



Codice degli Appalti

Prof. Avv. Angelo Clarizia

Lo specifico modello di realizzazione delle grandi opere pubbliche, introdotto con la Legge Obiettivo e completato con i successivi decreti di attuazione, è stato fin dall'inizio oggetto di grande dibattito istituzionale e dottrinale, anche fuori dai confini nazionali, ma allo stato attuale, al di là di specifiche critiche, ha superato indenne il vaglio di costituzionalità, ha dimostrato la propria valenza operativa, permettendo di avviare molte importanti iniziative di fondamentale rilevanza economico-sociale, come sottolineato dal Consiglio di Stato, che nel rilevare la necessità di porre rimedio ai limiti della Merloni "derivanti, oltre che da una mancata

visione politica d'insieme, dall'assenza di coraggio per pensare in grande un disegno per riaprire il territorio del Paese ai grandi e crescenti flussi del traffico europeo, ad un deficit giuridico caratterizzato da paralizzanti, vischiosi e paludosi ostacoli, ha valorizzato l'introduzione di un meccanismo in base al quale per mirati obiettivi si possano superare tutti gli ostacoli giuridici per realizzare concretamente e velocemente i progetti obiettivo ...: uno strumento giuridico radicale capace di concretare nell'ambito istituzionale italiano il modello giuridico dell'imperativo pragmatico". L'affermato carattere derogatorio di detta disciplina rispetto a quello

Un'importante tappa normativa per garantire certezza nei rapporti. Un nuovo Codice che deve dimostrare, in sede attuativa, il suo consolidamento definitivo

della legge quadro aveva determinato numerosi problemi ricostruttivi e interpretativi, per stabilire quali aspetti della disciplina generale dovessero comunque essere tenuti fermi anche per la realizzazione delle grandi infrastrutture.

D'altro canto il distacco più rilevante dalla Merloni è rappresentato proprio dalla filosofia che conforma la disciplina, come dimostrato dalla peculiarità della figura del General Contractor (delineato in concreto nell'art. 9 del D.Lgs. 190 del 2002).

Se il grande merito del Codice è di avere omogeneizzato la complessiva disciplina dei contratti senza operare stravolgimenti di impianto, è pacifico che le stesse esigenze sono state poste a fondamento dell'obiettivo di inserire la normativa sulle infrastrutture strategiche in quella più generale della trasposizione delle direttive comunitarie 17 e 18 del 2004.

Sicché già tale coordinamento rappresenta una meta significativa al di là di qualsiasi perplessità presunta o effettiva, anche all'esito dei vari pareri resi sul progetto e tenuto conto del raccordo funzionale con le altre parti del "Codice" stesso.

Tale impostazione si coglie sin dall'art. 161, co. 6, del Codice, laddove si stabilisce che si applicano, in quanto non derogate dalla disciplina

specifica del Capo IV, le disposizioni generali (cioè i principi, le disposizioni comuni ed i casi di esclusione dall'applicazione del Codice), tutte le norme del Codice relative alle aggiudicazioni sopra soglia comunitaria, le norme in materia di programmazione, direzione, esecuzione dei lavori, di concessione di lavori pubblici, sul promotore finanziario e sulla società di progetto, sul contenzioso, oltre che le norme di coordinamento e di disciplina transitoria.

Si badi bene, il coordinamento non risiede nel mero rinvio ad altre parti del Codice, ma al contenuto specifico delle norme, le quali, proprio in virtù del rinvio generale, attraverso delimitazioni e richiami delineano l'effettivo ambito di operatività della norma.

Si veda per esempio l'art. 164 relativo alla progettazione delle infrastrutture strategiche: si stabilisce al 5 co. che non vanno applicati, per le infrastrutture, gli artt. 90, 91 e 92 (relativi alla progettazione per gli appalti sopra soglia comunitaria) fermo restando invece la loro applicazione in caso di affidamento esterno della progettazione qualora l'ammontare sia pari o superiore alla soglia di applicazione delle normative comunitarie.

Pertanto negli appalti con importo superiore alla soglia comunitaria, che prevedano anche la progettazione definitiva, va applicata la normativa di cui al Titolo II.

In tal caso devono tenersi presenti alcune norme di rilievo, applicabili anche nel campo delle infrastrutture strategiche, come ad esempio l'art. 90, co. 7, in base al quale i progettisti professionisti esterni debbono essere nominativamente indicati già in sede di gara, con la specificazione delle rispettive qualificazioni personali.

Si veda anche il rinvio operato, con eccezioni, all'obbligo di effettuare, ai



Il grande merito del Codice è di aver omogeneizzato la complessiva disciplina dei contratti senza operare stravolgimenti di impianto.

sensi dell'art. 95 e 96, la verifica preventiva dell'interesse archeologico in sede di progetto preliminare (art. 165 co. 10).

Viene peraltro ribadito il divieto a che le persone fisiche e giuridiche che siano incaricate dai soggetti aggiudicatori della redazione del progetto, nonché le società ad essi collegate, partecipino in alcuna forma o per alcun titolo alla realizzazione dei lavori da essi progettati.

Se dunque, ad un primo approccio, potrebbe evincersi solamente una mera trasposizione della normativa derogatoria del D.Lgs 190/2002 nel Codice, in realtà tali norme vengono implementate in un sistema generale, cosicché non può più parlarsi di disciplina derogatoria, bensì di disciplina speciale, valorizzando in una prospettiva unitaria le specifiche differenze. Si pensi, per fare un

esempio, alla conferenza dei servizi: per i progetti per così dire "ordinari", le disposizioni della L. 241/1990 si applicano (art. 97); non così invece per l'approvazione dei progetti definitivi relativi ad infrastrutture strategiche (art. 166 co. 4).

Anche per le modalità di realizzazione dell'opera e di affidamento della esecuzione (che riprendono pressochè integralmente le previsioni di cui al d.lgs. 190/2002) vengono apportate modifiche necessarie per il coordinamento formale delle varie parti del Codice.

Innanzitutto viene ripresa la scelta di fondo, già nella delega di cui alla "Legge Obiettivo" – art. 1, comma 1, lettere e) ed f), di prevedere in generale nella materia delle infrastrutture strategiche sistemi di esecuzione "speciali" rispetto ad altri appalti.

L'articolo 173 del Codice prevede infatti, accanto alla concessione di lavori pubblici, l'affidamento unitario a Contraente Generale.

Soprattutto per le procedure di scelta del contraente generale occorre esprimere qualche valutazione preliminare.

L'art. 177 ha infatti precisato che la scelta del General Contractor deve avvenire tramite procedura ristretta, secondo la definizione comunitaria.

E' noto che nella prima versione approvata dal Consiglio dei Ministri il 13 gennaio 2006 si era invero utilizzata la nozione italiana di licitazione privata (sparito invece ogni riferimento all'appalto concorso).

Occorrerebbe valutare se il termine "procedura ristretta" inserito nel testo finale approvato sia solo la versione in termini comunitari della licitazione privata o se rappresenti, invece, una categoria in grado di contenere tutte le procedure di scelta che presentino gli stessi connotati, vale a dire la richiesta di partecipazione e l'invito della Stazione



Il Codice prevede, accanto alla concessione di lavori pubblici, l'affidamento unitario a Contraente Generale.

Appaltante.

A quanto pare la scelta adottata alla fine consiste in una riedizione in termini comunitari della licitazione privata, senza possibilità di utilizzare altre procedure, quali per esempio il dialogo competitivo, che per le sue caratteristiche intrinseche dovrebbe essere inteso come procedura ristretta.

Se infatti è vero che l'istituto del dialogo competitivo sembra particolarmente efficace per appalti complessi, è altrettanto incontestabile l'incompatibilità in concreto di tale sistema con la disciplina del Contraente Generale, tenuto conto del livello di

progettazione posta a base non solo della scelta del soggetto, ma anche delle valutazioni ambientali ed urbanistiche. Analoghe considerazioni valgono, a fortiori, per il concessionario di lavori. E' chiaro che in fase di applicazione emergeranno via via ulteriori questioni interpretative che dovranno essere risolte ma, nel complesso, l'impostazione del Codice può facilitare enormemente in tal senso. Altro aspetto peculiare su cui si dovrà discutere riguarda l'applicabilità della tutela cautelare ante causam, prevista dall'art. 245 del Codice.

L'introduzione di tale strumento discende, come è noto, da due pronunce della Corte di Giustizia Ce, che avevano ritenuto contrastanti con le disposizioni comunitarie in tema di effettività della tutela le normative nazionali carenti di una cautela preventiva.

L'articolo 2 della direttiva 89/665/Cee, infatti, impone agli Stati membri di conferire agli organi giurisdizionali la facoltà di adottare qualsiasi provvedimento provvisorio, a prescindere dalla proposizione di qualsiasi azione.

Pertanto, in caso di eccezionale gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la previa notifica del ricorso e la richiesta di misure cautelari provvisorie di cui all'articolo 21, comma 9 della legge 1034/1971, il soggetto legittimato al ricorso può proporre istanza per l'adozione delle misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare.

Nel rispetto del principio fondamentale di garanzia del contraddittorio, il Codice ha stabilito la notifica dell'istanza ai controinteressati.

L'attuazione offerta dal Codice all'indirizzo giurisprudenziale comunitario

tiene conto dell'influenza del retaggio tradizionale anche culturale del nostro sistema di giustizia amministrativa: così ad esempio per quanto riguarda la non appellabilità della misura cautelare, considerato altresì che la stessa è revocabile e modificabile, e che comunque la misura cessa ogni effetto decorsi sessanta giorni. Tali previsioni si aggiungono alla tutela peculiare prevista dall'art. 246 per le controversie relative a infrastrutture e insediamenti produttivi (che riporta, con qualche aggiunta, il precedente art. 14 D. Lgs. 190/2002).

Ebbene, dovrà valutarsi attentamente il rapporto tra le due norme, atteso che la generale applicazione della tutela ante causam potrebbe produrre effetti negativi nella prospettiva acceleratoria che caratterizza gli interventi infrastrutturali, tenuto conto altresì che il termine di 30 giorni per la stipula del contratto costituisce un arco temporale adeguato per garantire una tutela efficace. Pertanto occorrerà chiedersi se il parametro dettato dall'art. 246, co. 3, che veicola il sindacato del giudice attraverso la valutazione di tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché dell'espressa comparazione tra il preminente interesse nazionale alla realizzazione dell'opera e l'irreparabilità del pregiudizio del ricorrente possa connotare anche il giudizio reso nella sede ante causam. I limiti del presente intervento circoscrivono l'esame ai predetti profili importanti perché significativi della impostazione complessiva del Codice che comunque dovrà provare in sede attuativa il suo consolidamento definitivo ma che comunque si pone all'attenzione dell'interprete come un'importante tappa per garantire certezza nei rapporti.