ai principi di matrice comunitaria l'intera materia, complessivamente considerata⁸³, pare utile sottolineare il contrasto che ha visto contrapposti Stato e Regioni, sulla spettanza della potestà legislativa in materia.

La questione, che invero si era già posta in termini problematici con la legge n. 109/1994, in materia di lavori pubblici⁸⁴, si è ripresentata in modo ancor più

⁸¹ È noto, infatti, che, di regola, la direttiva vincola (solo) lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi. Tuttavia, si ritiene che anche le norme contenute in una direttiva, al pari di quelle racchiuse in un regolamento o in una decisione, possano produrre un effetto diretto quando siano chiare, precise e suscettibili di applicazione immediata, dunque non condizionate ad alcun provvedimento formale dell'Autorità nazionale. D'altronde, osserva la dottrina, che se è vero che la direttiva "*si rivolge ad uno o più Stati membri, imponendo loro un risultato da realizzare nelle forme che sceglieranno, è vero anche ... che nella prassi non mancano direttive che contengono disposizioni con le caratteristiche tipiche delle norme provviste di effetto diretto, cioè precise e non condizionate per la loro applicazione ad alcun intervento delle Autorità nazionali ... Ne consegue che ... occorre esaminare caso per caso <se la natura, lo spirito e la lettera della disposizione di cui trattasi consentano di riconoscerle efficacia immediata nei rapporti fra gli Stati membri e i singoli>*" (cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, IV ed., Padova, 2005, 171-172). Sicché, le disposizioni provviste di effetto diretto di una direttiva non tempestivamente o non correttamente trasposta possono essere fatte valere dal singolo (solo) nei confronti dello Stato membro inadempiente (effetto diretto verticale).

⁸² In proposito, si rinvia ai primi due paragrafi del presente capitolo.

⁸³ È ormai pacifico che i principi di derivazione comunitaria di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità debbono trovare applicazione ogni qualvolta venga in rilievo l'affidamento di un contratto pubblico, anche non direttamente riconducibile nell'ambito di applicazione del Codice.

⁸⁴ L'esigenza di chiarire il rapporto tra competenze statali e regionali si era già manifestato al momento dell'entrata in vigore della cit. legge quadro sui lavori pubblici, n. 109/1994. La Corte

aspro a seguito dell'adozione del Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 163/2006, allorché le Regioni, a fronte del nuovo assetto costituzionale, rappresentato dal riformulato art. 117 Cost., hanno rivendicato, relativamente ai lavori pubblici e, più in generale, ai contratti pubblici di interesse regionale (riguardanti, cioè, le Amministrazioni regionali e sub-regionali) la loro piena autonomia legislativa, sul presupposto che i lavori pubblici, non contemplati fra le materie riservate alla potestà legislativa statale e neppure fra quelle concorrenti o ripartite, avrebbero dovuto essere iscritti fra le materie di competenza residuale delle Regioni.

La Corte costituzionale, chiamata dalle Regioni a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del d.lgs. n. 163/2006 in relazione ai profili sopra evidenziati, con la sent. n. 401/2007, ha, peraltro, sconfessato l'assunto delle Regioni, prendendo avvio da una considerazione, già presente in una precedente pronuncia della Corte, la n. 303/2003, secondo cui *“i lavori pubblici non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e, pertanto, possono essere ascritti, di volta in volta, a potestà legislative statali o regionali”*. Non sarebbe, *“dunque, configurabile né una materia relativa ai lavori pubblici nazionali, né tantomeno un ambito materiale afferente al settore dei lavori pubblici di interesse regionale”*. Analoghe considerazioni sarebbero estensibili, a detta della Corte, *“all'intera attività contrattuale della Pubblica Amministrazione, che non può identificarsi in una materia in sé, ma rappresenta, appunto, un'attività che inerisce alle singole materie sulle quali si esplica”*.

Se così è, è la materia cui l'attività contrattuale inerisce a determinare la competenza statale o regionale, fermo restando che, relativamente a materie di competenza legislativa concorrente o ripartita⁸⁵, le Regioni avrebbero dovuto esercitare la rispettiva potestà normativa nel rispetto dei principi fondamentali, contenuti nel d.lgs. n. 163/2006.

Senonché, a fronte della disposizione di cui all'art. 4, comma 3 del Codice del 2006, in base alla quale *“le Regioni nel rispetto dell'art. 117, comma secondo, della Costituzione non possono prevedere una disciplina diversa da quella del presente Codice in relazione: alla qualificazione e selezione dei concorrenti; alle procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; ai criteri di aggiudicazione; al subappalto; ai poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; alle attività*

costituzionale si pronunciò al riguardo, dichiarando, in particolare, l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della suddetta legge *“nella parte in cui prescrive che costituiscono norme fondamentali di riforma economico-sociale e principi della legislazione dello Stato ‘le disposizioni della presente legge’ anziché solo ‘i principi desumibili dalle disposizioni della presente legge’*. Infatti, la citata legge accomuna in uno stesso contesto l'enunciazione di principi e la loro articolazione attuativa. Questa non sempre rappresenta l'unico possibile svolgimento dei principi, né è in tutti i casi legata ad essi da un rapporto di necessaria integrazione” (cfr. Corte cost. n. 482/1995).

⁸⁵ Quali, ad esempio, la materia dei *“porti e aeroporti civili”* ovvero quella delle *“grandi reti di trasporto e navigazione”* (art. 117, comma 3, Cost.).

di progettazione e ai piani di sicurezza; alla stipulazione e all'esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative; al contenzioso. Resta ferma la competenza esclusiva dello Stato a disciplinare i contratti relativi alla tutela dei beni culturali, i contratti nel settore della difesa, i contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza relativi a lavori, servizi, forniture", l'asserito criterio di riparto delle competenze legislative fra Stato e Regioni in base alle singole materie cui l'attività contrattuale si riferisce, si è tradotto in una mera petizione di principio, essendo chiaro che lo spazio di autonomia legislativa delle Regioni in materia risultava, a quel punto, estremamente esiguo e del tutto marginale.

La riserva statale nella materia (trasversale)⁸⁶ della tutela della concorrenza, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., ha indotto, infatti, la Corte a ritenere che la parte preponderante della disciplina prevista dal cit. art. 4, comma 3, inerente alla fase della c.d. evidenza pubblica, in quanto riconducibile alla tutela della concorrenza, doveva intendersi interamente declinata dalla legge statale⁸⁷.

Ed anche laddove gli istituti ricompresi nel suddetto comma 3 non erano direttamente riferibili alle procedure dell'evidenza pubblica, come il subappalto, che è un contratto derivato da un rapporto principale già in essere, l'ascrizione della relativa disciplina alla competenza legislativa dello Stato trova il suo fondamento nella materia dell'ordinamento civile (anch'essa, come è ovvio, rientrando fra quelle che l'art. 117, comma 2, Cost. riservate allo Stato), al di là della circostanza – evidenziata sempre dalla Corte – che tale istituto *“per taluni profili non secondari, assolve anche ad una funzione di garanzia della concorrenzialità nel mercato e, quindi, anche per questo aspetto, appartiene alla competenza legislativa esclusiva dello Stato”*.

⁸⁶ La Corte costituzionale ha, a più riprese, evidenziato come la materia della tutela della concorrenza *“abbia natura trasversale, non presentando i caratteri di una materia di estensione certa, ma quelli di ‘una funzione esercitabile sui più diversi oggetti’ (sentenza n. 14 del 2004; si vedano, altresì, le sentenze nn. 29 del 2006, 336 del 2005 e 272 del 2004). Nello specifico settore degli appalti deve, però, ritenersi che la interferenza con competenze regionali si attegga in modo peculiare, non realizzandosi normalmente un intreccio in senso stretto con ambiti materiali di pertinenza regionale, bensì la prevalenza della disciplina statale su ogni altra forma normativa”*, con l'ulteriore conseguenza che *“una volta ... che si ritenga che l'intervento del legislatore statale sia riconducibile alle esigenze della suindicata tutela, allo stesso legislatore spetta il potere di dettare la relativa regolamentazione del settore anche con norme di dettaglio poste da disposizioni regolamentari; ciò sempre che tale disciplina superi positivamente, in relazione alle specifiche disposizioni che di volta in volta vengono in rilievo, il vaglio di costituzionalità in ordine al rispetto dei criteri di adeguatezza e proporzionalità”* (cfr. Corte cost. sent. n. 401/2007).

⁸⁷ In proposito, la Corte costituzionale ha lapidariamente affermato che *“la fase della procedura di evidenza pubblica, riconducibile alla tutela della concorrenza, potrà essere interamente disciplinata, nei limiti e secondo le modalità ... precisati dal legislatore statale”* (cfr. Corte cost. sent. n. 401/2007 cit.).

Sempre alla materia dell'ordinamento civile appartengono gli istituti che ineriscono alla stipulazione e all'esecuzione del contratto⁸⁸, rispetto ai quali le Regioni, d'altronde, non hanno mai preteso di rivendicare una autonoma competenza legislativa.

Conclusivamente, tutta la disciplina sull'affidamento dei contratti pubblici, compresa quella sulla qualificazione e selezione dei contraenti, sui criteri di aggiudicazione, sulla stipulazione ed esecuzione del contratto, nonché la disciplina del contenzioso⁸⁹, è destinata a rientrare nella competenza esclusiva dello Stato e le Regioni non possono discostarsene, residuando in capo alle stesse ambiti di disciplina legislativa e/o regolamentare del tutto marginali⁹⁰, che attengono a profili di organizzazione amministrativa, fra cui quelli di dettaglio sul responsabile del procedimento.

Per le Regioni a statuto speciale e le due Province autonome di Trento e di Bolzano occorre fare un discorso a parte. Infatti, nei loro confronti le norme contenute nel nuovo Titolo V della Costituzione (e, in particolare, il riformulato art. 117) si applicano unicamente *“per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite”*⁹¹.

Il che sta a sottolineare l'esigenza *“di garantire alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome ... quegli spazi di maggiore autonomia previsti dalle norme contemplate dal nuovo Titolo V, in attesa della revisione dei singoli statuti speciali ...”*, ma anche di *“evitare che il rafforzamento del sistema di autonomia delle Regioni or-*

⁸⁸ Secondo l'orientamento consolidato della Corte costituzionale, fra *“i principi dell'ordinamento civile ... sono ricompresi quelli afferenti i rapporti privatistici relativi alle fasi di conclusione ed esecuzione del contratto di appalto nel settore degli appalti pubblici, in quanto, in tale fase, l'Amministrazione agisce non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale”* (cfr. Corte cost. n. 74/2012, n. 114/2011, n. 221/2010, n. 45/2010). Attengono, fra l'altro, all'ordinamento civile anche le norme che riguardano le attività di progettazione, i piani di sicurezza, la direzione dell'esecuzione, la contabilità ed il collaudo.

⁸⁹ Art. 117, comma 2, lett. l), Cost.: *“giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa”*. Senza pretese di esaustività, si ricorda che rientrano, altresì, nella competenza esclusiva dello Stato, le disposizioni relative all'istituzione e al funzionamento dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (succeduta all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici ed oggi sostituita dall'Autorità Nazionale anticorruzione), al subappalto, alle attività di progettazione e ai piani di sicurezza.

⁹⁰ Secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, infatti, *“in questa prospettiva avendo riguardo alle competenze delle singole Regioni, deve ritenersi che esse sono legittimate a regolare soltanto quelle fasi procedurali che afferiscono a materie di propria competenza, nonché gli oggetti delle procedure rientranti anch'essi in ambiti materiali di pertinenza regionale (sentenza n. 160 del 2009). Questa Corte ha poi affermato che, ‘al fine di evitare che siano vanificate le competenze delle Regioni’ a statuto ordinario, è consentito che norme regionali riconducibili a tali competenze possano produrre ‘effetti proconcorrenziali’, purché tali effetti ‘siano indiretti e marginali e non si pongano in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza’ (cit. sent. n. 160 del 2009, che riprende, testualmente, le affermazioni della sent. n. 431 del 2007”* (cfr. Corte cost. n. 45/2010).

⁹¹ Cfr. art. 10 della legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3, recante, appunto, modifiche al Titolo V della Parte seconda della Costituzione.

dinarie ... potesse determinare un divario rispetto a quelle Regioni che godono di forme e condizioni particolari di autonomia”⁹².

Tali particolari condizioni di autonomia sono, quindi, salvaguardate dalla legge costituzionale di revisione del Titolo V, tant'è che la Corte costituzionale, pur ribadendo, nella sentenza n. 45/2010, che i lavori pubblici, così come l'intera attività contrattuale della Pubblica Amministrazione, non valgono ad integrare una vera e propria materia⁹³, ha preso atto che, in base agli statuti speciali, le Regioni speciali e le Province autonome, in quanto dotate di competenza legislativa in materia di “lavori pubblici di interesse regionale” o “provinciale”, godono “*di una competenza propria nella materia in questione e l'ampiezza della stessa*” è tale “*da comportare una maggiore autonomia delle Province autonome, così come delle Regioni a statuto speciale, rispetto a quella assicurata alle Regioni a statuto ordinario dal novellato Titolo V che, come già sottolineato, non contempla un ambito materiale, nel settore dei lavori pubblici, che possa considerarsi di competenza regionale*”⁹⁴.

In buona sostanza, per le Regioni ad autonomia speciale e le due Province autonome, i lavori pubblici e i contratti delle Pubbliche Amministrazioni acquisiscono, secondo l'interpretazione della Corte costituzionale, una valenza quale autonomia materia, che non hanno con riferimento alle Regioni ordinarie.

Il che non le esime dall'osservanza dei limiti stabiliti dagli stessi statuti speciali, allorché dispongono che la potestà legislativa regionale (e provinciale) deve esplicitarsi “*in armonia con la Costituzione e i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica e con il rispetto degli obblighi internazionali e degli interessi nazionali ... nonché delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica*”. In tale prospettiva, attraverso il richiamo agli obblighi internazionali e, in tale ambito, ai principi generali del diritto comunitario, riemerge il principio di tutela della concorrenza, sul presupposto che la nozione di concorrenza, di cui al comma 2, lett. c) dell'art. 117 Cost., “*non può che riflettere quella operante in ambito comunitario*”⁹⁵, ai principi dell'ordinamento giuridico della

⁹² Cfr. Corte cost. n. 370/2006.

⁹³ Analogamente a quanto asserito con le proprie precedenti pronunce n. 303/2003 e n. 401/2007).

⁹⁴ Così, Corte cost. n. 45/2010.

⁹⁵ Cfr. Corte cost. n. 45/2010, che richiama Corte cost. n. 401/2007. Secondo la Corte, “*avendo riguardo al diritto europeo, devono, pertanto essere ricomprese in tale nozione: a) 'le misure legislative di tutela in senso proprio ...' (sent. n. 430/2007): si tratta, in sintesi, di misure antitrust; b) le disposizioni legislative 'di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura ...' (cit. sent. n. 430/2007): si tratta, in sintesi, di misure volte ad assicurare la concorrenza 'nel mercato'; c) le disposizioni legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure in modo da assicurare la 'più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici' (sent. n. 401/2007): si tratta, in sintesi, di interventi mirati a garantire la concorrenza 'per il mercato' (sent. n. 160/2009)”.*

Repubblica, “tra i quali sono ricompresi anche quelli afferenti alla disciplina di istituti e rapporti privatistici, che non può che essere uniforme sull’intero territorio nazionale” e, più in generale, all’ordinamento civile, nonché alle norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica, fra le quali era sicuramente annoverabile il d.lgs. n. 163/2006, quanto meno con riferimento alle norme “che attengono, da un lato, alla scelta del contraente (alle procedure di affidamento) e, dall’altro lato, al perfezionamento del vincolo negoziale e alla correlata sua esecuzione”⁹⁶, le Regioni ad autonomia speciale e le due Province autonome, nonostante il riconoscimento della titolarità della specifica materia, godono anch’esse, in definitiva, di spazi di autonomia circoscritti e, in ultima analisi, del tutto marginali, fermo restando che, a differenza di quanto previsto con riferimento alle Regioni ordinarie, a queste ultime non incombe un obbligo di diretta applicazione delle disposizioni del Codice, bensì di adeguamento della propria legislazione, secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione.

La forte conflittualità che ha caratterizzato l’entrata in vigore del d.lgs. n. 163/2006, così come in precedenza della legge n. 109/1994, e che ha costretto la Corte costituzionale a scendere più volte in campo per dirimere, in sede di giudizio di costituzionalità, il conflitto fra Stato e Regioni, è oggi venuta del tutto meno, grazie alla stabilità nell’assetto delle competenze realizzatasi per effetto delle pronunce della Corte costituzionale, più sopra richiamate.

Per cui, l’attuale Codice, di cui al d.lgs. n. 50/2016, all’art. 2 si limita a confermare tale assetto, secondo un modello consolidato e univocamente condiviso, precisando che le disposizioni contenute nel Codice sono adottate nell’esercizio della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza, di ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo

⁹⁶ Invero, “nello specifico settore degli appalti vengono in rilievo tutte le disposizioni che perseguono fini riconducibili all’esigenza sia di evitare comportamenti delle imprese idonei ad alterare le regole concorrenziali sia di garantire la progressiva liberalizzazione dei mercati in cui sono ancora presenti barriere all’entrata o altri impedimenti all’ingresso di nuovi operatori economici. In questa sede assumono, poi, rilevanza particolare le norme che, disciplinando la fase procedimentale prodromica alla stipulazione del contratto, si qualificano per la finalità perseguita di assicurare la concorrenza ‘per il mercato’. Si tratta di disposizioni che, sul piano comunitario, e dunque anche sul piano dell’ordinamento dello Stato, tendono a tutelare essenzialmente i principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi ... La previsione, infatti, di norme che si discostino, eventualmente, dal modello definito in ambito comunitario viola tanto i valori tutelati dal diritto europeo impedendo o restringendo l’esercizio delle fondamentali libertà comunitarie, quanto le corrispondenti normative statali adottate nell’esercizio della competenza legislativa esclusiva prevista dall’art. 117, secondo comma, lett. e), della Costituzione. ... Altro limite ... è rinvenibile nei principi dell’ordinamento giuridico della Repubblica ... In relazione a questo aspetto viene in rilievo, in linea generale, la fase di conclusione ed esecuzione del contratto d’appalto. Con riferimento a tale fase questa Corte ... ha avuto modo di rilevare come l’Amministrazione si ponga in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisca non nell’esercizio di poteri amministrativi, bensì nell’esercizio della propria autonomia negoziale” (cfr. Corte cost. n. 45/2010 cit.).

specifico contratto (comma 1), che le Regioni a statuto ordinario esercitano le proprie funzioni nelle materie di competenza regionale ai sensi dell'art. 117, comma 2, Cost., ed infine, che le Regioni a statuto speciale adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione (comma 3).