

**TRATTATO  
SUI  
CONTRATTI PUBBLICI**

**I**

**FONTI E PRINCIPI  
AMBITO  
PROGRAMMAZIONE  
E PROGETTAZIONE**

diretto da  
Maria Alessandra Sandulli - Rosanna De Nictolis



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

## PRESENTAZIONE

La disciplina dell'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture è, tradizionalmente, oggetto di massima attenzione, tanto nel diritto interno, quanto in quello dell'Unione europea. Le commesse pubbliche (*public procurement*) rappresentano, come noto, una delle voci più significative della spesa pubblica (oltre il 15% del prodotto interno lordo degli Stati europei per un valore che secondo le stime della Commissione europea raggiunge i millenovecento miliardi di euro l'anno) e costituiscono per molti operatori economici una fonte importante di fatturato. È dunque evidente che il relativo affidamento debba essere ispirato a principi di trasparenza, efficienza e non discriminazione, tanto a tutela dei potenziali contraenti, quanto, e, direi, soprattutto, a tutela della collettività amministrata.

Essa è nata, nel nostro ordinamento (ma già in quelli di alcuni di alcuni Stati preunitari), dall'esigenza di garantire la maggiore efficienza delle pubbliche amministrazioni appaltanti attraverso una spendita corretta ed efficiente del denaro pubblico e la prevenzione di possibili fenomeni di collusione e corruzione tra le imprese e i funzionari coinvolti nella loro scelta, e affidata pertanto in origine essenzialmente a regole contabilistiche (r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, e correlato regolamento di attuazione approvato con r.d. 23 maggio 1924, n. 824) — finalizzate a limitare al massimo la discrezionalità amministrativa (mediante la puntuale definizione di regole formali e procedurali della gara), corredate da precetti penali per assicurarne il rispetto (come quelli sui reati di turbativa d'asta e astensione dai pubblici incanti di cui agli artt. 353 e 354 c.p.) —, ma tendenzialmente ispirata, nel nostro come negli altri Paesi europei, a una politica protezionistica delle imprese nazionali.

Nella prospettiva europea, la disciplina (progressivamente) unitaria dell'affidamento delle commesse pubbliche è stata individuata sin dagli anni Settanta dello scorso secolo dalle istituzioni europee come un obiettivo fondamentale per garantire l'effettiva esplicazione delle libertà di circolazione delle merci e dei servizi e della libertà di stabilimento delle imprese all'interno del Mercato unico, assicurando la massima apertura degli affidamenti pubblici alla concorrenza di tutte le imprese

operanti nella Comunità (oggi nell'Unione) in condizioni di parità e non discriminazione con quelle dello Stato contraente, con conseguente rafforzamento della loro competitività nel mercato.

A questo primario obiettivo si sono ispirate tanto le prime direttive CEE (71/305 e 72/277, integrate dalle direttive 77/62, 80/767 e 88/295, e 89/440, modificativa della direttiva 71/305) quanto quelle degli anni Novanta (1992/50, 1993/36, 1993/37 e 1993/38, approvate, in una con la piena affermazione dei principi comunitari di liberalizzazione delle attività economiche, per assicurare il recepimento degli obiettivi indicati nell'Atto unico europeo del 1986 e delle esigenze rappresentate dalla Commissione nel rapporto al Consiglio del 1984 e nel Libro bianco sul mercato interno del 1985) e le direttive CE (17 e 18) che, nel 2004, hanno integralmente ridisciplinato la materia degli appalti di rilevanza comunitaria (o eurounitaria) nei settori ordinari e in quelli c.d. "speciali" o "ex esclusi", senza però ancora intervenire sull'affidamento delle concessioni <sup>(1)</sup>.

Al di là delle novità più specifiche, riguardanti in particolare i sistemi e le tecniche di acquisto, quali le centrali di committenza, gli accordi quadro, le aste elettroniche, i sistemi dinamici di acquisizione e il dialogo competitivo, il principale tratto caratterizzante delle direttive del 2004 era costituito dalla scelta di dettare prescrizioni analitiche dirette a regolare nel dettaglio i diversi aspetti delle procedure di affidamento degli appalti pubblici di rilevanza comunitaria, offrendo così anche agli Stati membri una provvida occasione per cercare di ricostruire in modo sistematico una materia che assumeva contorni sempre più complessi.

L'occasione fu immediatamente colta dal nostro legislatore, che aveva peraltro avviato una più generale politica di codificazione per settori (su cui si consenta il rinvio al volume a cura di chi scrive su *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, Giuffrè, 2005), e, in attuazione della delega conferita al Governo con la l. 18 aprile 2005, n. 62, con il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, fu così approvato il primo "*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*" (meglio noto come "*Codice de Lise*", dal nome del Presidente della Commissione tecnica che ne ha curato il testo), seguito, dopo un'inaccettabile attesa di

---

<sup>(1)</sup> Di cui peraltro, sin dalla nota Comunicazione interpretativa della Commissione del 12 aprile 2000, la Comunità aveva espressamente dichiarato la soggezione alle disposizioni e ai principi del Trattato, tra i quali, in particolare, quelli di libera circolazione delle merci, di stabilimento, di libera prestazione di servizi, di non discriminazione e di uguaglianza di trattamento, di trasparenza, di proporzionalità, di riconoscimento reciproco, parimenti richiamati come vincolanti per gli appalti sotto soglia e per il partenariato pubblico privato istituzionalizzato: cfr. rispettivamente le Comunicazioni interpretative della Commissione del 2006 e del 2008.

oltre quattro anni, dal regolamento di attuazione (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207).

Nel frattempo, spinto dalla dichiarata preoccupazione di impedire che le violazioni alle direttive sostanziali producano i loro effetti, il legislatore comunitario sottoponeva a significativa revisione anche le c.d. direttive ricorsi (direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE) mediante la direttiva 2007/66/CE, recepita in Italia dal d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, trasfuso, con rilevanti modificazioni, nel neo approvato (primo) codice del processo amministrativo (all. 1 al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104).

L'esigenza di un'attenta e ponderata riflessione sul “*nuovo diritto degli appalti pubblici*” e sugli istituti, vecchi e nuovi, che esso regolava ha indotto, dopo un primo commento sistematico alle direttive e alla legge delega <sup>(2)</sup>, a dedicare alla materia una più vasta e articolata trattazione, che, andando oltre l'analisi delle disposizioni codicistiche, cercasse piuttosto — nei limiti di quanto evidentemente possibile in un quadro normativo multilivello in continua evoluzione sotto spinte spesso contrastanti e in un quadro giurisprudenziale conseguentemente denso di incertezze — di offrire ai lettori una visione tendenzialmente completa e unitaria del “sistema”. Da ciò la decisione (condivisa, all'epoca, con Rosanna De Nictolis e Roberto Garofoli) di realizzare, con l'apporto di autorevoli studiosi e valorosi esperti del settore, un “*Trattato dei contratti pubblici*”, che, pur prendendo necessariamente spunto dal codice e utilizzandolo come “linee guida”, non fosse strettamente ed esclusivamente legato ai contenuti di norme di incerta durata, ma trattasse in modo sistematico gli istituti e le problematiche che afferiscono al comparto dei contratti pubblici e i principi, nazionali e comunitari, che lo governano, illustrandone, anche attraverso un'analisi dell'evoluzione normativa, dottrina e giurisprudenziale, le principali logiche e contraddizioni.

Per questa ragione, l'opera (sviluppata in sei volumi, oltre ad un volume di indici, cui si è aggiunto, nel 2011, un volume di aggiornamento sul richiamato regolamento di attuazione), pur seguendo, in parte, lo schema del codice, ha affrontato anche temi di ordine generale (si pensi al contributo di Lucio Moscarini sul concetto di appalto nel codice civile e nel codice dei contratti pubblici e a quello di Francesco e Fabrizia Garri sul mercato dei contratti pubblici e sul ruolo che vi esplicano le Autorità di vigilanza) e profili che il legislatore delegato aveva scelto di non disciplinare (come la delicatissima materia degli affidamenti *in house*, all'epoca frutto di una concettualizzazione esclusivamente giurisprudenziale in ambito europeo).

---

<sup>(2)</sup> *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di R. GAROFOLI e M.A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2005.

Il codice del 2006 ha poi, come noto, subito nel corso degli anni numerose e profonde modificazioni (sono stati contati più di 50 atti normativi), in risposta alle reprimende e alle indicazioni della giurisprudenza sovranazionale e/o alle pressioni, peraltro non sempre univoche e coerenti, derivanti dalle esigenze, soprattutto sociali ed economiche, che hanno caratterizzato questo delicato periodo: ciò ha condizionato, in vari casi anche oltre misura, il sistema giuridico, fino a piegare sempre più intollerabilmente le garanzie di cui era (e dovrebbe continuare a essere) portatore alle nuove logiche di “semplificazione” e di “accelerazione” normativa, procedimentale e processuale. Basti a tale proposito ricordare che, in nome della garanzia della libera circolazione dei servizi nel mercato dell’Unione, la direttiva 2006/123/CE ha, non soltanto avalato, ma addirittura imposto la riduzione dei controlli preventivi sull’esercizio delle attività economiche: un percorso che, in Italia, ha portato a un’assoluta incertezza sulla validità e sulla stessa esistenza dei relativi titoli abilitativi, bloccandone la commerciabilità e, per quanto qui interessa, la “spendibilità” (anche nelle gare pubbliche) e aggravando di conseguenza la paralisi del sistema. E che, nonostante l’accento ripetutamente posto dalla richiamata direttiva 2007/66/CE sul valore primario di effettività della tutela contro la violazione delle direttive sostanziali, in nome delle medesime logiche e di inaccettabili presunzioni di prevalenza dell’interesse pubblico alla sollecita realizzazione dell’opera pubblica (e, da ultimo, addirittura, alla sollecita esecuzione di qualsivoglia contratto), il nostro legislatore ha progressivamente reso sempre più arduo l’accesso alla tutela giurisdizionale contro gli atti delle procedure di affidamento delle commesse pubbliche.

Accanto ai valori sociali e ambientali e alla crescente attenzione per le piccole e medie imprese e per la trasparenza nelle procedure di scelta dei contraenti pubblici, l’urgenza di reagire alla grave crisi economica che ha colpito, in generale, il mondo occidentale e, più in particolare, gli Stati membri dell’Unione europea e il nostro Paese, in una con la necessità di far fronte ai purtroppo mai sopiti fenomeni di collusione e corruzione nell’affidamento delle commesse pubbliche (significativamente individuato come uno dei settori più a rischio dalla normativa specialistica sull’anticorruzione), ha indotto a riconsiderare e integrare anche i principi ispiratori delle direttive del 2004 e del codice diretto a darne attuazione.

Pur rimarcando il valore primario della concorrenza all’interno del Mercato unico anche per perseguire l’obiettivo di una maggiore efficienza della s

**Termine estratto capitolo**

il miglior rapporto qualità/

# PIANO DELL'OPERA

## I

### FONTI E PRINCIPI. AMBITO. PROGRAMMAZIONE E PROGETTAZIONE

#### Parte I

##### PROFILI GENERALI E FONTI

- Capitolo 1 – *Appalto nel codice civile e nel codice dei contratti pubblici*
- Capitolo 2 – *Contratti pubblici ed economia*
- Capitolo 3 – *Fonti internazionali*
- Capitolo 4 – *Diritto eurounitario dei contratti pubblici*
- Capitolo 5 – *Riparto di competenza tra Stato e Regioni*
- Capitolo 6 – *Codificazione dei contratti pubblici*
- Capitolo 7 – *Fonti di secondo livello e linee guida*
- Capitolo 8 – *Principi*
- Capitolo 9 – *Principi procedimentali*

#### Parte II

##### GOVERNANCE

- Capitolo 10 – *Profili generali della governance. Cabina di regia*
- Capitolo 11 – *Autorità nazionale anticorruzione*
- Capitolo 12 – *Autorità garante della concorrenza e del mercato*
- Capitolo 13 – *Consiglio superiore dei lavori pubblici*

#### Parte III

##### OGGETTO E AMBITO DI APPLICAZIONE

- Capitolo 14 – *Profili generali*
- Capitolo 15 – *Ambito soggettivo*
- Capitolo 16 – *Ambito oggettivo: soglie*
- Capitolo 17 – *Società miste*
- Capitolo 18 – *Affidamenti in house*
- Capitolo 19 – *Contratti esclusi: introduzione e principi*
- Capitolo 20 – *Contratti all'estero e della cooperazione internazionale*

- Capitolo 21 – *Imprese collegate e joint ventures*
- Capitolo 22 – *Esclusioni specifiche in determinati ambiti*
- Capitolo 23 – *Contratti di sponsorizzazione*
- Capitolo 24 – *Opere pubbliche a spese del privato*

#### **Parte IV**

### **PIANIFICAZIONE, PROGRAMMAZIONE, LOCALIZZAZIONE E PROGETTAZIONE, SERVIZI E CONCORSI DI PROGETTAZIONE**

- Capitolo 25 – *Programmazione*
- Capitolo 26 – *Dibattito pubblico*
- Capitolo 27 – *Livelli della progettazione*
- Capitolo 28 – *Verifica dei progetti*
- Capitolo 29 – *Verifica preventiva dell'interesse archeologico*
- Capitolo 30 – *Procedure di approvazione dei progetti e conferenza di servizi*
- Capitolo 31 – *Progettazione interna e esterna*
- Capitolo 32 – *Operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria*
- Capitolo 33 – *Servizi e concorsi di progettazione*
- Capitolo 34 – *Responsabilità del progettista*

#### **II**

### **SOGGETTI. QUALIFICAZIONE. REGOLE COMUNI ALLE PROCEDURE DI GARA**

#### **Parte V**

### **REGOLE COMUNI ALLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO**

- Capitolo 35 – *Contratti misti di appalto*
- Capitolo 36 – *Responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni*
- Capitolo 37 – *Fasi delle procedure di affidamento e controlli sui relativi atti*
- Capitolo 38 – *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*
- Capitolo 39 – *Condizioni relative all'AAP e ad altri accordi internazionali*
- Capitolo 40 – *Clausole sociali*
- Capitolo 41 – *Suddivisione in lotti*
- Capitolo 42 – *Regole di trasparenza*
- Capitolo 43 – *Digitalizzazione delle procedure e delle comunicazioni*
- Capitolo 44 – *Conflitti di interesse*
- Capitolo 45 – *Contratti sotto soglia*

#### **Parte VI**

### **TIPOLOGIA E QUALIFICAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI**

- Capitolo 46 – *Centrali di committenza*

- Capitolo 47 – *Organismi di diritto pubblico*
- Capitolo 48 – *Imprese pubbliche*
- Capitolo 49 – *Soggetti aggiudicatori privati*
- Capitolo 50 – *Qualificazione delle stazioni appaltanti*

## **Parte VII**

### **OPERATORI ECONOMICI: NOZIONE, REQUISITI E QUALIFICAZIONE**

- Capitolo 51 – *Operatori economici*
- Capitolo 52 – *Consorzi stabili*
- Capitolo 53 – *Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici*
- Capitolo 54 – *Collegamento formale e sostanziale tra imprese*
- Capitolo 55 – *Requisiti generali*
- Capitolo 56 – *Requisiti generali: in particolare la normativa antimafia*
- Capitolo 57 – *Requisiti speciali di capacità dei concorrenti*
- Capitolo 58 – *Rating di impresa e di legalità, criteri reputazionali*
- Capitolo 59 – *Avvalimento*
- Capitolo 60 – *Documentazione di gara e documento di gara europeo, certificazioni, mezzi di prova, elenchi ufficiali di operatori economici*
- Capitolo 61 – *Verifica dei requisiti e soccorso istruttorio*

## **III**

### **PROCEDURE DI GARA E CRITERI DI SCELTA DEL CONTRAENTE**

## **Parte VIII**

### **PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE PER I SETTORI ORDINARI**

- Capitolo 62 – *Scelta delle procedure, procedura aperta e ristretta*
- Capitolo 63 – *Procedure negoziate con e senza bando*
- Capitolo 64 – *Dialogo competitivo*
- Capitolo 65 – *Partenariato per l'innovazione*
- Capitolo 66 – *Accordo quadro*
- Capitolo 67 – *Procedure telematiche*
- Capitolo 68 – *Consultazioni preliminari di mercato, partecipazione precedente di candidati o offerenti*
- Capitolo 69 – *Specifiche tecniche*
- Capitolo 70 – *Etichettature*
- Capitolo 71 – *Pubblicità degli atti di gara*
- Capitolo 72 – *Termini per le domande e le offerte*
- Capitolo 73 – *Profili formali e sostanziali delle offerte. Varianti in sede di offerta*
- Capitolo 74 – *Informazione dei candidati e degli offerenti e accesso agli atti di gara*

**Parte IX****SELEZIONE DEI CANDIDATI E DELLE OFFERTE**

- Capitolo 75 – *Commissioni di gara*
- Capitolo 76 – *“Forcella”*
- Capitolo 77 – *Garanzie*
- Capitolo 78 – *Criteri di aggiudicazione*
- Capitolo 79 – *Offerte anormalmente basse*
- Capitolo 80 – *Verbalizzazione delle operazioni di gara, avvisi sugli appalti aggiudicati, relazioni uniche sulle procedure di aggiudicazione*

**IV****ESECUZIONE. SETTORI SPECIALI. APPALTI CON REGIMI SPECIALI****Parte X****ESECUZIONE**

- Capitolo 81 – *Condizioni di esecuzione e contratti riservati*
- Capitolo 82 – *Subappalto*
- Capitolo 83 – *Revisione dei prezzi*
- Capitolo 84 – *Vicende soggettive dell'esecutore*
- Capitolo 85 – *Cessione dei crediti derivanti dal contratto*
- Capitolo 86 – *Direzione dei lavori, direzione dell'esecuzione e RUP nella fase di esecuzione dei contratti pubblici*
- Capitolo 87 – *Piani di sicurezza*
- Capitolo 88 – *Varianti e modifiche*
- Capitolo 89 – *Pagamenti e penali*
- Capitolo 90 – *Sospensione*
- Capitolo 91 – *Risoluzione e recesso*
- Capitolo 92 – *Risoluzione e autotutela pubblicistica*
- Capitolo 93 – *Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione*
- Capitolo 94 – *Collaudo*
- Capitolo 95 – *Opere incompiute*

**Parte XI****SETTORI SPECIALI**

- Capitolo 96 – *Profili generali*
- Capitolo 97 – *Tipologia*
- Capitolo 98 – *Pro*

**Termine estratto capitolo**

Sezione non inclusa

## ABBREVIAZIONI

### I. - FONTI E VOCI ATTINENTI

abr.	= abrogato
all.	= allegato
art. - artt.	= articolo - articoli
Atti parl. Cam.	= Atti parlamentari della Camera dei deputati
Atti parl. Sen.	= Atti parlamentari del Senato
c.c.	= codice civile
CEDU	= Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Roma 4 novembre 1950)
circ.	= circolare
co.	= comma e commi
Cost.	= Costituzione della Repubblica italiana
c.p.	= codice penale
c.p.a.	= codice del processo amministrativo (d. lg. 2 luglio 2010, n. 104, all. 1)
c.p.c.	= codice di procedura civile
c.p.p.	= codice di procedura penale
cpv.	= capoverso
d.d.l.	= disegno di legge
d. interm.	= decreto interministeriale
disp. att.	= disposizioni di attuazione e transitorie
disp. prel.	= disposizioni sulla legge in generale (preliminari al codice civile)
disp. trans.	= disposizioni transitorie e finali della Costituzione italiana
d.l.	= decreto-legge
d.lgs.	= decreto legislativo
d.lgs. C.p.S.	= decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato
d.l. lt.	= decreto-legge luogotenenziale
d.m.	= decreto ministeriale
doc.	= documento
d.P.C.M.	= decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri
d.P.R.	= decreto del Presidente della Repubblica
G.U.	= Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana
G.U.C.E., G.U.U.E.	= Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, dal 1° febbraio 2003 Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea
l. - ll.	= legge - leggi
l. cost.	= legge costituzionale
lett. - lett.	= lettera - lettere

l. prov. Bolzano	= legge della provincia di Bolzano
l. prov. Trento	= legge della provincia di Trento
l.r.	= legge regionale
mod.	= modificato
r.d.	= regio decreto
r.d.l.	= regio decreto-legge
r.d.lgs.	= regio decreto legislativo
reg.	= regolamento
reg. esec.	= regolamento di esecuzione
tab.	= tabella
TFUE	= Trattato sul funzionamento dell'Unione europea
tit.	= titolo
Trattato CE	= Trattato istitutivo della Comunità europea
Trattato CEE	= Trattato istitutivo della Comunità economica europea
Trattato UE	= Trattato sull'Unione europea
t.u.	= testo unico
vig.	= vigente

## II. - ORGANI GIUDICANTI

App.	= Corte di appello
C. conti	= Corte dei conti
C. cost.	= Corte costituzionale
C. eur. dir. uomo	= Corte europea dei diritti dell'uomo
C. giust. CE, C. giust. UE	= Corte di giustizia delle Comunità europee, dal 1° dicembre 2009 Corte di giustizia dell'Unione europea
Cass.	= Corte di cassazione
Cass. civ.	= Corte di cassazione, sez. civ.
Cass. pen.	= Corte di cassazione, sez. pen.
Cass., sez. un.	= Corte di cassazione, sezioni unite
Cons. giust. sic.	= Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana
Cons. St.	= Consiglio di Stato
Cons. St., ad. gen.	= Consiglio di Stato, adunanza generale
Cons. St., ad. plen.	= Consiglio di Stato, adunanza plenaria
Pret.	= Pretura
TAR	= Tribunale amministrativo regionale
TRGA	= Tribunale regionale di giustizia amministrativa
Trib.	= Tribunale
Trib. CE, Trib. UE	= Tribunale di I grado delle Comunità europee, dal 1° dicembre 2009 Tribunale di I grado dell'Unione europea

## III. – OPERE COLLETTIVE

<i>Dig. disc. civ.</i>	= <i>Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile</i> , Torino, Utet, 1987-1999, Aggiornamento dal 2000
<i>Dig. disc. comm.</i>	= <i>Digesto delle discipline privatistiche, Sezione commerciale</i> , Torino, Utet, 1987-1999, Aggiornamento dal 2000

- Dig. disc. pen.* = *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, Utet, 1987-1999, Aggiornamento dal 2000
- Dig. disc. pubbl.* = *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 1987-1999, Aggiornamento dal 2000
- Dig. It.* = *Digesto italiano*, diretto da G. SAREDO e L. LUCCHINI, Torino, Ute (poi Utet), 1884-1921
- Diz. dir. pubbl. Cassese* = *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2006
- Enc. dir.* = *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1958-1993, Aggiornamento 1997-2002, Annali 1997-2017
- Enc. giur. it.* = *Enciclopedia giuridica italiana*, diretta da P.S. MANCINI, Milano, Vallardi (poi Società Editrice Libreria), 1884-1937 (ed. in vol.)
- Enc. giur. Sole 24 ore* = *Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore (II)*, diretta da S. PATTI, Milano, Il Sole 24 ore, 2008
- Enc. giur. Treccani* = *Enciclopedia giuridica*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana Treccani, 1988-1994, Aggiornamento 1991-2010
- Lib. dir. Treccani* = *Libro dell'anno del diritto (II)*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana Treccani, dal 2012
- Noviss. Dig. It.* = *Novissimo digesto italiano*, diretto da A. AZARA e E. EULA, Torino, Utet, 1957-1975, con Appendice 1980-1987
- Nuovo Dig. It.* = *Nuovo digesto italiano*, a cura di M. D'AMELIO e A. AZARA, Torino, Utet, 1937-1940

## IV. - RIVISTE E PUBBLICAZIONI PERIODICHE

- Amm. cont. St. enti pubbl.* = Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici
- Amm. it.* = Amministrazione italiana (L')
- App. contr.* = Appalti & Contratti
- App. urb. edil.* = Appalti urbanistica edilizia (fino al 1994: Normazione tecnica per l'edilizia; 1995: Edilizia urbanistica appalti)
- Arb. app.* = Arbitrati e appalti
- Arch. civ.* = Archivio civile (nel 1958 Archivio della responsabilità civile; dal 1959 al 1974 Archivio della responsabilità civile e dei problemi generali del danno)
- Arch. dir. pubbl.* = Archivio di diritto pubblico
- Arch. giur.* = Archivio giuridico « Filippo Serafini »
- Arch. giur. oo. pp.* = Archivio giuridico delle opere pubbliche
- Banca borsa* = Banca, borsa e titoli di credito
- Cass. pen.* = Cassazione penale
- Cons. St.* = Consiglio di Stato (II)
- Contr. impr.* = Contratto e impresa
- Contr. impr. Eur.* = Contratto e impresa - Europa
- Contr. St. enti pubbl.* = Contratti dello Stato e degli Enti pubblici (I)
- Corr. amm.* = Corriere amministrativo (II)
- Corr. giur.* = Corriere giuridico (II)

<i>Dir. amm.</i>	= Diritto amministrativo
<i>Dir. beni pubbl.</i>	= Diritto dei beni pubblici
<i>Dir. comm.</i>	= Diritto commerciale (II)
<i>Dir. comm. intern.</i>	= Diritto del commercio internazionale
<i>Dir. comunit. scambi intern.</i>	= Diritto comunitario e degli scambi internazionali
<i>Dir. e proc. amm.</i>	= Diritto e processo amministrativo
<i>Dir. econ.</i>	= Diritto dell'economia (II)
<i>Dir. econ. ass.</i>	= Diritto ed economia dell'assicurazione
<i>Dir. fall.</i>	= Diritto fallimentare e delle società commerciali (II)
<i>Dir. giur.</i>	= Diritto e giurisprudenza
<i>Dir. giur. agr.</i>	= Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente (nel 1992: Diritto e giurisprudenza agraria; dal 1993 al 2005: Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente)
<i>Dir. giust.</i>	= Diritto e giustizia (quotidiano <i>on-line</i> : dirittoegiustizia.it) e D&G diritto e giustizia (supplemento settimanale al quotidiano)
<i>Dir. ind.</i>	= Diritto industriale (II)
<i>Dir. inform.</i>	= Diritto dell'informazione e dell'informatica (II)
<i>Dir. Internet</i>	= Diritto dell'Internet
<i>Dir. lav.</i>	= Diritto del lavoro (II)
<i>Dir. pen. proc.</i>	= Diritto penale e processo
<i>Dir. prat. amm.</i>	= Diritto e pratica amministrativa
<i>Dir. proc. amm.</i>	= Diritto processuale amministrativo
<i>Dir. pubbl.</i>	= Diritto pubblico
<i>Dir. pubbl. comp. eur.</i>	= Diritto pubblico comparato ed europeo
<i>Dir. pubbl. econ.</i>	= Diritto pubblico dell'economia
<i>Dir. reg.</i>	= Diritto della Regione (II)
<i>Dir. soc.</i>	= Diritto e società
<i>Dir. Un. eur.</i>	= Diritto dell'Unione europea
<i>Econ. pubbl.</i>	= Economia pubblica
<i>Edil. terr.</i>	= Edilizia e territorio
<i>Edil. urb. app.</i>	= Edilizia urbanistica appalti
<i>Eur. dir. priv.</i>	= Europa e diritto privato
<i>Eur. Journ. Intern. Law</i>	= European Journal of International Law
<i>Fallimento</i>	= Fallimento e le altre procedure concorsuali (II)
<i>Foro ambr.</i>	= Foro ambr. (II)
<i>Foro amm.</i>	= Foro amministrativo (II) (dal 1950 al 1975: Il Foro amministrativo e delle acque pubbliche)
<i>Foro amm. - CdS</i>	= Foro amministrativo (II) - Consiglio di Stato
<i>Foro amm. - TAR</i>	= Foro amministrativo (II) - Tribunali amministrativi regionali
<i>Foro it.</i>	= Foro italiano (II)
<i>Foro pad.</i>	= Foro padano (II)
<i>Giorn. dir. amm.</i>	= Giornale di diritto amministrativo
<i>Giur. amm. sic.</i>	= Giurisprudenza amministrativa siciliana
<i>Giur. Boll. leg. tecn.</i>	= Giurisprudenza del Bollettino di legislazione tecnica
	= Giurisprudenza di legislazione

Termine estratto capitolo

**Parte I**  
**PROFILI GENERALI E FONTI**

# Capitolo 1

## APPALTO NEL CODICE CIVILE E NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

(Alessandro Tomassetti)

**Sommario:** 1. *La disciplina dell'appalto nel diritto amministrativo. Premessa.* — 2. *L'appalto pubblico nel diritto interno: normativa statale e regionale.* — 3. *L'appalto pubblico nelle nuove direttive comunitarie e nel d.lgs. n. 50 del 2016: sintesi delle novità normative.* — 4. *I principi generali del codice dei contratti pubblici.* — 5. *Il contratto di appalto: causa e tipo negoziale.* — 6. *Oggetto e contenuto del contratto di appalto.* — 7. *Appalto, contratto d'opera e lavoro subordinato.* — 8. *Appalto e compravendita.* — 9. *Appalto e permuta.* — 10. *Appalto, somministrazione e catering.* — 11. *Appalto e subfornitura.*

### **1. La disciplina dell'appalto nel diritto amministrativo. Premessa.**

La disciplina degli appalti rappresenta un settore specialistico di interesse strategico non solo per il diritto interno ma, come dimostra l'evoluzione della materia, anche e soprattutto per il diritto comunitario <sup>(1)</sup>.

In particolare, in tale settore si è assistito ad un lento stratificarsi delle disposizioni normative a partire dalla legge di contabilità dello Stato del 1923 (r.d. 18 novembre 1923, n. 2440) e del suo regolamento di attuazione del 1924 (r.d. 23 maggio 1924, n. 827), sino alla entrata in vigore della l. 11 febbraio 1994, n. 109 (legge Merloni) per i lavori pubblici, del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, per gli appalti di servizi, del d.lgs. 24 marzo 1992, n. 358, per gli appalti di forniture, e del d.lgs. 17

---

<sup>(1)</sup> Alla disciplina codicistica resta riservato, anche nel nuovo codice degli appalti, il rango di normativa di carattere generale per il tramite del richiamo, operato dall'art. 30, co. 8, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, alla disciplina del codice civile secondo cui, "Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile".

marzo 1995, n. 158, per i settori esclusi, di attuazione delle direttive comunitarie 92/50/CEE per i servizi, 93/36/CE per le forniture e 93/37/CE per i lavori.

La normativa comunitaria ha, così, permeato l'intero assetto della disciplina dell'appalto, influenzando significativamente sulla stessa connotazione del procedimento ad evidenza pubblica; diversamente dalle originarie previsioni interne — che miravano esclusivamente alla corretta formazione della volontà della amministrazione e, dunque, erano poste a tutela della stessa amministrazione — il diritto comunitario tende sempre più a garantire la libertà di accesso al mercato ad opera di tutti i concorrenti e, dunque, la libertà di concorrenza, tendendo ad evitare che la stazione appaltante operante in uno degli Stati membri possa favorire, nell'affidamento della commessa pubblica, l'impresa nazionale, in tal modo discriminando le altre imprese europee con lesione del principio di concorrenza.

Un contratto di appalto stipulato da una amministrazione pubblica si distingue da un analogo contratto stipulato tra soggetti privati sia per la rilevanza giuridica assunta dai motivi che spingono la parte pubblica a contrarre sia e soprattutto per le modalità di scelta del contraente <sup>(2)</sup>.

La libertà di scelta del contraente costituisce uno dei fondamentali pilastri dell'autonomia privata, per cui il contraente privato, di norma, può scegliere discrezionalmente con chi contrarre; la pubblica amministrazione, invece, è tenuta a scegliere il proprio contraente in esito ad una apposita procedura (*rectius*: procedimento) ad evidenza pubblica.

Il *corpus* normativo di disciplina dell'evidenza pubblica era originariamente costituito dalla legge di contabilità di Stato, r.d. n. 2440 del 1923, e dal suo regolamento di attuazione, r.d. n. 827 del 1924, ed era finalizzato alla individuazione del "giusto" contraente dell'amministrazione, vale a dire del contraente in grado di offrire le migliori prestazioni e garanzie alle condizioni più vantaggiose, per cui la *ratio* della normativa sull'evidenza pubblica era volta esclusivamente al controllo della spesa pubblica per il miglior utilizzo del denaro della collettività (c.d. concezione contabilistica).

A tale esigenza di tutela degli interessi pubblici si è aggiunta, sotto la spinta dei principi e delle direttive comunitarie, l'esigenza di tutela della libertà di concorrenza e di non discriminazione tra le imprese.

Di talché, la concorrenzialità nell'aggiudicazione, che ha il suo elemento cardine nel principio di massima partecipazione alla gara delle imprese in possesso dei requisiti richiesti, in origine funzionale al solo

**Termine estratto capitolo**

## Capitolo 2

# CONTRATTI PUBBLICI ED ECONOMIA

(Giancarlo Montedoro)

L'occidente è la terra dell'eterno tramonto. La terra senza più utopie <sup>(1)</sup>, senza principio speranza (Bloch) <sup>(2)</sup>.

Una terra affetta da una crisi economica epocale, mancante ormai di un nuovo paradigma che non sia quello della tecnica; *preda di un riformismo estenuato, dove la decisione segue solo una logica eccezionalistica*, che ci priva di nuovi orizzonti, una terra che si percepisce dominata da una corruzione invincibile, che sente giusto di dover perire.

In Italia poi la crisi ha le sue specificità: alta evasione fiscale, inefficienza amministrativa, debolezza delle strutture tecniche della pubblica amministrazione, inefficiente spesa pubblica, alto debito dovuto a retaggi di un passato che non riesce a passare, corruzione in materia di appalti.

Occorre avere in mente questa rappresentazione dell'anima occidentale nel tempo della sua spaventosa crisi o del suo declino per capire cosa è successo nel mondo degli appalti in Italia con la recente riforma del codice dei contratti pubblici ed il recepimento delle direttive in tema di appalti e concessioni.

Partiamo da un rapido *excursus* storico che copre un trentennio di attività legislative in materia.

Nel 1994 abbiamo la legge Merloni. Essa è connotata da rigidi sistemi di aggiudicazione peraltro eludibili; da una diffidenza per l'of-

---

<sup>(1)</sup> M. CACCIARI e P. PRODI, *Occidente senza utopie*, Bologna, Il Mulino, 2016.

<sup>(2)</sup> “L'importante è imparare a sperare. Il lavoro della speranza non è rinunciatario perché di per sé desidera aver successo invece che fallire. Lo sperare, superiore all'aver paura, non è né passivo come questo sentimento né, anzi meno che mai, bloccato nel nulla. L'affetto dello sperare si espande, allarga gli uomini invece di restringerli, non si sazia mai di sapere che cosa internamente li fa tendere a uno scopo e che cosa all'esterno può essere loro alleato. Il lavoro di questo affetto vuole uomini che si gettino attivamente nel nuovo che si va formando e cui essi stessi appartengono” (E. BLOCH, *Il principio speranza*, trad. it., Milano, Garzanti, 2005, Premessa).

ferta economicamente più vantaggiosa; da un *favor* per le medie, peraltro, a ben vedere, già superato dalla sentenza *Costanzo* della Corte di giustizia europea<sup>(3)</sup>, primo atto del diritto europeo che invita l'Italia a fare buon uso della discrezionalità amministrativa nel mondo degli appalti (cosa che richiede amministrazioni tecnicamente attrezzate ed una politica dotata di *self restraint* ossia poco desiderosa di inframettere nelle attività gestionali).

Poi abbiamo avuto il c.d. codice de Lise (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163). Per la prima volta una disciplina sistematica dei contratti pubblici, in un unico testo. Esso scontava una difficoltà esogena. L'approvazione del Titolo V della Costituzione che aveva reso, con la sua destrutturazione del sistema delle fonti, difficile approvare una legge statale in materia.

Esso, fosse troppo frettolosamente liquidato come inadeguato, ha costituito una grande opera di consolidamento dello stato del diritto vivente (come dimostra la sostanziale sua validazione da parte della Corte costituzionale)<sup>(4)</sup> in materia di contratti pubblici.

---

<sup>(3)</sup> C. giust. CE, 22 giugno 1989 in causa 103/88, che statuisce: "L'art. 29, n. 5, direttiva del consiglio n. 71/305, in materia di procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici, vieta agli stati membri di emanare disposizioni che prescrivono l'esclusione d'ufficio dalle gare di talune offerte determinate secondo un criterio matematico (c.d. taglio delle ali), invece di obbligare l'amministrazione aggiudicatrice ad applicare la procedura di verifica in contraddittorio prevista dalla stessa direttiva". Si deve rilevare che la procedura di verifica dev'essere applicata ogniquale volta l'amministrazione aggiudicatrice intenda escludere delle offerte perché le considera anormalmente basse rispetto alla prestazione. Pertanto, qualunque sia il valore limite al di là del quale la detta procedura dev'essere applicata, gli offerenti hanno la garanzia di non essere esclusi dall'appalto oggetto della gara senza aver avuto la possibilità di dimostrare la serietà delle loro offerte. La seria verifica dell'anomalia delle offerte richiede amministrazioni tecnicamente attrezzate.

<sup>(4)</sup> C. cost., 23 novembre 2007 n. 401, in *Foro amm. - Cds*, 2007, 3026; in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 624 (m.), con nota di C. LACAVA; in *Giust. amm.*, 2007, 1264 (m.), con note di A. CELOTTO e di V. PETRI; in *Corr. giur.*, 2008, 1075, con nota di A. DE LUCA e A. DI MAJO; in *Arch. giur. oo. pp.*, 2007, 1067; in *Giur. it.*, 2008, 1893, con nota di A. GHIRIBELLI; in *Giur. cost.*, 2007, 4447, con note di L. CASSETTI e di C. LOMBARDI; in *Riv. amm. app.*, 2007, 149; in *Reg.*, 2008, 391 (m.), con note di R. BIN e di A. VENTURI; in *Riv. giur. edil.*, 2008, I, 101, con note di F. GHERA e di R. DE NICTOLIS.

A tenore di questa pronuncia, come è noto, sono infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 3, del d.lgs. n. 163 del 2006, nella parte in cui dispone che le Regioni, nel rispetto dell'art. 117, co. 2, Cost., non possono prevedere una disciplina diversa da quella del 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 di progettazione e ai piani di sicurezza, alla stipulazione e all'ese-

Al codice de Lise risale una affermata nuova centralità degli appalti nel diritto amministrativo, che individua la materia come soggetta ad un rito speciale (anche in conseguenza della presenza di una direttiva comunitaria di armonizzazione dei ricorsi).

A tale centralità nuova del giudice amministrativo reagiva la legislazione — talvolta con insofferenza — iniziando un'opera di decodificazione; una vera e propria fuga dal codice, novellato continuamente spesso con il mero intento, perseguito anche da disposizioni introdotte nelle leggi finanziarie annuali e quindi senza organicità (il codice è stato oggetto di numerosi interventi correttivi), di incidere sui metodi di aggiudicazione dilatando i casi di trattativa privata.

Il codice de Lise è stato criticato perché troppo lungo e complesso; alla sua complessità — si diceva — si aggiungeva quella del regolamento di attuazione.

Il regolamento era stato frutto della lunga ed estenuante contrattazione fra categorie professionali e Ministero delle infrastrutture; in effetti si trattava di un testo lungo, lunghissimo, difficile da padroneggiare anche per gli specialisti, spesso incomprensibile, e si pensi, solo per fare un esempio, alla difficile questione delle opere speciali per la quale lo stile curiale delle sentenze del giudice amministrativo raggiungeva il suo acme formalistico.

Sul tutto vigilava l'Autorità per i lavori pubblici, nel complesso senza riuscire a ritagliarsi un ruolo definito.

Sulla legge Merloni gravava l'ipoteca di Tangentopoli ed una certa logica di diffidenza del legislatore verso l'amministrazione; tale logica era superata dall'organicità del codice de Lise ma l'eccezionalismo tornava di prepotenza, come si è detto, nei numerosi interventi di correzione anche estemporanea del codice che finirono per comprometterne l'organicità.

L'eccezionalismo non è stato superato dal nuovo codice degli appalti ed una certa timidezza nel recepimento dei principi e delle regole comunitarie che postulano una maggiore discrezionalità e responsabilità delle amministrazioni appaltanti è stata, nel complesso, bilanciata dal ruolo riconosciuto all'ANAC, che appare centrale nel disegno riformatore, ma non scevro di problemi.

Le amministrazioni indipendenti, si può osservare, sono tutte problematiche alla luce del principio costituzionale di divisione dei poteri,

---

cuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative, al contenziioso, in riferimento agli artt. 76, 97, 117 e 118 Cost., nonché al principio di leale collaborazione.

ma l'ANAC in particolare cumula una serie di funzioni di regolazione, vigilanza, sanzione ed anche, alla fine, di amministrazione attiva (attraverso la sollecitazione dell'autotutela amministrativa) da essere una pubblica amministrazione ad alto rischio — astratto — di “cortocircuitare” (evenienza evitata solo dalla saggezza e dall'equilibrio di chi la conduce e la condurrà).

In occasione del recepimento delle nuove direttive in materia di appalti e concessioni si sono messi a fuoco gli intenti del legislatore comunitario.

Essi consistono nel dettare finalmente una disciplina specifica delle concessioni che erano rimaste fuori dall'armonizzazione (con conseguenti incertezze applicative sul piano giurisprudenziale); in una certa enfattizzazione della discrezionalità amministrativa (nella configurazione del rapporto concessorio ma anche nei metodi di aggiudicazione degli appalti che non sono imperniati solo sul criterio automatico del prezzo più basso); in un *favor* per le piccole imprese (che, fermi i divieti di frazionamento degli appalti, si esprime nella possibilità di prevedere aggiudicazioni per singoli lotti).

I reali problemi sono stati ben evidenziati nel corso dei lavori preparatori: mancano amministrazioni pubbliche con forti ruoli tecnici; ci sono troppe stazioni appaltanti (ma l'indagine sulla Consip mostra come sia anche pericoloso crearne una sola); c'è scarsa propensione culturale alla concorrenza; c'è un eccesso di corruzione (percepita ma anche reale); troppa attenzione alle fasi dell'aggiudicazione e poca a quella della esecuzione degli appalti (non solo di opere); troppe regole che non sono facili da individuare in testi normativi spesso disorganici che di codice stentano persino ad avere il nome.

Alla luce di queste constatazioni sono maturate alcune idee forti della riforma del codice degli appalti: il divieto del *gold plating* (divieto di rivestimento aureo) interpretato come divieto di normazione sovrabbondante ma che in realtà è soprattutto divieto di strumentalizzazione del diritto comunitario per perseguire finalità economiche nazionalistiche; la snellezza del codice ossia l'esigenza di avere poche norme e chiare che siano facilmente applicabili dalle amministrazioni; il rafforzamento dei ruoli tecnici; la concentrazione tendenziale delle stazioni appaltanti; il superamento della paura di esercitare il potere discrezionale; la severa lotta alla corruzione anche azionando meccanismi di prevenzione sul piano amministrativo; la revisione delle tutele giurisdizionali; la riforma dell'Autorità di vigilanza con la costruzione del nuovo ruolo di ANAC.

**Termine estratto capitolo**

## Capitolo 3

# FONTI INTERNAZIONALI

(Fabrizio Fracchia)

**Sommario:** 1. *Premessa: Public Procurement, mercato globale e rilievo delle fonti internazionali.* — 2. *Una classificazione di massima (ed effettuata in generale) delle fonti internazionali. I rapporti con il diritto interno e con quello europeo: cenni.* — 3. *Delimitazione del campo di analisi: i canali attraverso cui si realizza l'apertura al diritto ultrastatale.* — 4. *Fonti ultrastatali e atteggiamento del legislatore nazionale a confronto con la disciplina posta dalle direttive.* — 5. *La l. n. 11 del 2016 e lo spazio riservato alla dimensione ultrastatale del fenomeno: un silenzio significativo, segno di scarsa attenzione al tema?* — 6. *Dimensione ultrastatale degli appalti e d.lgs. n. 50 del 2016. Un sintetico bilancio in sei punti.* — 7. *Conclusioni: l'apertura dei mercati tra diffusione e qualità delle regole. Dieci osservazioni e una riflessione generale.*

### **1. Premessa: Public Procurement, mercato globale e rilievo delle fonti internazionali.**

Il fenomeno del (potenziale) mercato globale del *Public Procurement* ha dimensioni ragguardevoli.

Basti porre mente a un solo dato: si calcola che l'area europea, per quanto riguarda gli appalti pubblici, sia attualmente aperta a operatori anche di altre regioni per un valore di circa 352 miliardi di euro <sup>(1)</sup>. Del pari rilevanti sono i mercati americani (non a caso grande eco hanno avuto le trattative relative — e le correlative difficoltà — al *Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership*, che avrebbe dovuto offrire rilevanti opportunità agli operatori europei anche nel settore del *Public Procurement*) e quelli asiatici.

Nel complesso, tuttavia, oltre la metà del mercato mondiale degli

---

<sup>(1)</sup> V. “Proposta modificata di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'accesso di beni e servizi di paesi terzi al mercato interno degli appalti pubblici dell'Unione europea e alle procedure a sostegno dei negoziati sull'accesso di beni e servizi dell'Unione europea ai mercati degli appalti pubblici dei paesi terzi”, COM/2016/34 final - 2012/0060 (COD), 29 gennaio 2016.

appalti pubblici è schermata rispetto alla competizione globale, per effetto delle misure protezionistiche che molti Paesi — compresi i *partner* commerciali dell'Unione europea — hanno introdotto, soprattutto nel corso della recente crisi economica.

I contratti delle amministrazioni pubbliche “domestiche”, comunque, nella misura in cui non vengano appunto erette barriere a soggetti stranieri <sup>(2)</sup>, entrano nelle dinamiche della competizione globale <sup>(3)</sup>.

Un secondo fenomeno di rilievo, nella prospettiva dell'internazionalizzazione dei contratti <sup>(4)</sup>, è quello degli appalti banditi da entità sovranazionali.

---

<sup>(2)</sup> Vale anche il reciproco, nel segno della tutela dei fattori produttivi comunitari: basti citare il disposto di cui all'art. 137 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (che riproduce il precedente art. 234 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), ai sensi del quale qualsiasi offerta presentata per l'aggiudicazione di un appalto di forniture può essere respinta se la parte dei prodotti originari di Paesi terzi con cui l'Unione europea non abbia concluso, in un contesto multilaterale o bilaterale, un accordo che garantisca un accesso comparabile ed effettivo delle imprese dell'Unione ai mercati di tali Paesi terzi, ai sensi del reg. UE n. 952/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, supera il 50% del valore totale dei prodotti che compongono l'offerta. Per un'applicazione in ordine a prodotti cinesi, v. TAR Campania, 3 settembre 2014 n. 4695, in *Urb. app.*, 2015, 83, confermata da Cons. St., sez. V, 8 giugno 2015 n. 2800, che, tra l'altro, sottolinea come, ai fini della disciplina in esame, rilevi la nazionalità del prodotto e non dell'offerente (nel caso di specie si era in presenza di un'impresa italiana delocalizzata in Cina). V. altresì TAR Emilia Romagna, 15 febbraio 2017 n. 126 e Id., 2 maggio 2017 n. 343, e anche *infra*, par. 4.

<sup>(3)</sup> Sul fenomeno, per tutti, v. J.B. AUBY, *L'internationalisation du droit des contrats publics*, in *Droit administratif*, 2003, n. 8-9, 5 ss., nonché J.I. SCHWARTZ, *On Globalization and Government Procurement*, in *Public Procurement. The Continuing Revolution*, a cura di S. ARROWSMITH e M. TRYBUS, The Hague, Kluwer Law International, 2003, 23 ss.; J.A. MORENO MOLINA, *El nuevo Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*, Oxford, Chartridge Books, 2015, 105 ss.; Id., *Derecho global de la contratación pública*, Ciudad de México, Ubijus, 2011.

<sup>(4)</sup> In generale, l'appalto è internazionale quando presenta almeno un elemento di estraneità rispetto all'ordinamento nazionale: si pensi alla nazionalità del committente e dell'appaltatore, al luogo in cui sorgerà l'opera o a quello in cui saranno resi i servizi o forniture oggetto del contratto. V., in argomento, D. DEL VESCOVO, *Gli appalti pubblici nel diritto internazionale e comunitario*, Bari, Cacucci, 2006. Taluni contratti internazionali di appalto sono stipulati con Stati o amministrazioni: v. G. SACERDOTI, *Contratti tra uno Stato e una persona straniera*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, 1988, e Id., *I contratti tra Stati e stranieri nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1972. Spesso i contratti internazionali contengono clausole espresse sulla legge applicabile: v., sul punto, C. CALABRESI, *Il dispute board nei contratti internazionali d'appalto*, in *Dir. comm. intern.*, 2009, 753 ss. (e ivi la dottrina citata), la quale ricorda come la clausola contenuta nel contratto relativo al tunnel sotto il Canale della Manica richiamasse i principi comuni al diritto inglese e francese e, in assenza di tali principi, quelli generali del diritto del commercio internazionale così come vengono applicati dai tribunali nazionali e internazionali, fermo

In terzo luogo, più in generale, numerose sono le situazioni nelle quali si riscontra l'incidenza sul rapporto contrattuale di un elemento non nazionale.

Un fascio di rapporti giuridici ed economici tanto vasto e articolato non può interessare unicamente i regolatori nazionali e non tollera di venire compiutamente disciplinato in ambito domestico.

Si deve quindi ipotizzare che l'area complessiva delle contrattazioni pubbliche sia intercettata da una pluralità di fonti, nazionali, europee, internazionali e ultrastatali.

Se si guarda al contesto normativo italiano, ricordato che assai rilevante è il formante giurisprudenziale, anche e soprattutto di derivazione europea, si noterà immediatamente che la disciplina applicabile ai contratti stipulati dalle amministrazioni pubbliche è variegata e restituisce un quadro normativo assai composito, che peraltro mantiene un chiaro e tradizionale baricentro nazionale.

## 2. *Una classificazione di massima (ed effettuata in generale) delle fonti internazionali. I rapporti con il diritto interno e con quello europeo: cenni.*

Occorre a questo punto chiedersi entro quali limiti — e secondo quali direttrici — i contratti delle pubbliche amministrazioni nazionali si aprano alle fonti non nazionali <sup>(5)</sup>.

Va premesso che le fonti internazionali sono assai articolate, così come articolato è il rapporto con l'ordinamento nazionale.

Il tema può essere analizzato da una duplice prospettiva: da un lato, quella del diritto interno (e, da questo punto di vista, si utilizzerà, quale punto di osservazione, il codice unitamente — e preliminarmente, in questo paragrafo — al parametro costituzionale); d'altro lato, quella del diritto internazionale, in seno al quale, pur se la questione è oggetto di dibattito <sup>(6)</sup>, soggetti di diritto non sono i privati e nel quale, di conse-

---

restando il rilievo delle norme di applicazione necessaria francesi e inglesi per i lavori rispettivamente eseguiti in Francia e Inghilterra.

<sup>(5)</sup> Il tema del diritto amministrativo internazionale è stato affrontato già in passato dalla nostra dottrina, pur con accezioni via via diverse: v., *ex multis*, U. BORSI, *Carattere ed oggetto del diritto amministrativo internazionale*, in *Riv. dir. intern.*, 1912, 374 ss., secondo cui tale diritto regola i rapporti dello Stato con i suoi cittadini e uffici all'estero e quelli con gli stranieri che si trovino all'interno del territorio nazionale. In seguito, l'A. avrebbe esteso il compasso della propria analisi: ID., *Il Tribunale amministrativo della Società delle Nazioni*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1928, I, 73 ss..

<sup>(6)</sup> Parla di crisi dell'ordine dualistico S. BATTINI, *Organizzazioni internazionali e soggetti privati: verso un diritto amministrativo globale?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 359 ss..

guenza, allo stato, solo in modo riflesso e indiretto o comunque eccezionalmente (si pensi ai sistemi CEDU e UE) gli stessi individui possono acquisire posizioni giuridiche rilevanti fondate su quelle norme.

Circa la seconda direttrice d'indagine, invero, ciò che rileva non è tanto il "luogo" in cui, nell'architettura delle nostre fonti, si collocano le norme definite di livello internazionale, quanto l'idoneità dell'ordinamento statale nel suo complesso, delineato dallo Stato gestore che plasma il contesto giuridico interno, a rispettare e rendere effettivi gli obblighi internazionali.

Nel caso di violazione degli obblighi, possono scaturire conseguenze assai differenti tra di loro, che dipendono dal tipo di accordo o di trattato violato e dai meccanismi di *compliance* ivi configurati, i quali possono in ipotesi anche comportare ricadute interne (si pensi all'annullamento della misura) (7). Ad esempio, a tacere dei già citati e sofisticati modelli UE o CEDU (ove anche la persona fisica può proporre ricorso) e delle fattispecie di illecito e di altri meccanismi sanzionatori, in seno al WTO, le questioni concernenti l'attuazione dell'accordo e gli eventuali casi di violazione sono decise dai *panels* e dall'organo di appello (*Appellate Body*) del *Dispute Settlement System*; un articolato sistema di *panel* esiste pure in seno al Mercosur, mentre con riferimento alla *World Bank* vi è l'*Inspection Panel* (8). Questi organi, a loro volta, producono decisioni variamente vincolanti per i soggetti coinvolti. Le sanzioni derivano da una giurisdizione di tipo arbitrale o, comunque, a differenza dei meccanismi "domestici" di soluzione delle controversie, fondata sempre sulla volontà degli stessi soggetti dell'ordinamento internazionale (e manifestata mediante l'accordo di base).

Ciò chiarito, dal punto di vista costituzionale le fonti internazionali intercettano il nostro ordinamento attraverso numerose norme, tra cui giova in particolare ricordare gli artt. 10, 11, 80 e 117 Cost..

Precisato che il discorso condotto in questo paragrafo è generale e non specificamente riferito ai contratti delle amministrazioni, si considerino le seguenti situazioni.

a) Per quanto attiene alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute di cui all'art. 10, esse entrano nel nostro ordinamento in forza del meccanismo di trasformazione permanente intro-

---

(7) In realtà, per quanto riguarda la materia dei contratti delle pubbliche amministrazioni, è difficile giungere alla soddisfazione della pretesa dell'impresa pregiudicata da un appalto: H. Caputi Casavola, *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2007.

## Capitolo 4

# DIRITTO EUROUNITARIO DEI CONTRATTI PUBBLICI

(Fulvio Cortese)

**Sommario:** 1. *Le radici e le direzioni dell'integrazione normativa.* — 2. *Le fonti e la rilevanza delle regole europolitiche vigenti.* — 3. *Principi, istituti e scansioni fondamentali del regime sovranazionale degli appalti pubblici e delle concessioni.* — 4. *Effettività e pienezza della tutela come cardini dell'apparato rimediabile.*

### 1. *Le radici e le direzioni dell'integrazione normativa.*

Il diritto dell'Unione europea si occupa esplicitamente e direttamente di contratti pubblici da molto tempo <sup>(1)</sup>: le prime direttive adottate nel settore risalgono agli anni Settanta del secolo scorso <sup>(2)</sup>.

Nonostante ciò, sebbene siano trascorsi quasi cinquant'anni da quel significativo *debutto*, il riferimento agli scopi e alle modalità con cui sin dal principio le istituzioni di Bruxelles si sono approcciate a questa

---

<sup>(1)</sup> Su tale materia la letteratura europea è amplissima. Tra i lavori più recenti, *ex plurimis*, v.: *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, a cura di C. BOVIS, Cheltenham, Edward Elgar, 2016; *Sustainable Public Procurement under EU Law*, a cura di B. SJÄFJELL e A. WIESBROCK, Cambridge, Cambridge University Press, 2016; *EU Public Contract Law. Public Procurement and Beyond*, a cura di R. CARANTA, G. EDELSTAM e M. TRYBUS, Bruxelles, Bruylant, 2013. Tra i lavori (allo stesso modo assai numerosi) che nell'analisi della normativa italiana danno molto spazio alle indicazioni prescrittive di matrice europea v. soprattutto R. CARANTA, *I contratti pubblici*, II ed., Torino, Giappichelli, 2012; F. FRACCHIA e L. GILI, *Ordinamento dell'Unione europea, mercato, risorse pubbliche e contratti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013; i saggi raccolti in *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, a cura di F. MASTRAGOSTINO, Torino, Giappichelli, 2017; G. MORBIDELLI e M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. CHITI e G. GRECO, pt. spec., I, Milano, Giuffrè, 2007, 423 ss..

<sup>(2)</sup> V. la direttiva 71/305/CEE del Consiglio, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici; e la direttiva 77/62/CEE del Consiglio, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture.

materia risulta tuttora illuminante. Anzi, esso può essere fruttuosamente utilizzato come *traccia*, sulla quale isolare ed evidenziare tutte le radici e le direzioni che caratterizzano l'intera evoluzione e l'attuale e vigente articolazione della disciplina eurounitaria <sup>(3)</sup>, sia di diritto positivo, sia di matrice più strettamente giurisprudenziale.

Nei *considerando* che formano il preambolo della direttiva 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971 <sup>(4)</sup>, si può prendere facilmente atto della circostanza che l'intervento espresso della Comunità economica europea si fondava su una rigorosa, quanto semplice, concatenazione di argomentazioni:

a) il Trattato tutela la libertà di prestazione di servizi e il diritto di stabilimento;

b) tale tutela richiede senz'altro l'eliminazione di ogni tipo di restrizione alla circolazione sul territorio della Comunità;

c) la realizzazione concreta di questo obiettivo comporta anche il "coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione" degli appalti "per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altre persone giuridiche di diritto pubblico" <sup>(5)</sup>;

d) a tale operazione, che si può svolgere mediante un'attività di armonizzazione delle regole dei diversi Stati membri, e rispettando "per quanto possibile le procedure e le prassi in vigore" in ognuno di essi <sup>(6)</sup>, si deve porre mano nel rispetto di alcuni "principi", quali: "divieto delle prestazioni tecniche di carattere *discriminatorio*, sufficiente pubblicità degli appalti, elaborazione di criteri obiettivi di partecipazione e istituzione di una procedura che permetta di assicurare congiuntamente tali principi" <sup>(7)</sup>.

Così espressa, questa sorta di *dichiarazione d'intenti* — così la potremmo definire — poggia le basi per tutti gli sviluppi successivi:

— innanzitutto essa chiarisce che il diritto comunitario degli appalti pubblici ha *natura sostanzialmente costituzionale* <sup>(8)</sup>, poiché è diretta e

---

<sup>(3)</sup> Per la qualificazione e il richiamo del diritto dell'Unione europea si utilizzerà, d'ora in poi, sempre questa espressione, facendo ricorso, invece, al termine *comunitario* solo laddove ancora utilizzato dalle fonti vigenti ovvero dalle fonti storiche di volta in volta citate.

<sup>(4)</sup> Cit. *supra*, alla nt. 2.

<sup>(5)</sup> Così il primo *considerando*.

<sup>(6)</sup> Così il secondo *considerando*.

<sup>(7)</sup> Così il terzo *considerando*.

<sup>(8)</sup> L'uso dell'attributo *costituzionale* non deve stupire. Sebbene al principio del processo di integrazione comunitaria non si trattasse di una consapevolezza diffusa, è noto che, soprattutto dopo alcune importanti pronunce della Corte di giustizia, la disciplina posta nei Trattati ha cominciato ad essere considerata alla stessa stregua di

necessaria espressione della disciplina primaria posta a garanzia di alcuni specifici e caratterizzanti fondamenti del processo di integrazione <sup>(9)</sup>;

— in secondo luogo, rende palese che, in forza del riferimento a simile disciplina primaria, l'intensità specifica di questo diritto è quella riconducibile ad un'azione di *armonizzazione del diritto nazionale*, passando attraverso l'adozione di direttive;

— in terzo luogo, evidenzia che un tale diritto, che deve contribuire a ravvicinare le legislazioni degli Stati membri, si esprime soprattutto per l'*affermazione trasversale e profonda di alcuni principi*, essenziali e generali, di non discriminazione, pubblicità e partecipazione;

— in quarto luogo, spiega anche che l'osservanza concreta di questi principi passa comunque attraverso la doverosa *istituzione di procedure comuni e stabilite ad hoc*;

— e, in quinto luogo, allude al fatto che la materiale tenuta dell'azione di armonizzazione è in larga parte condizionata dall'applicazione della relativa disciplina a tutti gli appalti, ossia a quelli che siano aggiudicati non solo dalle amministrazioni statali o da quelle (territoriali) ad esse comparabili, ma anche da tutte le altre "persone giuridiche di diritto pubblico" <sup>(10)</sup>, con una formulazione, dunque, che da subito mette al centro dei possibili destinatari della disciplina comunitaria *non solo i poteri formalmente pubblici*, ma tutti i soggetti di diritto (dunque anche quelli formalmente privati) che siano in qualche modo tenuti ad osservare un regime normativo di ispirazione pubblicistica.

Come si può notare, vengono preannunciate caratteristiche e direttrici metodologiche che costituiscono da sempre il nucleo duro del peculiare *corpus* normativo (prima) comunitario e (poi) eurounitario dei contratti pubblici. Questo, infatti, è un diritto dalla *vis expansiva* molto pronunciata, che nasce presentandosi espressamente come un *regime a vocazione baricentrica*.

---

una "legge fondamentale" (v. specialmente C. giust. CE, 23 aprile 1986 in causa 294/83, *Les Verts*, cui si deve la definizione della Comunità economica europea come "comunità di diritto" e dei Trattati come "carta costituzionale"). Sul tema, anche per una sua collocazione negli sviluppi storicamente successivi (che hanno enfatizzato questo carattere "costituzionale") v., *ex multis*, J.C. PARIS, *Does the European Union have a Constitution? Does it need one?*, Harvard Jean Monnet Working Paper 5/00, Cambridge (Massachusetts), Harvard Law School, 2000, in particolare 6 ss..

<sup>(9)</sup> La parte seconda del Trattato CEE era dedicata, per l'appunto, ai "Fondamenti della Comunità", e tra questi erano collocate la libertà di circolazione delle merci e la libertà di circolazione delle persone (e quindi dei lavoratori e delle imprese, cui si riconosceva il diritto di stabilimento), dei servizi e dei capitali.

<sup>(10)</sup> V., precisamente, il primo *considerando*.

Esso viene sistematicamente configurato, sin dalla sua ideazione, come elemento indispensabile e centrale degli obiettivi che il diritto dei Trattati esige vengano realizzati; di un'azione, in altri termini, che, dotata di una base giuridica capace di imporsi ai criteri ispiratori della comune affermazione nazionale del principio di legalità in materia contrattuale, si compie con strumenti speciali, ed è destinata ad estendersi, in virtù della sua forte *proiezione teleologica* (sorretta da un'incontestabile *carica assiologica*, che si anima nel riferimento alle libertà e ai diritti previsti dai Trattati e si esprime mediante principi generali), ad ogni fattispecie in cui si possa ravvisare la necessità di ribadire le medesime istanze di tutela (con naturale, quindi, applicazione, tanto più in questa materia, dell'obbligo per giudici e amministrazioni nazionali — presto affermato in via generale dalla Corte di giustizia — non solo di interpretare tutto il diritto interno in modo conforme a quello sovranazionale, ma anche, se del caso, di non applicarlo laddove puntualmente contrastante con l'esigenza di dare tutela ai diritti chiari, precisi e incondizionati garantiti dal diritto primario e/o derivato) <sup>(11)</sup>.

In questa direzione, non solo trova spiegazione la (ormai) consolidata *connotazione ambulante dell'individuazione concreta del campo di applicazione soggettivo della disciplina* (connotazione che porterà progressivamente al conio di una nozione specifica e polimorfa di amministrazione aggiudicatrice, nonché, in quella cornice, della nozione, del tutto nuova, di organismo di diritto pubblico) <sup>(12)</sup>.

La marcata identità funzionale dell'intervento normativo sovranazionale rende comprensibile altresì il *tipico attivismo interpretativo* della Corte di giustizia, che ha saputo esprimersi anche in assenza di pertinenti formulazioni positive, anticipando più volte le successive trasformazioni normative <sup>(13)</sup>, e l'*evoluzione accrescitiva delle competenze* stesse delle istituzioni comunitarie (prima) e dell'Unione (poi).

Le istituzioni, allo scopo di riuscire a garantire fino in fondo le

---

<sup>(11)</sup> Si tratta di acquisizioni ormai più che riconosciute e assestate. Cfr., ad ogni modo, la notissima pronuncia della C. giust. CE, 22 giugno 1989 in causa 103/88, *Fratelli Costanzo*, relativa proprio all'interpretazione e all'applicazione della disciplina comunitaria sulle procedure di aggiudicazione nel settore degli appalti di lavori.

<sup>(12)</sup> V. *infra*, par. 2.

<sup>(13)</sup> Un esempio classico di questa attitudine si può trarre proprio dalla problematica definizione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina sovranazionale e, precisamente, dall'introduzione della figura, da ultimo menzionata, dell'organismo di diritto pubblico, la cui necessaria configurazione è stata postulata *ante litteram* proprio dal giudice comunitario. C. giust. CE, sez. IV, 20 settembre

## Capitolo 5

# RIPARTO DI COMPETENZA TRA STATO E REGIONI

(Luca Antonini)

**Sommario:** 1. *Il paradosso di una codificazione concepita sul presupposto di una riforma costituzionale poi abortita.* — 2. *Il quadro delineato dalla giurisprudenza costituzionale, con le sentenze del 2007, in tema di riparto di competenze sui contratti pubblici.* — 3. *I successivi sviluppi della giurisprudenza costituzionale riguardo alle Regioni ordinarie.* — 4. *Gli ambiti in cui si può esplicitare la potestà legislativa regionale.* — 5. *La giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenze con le autonomie speciali e i maggiori spazi normativi a queste riconosciuti.* — 6. *Il difficile rapporto tra la c.d. soft law e le competenze regionali.*

### **1. *Il paradosso di una codificazione concepita sul presupposto di una riforma costituzionale poi abortita.***

L'art. 2 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recante “Competenze legislative di Stato, regioni e province autonome”, recita: “1. Le disposizioni contenute nel presente codice sono adottate nell’esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto. 2. Le Regioni a statuto ordinario esercitano le proprie funzioni nelle materie di competenza regionale [(1)] ai sensi dell’articolo 117 della Cost. 3. Le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e di Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione”.

Si tratta di una formulazione poco felice, non solo dal punto di vista del contenuto (non viene mai menzionata la competenza concorrente, ma si fa un indistinto riferimento alle materie cui è riferibile il singolo contratto) ma anche della sintassi (e perfino della grammatica se si

---

(1) Il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, ha disposto (con l’art. 3, co. 1) la modifica dell’art. 2, co., sostituendo (*sic!*) la parola “ragionali” con quella “regionali”.

considera che il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, ha dovuto correggere il refuso “ragionale”), che si struttura in termini radicalmente diversi da quella dell’art. 4 del vecchio codice <sup>(2)</sup>, dove invece venivano definiti puntualmente gli ambiti della potestà legislativa esclusiva e concorrente dello Stato, ripartendola con quella delle Regioni in relazione a specifici contenuti <sup>(3)</sup>. Le Regioni, infatti, risultavano vincolate ai principi fondamentali, stabiliti dal codice nell’esercizio della competenza concorrente, in relazione a: programmazione di lavori pubblici, approvazione dei

---

<sup>(2)</sup> Sul quale, cfr. A. CELOTTO, *Gli appalti pubblici tra competenze statali e competenze regionali. Primi spunti*, in *GiustAmm.it*, 2006, n. 2; G. FARES, *L’assetto delle competenze normative Stato/regioni nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2006, n. 10, 1141 ss.; G. GIOVANNELLI e L. MASI, *Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Principi e disposizioni comuni*, ivi, n. 7, 752; L. VARRONE, *Riparto di competenze Stato-Regioni nel codice degli appalti (artt. 4-5)*, in *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, a cura di M. SANINO, Torino, Utet, 2006, 43 ss..

<sup>(3)</sup> “1. Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano esercitano la potestà normativa nelle materie oggetto del presente codice nel rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e delle disposizioni relative a materie di competenza esclusiva dello Stato.

2. Relativamente alle materie oggetto di competenza concorrente, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano esercitano la potestà normativa nel rispetto dei principi fondamentali contenuti nelle norme del presente codice, in particolare, in tema di programmazione di lavori pubblici, approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi, organizzazione amministrativa, compiti e requisiti del responsabile del procedimento, sicurezza del lavoro.

3. Le regioni, nel rispetto dell’articolo 117, co. secondo, della Cost., 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 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.

4. Nelle materie di competenza normativa regionale, concorrente o esclusiva, le disposizioni del presente codice si applicano alle regioni nelle quali non sia ancora in vigore la normativa di attuazione e perdono comunque efficacia a decorrere dalla data di entrata in vigore della normativa di attuazione adottata da ciascuna regione.

5. Le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione”.

Su tale disposizione, cfr. F. CINTIOLI, *Le fonti interne di disciplina (leggi, regolamenti, capitoli)*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS e R. GAROFOLI, I, Milano, Giuffrè, 2008, 109 ss..

progetti ai fini urbanistici ed espropriativi, organizzazione amministrativa, compiti e requisiti del responsabile del procedimento, sicurezza del lavoro (art. 4, co. 2). Venivano poi individuati gli ambiti in cui le Regioni erano interamente vincolate alle discipline del codice, in quanto adottate nell'esercizio della competenza esclusiva statale: qualificazione e selezione dei concorrenti; procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; criteri di aggiudicazione; subappalto; poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; attività di progettazione e piani di sicurezza; stipulazione ed esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative; contenzioso (art. 4, co. 3).

Nessun riferimento era invece contenuto all'oggetto dei singoli contratti, rendendo senz'altro più immediato il quadro di distribuzione della competenza.

È singolare, inoltre, dover contestare che le differenze tra le due formulazioni riguardano solo il riparto di competenze con le Regioni ordinarie, perché in relazione alle Regioni speciali e alle Province autonome la nuova formulazione torna invece a coincidere con la precedente (art. 4, co. 5).

Il dato non è certamente casuale: il nuovo codice sembra, infatti, aver abbracciato la concezione della riforma costituzionale che era stata approvata definitivamente dal Parlamento solo sei giorni prima (12 aprile 2016) dall'adozione del codice stesso.

Qualora fosse stata approvata nel referendum confermativo del 4 dicembre 2016 la riforma, infatti, avrebbe radicalmente modificato, riguardo alle Regioni ordinarie, il quadro costituzionale del riparto della competenza<sup>(4)</sup>. Non solo veniva soppressa in via generale la categoria stessa della competenza concorrente, ma tra le competenze esclusive statali veniva inserita anche quella relativa alle "norme sul procedimento amministrativo" (nella lett. g) del novellato art. 117, co. 2, Cost.). La competenza residuale regionale, inoltre, da "innominata" (com'è logico che sia trattandosi di competenza appunto residuale) diveniva (invece e sorprendentemente) "nominata", riguardo a determinate materie che potevano assumere rilevanza nell'ambito dei contratti pubblici, quali: "pianificazione del territorio regionale", "dotazione infrastrutturale", "programmazione e organizzazione dei servizi

---

(4) Sul riparto di competenze che era prefigurato dalla riforma costituzionale, cfr. le condivisibili critiche di U. DE SIERVO, *Una prima lettura del progettato nuovo art. 117 Cost.*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 1.

sanitari e sociali”. Evidentemente si sarebbe potuto porre il problema, in queste materie, della prevalenza o meno della competenza esclusiva statale relativa al procedimento amministrativo (oltre che delle altre competenze esclusive) e sarebbe stata la Corte costituzionale a dover sciogliere, scrivendo nuove pagine della sua giurisprudenza, il dilemma.

È considerando questa circostanza temporale che quindi si spiega perché, quanto alle Regioni ordinarie, l'art. 2 non faccia riferimento alla distinzione tra competenza concorrente e competenza esclusiva statale, ma all'oggetto dei singoli contratti. Poiché, invece, la riforma costituzionale lasciava del tutto intatta la competenza delle autonomie speciali, garantite da una particolare immunità alla riforma in base alla disposizione dell'art. 39, co. 13 <sup>(5)</sup>, si spiega perché il co. 3 dell'art. 2 del d.lgs. n. 50 del 2016 abbia replicato, in relazione a queste, in modo del tutto identico la disposizione del vecchio codice.

Questa lettura della genesi dell'art. 2 trova piena conferma nel parere sullo schema del nuovo codice reso dal Consiglio di Stato nell'adunanza della commissione speciale del 21 marzo 2016 <sup>(6)</sup>.

Al punto II.d).9, infatti, il parere precisa: “Nella prospettiva della riforma costituzionale in itinere, assume rilievo l'eliminazione delle materie di competenza concorrente, con inserimento di talune di esse, quale ad esempio, la materia delle « infrastrutture strategiche e grandi reti di trasporto e di navigazione di interesse nazionale e relative norme di sicurezza », nell'elenco delle materie di competenza legislativa statale esclusiva. Non sarebbe, pertanto, più necessario giustificare l'intervento statale evocando, in presenza della fattispecie sopra indicata, il principio di sussidiarietà legislativa. La riforma in itinere prevede inoltre quale autonoma materia quella relativa a « norme generali sul procedimento amministrativo », attribuendo la relativa competenza al legislatore statale. Il mutamento del quadro costituzionale rafforzerà ulteriormente la competenza statale esercitata nell'adozione del presente codice” <sup>(7)</sup>.

Nel successivo punto II.d).10, in coerenza con quanto prima affermato, il parere espressamente giustifica la scelta dell'art. 2 del nuovo codice ritenendola “comprensibile nell'attuale contesto in cui è in itinere una riforma costituzionale che inciderà anche sul Titolo V della Costituzione, e che avrà impatto anche sul riparto di competenze nella ma-

---

<sup>(5)</sup> “Le disposizioni di cui al capo IV della presente legge costituzionale non si applicano alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano fino alla revisione dei rispettivi statuti sulla base di intese con le medesime Regioni e Province autonome”.