

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DEL MOLISE  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

---



CORSO DI DOTTORATO IN  
INNOVAZIONE E GESTIONE DELLE RISORSE PUBBLICHE

CURRICULUM  
GOVERNO E RELAZIONI INTERNAZIONALI

**Principi e regole dei contratti pubblici  
aggiudicati in base al diritto internazionale**

Tutor:  
Chiar.ma Prof.  
Andreina SCOGNAMIGLIO,

*Andreina Scognamiglio*

Coordinatore:  
Chiar.mo Prof.  
Giovanni CERCHIA

Candidato:  
Simone FRANCARIO  
Matr. 164260

*Simone Francario*

---

ANNO ACCADEMICO 2021-2022



# Indice Sommario

## PREMESSA

<i>Oggetto e delimitazione dell'opera</i> .....	10
---	----

## SEZIONE I

### LA DISCIPLINA INTERNA

#### CAPITOLO 1

#### DALLA LEGGE DI CONTABILITÀ AL D. LGS. 50/2016. L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA INTERNA

1.1 Le regole della scelta del contraente secondo la normativa sulla contabilità dello Stato. .	15
1.1.1 Gli albori: la legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. F .....	15
1.1.2 Il regolamento sulla contabilità generale dello Stato: alla ricerca del contraente affidabile che comporti anche la minor spesa pubblica .....	21
1.2 La scelta del contraente secondo il principio della previa qualificazione .....	27
1.2.1 L'introduzione dell'elemento fiduciario e del sistema unico di qualificazione dagli elenchi fiduciari all'Albo Nazionale Costruttori .....	27
1.3 L'influenza del diritto comunitario a partire dalle direttive "di prima generazione" e la formulazione del principio di tutela del mercato e della concorrenza .....	33
1.3.1 La definizione del principio di tutela della concorrenza e del mercato .....	33
1.3.2 Concorrenza e qualificazione nelle direttive europee di prima generazione .....	37
1.4 Fiducia e tutela della concorrenza nella legge 109/1994 .....	42
1.4.1 Dalla "fiducia" degli elenchi locali, alla "sfiducia" nei confronti dell'amministrazione. L'irrigidimento del sistema .....	43
1.4.2 In particolare: il sistema di qualificazione nella Legge Merloni .....	49

1.5 L'evoluzione successiva del sistema unico di qualificazione: le direttive di terza generazione e il D. Lgs. 163/2006.....	53
1.5.1 La disciplina generale.....	53
1.5.2 In particolare: la qualificazione per eseguire appalti di lavori di importo pari o inferiore a 150.000,00 euro.....	59
1.5.3 In particolare: qualificazione e requisiti di capacità speciale negli appalti di servizi e forniture .....	60
1.6 L'attuale disciplina dei contratti pubblici nell'ordinamento italiano alla luce delle direttive comunitarie del 2014: il D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.....	63
1.6.1 Le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE e l'emersione di "nuovi" principi in materia di contrattualistica pubblica.....	63
1.6.2 Il bando e i documenti di gara .....	66
1.6.3 Le procedure di selezione del contraente nell'ordinamento italiano: tratti essenziali. ....	72
1.6.4 La disciplina dei requisiti di partecipazione .....	81
1.6.4.1 I Requisiti Generali .....	81
1.6.4.2 I Requisiti Speciali e le loro diverse modalità di accertamento in relazione al tipo di appalto. ....	86
1.6.4.3 I requisiti speciali negli appalti di servizi e forniture .....	88
1.6.4.4 I requisiti speciali negli appalti di lavori.....	91
1.6.5 Le offerte: profili generali e criteri di aggiudicazione .....	92
1.6.6 Il contrasto ai fenomeni corruttivi e ai conflitti di interesse.....	98
1.7 Conclusioni: contabilità, concorrenza e anticorruzione come principi generali della procedura di evidenza pubblica nazionale disciplinata dal D. Lgs. 50/2016. ....	102

## **SEZIONE II**

### **LA DISCIPLINA INTERNAZIONALE**

#### **PREMESSA**

<i>Piano di indagine e metodologia applicata. ....</i>	108
--	-----

## **CAPITOLO 2**

### **LA REGOLAMENTAZIONE ULTRASTATALE DEGLI APPALTI PUBBLICI.**

#### **RAGIONI E APPRODI**

- 2.1 Le ragioni politico-economiche. Il quadro storico e i principali attori di riferimento. .... 110
- 2.2 Gli appalti pubblici e la loro graduale considerazione all'interno dell'opera di liberalizzazione del commercio internazionale: l'era della globalizzazione..... 112

## **CAPITOLO 3**

### **LA UNCITRAL MODEL LAW ON PUBLIC PROCUREMENT DEL 2011**

- 3.1 Origini e natura giuridica della UNCITRAL Model Law on Public Procurement del 2011. .... 119
- 3.2 Obiettivi e ambito di applicazione della UNCITRAL Model Law ..... 125
- 3.3 La fase di preparazione della gara: il contenuto dei “solicitation documents” e la descrizione dell'oggetto dell'appalto. .... 128
- 3.4 La scelta della procedura di selezione del contraente ..... 131
- 3.5 I requisiti di qualificazione..... 134
- 3.6 I criteri di valutazione delle offerte: disposizioni generali e in caso di open tendering... 141
- 3.8 Il contrasto ai fenomeni corruttivi e la risoluzione dei conflitti di interesse..... 149

3.9 Conclusioni.....	150
3.9.1 L'emersione del principio di concorrenza.....	151
3.9.2 L'emersione del principio di contabilità o di Best Value for Money o Economy. ....	153
3.9.3 L'emersione del principio di anticorruzione .....	156

## **CAPITOLO 4**

### **GLI APPALTI FINANZIATI DALLA WORLD BANK**

4.1 Premessa: profili istituzionali e funzioni della World Bank. ....	158
4.2 Operazioni Preliminari .....	165
4.3 Le World Bank Procurement Regulations for IPF Borrowers per l'acquisto di beni, lavori e servizi: Ambito di applicazione, policy e principi generali.....	168
4.4 Governance.....	174
4.5 La preparazione della gara, i documenti ufficiali e il loro contenuto.....	176
4.6 La scelta della modalità di gara e di approccio al mercato. ....	182
4.7 I Requisiti di partecipazione.....	190
4.8 La presentazione delle offerte e i criteri di valutazione .....	192
4.9 La prevenzione dei conflitti di interesse e la lotta ai fenomeni corruttivi.....	196
4.10 Conclusioni.....	198
4.10.1 L'emersione del principio di concorrenza.....	198

4.10.2 L'emersione del principio di contabilità.....	201
4.10.3 L'emersione del principio di anticorruzione .....	203

## **CAPITOLO 5**

### **IL GOVERNMENT PROCUREMENT AGREEMENT**

5.1 Da L'Avana a Marrakech: creazione, profili istituzionali e funzioni del WTO.....	206
5.2 Il sistema delle fonti previsto dal WTO e la loro natura giuridica. ....	211
5.3 L'aggiudicazione dei contratti pubblici secondo la WTO law: il Government Procurement Agreement (GPA). Natura giuridica del GPA e principi generali. ....	214
5.4 Ambito di applicazione .....	218
5.5 La preparazione della gara ed i documenti di gara.....	221
5.6 Le procedure di gara: flessibilità, open tendering, selective tendering e limited tendering .....	228
5.7 I requisiti di qualificazione.....	233
5.8 La presentazione delle offerte e i criteri di valutazione .....	237
5.9 La clausola generale della non discriminazione.....	240
5.10 Il trattamento speciale e differenziato per i Paesi in via di sviluppo.....	243

5.11 Il rafforzamento degli obblighi di trasparenza per prevenire conflitti di interesse e per contrastare la corruzione .....	248
5.12 Conclusioni.....	252
5.12.1 L'emersione del principio di concorrenza.....	253
5.12.2 L'emersione del principio di trasparenza e di contrasto ai fenomeni corruttivi.....	257
5.12.3 L'emersione del principio di contabilità.....	260

### **SEZIONE III**

#### **CONCLUSIONI**

#### **ANALISI CRITICA DEL SISTEMA COMPLESSO COSTITUITO DALLE FONTI DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DI DIRITTO NAZIONALE IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI**

#### **PREMESSA**

*Il confronto tra i principi dell'evidenza pubblica nel diritto internazionale e nel diritto nazionale*

### **CAPITOLO 6**

#### **I PRINCIPI FONDAMENTALI DELL'EVIDENZA PUBBLICA NEL DIRITTO INTERNAZIONALE**

6.1 I principi dell'evidenza pubblica nel diritto internazionale .....	266
6.2 Declinazioni del principio di concorrenza all'interno della disciplina internazionale in materia di contratti pubblici. ....	267
6.2.1 In particolare: la scelta della modalità di selezione del contraente .....	267
6.2.2 I requisiti di partecipazione .....	268
6.2.3 Il contenuto dei documenti di gara.....	270
6.2.4 I criteri di valutazione delle offerte.....	273

6.3 Declinazioni del principio di trasparenza e di anticorruzione all'interno della disciplina internazionale in materia di contratti pubblici.....	274
6.4 Declinazioni del principio contabilistico all'interno della disciplina internazionale in materia di contratti pubblici .....	278

## **CAPITOLO 7**

### **I PRINCIPI DELL'EVIDENZA PUBBLICA NEL DIRITTO INTERNAZIONALE E NEL DIRITTO NAZIONALE: CONFRONTO E CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE**

7.1 Convergenza dei principi tra la disciplina internazionale e la disciplina nazionale.....	280
7.1.1 In particolare: declinazioni del principio di concorrenza .....	280
7.1.2 In particolare: declinazioni del principio di trasparenza e di anticorruzione .....	284
7.1.3 In particolare: declinazioni del principio di contabilità.....	286
7.2 Osservazioni conclusive circa la natura ed il modus operandi delle regole internazionali che disciplinano l'affidamento dei contratti pubblici sovranazionali .....	287



## Premessa

### *Oggetto e delimitazione dell'opera*

*“Le leggi siano poche, semplici, chiare: affinché nessuno, per capirle, abbia bisogno di nessuno”*: così recitava, già nel XVIII secolo, Montesquieu nella sua celebre opera “lo spirito delle leggi”, pietra miliare dell’illuminismo giuridico.

Un concetto universale e senza tempo, ma troppo spesso dimenticato dal legislatore nazionale dei giorni nostri. Emblematica è la vicenda della legislazione in materia di contratti pubblici, di primaria importanza per la vita di ogni paese.

Per lungo tempo, a partire dal 1800, la materia degli appalti pubblici è stata governata, essenzialmente, dalle (*“poche, semplici, chiare”*) regole sulla contabilità dello stato, ed oggi, invece, essa è frutto dell’intersecarsi di fonti multilivello ed eterogenee: norme nazionali, comunitarie, internazionali, principi mutuati dal diritto privato, regolamenti, leggi, direttive, linee guida etc.

Rispetto alla disciplina dei contratti di appalto di “diritto privato” una delle principali differenze della disciplina pubblicistica riguarda senz’altro il momento di scelta del contraente.<sup>1</sup>

In linea generale e di principio, si deve osservare che, infatti, quando la pubblica amministrazione stipula un contratto di appalto<sup>2</sup> con un operatore economico, essa non è libera

---

<sup>1</sup> Il Codice civile, ai sensi dell’art. 1655, definisce l’appalto come *“il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un’opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro,”* e, in virtù del principio di matrice privatistica dell’autonomia contrattuale, l’appaltatore è di norma libero nella scelta della controparte. Cfr. L.V. MOSCARDINI, *L’appalto*, in *Trattato di diritto Privato*, diretto da P. RESCIGNO, XI, Torino, Utet, 1984, 703 ss., con aggiornamento al 1999 nella II ed. dell’opera; D. RUBINO, *L’appalto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da F. VASSALLI, IV ed., Torino, Utet, 1980.

Sui lineamenti di specialità che contraddistinguono il contratto di appalto d’opera pubblica rispetto al contratto d’appalto di diritto privato, tra tutti, si rinvia ad A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L’appalto di opere pubbliche*, XIV ed., Milano, 2021, I, p. 284 e ss

<sup>2</sup> È pacifico che nel nostro ordinamento la PA, per il perseguimento dell’interesse pubblico, possa avvalersi tanto di strumenti giuridici di diritto pubblico, quanto di strumenti giuridici di diritto privato, come i contratti. L’autonomia negoziale della PA (o “capacità di diritto privato della PA”) è oggi codificata nell’art. 1, comma 1-bis (aggiunto dall’art. 1, L. 11 febbraio 2005, n. 15), della l. 241/1990 in base al quale: *“la pubblica amministrazione, nell’adozione di atti di natura non autoritaria, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.”* F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike, 2017, p. 1574; M. CLARICH, *Manuale di diritto*

nella scelta dell'altra parte contrattuale, come invece di regola avviene nei rapporti tra privati, e il procedimento di formazione della volontà e di scelta del contraente è governato da principi e regole di natura amministrativa, le c.d. regole dell'evidenza pubblica, le quali sono volte a consentire alla PA di poter scegliere consapevolmente il contraente più affidabile e in grado di fare la migliore offerta<sup>3</sup>.

Per raggiungere tale risultato, il legislatore solitamente ritiene opportuno, in primo luogo, consentire l'accesso alle procedure di scelta del contraente non a tutti gli operatori economici che aspirino a stipulare un contratto con l'amministrazione, ma soltanto a soggetti ritenuti particolarmente qualificati; in secondo luogo, scegliere la migliore offerta di regola attraverso un confronto concorrenziale.

Per poter contrattare con la PA, è quindi necessario che possedere -preventivamente e necessariamente- determinate idoneità, solitamente suddivise in requisiti di capacità generale e

---

*amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2013, 425; D. SORACE e S. TORRICELLI, *Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, X. Ed., Il Mulino, Bologna, 2021, p. 36 e ss.

Cfr. anche Cass., Sez. Un., 16 luglio 2008, n. 19502, dove si sottolinea che: *“nel caso in cui la pubblica amministrazione, per la realizzazione delle sue finalità, ricorra a strumenti giuridici che sono ordinariamente propri dei soggetti privati, solo l'attività negoziale, per tutto quel che riguarda la disciplina dei rapporti che dalla stessa scaturiscono, rimane assoggettata ai principi ed alle regole del diritto comune; mentre restano operanti le regole della disciplina amministrativa attinenti all'organizzazione della pubblica amministrazione ed alla formazione ed estrinsecazione delle sue determinazioni. Pertanto la fase preliminare, caratterizzata dalla formazione della volontà della pa, resta sul piano del diritto amministrativo, ed è disciplinata dalle regole c.d. dell'evidenza pubblica, poste dalla legge, dai regolamenti nonché da atti generali della stessa amministrazione, e regolanti tra l'altro la tipologia del procedimento rivolto alla scelta del contraente privato.”*

<sup>3</sup> L'espressione “evidenza pubblica” risale a Massimo Severo Giannini ed è riferita al “*procedimento amministrativo che accompagna la conclusione dei contratti della pubblica amministrazione*” (M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, II, 1933, p. 363 e ss.)

requisiti di capacità speciale<sup>4</sup>; ed essere necessariamente scelto in esito ad un confronto concorrenziale con altri offerenti<sup>5</sup>.

Il c.d. sistema di qualificazione e i criteri di scelta delle migliori offerte possono essere poi variamente declinati in ragione delle caratteristiche e della tipologia dell'appalto.

Oggi come oggi, la fonte principale di disciplina dei contratti d'appalto stipulati dalla pubblica amministrazione, a livello nazionale, è il codice dei contratti pubblici di cui al D. Lgs. 50/2016, che può essere visto come il punto d'arrivo di un complesso di norme che si è via via accresciuto nel tempo attorno all'originario nucleo delle norme di contabilità di Stato per rispondere a esigenze e finalità diverse<sup>6</sup>.

In tale ambito, gli artt. 5 e ss. del D. Lgs. 50/2016 statuiscono però che una serie di contratti stipulati dalla pubblica amministrazione debbano ritenersi sottratti all'ambito di applicazione del codice appalti, sono i c.d. contratti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del Codice Appalti.

In particolare, l'art. 16 del D. Lgs. 50/2016 stabilisce che le disposizioni del codice dei contratti pubblici non si applicano agli appalti aggiudicati o organizzati in base alle norme internazionali.

---

<sup>4</sup> Per tutti, si veda F. FRANCIOSI, *Requisiti speciali di capacità dei concorrenti*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, II, 2019, pp. 952 e ss: “*Per poter contrattare con una pubblica amministrazione è dunque necessario esser ammessi alla procedura finalizzata alla scelta del contraente; bisogna cioè essere particolarmente qualificati, possedere determinati requisiti che vengono richiesti per garantire affidabilità del contraente e serietà dell’offerta. [...]*”

*I requisiti di qualificazione o di capacità speciale sono invece pur sempre volti a garantire la serietà e l’affidabilità dell’offerente. Non sotto il profilo morale, perché altrimenti si confonderebbero con i requisiti personali propriamente intesi, che vengono richiesti per partecipare ad una qualunque gara di appalto e vengono perciò ritenuti ‘personali’, laddove i requisiti speciali di capacità richiesti per contrattare con una pubblica amministrazione sono invece strettamente correlati all’oggetto e al valore dell’appalto di specie o alla sua tipologia. I requisiti di capacità speciale condizionano dunque la possibilità di partecipazione alla gara, escludendo che possano presentare offerta soggetti privi dei requisiti minimi ritenuti necessari per garantire la corretta esecuzione dell’appalto; e l’aggettivazione ‘speciali’ vale a distinguerli da quelli ‘generali’ o ‘moralì’ ed allude alla capacità specificamente richiesta per garantire la buona esecuzione della prestazione.”*

<sup>5</sup> Per tutti, si veda F. CARDARELLI, *Criteri di Aggiudicazione*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, III, 2019, p. 531 e ss.

<sup>6</sup> L’attuale rubrica “codice dei contratti pubblici” è stata introdotta dall’art. 1 del D. Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, e sostituisce il ben più ampio titolo riportato nel testo previgente: “*Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.*”

Proprio dalla statuizione recata dall'art. 16 sopracitato, gli appalti aggiudicati in base alle norme internazionali sono esclusi dall'ambito di applicazione del codice e sono disciplinati da altre fonti, nasce l'interesse a sviluppare una indagine volta a ricostruire quali logiche e principi governino tali tipologie e ad interrogarsi sul se nel loro insieme ubbidiscano a principi di fondo comuni con quelli dell'evidenza pubblica propri del nostro ordinamento o se e in che modo divergano da essi.

Per effettuare questa indagine, dunque, è opportuno in primo luogo individuare i principi che attualmente governano l'evidenza pubblica nell'ordinamento italiano e ricostruirne brevemente l'evoluzione storica; a ciò viene dedicato il primo capitolo.

L'importanza di questa prima fase ricognitiva dei principi in tema di contrattualistica pubblica nazionale si coglie se la si collega con gli altri capitoli della tesi, dove l'attenzione si sposterà sul piano internazionale e -volendo usare termini più generici, ma sostanzialmente più incisivi- si verificherà se i principi di contabilità pubblica, concorrenza e lotta ai fenomeni corruttivi possano ritenersi propri anche nell'aggiudicazione dei contratti pubblici internazionali.

Infatti, nella Sezione II, dopo aver analizzato ed individuato le principali fonti internazionali in materia, si procederà a verificare il grado di compatibilità (o incompatibilità) tra principi interni e sovranazionali.

## **SEZIONE I**

### **La disciplina interna**

## CAPITOLO 1

### **DALLA LEGGE DI CONTABILITÀ AL D. LGS. 50/2016. L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA INTERNA.**

**Sommario:** 1.1 Le regole della scelta del contraente secondo la normativa sulla contabilità dello Stato; 1.1.1 Gli albori: la legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. F; 1.1.2 Il regolamento sulla contabilità generale dello Stato: alla ricerca del contraente affidabile che comporti anche la minor spesa pubblica; 1.2 La scelta del contraente secondo il principio della previa qualificazione; 1.2.1 L'introduzione dell'elemento fiduciario e del sistema unico di qualificazione dagli elenchi fiduciari all'Albo Nazionale Costruttori; 1.3 L'influenza del diritto comunitario a partire dalle direttive "di prima generazione" e la formulazione del principio di tutela del mercato e della concorrenza; 1.3.1 La definizione del principio di tutela del mercato e della concorrenza; 1.3.2 Concorrenza e qualificazione nelle direttive europee di prima generazione; 1.4 Fiducia e tutela della concorrenza nella legge 109/1994; 1.4.1 Dalla "fiducia" degli elenchi locali, alla "sfiducia" nei confronti dell'amministrazione. L'irrigidimento del sistema; 1.4.2 In particolare: il sistema di qualificazione nella Legge Merloni; 1.5 L'evoluzione successiva del sistema unico di qualificazione: le direttive di terza generazione e il D. Lgs. 163/2006; 1.5.1 La disciplina generale; 1.5.2 In particolare: la qualificazione per eseguire appalti di lavori di importo pari o inferiore a 150.000,00 euro; 1.5.3 In particolare: qualificazione e requisiti di capacità speciale negli appalti di servizi forniture; 1.6 L'attuale disciplina dei contratti pubblici nell'ordinamento italiano alla luce delle direttive comunitarie del 2014: il D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50; 1.6.1 Le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE e l'emersione di nuovi principi in materia di contrattualistica pubblica; 1.6.2 Il bando e i documenti di gara; 1.6.3 Le procedure di selezione del contraente; 1.6.4 La disciplina dei requisiti di qualificazione; 1.6.4.1 I requisiti generali; 1.6.4.2 I requisiti speciali e le loro diverse modalità di accertamento in relazione al tipo di appalto; 1.6.4.3 I requisiti speciali negli appalti di servizi e forniture; 1.6.4.4 I requisiti speciali negli appalti di lavori; 1.6.5 Le offerte: profili generali e criteri di aggiudicazione; 1.6.6 Il contrasto ai fenomeni corruttivi e ai conflitti di interessi; 1.7 Conclusioni: contabilità, concorrenza e anticorruzione come principi generali della procedura di evidenza pubblica nazionale disciplinata dal D. Lgs. 50/2016

#### **1.1 Le regole della scelta del contraente secondo la normativa sulla contabilità dello Stato.**

##### *1.1.1 Gli albori: la legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. F*

Le prime norme che hanno regolato la materia della contrattazione pubblica si possono trovare nella L. 20 marzo 1865, n. 2248, All. F, la quale non sembra contenere né disposizioni che

impongano agli appaltatori il possesso di determinate idoneità per partecipare alle gare pubbliche né particolari vincoli procedurali per l'amministrazione nella fase di scelta del contraente<sup>7</sup>.

Un'affermazione del genere oggi, a distanza di quasi un secolo e mezzo, sarebbe fonte di molteplici perplessità (considerato soprattutto che la richiesta di specifiche idoneità, attualmente, sarebbe uno dei principali indici di affidabilità del contraente privato) ma all'epoca era pienamente coerente con l'obiettivo perseguito dal sistema disegnato dal legislatore<sup>8</sup>.

Infatti, nella ricerca della controparte contrattuale, la pubblica amministrazione era tenuta a scegliere il soggetto che comportasse la minor spendita di denaro possibile, ed a tal fine le era consentito di fissare, gara per gara, discrezionalmente, quali e che tipi di requisiti di partecipazione dovevano essere posseduti dai privati, in aggiunta alle modalità di svolgimento della gara<sup>9</sup>.

La formulazione in termini generali e astratti di requisiti predeterminati di idoneità morale, capacità tecnica e capacità economico-finanziaria ha sicuramente l'effetto di ridurre la platea dei partecipanti e restringe la possibilità di individuare l'offerta in assoluto più conveniente sotto il solo profilo economico<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> M. ROTONDI, *L'appalto di opere pubbliche i soggetti: dall'ANC ai nuovi sistemi di qualificazione delle imprese*, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. VILLATA, Padova, Cedam, II ed., 2004, 193.

<sup>8</sup> In generale, per la ricostruzione della disciplina in materia di evidenza pubblica, cfr. F.G. SCOCA, *Gli appalti pubblici. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; A. TOMASSETTI, *Appalto nel codice civile e nel codice dei contratti pubblici*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, I, 2019, dove si legge: "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 marzo 1995, n. 158, per i settori esclusi, di attuazione delle direttive comunitarie 92/50/CEE per i servizi, 93/36/CEE per le forniture e 93/37/CEE per i lavori."

<sup>9</sup> Con riguardo alla procedura di gara scelta dalla PA, l'art. 331 della L. 2248/1865 All. F stabilisce che essa si svolge secondo le norme "prescritte dalle leggi e regolamenti di contabilità generale."

Sostanzialmente, i modelli erano quattro: gara pubblica, licitazione privata, trattativa privata e appalto concorso.

<sup>10</sup> Un breve accenno alla rilevanza delle idoneità dell'imprenditore ai fini della partecipazione alla gara pubblica, con riferimento però al caso del subappaltatore che lo sostituisce nel rapporto contrattuale, si può trovare nell'art. 334 della L. 2248/1865 All. F, in base al quale, in caso di cessione del contratto, "l'Amministrazione ha diritto di rifiutarvisi, se il nuovo appaltatore non riunisce i requisiti che lo avrebbero fatto ammettere all'asta per la medesima impresa."

Argomentando *a contrario*, infatti, si può affermare che se partecipano alle gare solo i concorrenti “migliori” sul mercato in base alle supposte idoneità, il prezzo delle opere rischia di risultare più elevato di quello che si otterrebbe se la partecipazione non venisse ristretta, frustrando il raggiungimento dell’unico e ultimo fine della PA, ossia: la conclusione di un contratto al più basso costo possibile.

Ciò è espressione del principio della c.d. contabilità pubblica che, come si vedrà più avanti, si consoliderà definitivamente con il RD 23 maggio 1924, n. 827 e per lungo tempo costituirà la ragione esclusiva dell’evidenza pubblica in Italia.

Tanto è vero che in apertura del Capo II della L. 2248/1865 All. F., dedicato ai contratti, si stabilisce che all’esecuzione di lavori e somministrazioni si provvede per mezzo di contratti *“nei limiti e secondo le norme prescritte dalla legge sulla contabilità generale dello Stato”* ed alla luce di tale principio vanno lette le successive disposizioni di legge.<sup>11</sup>

Ad esempio, le ragioni di economicità dell’amministrazione sono tutelate stabilendo che il prezzo del contratto, una volta convenuto, è fisso ed invariabile, e non può essere modificato dai contraenti; se poi, vi sono lavori per i quali non si può stabilire preventivamente il corrispettivo dell’appaltatore, questi si eseguono in economia, sempre in base alle norme fissate dalle leggi di contabilità.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Cfr. L. 2248/1865 All. F, art. 325: *“Alla esecuzione dei lavori e alle somministrazioni si provvede per mezzo di contratti stipulati dal Ministero dei lavori pubblici o suoi delegati, o per economia, nei limiti e secondo le norme prescritte dalla legge sulla contabilità generale dello Stato.”*

<sup>12</sup> Ciò in base al combinato disposto degli artt. 326 e 328 della L. 2248/1865 All. F. In via generale, l’art. 326 stabilisce che il corrispettivo dell’appaltatore può essere determinato a corpo o a misura: nel primo caso, il prezzo è fisso, invariabile e non può più essere modificato; nel secondo caso, invece, il prezzo può variare a seconda della quantità dei lavori svolti, ma, in ogni caso, non può superare una determinata soglia preventivamente stabilita dai capitolati speciali.

Cfr. L. 2248/1865 All. F, art. 326: *“I contratti si fanno sempre per la esecuzione di un dato lavoro o di una data provvista, regolandone il prezzo od a corpo od a misura. Per le opere o provviste a corpo, il prezzo convenuto è fisso ed invariabile, senza che possa essere invocata dalle parti contraenti alcuna verifica sulla misura loro, o sul valore attribuito alla qualità di dette opere o provviste. Per le opere appaltate a misura, la somma prevista nel contratto può variare, tanto in più quanto in meno, secondo la quantità effettiva di opere eseguite. Per la esecuzione loro sono fissati nel capitolato di appalto prezzi invariabili per unità di misura e per ogni specie di lavoro.”*

Cfr. anche L. 2248/1865 All. F, art. 328: *“I lavori, la entità e valore dei quali non possono essere preventivamente stabiliti, si eseguono in economia secondo le norme fissate dalle leggi di contabilità.”*

Per quanto riguarda poi le spese di procedura, come i costi sostenuti per svolgere l'asta, per la stipulazione del contratto, le spese di bollo, di iscrizioni ipotecarie per le cauzioni ed altri, si stabilisce che essi sono tutti a carico dell'imprenditore.<sup>13</sup>

Conseguentemente, l'impianto della l. 2248/1865, All. F, sembra per lo più incentrato sul momento esecutivo del contratto<sup>14</sup>: ciò pare essere confermato, anche da un punto di vista squisitamente sistematico, in quanto più della metà degli articoli relativi ai contratti pubblici ivi contenuti sono collocati nel capo III del Titolo VI ("della gestione amministrativa ed economica dei lavori pubblici"), rubricato, appunto, "*esecuzione dei contratti.*"

Ad esempio, infatti, ai sensi dell'art. 340<sup>15</sup> all'amministrazione era attribuita la facoltà di sciogliersi dal contratto con l'appaltatore che, nel corso di esecuzione dell'opera, si era reso colpevole di frode o colpa grave, e che si era reso inadempiente agli obblighi contrattuali.

È solo verso la fine del secolo, con il Capitolato Generale per gli appalti delle opere dipendenti dal Ministero dei Lavori Pubblici, approvato con D.M. 28 maggio 1895, che il legislatore comincia a porre maggior attenzione al possesso di determinati requisiti tecnici ed economici al fine della partecipazione alle gare pubbliche<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr. L. 2248/1865, All. F, art. 335.

<sup>14</sup> R. TITOMANILIO, *L. 11 febbraio 1994 N. 109*, in *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, a cura di A. CARULLO e A. CLARIZIA, Padova, Cedam, 1994, p. 201. L'autore evidenzia come sembra emergere dalla L. 2248/1865 All. F anche una sorta di "*preoccupazione dell'Amministrazione di mantenere integra la capacità finanziaria dell'appaltatore, mediante il divieto di cessione del credito (ex art. 339), la negazione dei sequestri sul prezzo d'appalto richiesti dai creditori dell'appaltatore (ex art. 351), etc...*."

Cfr. L. 2248/1865, All. F, Art. 339: "*È vietato all'appaltatore di cedere o subappaltare tutta od in parte l'opera assunta, senza l'approvazione della Autorità competente, sotto la comminatoria della immediata rescissione del contratto e di una multa corrispondente al ventesimo del prezzo del deliberamento. È pure vietata qualunque cessione di credito e di qualunque procura, le quali non siano riconosciute. Sono permessi soltanto i cottimi per la esecuzione dei movimenti di terra, sempre però sotto la responsabilità dell'appaltatore.*"

Cfr. L. 2248/1865, All. F, Art. 351: "*Ai creditori degli appaltatori di opere pubbliche non sarà concesso nessun sequestro sul prezzo di appalto durante la esecuzione delle stesse opere, salvo che l'Autorità amministrativa, da cui l'impresa dipende, riconosca che il sequestro non possa nuocere all'andamento ed alla perfezione dell'opera.*"

<sup>15</sup> Cfr. L. 2248/1865, All. F, art. 340: "*L'amministrazione è in diritto di rescindere il contratto, quando l'appaltatore si renda colpevole di frode o di grave negligenza e contravvenga agli obblighi e alle condizioni stipulate. In questi casi l'appaltatore avrà ragione soltanto al pagamento dei lavori eseguiti regolarmente, e sarà passibile del danno che provenisse all'Amministrazione dalla stipulazione di un nuovo contratto, o dalla esecuzione d'ufficio.*"

<sup>16</sup> R. TITOMANILIO, "*L. 11 febbraio 1994 N. 109*", op. cit., 201: "*La necessità di considerare la situazione morale, tecnica ed economica delle imprese, al momento dell'ammissione alla gara, si rinviene nel capitolato generale, approvato con D.M. 28 maggio 1895.*"

Il decreto ministeriale in esame, dopo aver stabilito all'art. 1 che gli appalti pubblici si svolgono nel rispetto delle leggi e dei regolamenti sulla contabilità generale dello Stato<sup>17</sup>, senza distinguere -almeno a livello teorico- tra requisiti di carattere generale e speciale, stabilisce che i soggetti che vogliono partecipare a tali gare devono presentare all'amministrazione una serie di documenti, ai sensi dell'art. 2 lettere a), b) e c), tra cui: l'attestato penale, il certificato di moralità, una dichiarazione con cui il concorrente attesti di essersi recato sul luogo dei lavori e di aver preso conoscenza delle condizioni locali, ed infine un certificato di idoneità<sup>18</sup>.

Quest'ultimo doveva contenere l'elenco dei lavori pubblici o privati -analoghi a quelli per cui si concorreva- precedentemente svolti dall'appaltatore, il tempo e il luogo dove erano stati eseguiti, la loro riuscita ed infine l'attestato di litigiosità dell'imprenditore.

Lo scopo di tale certificato di idoneità pare essere chiaro, con esso il privato garantiva all'amministrazione di avere tutti i requisiti che lo rendevano un soggetto idoneo e capace di svolgere l'opera pubblica, avendo egli già *“dato prova di perizia e di sufficiente pratica nell'esecuzione o nella direzione”* di lavori analoghi, e che questi furono eseguiti *“regolarmente e con buon risultato.”*<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> D.M. 28 maggio 1895, art. 1: *“L'appalto a pubblici incanti delle opere dipendenti dall'Amministrazione dei lavori pubblici si fa nei modi stabiliti dalle leggi e dai regolamenti sulla contabilità generale dello Stato e secondo le indicazioni degli avvisi d'asta.”*

<sup>18</sup> D.M. 28 maggio 1895, art. 2: *“Per essere ammessi a concorrere alle aggiudicazioni delle dette opere si dovrà presentare: a) l'attestato penale e il certificato di moralità di data non anteriore di quattro mesi a quella fissata per l'asta, rilasciati dalle competenti autorità; b) un certificato di idoneità rilasciato dal Prefetto (o Sottoprefetto) del luogo ove il concorrente ha eseguito per conto proprio, o diretto per conto altrui, lavori pubblici o privati analoghi a quelli da appaltarsi nel quale si assicuri di aver egli dato prove di perizia e di sufficiente pratica nell'esecuzione o nella direzione di detti lavori. [...] L'attestato, oltre la specifica enunciazione dei lavori e del loro ammontare dovrà contenere l'indicazione del tempo e del luogo ove furono eseguiti ed accennare altresì se lo furono regolarmente e con buon risultato, e se dettero luogo o no a liti fra l'Amministrazione e l'appaltatore. [...] c) una dichiarazione con cui il concorrente attesti di essersi recato sul luogo ove debbono eseguirsi i lavori, di aver preso conoscenza delle condizioni locali, ed eventualmente delle cave e dei campioni nonché di tutte le circostanze generali e particolari che possono aver influito sulla determinazione dei prezzi e delle condizioni contrattuali, e che possono influire sulla esecuzione dell'opera, e di avere giudicati i prezzi medesimi nel loro complesso remuneratori e tali da consentire il ribasso che starà per fare.”*

<sup>19</sup> M. ROTONDI, *L'appalto di opere pubbliche i soggetti: dall'ANC ai nuovi sistemi di qualificazione delle imprese*, op. cit., 193, dove l'autore afferma che nel capitolato generale approvato con DM il 28 maggio 1895 *“si ritrova, in nuce, l'impianto del sistema di qualificazione del secolo successivo. I concorrenti devono presentare l'attestato penale e il certificato di moralità (in data non anteriore a quattro mesi) ed un certificato di buona esecuzione (le modalità di redazione ed i contenuti sono puntualmente descritti) sul quale si costruisce la nozione di <precedente esperienza>. Altra dichiarazione – di aver preso conoscenza dei luoghi e delle condizioni di approvvigionamento- non serve a costruire il sistema di qualificazione, ma invero la consapevolezza dell'offerta. La produzione*

Tali documenti dovevano essere presentati all'amministrazione competente entro il termine indicato nell'avviso d'asta, e in ogni caso non oltre otto giorni dalla data di svolgimento dell'asta per gli incanti a termine ordinario (se invece si fosse trattato di incanti con termine abbreviato, il termine sarebbe stato ridotto da otto a cinque giorni)<sup>20</sup>.

Ricevuti i documenti, spetta poi all'amministrazione esaminarli e decidere se l'istante possa partecipare alla gara pubblica o meno. Tale fase, a ben vedere, sembra comunque lasciare ampia decisione all'amministrazione.

Il DM in esame, infatti, non sembra indicare parametri cui l'amministrazione si deve attenere in questa valutazione, né le modalità in cui si deve svolgere, ma al contrario, pare conferire in capo alla PA una discrezionalità molto ampia e, in aggiunta, definitiva, in quanto *“il giudizio sul merito dei documenti presentati tanto al Ministero che alle autorità locali verrà pronunciato, a seconda dei casi, da quello o da queste e sarà inappellabile.”*<sup>21</sup>

Proprio perché l'affidabilità dell'imprenditore veniva valutata preventivamente sulla base dei documenti così specificati, nel caso di mancata presentazione della suddetta documentazione all'amministrazione era riservata, ai sensi dell'art. 4, *“la piena e insindacabile libertà di escludere dall'asta qualunque dei concorrenti”*<sup>22</sup>, in quanto non era più possibile effettuare un giudizio sulla serietà ed idoneità dei partecipanti a svolgere l'opera pubblica.

---

*degli indicati documenti avviene asta per asta; non è prevista, cioè, la conservazione dei titoli di partecipazione e, pertanto, non ne è consentita l'utilizzazione al di là della gara che ne ha imposto la produzione.”*

<sup>20</sup> Cfr. D.M. 28 maggio 1895, art. 3: *“[...] Il termine utile per la presentazione dei documenti verrà indicato nell'avviso d'asta, ma non potrà in ogni caso essere fatta più tardi di otto giorni avanti la data fissata per l'asta negli incanti a termine ordinario, e di cinque in quelli a termine abbreviato.”*

<sup>21</sup> Cfr. DM 28 maggio 1895, art. 3, il quale sembra solamente preoccuparsi di individuare l'amministrazione competente ad esaminare i documenti presentati dai concorrenti all'ammissione, infatti: *“Trattandosi di lavori per i quali, a termini delle vigenti disposizioni, gli incanti debbono tenersi simultaneamente presso il Ministero e presso le autorità locali i concorrenti dovranno, prima dell'asta, presentare i documenti indicati nel presente articolo al Ministero il quale li esaminerà e, ove li riconosca regolari e non creda di valersi delle facoltà di cui nel successivo articolo, li restituirà ai concorrenti dopo di aver munito il certificato del Prefetto (o Sottoprefetto) di una dichiarazione di ammissibilità. Nei casi invece in cui l'incanto debba tenersi unicamente presso le autorità locali, gli atti di cui sopra saranno presentati all'autorità incaricata di presiedere l'asta, la quale dopo averli esaminati con l'intervento dell'ingegnere capo dell'ufficio del Genio Civile, e riconosciuti regolari, inviterà i concorrenti a presentare le loro offerte.”*

<sup>22</sup> Cfr. D.M. 28 maggio 1895, art. 4: *“Non ostando la presentazione dei documenti indicati nel precedente art. 2, l'Amministrazione si riserva la piena e insindacabile libertà di escludere dall'asta qualunque dei concorrenti, senza che l'escluso possa reclamare indennità di sorta, né pretendere che gli siano rese note le ragioni del provvedimento.”*

### *1.1.2 Il regolamento sulla contabilità generale dello Stato: alla ricerca del contraente affidabile che comporti anche la minor spesa pubblica*

Come si è detto, a partire dal XIX secolo, fino agli anni 70-80 del 900, la disciplina della scelta del contraente in materia dei contratti pubblici è governata essenzialmente dal principio di contabilità<sup>23</sup>.

Le esigenze di garantire il corretto ed oculato utilizzo del denaro pubblico si ritrovano anche alla base della normativa successiva costituita dal Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato<sup>24</sup>, approvato con RD 23 maggio 1924, n. 827<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Cfr. S. VINTI, *L'eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo e l'oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici*, in *Federalismi*, 12, 2020, pp. 254 e ss. dove l'autore afferma che: *"In Italia, tradizionalmente, l'attività contrattuale della pubblica amministrazione è stata considerata una branca tipica del diritto finanziario. Proprio da questo settore deriva la disciplina dell'evidenza pubblica che rappresenta, da tale angolazione, il canale di collegamento tra l'autonomia privata delle stazioni appaltanti e le esigenze della funzione amministrativa (cioè dell'interesse pubblico) cui il contratto d'appalto è subordinato. Tale impostazione trova ancora oggi riscontro nelle norme interne di contabilità pubblica che contengono specifiche disposizioni relative al procedimento di formazione della volontà contrattuale della pubblica amministrazione: norme che costituiscono il primo corpo di leggi che ha riguardato – e tuttora continua a riguardare – l'attività dell'amministrazione nell'ottica di garantire il corretto e oculato utilizzo delle risorse erariali. [...] Ciò dimostra -ma si tratta di aspetti indubbiamente risaputi- che in Italia la vicenda dei contratti della pubblica amministrazione è da sempre fortemente condizionata da imprescindibili esigenze di contenimento della spesa e di corretta gestione delle risorse collettive, entrambe intese come limiti immanenti all'autonomia negoziale degli enti pubblici."*

<sup>24</sup> Cfr. O. SEPE, *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, 986; M. GALLO, *Contratti di diritto privato degli enti pubblici*, in *Nov. Dig. It.*, IV, Torino, 1968, 632; D. BORTOLOTTI, *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV, Torino, 1989, 37; Cfr. anche A. FARÌ, *I "contratti attivi" – L'evidenza pubblica tra regole di contabilità e di mercato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 18 e ss. dove si conferma che *"la ragione principale dell'introduzione dell'evidenza pubblica è da rinvenirsi, storicamente, nella tutela delle esigenze di contabilità pubblica. In altri termini, il primo interesse tutelato con la disciplina dell'evidenza pubblica è un interesse economico/finanziario, di contabilità, al corretto impiego del denaro pubblico e, pertanto, finalizzato ad una corretta individuazione del contraente dell'amministrazione, consentendo così un impiego efficiente delle risorse pubbliche. [...] La prima fase di codificazione dell'evidenza pubblica può, pertanto, ricondursi alla disciplina di contabilità appena citata che prevedeva che la stipula del contratto fosse preceduta da una fase pubblicistica di scelta del contraente attraverso pubblici incanti. Deve sottolinearsi che le esigenze di contabilità menzionate, fin dal principio, sono state intese e declinate nell'ambito della contrattualistica pubblica quale esigenza di garanzia e, al contempo, quale esigenza di efficienza."*

<sup>25</sup> Il quale costituisce attuazione del RD 18 novembre 1923, n. 2440, recante nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello stato.

In altri termini, il procedimento di evidenza pubblica come disciplinato dal citato regolamento sulla contabilità di Stato aveva come obiettivo ultimo quello di ricercare un contraente affidabile ed idoneo a compiere una determinata opera, ma che allo stesso tempo comportasse il minor dispendio possibile di denaro: in questo modo si sarebbe “*posto un freno agli abusi dei fornitori dello Stato*” salvaguardandone, in primo luogo, le finanze.<sup>26</sup>

Sulla base di queste premesse, l’impianto previsto dal RD 23 maggio 1924, n. 827 appare molto simile rispetto a quello precedente (la L. 2248/1865, All. F), non solo in quanto le norme dedicate ai contratti pubblici sono “poche, semplici e chiare” (basti pensare che, complessivamente, vi sono dedicati non più di 110 articoli), ma soprattutto perché rimangono affidati all’amministrazione ampi spazi di discrezionalità nella scelta del contraente sia nell’individuazione della procedura da seguire, sia rispetto l’accertamento dell’idoneità della controparte privata<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Sulle ragioni dell’evidenza pubblica al tempo del regolamento generale sulla contabilità di stato, si veda, tra tutti, M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 676 e ss. L’autore dopo aver accennato al fatto che i contratti di evidenza pubblica costituiscono solo una parte dell’insieme dei contratti stipulati dalla PA, sottolinea come la loro funzione risulti chiara fin dalla dottrina più risalente: il loro scopo principale, nel pensiero dell’A., era quello di evitare che l’amministrazione stipulasse contratti con soggetti non affidabili i quali avrebbero comportato notevoli danni alle finanze pubbliche. In particolare, si legge: “*Statisticamente i contratti ad evidenza pubblica costituiscono una minoranza nell’insieme dei contratti delle amministrazioni pubbliche, e anche sotto l’aspetto qualitativo, non sempre sono i più importanti. Basti considerare che si richiede la procedura d’evidenza pubblica per un contratto di pochi milioni [di lire, ndr] di un ente locale di assistenza, mentre non la si richiede per un contratto di molti miliardi di un grande ente pubblico-impresa. Con tutto ciò essi sono considerati i contratti per eccellenza delle amministrazioni pubbliche, forse per quel fenomeno di vischiosità del mito statalistico che ancor pervade la dottrina e la giurisprudenza. [...] La funzione dei contratti ad evidenza pubblica è già chiara nella dottrina meno recente. L’appunto che ad essa si può muovere è semmai quello di aver generalizzato tali contratti, senza mai guardare la realtà effettiva. Va peraltro ricordato che sino al 1924 per alcuni contratti dello Stato era prevista l’approvazione per legge: sicché a molti l’evidenza pubblica appariva anche come un mezzo di controllo parlamentare sul governo (da noi comunque non ha mai funzionato in tal senso.) [...] Esso [il contratto ad evidenza pubblica] è introdotto dalla legislazione dello scorso secolo, per una ragione pratica -di porre un freno agli abusi dei fornitori dello Stato, specie militari- e per una ragione di coerenza con il sistema del diritto amministrativo. In particolare con il principio di legalità.*”

<sup>27</sup> Ancora, sui principi generali in materia di contratti pubblici come regolati dal regolamento di contabilità di stato del 1924 si veda, tra tutti, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene Editore, 1982, XIII ed., I, pp. 662 e ss. dove si afferma che: “*Per la generalità dei contratti di un certo rilievo la scelta, da parte dello Stato e degli enti pubblici tradizionali (enti territoriali, istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza), del contraente con cui stipulare, ha luogo in un momento successivo all’atto amministrativo di deliberazione del contenuto del contratto. Tutti i contratti vengono poi conclusi a seguito di procedure complesse ordinate ad assicurare all’Amministrazione la pattuizione più vantaggiosa e l’esecuzione nelle condizioni di miglior tranquillità e sicurezza. Tali procedure (costituite -salvo quanto si dirà a proposito della trattativa*

La legge pone solo i modelli procedimentali da seguire per la scelta del contraente, ma l'Amministrazione decide caso per caso se e quali requisiti debbono essere posseduti dagli aspiranti contraenti.

In apertura il RD 827/1924 stabilisce che, nel caso di forniture, trasporti, acquisizioni, alienazioni, affitti e lavori, la pubblica amministrazione e gli enti pubblici debbono provvedere con contratti e che *“tutti i contratti dai quali derivi entrata o spesa dello Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti,”* ad eccezione di alcuni casi indicati dalla legge.<sup>28</sup>

Infatti, era previsto che le stazioni appaltanti, oltre all'asta pubblica che rappresentava la regola generale, al ricorrere di ipotesi eccezionali potevano procedere tramite altri modelli ancora più rapidi e con meno vincoli procedurali, tra cui, in particolare: la licitazione privata (che oggi corrisponderebbe alla procedura ristretta) e la trattativa privata (attualmente assimilabile alla procedura negoziata).<sup>29</sup>

---

*privata- di una sequenza di atti amministrativi) sono l'asta pubblica, la licitazione privata, la trattativa privata, l'appalto concorso.”*

<sup>28</sup> Cfr. RD 827/1924, art. 37, comma 1: *“Tutti i contratti dai quali derivi entrata o spesa dello Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, eccetto i casi indicati da leggi speciali e quelli previsti nei successivi articoli.”*

<sup>29</sup> In generale il RD 827/1924 prevede una serie di modalità eterogenee che la PA può utilizzare per scegliere il miglior contraente, esse sono: l'asta pubblica, la licitazione privata, la trattativa privata e l'appalto concorso. Il favore del legislatore è rivolto al primo di questi modi, mentre gli altri si atteggiano come eccezione alla regola generale.

A riguardo, M.S. GIANNINI, in *Diritto Amministrativo*, op. cit., pp. 692 e ss. parla di “modi” per svolgere la procedura di evidenza pubblica che possono essere divisi in due grandi gruppi: *“quelli di tipo meccanico e quelli di tipo negoziato. Sono modi meccanici l'asta pubblica e la licitazione privata; sono modi negoziati il concorso e la trattativa privata. Nei modi meccanici i tratti salienti sono due: che la controparte dell'amministrazione non partecipa alla formazione del contenuto contrattuale, e che in realtà non è scelta ma individuata attraverso un congegno puramente meccanico e per più aspetti casuale. Nei modi negoziati invece la controparte è individuata attraverso una scelta ragionata dell'amministrazione, e partecipa alla formazione del contenuto contrattuale o mediante trattative, o proponendo essa direttamente il contenuto contrattuale (com'è nel concorso), salvo discuterlo con l'amministrazione contrattante.”*

Tale essendo la *ratio*, all'asta pubblica possono partecipare tutti i soggetti che vogliono contrattare con la PA, mentre in caso di licitazione privata possono partecipare solo gli operatori previamente invitati dall'amministrazione. Per quanto riguarda i modi di tipo negoziato, la trattativa privata consiste in un procedimento informale in cui PA e privati negoziano direttamente il contratto; l'appalto concorso è un modo di gara particolarmente indicato quando la PA non è in grado, prima della gara, di redare né un contratto completo da aggiudicare, né un progetto di contratto, ma ha bisogno di rivolgersi a diversi concorrenti i quali proporranno essi stessi varie proposte di contratto e, infine, una commissione sceglierà il migliore tra questi.

Sull'analisi dei modi di svolgimento dell'evidenza pubblica sopra elencati, si veda anche A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, op.cit., pp. 663 e ss.

Tralasciando l'analisi delle singole fattispecie in cui si poteva ricorrere all'una o all'altra procedura, la legge prevedeva anche una sorta di clausola generale per cui al verificarsi di *“un'evidente urgenza prodotta da circostanze imprevedute”* che non permette *“l'indugio degli incanti”* oppure di *“speciali ed eccezionali circostanze per le quali non possano essere utilmente seguite le forme”* dell'asta pubblica o della licitazione privata, la PA poteva decidere se aggiudicare l'appalto, rispettivamente, tramite la licitazione privata<sup>30</sup> o la trattativa privata.<sup>31</sup> Tali ragioni, ovviamente, dovevano essere esplicitate dall'amministrazione nel decreto di approvazione del contratto e dimostrate al Consiglio di Stato nei casi in cui era richiesto il suo parere preventivo sulla commessa pubblica.

Queste, a ben vedere, erano le principali limitazioni imposte dal regolamento sulla contabilità generale dello stato: il verificarsi di una fattispecie -generale o tipica- prevista dal legislatore e la motivazione di tale scelta.

Per intenderci, se paragonassimo la trattativa privata così come regolata dal RD 827/1924 e il suo moderno corrispettivo della procedura negoziata di cui all'art. 63 del d. lgs. 50/2016 si noterebbe subito che in quest'ultimo caso i vincoli di procedura che la singola stazione appaltante incontra sono decisamente più numerosi, le fattispecie che ne giustificano l'adozione

---

<sup>30</sup> Ai sensi dell'art. 38 del RD 827/1924 si può procedere alla licitazione privata nei seguenti casi: 1) per le forniture di ogni genere, per i trasporti o per i lavori, quando un'evidente urgenza prodotta da circostanze imprevedute non permetta l'indugio degli incanti, e per le provviste occorrenti all'esercito, all'armata o all'aeronautica militare, quando siano urgentemente richieste dalla sicurezza dello Stato; 2) per le provviste di materie e derrate che per loro natura, o per l'uso speciale a cui sono destinate, debbono essere acquistate nel luogo della produzione o fornite direttamente dai produttori; 3) per i prodotti d'arte, macchine, strumenti e lavori di precisione connessi ad artefici o ditte specializzate; 4) per dare in affitto ad uso di abitazione locali e loro dipendenze, quando non sia conveniente ricorrere ad incanti; 5) quando sia andato deserto l'incanto o non si è raggiunto il limite fissato dalle offerte, salvo che l'amministrazione non ritenga di dover stipulare il contratto a trattativa privata; 6) quando trattasi di contratti che durano più anni e in virtù dei quali il fornitore debba sempre tenere a disposizione dell'amministrazione una determinata quantità della materia da somministrare, ovvero debba avere i mezzi necessari per una data fabbricazione.

<sup>31</sup> Ai sensi dell'art. 41 del RD 827/1924 si può procedere alla trattativa privata nei seguenti casi: 1) quando gli incanti e le licitazioni siano andate deserte o si abbiano fondate prove per ritenere che ove si sperimentassero andrebbero deserte; 2) per l'acquisto di cose la cui produzione è garantita da privativa industriale, o per la cui natura non è possibile promuovere il concorso di pubbliche offerte; 3) quando trattasi di acquisto di macchine, strumenti od oggetti di precisione che una sola ditta può fornire con i requisiti tecnici e il grado di perfezione richiesti; 4) quando si debbano prendere in affitto locali destinati a servizi governativi; 5) quando l'urgenza dei lavori, acquisti, trasporti e forniture sia tale da non consentire l'indugio degli incanti o della licitazione; 6) e in genere in ogni altro caso in cui ricorrono speciali ed eccezionali circostanze per le quali non possano essere utilmente seguite le forme degli artt. da 37 a 40 del presente regolamento.

sono più dettagliate, lo spazio di scelta riservato all'amministrazione è notevolmente ridotto e il tempo di conclusione del procedimento inevitabilmente allungato.<sup>32</sup>

Per quanto riguarda l'accertamento dell'idoneità della controparte privata, poi, il regio decreto in esame sembra confermare l'impianto previsto dal Capitolato Generale del 1895: al fine di poter essere ammessi a partecipare alle gare pubbliche, ai sensi dell'art. 67, i concorrenti devono presentare un attestato, rilasciato dal prefetto *“non più di sei mesi prima del giorno in cui è tenuta l'asta”*, e *“dal quale risulti aver l'aspirante dato prove di perizia e di sufficiente pratica nell'esecuzione, o nella direzione di altri consimili contratti d'appalto di lavori pubblici o privati.”*<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> L'art. 63 del D. Lgs. 50/2016 individua i casi in cui l'amministrazione aggiudicatrice può ricorrere allo strumento della procedura negoziata, tra cui, ad esempio, qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta; quando i lavori, servizi o forniture possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni: i) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica, ii) la concorrenza è assente per motivi tecnici, iii) la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale (nel dettaglio, specifica la norma, le eccezioni di cui ai punti ii) e iii) si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto); o quando per imprevedibili ragioni di estrema urgenza non è possibile rispettare i termini delle procedure aperte o ristrette. Una volta verificatasi la fattispecie indicata dalla legge, l'amministrazione deve selezionare il contraente con cui trattare, e proprio in questa fase si notano le maggiori differenze: la PA si deve attenere a rigidi e predeterminati criteri, sia nel caso di appalti sopra soglia, che di appalti sottosoglia (cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 36, comma 3, lett. c, c-bis). Per intenderci, prima devono essere individuati gli operatori economici con cui trattare nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione; a seconda del valore dell'appalto devono essere invitati un determinato numero di concorrenti; viene scelto il concorrente offerente le condizioni più vantaggiose; l'amministrazione verifica che tale concorrente possieda i requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o competitiva con negoziazione.

<sup>33</sup> M. ROTONDI, *L'appalto di opere pubbliche i soggetti: dall'ANC ai nuovi sistemi di qualificazione delle imprese*, op. cit., p. 193.

RD 827/1924, art. 67: *“Quando trattasi di lavori d'arte o di nuove costruzioni, l'aspirante deve dimostrare la sua idoneità con la presentazione d'un attestato, rilasciato non più di sei mesi prima del giorno in cui è tenuta l'asta, dal prefetto o sottoprefetto, sentito, secondo i casi, l'ufficio del Genio civile o l'ufficio tecnico di finanza, dal quale risulti aver l'aspirante dato prove di perizia e di sufficiente pratica nell'esecuzione, o nella direzione di altri consimili contratti d'appalto di lavori pubblici o privati.*

*Quando l'aspirante non possa provare tale sua idoneità, e presenti in vece sua una persona che riunisca le condizioni suesprese, e alla quale egli si obblighi di affidare la esecuzione delle opere, l'amministrazione può ammetterlo all'incanto.”*

A completamento di ciò, viene specificato nel successivo art. 68 che l'amministrazione può escludere, con atto insindacabile, qualunque concorrente che nell'esecuzione di una precedente opera si sia reso colpevole di negligenza o malafede<sup>34</sup>.

In poco più di due disposizioni, dunque, veniva esaurito il tema relativo all'accertamento dei requisiti di idoneità che dovevano essere posseduti dai partecipanti alle gare pubbliche.

In questo modo, per gran parte del 900 il settore degli appalti pubblici rimase particolarmente dinamico garantendo la costruzione e realizzazione di importanti infrastrutture di rilevanza nazionale come reti ferroviarie, reti stradali, sistemi fognari, acquedotti, ospedali, edifici scolastici ed altri.

Ciò, insieme ad altri fattori di natura economico-finanziaria che esulano dall'oggetto di questa tesi, comportava anche una forte competitività del mercato italiano sul piano internazionale fino a ridurre, in maniera significativa, il gap che separava l'Italia di allora dalle principali potenze mondiali.<sup>35</sup>

Infatti, specialmente se si considera il periodo tra il 1950 e il 1970, si parla a riguardo del "miracolo economico italiano" il cui simbolo è rappresentato dalla iconica cinquecento FIAT, che deve la sua fortuna anche ad una stretta collaborazione tra privato e pubblico nella realizzazione delle grandi infrastrutture del dopoguerra: in Italia, più che negli altri paesi europei, si era deciso di investire maggiormente nel trasporto su strada rispetto a quello su treno<sup>36</sup> e ciò aveva comportato la realizzazione di oltre 4.000 km di autostrade tramite commesse pubbliche, incentivando così gli italiani a comprare la storica macchina torinese.

---

<sup>34</sup> Cfr. RD 827/1924, art. 68: *"Sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si siano rese colpevoli di negligenza o malafede. La esclusione è dichiarata con atto insindacabile dalla competente amministrazione centrale da comunicarsi al ministero delle finanze (ragioneria generale), a cura del quale ne viene data notizia alle altre amministrazioni. Analogamente si provvede per le eventuali riammissioni.*

*Fermo il disposto del precedente comma, l'amministrazione ha piena ed insindacabile facoltà di escludere dall'asta qualsiasi concorrente senza che l'escluso possa reclamare indennità di sorta, né pretendere che gli siano rese note le ragioni dell'esclusione."*

<sup>35</sup> Cfr. C. BASTASIN e G. TONIOLO, *La strada smarrita – breve storia dell'economia italiana*, Bari, Laterza, 2020, pp. 36 e ss.; P. BATTILANI e F. FAURI, *L'economia italiana dal 1945 ad oggi*, Bologna, Il Mulino, 2019, pp. 91 e ss; in generale, sulla Golden Age in Europa si veda, *ex multis*, G. TONIOLO, *Europe's Golden Age, 1950-1973: Speculations from a Long-Run Perspective*, in "The Economic History Review", 51, n. 2, 1998, pp. 252-267.

<sup>36</sup> Cfr. A. GIUNTINI e C. PAVESE (a cura di), *Reti, mobilità, trasporti. Il sistema italiano tra prospettiva e innovazione*, Milano, Angeli, 2004.

## 1.2 La scelta del contraente secondo il principio della previa qualificazione

### 1.2.1 L'introduzione dell'elemento fiduciario e del sistema unico di qualificazione dagli elenchi fiduciari all'Albo Nazionale Costruttori

Come accennato, a seguito di una serie di importanti fattori, come l'espansione e il consolidamento della presenza della PA nel mercato dei lavori pubblici -indipendentemente dal verificarsi di eventi eccezionali- ed anche lo sviluppo, da un punto di vista quantitativo e qualitativo, delle imprese operanti in tale mercato, durante la prima metà del XX secolo si rafforzava ancora di più l'esigenza per l'amministrazione di ottenere preventivamente una migliore conoscenza del possibile contraente.

Quindi, per ottimizzare la ricerca del contraente più affidabile le amministrazioni cominciano a compilare albi locali di fiducia, introducendo un primo "sbarramento" tra gli aspiranti partecipanti: possono partecipare, in linea di massima, solo i soggetti iscritti in tali albi.

Tale iscrizione, da un lato era rimessa alla discrezionalità della singola stazione appaltante la quale vi inseriva solo i soggetti ritenuti da essa affidabili e idonei a svolgere determinati lavori secondo parametri da essa stabiliti, dall'altro, tuttavia, la presenza in questi elenchi aveva valore orientativo e non era vincolante.

È chiaro che tale sistema, caratterizzato da un gran numero di discipline particolari, necessitava di essere ricondotto ad unità, ed a tal fine, dopo una serie di diversi interventi legislativi succedutisi nel corso del tempo<sup>37</sup>, veniva emanata la L. 10 febbraio 1962, n. 57, che istituiva l'Albo Nazionale dei Costruttori.

---

<sup>37</sup> Per una completa ricostruzione storica, bisogna segnalare che l'Albo Nazionale Costruttori (come si evince dalla lettura dell'art. 1 della L. 57/1962) sostituisce il precedente Albo Nazionale degli appaltatori di opere pubbliche, istituito con L. 30 marzo 1942, n. 511 (il quale sostituiva, a sua volta, l'Albo Nazionale degli appaltatori di opere pubbliche istituito con L. 10 giugno 1937, n. 1139.)

Inoltre, è da sottolineare che, seppur istituito con le leggi 1139/1937 e 511/1942, l'Albo Nazionale Appaltatori non fu mai reso operativo e restò comunque valido fino alla l. 57/1962; per quanto riguarda poi l'efficacia dell'iscrizione in tale albo, essa costituiva un elemento che -nonostante non fosse decisivo- doveva essere tenuto in conto al fine dell'iscrizione negli elenchi provvisori delle singole amministrazioni.

Sul punto, cfr. R. TITOMANILIO, *L. 11 febbraio 1994 N. 109*, op. cit., p. 202: "*Fu necessaria una circolare ministeriale (circ. min. 24 maggio 1949, n. 7474), per sottolineare come l'iscrizione all'Albo Nazionale degli Appaltatori, <pur non avendo, allo stato delle cose, il significato di un requisito decisivo o preponderante ai fini della iscrizione negli elenchi provvisori delle imprese di fiducia>, dovesse costituire comunque un elemento di giudizio, che non poteva essere trascurato, ai fini dell'iscrizione negli elenchi provvisori.*"

Con l'Albo Nazionale Costruttori<sup>38</sup>, in sostituzione del precedente sistema a base per lo più locale e non vincolante, si creava un sistema di qualificazione legale, unico e obbligatorio per le imprese che intendevano contrattare con la PA qualora il valore della gara superasse una certa soglia, all'epoca stabilita in 10 milioni di lire<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Cfr. VINTI, *Albo Nazionale Costruttori*, in *Giustizia Civile*, 1988, parte II, p. 215 e ss..

<sup>39</sup> Fatta comunque salva la possibilità, ai sensi dell'art. 4, di poter ammettere alla gara anche imprese non iscritte all'albo (nazionali ed estere), qualora si tratti di lavori richiedenti una particolare specializzazione e per i quali non siano presenti nell'albo imprese idonee.

Ai sensi dell'art. 5, i costruttori venivano distinti per categorie e sottocategorie di lavori<sup>40</sup>, e per ciascuno di tali livelli veniva indicato l'importo massimo dei lavori che potevano assumere<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Le categorie e sottocategorie di lavori erano indicate nell'allegato all'Albo Nazionale Costruttori ed erano le seguenti:

Cat. I. – Lavori di terra con eventuali opere murarie ed in cemento armato di tipo corrente.

Cat. II. – Edifici civili ed opere connesse ed accessorie.

Cat. III. – Edifici industriali ed opere connesse ed accessorie.

Cat. IV. – Edifici monumentali, opere connesse ed accessorie e restauri.

Cat. V. – Opere speciali in cemento armato.

Cat. VI. – Impianti tecnologici e lavori speciali per l'edilizia:

Sottocategorie: a) Impianti termici di ventilazione e condizionamento; b) Impianti igienici ed idro-sanitari; c) Impianti elettrici esterni ed interni; d) Impianti telefonici, radiotelefonici e simili; e) Impianti di ascensori e montacarichi; f) Gestione e manutenzione dei suddetti impianti; g) Forniture e installazioni di manufatti vari di legno, strutture ed elementi prefabbricati; arredamenti incorporati nelle opere murarie; h) Forniture di marmi ed altri materiali lapidici affini; i) Opere ed applicazioni vetrarie comprese quelle per illuminazione; l) Lavori di tinteggiatura e verniciatura.

Cat. VII. – Lavori stradali.

Cat. VIII. – Opere stradali speciali:

Sottocategorie: a) Pavimentazioni speciali; b) Stabilizzazione terreni.

Cat. IX. – Acquedotti e fognature;

Cat. X. – Lavori di difesa e di sistemazione idraulica.

Cat. XI. – Lavori idraulici speciali:

Sottocategorie: a) Gasdotti; b) Oleodotti; c) Impianti di sollevamento; d) Impianti di potabilizzazione; e) Impianti di depurazione; f) Trivellazioni e pozzi; g) Impermeabilizzazione di terreni.

Cat. XII. – Lavori marittimi;

Cat. XIII. – Dighe;

Cat. XIV. – Gallerie;

Cat. XV. – Armamento ferroviario:

Sottocategorie: a) Fornitura materiale metallico; b) Fornitura legname; c) Posa in opera.

Cat. XVI. – Opere ferroviarie speciali:

Sottocategorie: a) Impianti per la sicurezza del traffico; b) Impianti per la trazione elettrica.

Cat. XVII. – Impianti elettrici:

Sottocategorie: a) Centrali idrauliche; b) Centrali termiche; c) Centrali elettronucleari; d) Cabine di trasformazione; e) Linee ad alta tensione; f) Linee a media e bassa tensione; g) Apparatari vari; h) impianti esterni di illuminazione.

Cat. XVIII. – Carpenteria metallica.

Cat. XIX. – Lavorazione del legno.

Cat. XX. – Impianti di telecomunicazioni.

Cat. XXI. – Lavori ed opere speciali varie:

Sottocategorie: a) Rilevamenti topografici speciali; b) Esplorazioni del sottosuolo con mezzi speciali; c) Fondazioni speciali.

<sup>41</sup> Ai sensi dell'art. 5, comma 3, dell'Albo Nazionale Costruttori, erano previste 10 classi di importo:

1° fino a L. 10.000.000;

2° fino a L. 25.000.000;

L'iscrizione in una determinata categoria, per uno specifico importo, abilitava la singola impresa a partecipare a tutte le gare bandite dalla PA che rientravano in quel determinato ambito senza dover presentare ogni volta ulteriori e diverse attestazioni.

In questo modo, secondo il principio della previa qualificazione, le imprese che potevano contrattare con la PA erano solo quelle considerate astrattamente e preventivamente affidabili, non più dalle singole stazioni appaltanti in relazione ad una gara specifica, ma dalla legge, in via generale.

In altre parole, da un lato si cominciavano a ridurre gradualmente gli ampi margini di discrezionalità della PA nell'apprezzamento dell'idoneità delle imprese e di selezione del contraente, dall'altro si spostava a livello legislativo la definizione dei criteri minimi necessari per poter partecipare alle gare pubbliche: in questo modo una prima selezione dei partecipanti veniva effettuata a monte, dalla legge<sup>42</sup>.

Infatti, è tramite la legge che viene minuziosamente descritto il procedimento di iscrizione all'Albo, l'elenco dei documenti necessari per provare la capacità generale e la capacità speciale dei privati, quest'ultima divisa a sua volta in idoneità tecnica ed economico-finanziaria<sup>43</sup>.

Per quanto riguarda la documentazione da allegare alla domanda di iscrizione, questa è minuziosamente descritta dalla stessa legge 57/1962 agli artt. 13 e 14, i quali disciplinano,

- 
- 3° fino a L. 50.000.000;
  - 4° fino a L. 100.000.000;
  - 5° fino a L. 250.000.000;
  - 6° fino a L. 500.000.000;
  - 7° fino a L. 1.000.000.000;
  - 8° fino a L. 2.500.000.000;
  - 9° fino a L. 5.000.000.000;
  - 10° oltre L. 5.000.000.000.

<sup>42</sup> M. ROTONDI, *L'appalto di opere pubbliche i soggetti: dall'ANC ai nuovi sistemi di qualificazione delle imprese*, op. cit., 195.

<sup>43</sup> Ai sensi dell'art. 12 della legge 57/1962, il procedimento di iscrizione all'Albo è ad istanza di parte, pertanto le imprese che intendono ottenere la certificazione di avvenuta iscrizione devono presentare apposita domanda a determinati collegi individuati dalla stessa legge. In via generale, le domande di iscrizioni sono rivolte al Comitato Centrale per l'albo dei costruttori istituito presso il Ministero dei Lavori Pubblici, il quale è a sua volta affiancato anche da un Comitato Regionale (presso il provveditorato regionale alle opere pubbliche) competente invece per le istanze per le categorie di importo fino a 100 milioni di lire. Inoltre, ex art. 6, avverso le deliberazioni del Comitato e dei Sottocomitati (qualora esistenti) è ammesso ricorso entro 30 giorni dalla loro comunicazione al Ministro per i lavori pubblici, il quale, se non ritiene di respingere il ricorso, può disporre, per una sola volta, il riesame da parte dello stesso Comitato. Mentre, ai sensi dell'art. 8, le decisioni del Comitato Regionale sono impugnabili, entro 30 giorni dalla loro comunicazione, al Comitato Centrale.

rispettivamente, i requisiti d'ordine generale ed i requisiti d'ordine speciale che devono essere posseduti e dimostrati dall'imprenditore per completare l'iscrizione.

Ai sensi dell'art. 13, in via generale, le attestazioni necessarie per comprovare i requisiti d'ordine generale ed ottenere l'iscrizione all'Albo sono: 1) la cittadinanza italiana, ovvero la residenza in Italia per gli stranieri; 2) assenza di precedenti penali; 3) certificato di iscrizione alla Camera di commercio, industria e agricoltura; 4) certificato dal quale risulta il reddito del richiedente; 5) certificato (facoltativo) di iscrizione in una associazione di categoria<sup>44</sup>.

In secondo luogo, l'art. 14 elenca i requisiti d'ordine speciale che vengono divisi nella tradizionale triade dell'idoneità tecnica, capacità finanziaria e attrezzatura tecnica.

Nello stesso articolo sono anche individuate le modalità per provare l'esistenza di tali requisiti, ed infatti, l'idoneità tecnica è dimostrata *“mediante titoli di studio, certificati rilasciati o confermati da funzionari tecnici in attività di servizio riferentisi a lavori eseguiti o diretti dal richiedente e da ogni altro documento,”* e tali certificati, inoltre, *“debbono indicare specificatamente i lavori eseguiti o diretti, il loro ammontare, il tempo e il luogo di esecuzione e dichiarare se lo furono regolarmente e con buon esito o se diedero luogo a vertenze con l'Amministrazione in sede arbitrale o giudiziaria con la indicazione dell'esito di esse.”*<sup>45</sup>

La capacità finanziaria è dimostrata da *“idonee referenze bancarie o da documenti che validamente comprovino la potenzialità economica e finanziaria dell'interessato.”*<sup>46</sup>

Infine, per quanto riguarda l'attrezzatura tecnica, il suo possesso deve risultare da *“dichiarazione del richiedente, nella quale debbono essere elencati e descritti i mezzi d'opera, attrezzi e materiali in genere di cui egli dispone, salva la facoltà dell'Amministrazione di*

---

<sup>44</sup> Cfr. L. 57/1962, art. 13, dove si stabilisce che i requisiti d'ordine generale e le attestazioni occorrenti per la iscrizione nell'Albo sono:

- 1) cittadinanza italiana, ovvero residenza in Italia, per gli stranieri, imprenditori e amministratori di società commerciali legalmente costituite purché appartengano a Stati che concedano trattamento di reciprocità nei riguardi dei cittadini italiani;
- 2) assenza di precedenti penali e di carichi pendenti relativi a delitti di cui al n. 2 dell'art. 21; se il direttore tecnico dell'impresa è persona diversa dal titolare di essa, i requisiti di cui ai numeri 1 e 2 devono riferirsi ad entrambi;
- 3) certificato di iscrizione alla Camera di commercio, industria e agricoltura con indicazione dell'attività specifica della ditta;
- 4) certificato dell'ufficio distrettuale delle imposte dirette dal quale risulti il reddito di categoria B, per il quale il richiedente è stato iscritto nei ruoli dell'imposta di ricchezza mobile nel triennio precedente la domanda di iscrizione, in relazione alla particolare attività di imprenditore da lui svolta; se questi non è ancora iscritto a ruolo, deve produrre apposita dichiarazione del detto ufficio;
- 5) certificato (facoltativo) di iscrizione in una associazione di categoria.

<sup>45</sup> Cfr. L. 57/1962, art. 14, n. 1.

<sup>46</sup> Cfr. L. 57/1962, art. 14, n. 2.

*eseguire controlli e di provvedere ai termini di legge nel caso di false o inesatte affermazioni.*"<sup>47</sup>

Una volta perfezionata l'iscrizione, ai sensi dell'art. 18, questa può essere modificata su istanza di parte -ad esempio, per chiedere il cambio di categoria o di importo- oppure d'ufficio qualora risulti che il costruttore, nell'esecuzione di determinati lavori, ha dimostrato di non possedere più l'attrezzatura e le idoneità necessarie.

Inoltre, è previsto in capo al Comitato Centrale anche un potere di sospensione e cancellazione delle imprese dall'Albo al ricorrere di una delle fattispecie indicate negli artt. 20 e 21 della presente legge.

Queste sanzioni, che raggiungono il risultato concreto di impedire all'imprenditore sanzionato di partecipare alle gare pubbliche, non hanno, come a prima vista può sembrare, una funzione punitiva nei confronti del privato, ma la loro vera *ratio* va colta nell'esigenza di proteggere l'amministrazione dal rischio di contrattare con un soggetto divenuto ormai inaffidabile<sup>48</sup>.

La formulazione originaria della L. 57/1962 non prevedeva alcun sistema di revisione della iscrizione e ciò comportava notevoli problemi sul piano pratico in quanto, con il trascorrere del tempo, non si poteva più avere la certezza che l'imprenditore ancora possedeva tutti requisiti suesposti e che ne avevano legittimato l'iscrizione all'Albo.

Tale problema fu risolto con la L. 15 novembre 1986, n. 768, (e con il relativo decreto attuativo D.M. 9 marzo 1989 n. 172) con la quale si istituiva una revisione periodica delle iscrizioni ogni cinque anni.

La *ratio* della norma, in coerenza con quanto finora descritto, era sempre quello di garantire l'amministrazione dal pericolo di contrattare con un soggetto che, seppur regolarmente e formalmente iscritto all'Albo costruttori, era divenuto inaffidabile<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Cfr. L. 57/1962, art. 14, n. 3.

<sup>48</sup> M. ROTONDI, *L'appalto di opere pubbliche i soggetti: dall'ANC ai nuovi sistemi di qualificazione delle imprese*, op. cit., p. 200: "Gli artt. 20 e 21 della l. n. 57/1962 prevedono, rispettivamente, la sospensione dell'efficacia dell'iscrizione e la cancellazione dall'Albo. Si tratta di sanzioni Amministrative che adotta il comitato centrale previa comunicazione degli addebiti. E solo attraverso la comminatoria della sanzione il comitato impedisce all'impresa la partecipazione alle gare: perché il comitato non ammette l'impresa alla gara. Tali misure non sono dirette a punire l'impresa – e quindi non attentano al principio di libertà di intraprendere e di concorrere – ma costituiscono un presidio per l'amministrazione contro il rischio di stipulare contratti con soggetti non affidabili. Per queste ragioni le dette sanzioni risultano coerenti con la disciplina comunitaria che intende offrire pari opportunità a quanti siano legittimati a coglierle."

<sup>49</sup> R. TITOMANILIO, *L. 11 febbraio 1994 N. 109*, op. cit., 204: "La lacuna più evidente, della disciplina prevista dalla l. n. 57 del 1962, risiedeva nel fatto che l'iscrizione all'Albo non era soggetta ad alcuna revisione, sicché, con il trascorrere degli anni, il certificato di iscrizione diventava sempre più

In conclusione, con il sistema di qualificazione delineato dall'Albo Nazionale Costruttori gli operatori economici, al fine di partecipare alle gare pubbliche, erano tenuti -di regola- a presentare all'amministrazione il solo certificato di iscrizione all'Albo.

Tali imprenditori, dunque, erano considerati astrattamente affidabili ed idonei a contrattare con la PA in quanto la certificazione di cui sopra dimostrava che essi erano affidabili, ossia, che possedevano adeguata competenza tecnica, finanziaria e organizzativa per svolgere una determinata commessa pubblica; l'insieme di tali idoneità e requisiti non era più indicato dall'amministrazione gara per gara, ma dalla legge.

All'interno della platea di questi soggetti, poi, all'esito di un procedimento di evidenza pubblica, l'amministrazione avrebbe scelto poi l'offerta migliore in applicazione del principio di contabilità pubblica sopradescritto.

### **1.3 L'influenza del diritto comunitario a partire dalle direttive “di prima generazione” e la formulazione del principio di tutela del mercato e della concorrenza**

#### *1.3.1 La definizione del principio di tutela della concorrenza e del mercato*

Con l'istituzione della Comunità Economica Europea comincia ad affermarsi un altro importante principio in materia di appalti pubblici: la tutela della concorrenza e del mercato<sup>50</sup>,

---

*inaffidabile: di qui l'affermarsi di un consolidato indirizzo giurisprudenziale, in forza del quale l'iscrizione divenne condizione necessaria, ma non sufficiente per partecipare alle gare.*

*Successivamente con la legge n. 768 del 1986, si tentò di porre rimedio a tale problema, prevedendo la revisione periodica delle iscrizioni e rinviando, ad un regolamento ministeriale, la normativa attuativa, aggiunta qualche anno dopo con DM 9 marzo 1989 n. 172, il quale ha dettato le modalità concrete di effettuazione sia di una generale revisione delle iscrizioni esistenti, sia delle revisioni future, da compiersi ogni cinque anni.”*

<sup>50</sup> Sul punto cfr. A. FARÌ, *I “contratti attivi” – L'evidenza pubblica tra regole di contabilità e di mercato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 25 e ss. dove si conferma che: *“In particolare, accanto alle esigenze di contabilità, ha avuto specifica evoluzione e sviluppo un'esigenza di tutela già insita nella disciplina di contabilità di inizio del secolo scorso, ma che allo stato attuale costituisce il cuore della disciplina dei contratti pubblici. Si tratta delle esigenze di tutela del mercato e della concorrenza, cale a dire di parità di posizione tra gli aspiranti all'aggiudicazione per ottenere la commessa pubblica. Lo spostamento del baricentro dell'interesse pubblico dalla tutela delle ragioni della contabilità pubblica alla tutela della concorrenza è stato il risultato di quattro diverse “generazioni” di direttive comunitarie che si sono succedute in materia.”*

che insieme alle già esaminate ragioni di contabilità ha il compito di guidare l'azione dell'amministrazione nella scelta del contraente<sup>51</sup>.

Considerato che la nozione di tutela della concorrenza è molto ampia e ricomprende al suo interno varie e diverse declinazioni, è necessario in primo luogo ricostruirne la definizione, per poi analizzare la disciplina contenuta nelle singole direttive europee.

Come è noto, il disegno politico europeo, fin dalla sua nascita, aveva tra i suoi obiettivi principali la creazione di un mercato unico, fondato sui principi<sup>52</sup> della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e libera circolazione dei servizi<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> In generale, sul tema dei rapporti tra diritto amministrativo interno e diritto comunitario si veda L. TORCHIA, *Diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario: sviluppi recenti del processo di ibridazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5, 1997; G. GRECO, *I rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M. P. CHITI e G. GRECO, parte generale, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 827 e ss; S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2-3, 2002, 291; C. FRANCHINI, *Organizzazione amministrativa europea*, in *Diritto amministrativo europeo*, a cura di E. CHITI, Milano, Giuffrè, 2018, 251 e ss.

<sup>52</sup> Cfr. Trattato che istituisce la Comunità europea, del 25 marzo 1957, articolo 3, paragrafo 1; articolo 4, paragrafo 1; articoli da 23 a 31; articoli da 39 a 60.

<sup>53</sup> Sullo stretto legame che intercorre tra tutela della concorrenza e del mercato e i principi di libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi alla base del mercato unico europeo, si veda M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Concorrenza e mercato*, Milano, Giuffrè, 1, 2015, p. 197: "In realtà, la base giuridica delle direttive europee in materia di contratti pubblici si è sempre fondata, non già sui Trattati in materia di concorrenza, bensì sui principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi espressamente richiamati nelle premesse e nei considerando delle nuove direttive. Da questi principi il considerando 1 della direttiva 2014/24/UE fa derivare i principi della parità di trattamento, di non discriminazione, di mutuo riconoscimento, di proporzionalità e di trasparenza attorno ai quali si sviluppa l'intera disciplina. Anche la Corte di giustizia dell'Unione europea ha avuto modo di precisare che il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici ha come fine 'di proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o 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 di appalti sia la possibilità che un'amministrazione aggiudicatrice si lasci guidare da considerazioni non economiche.' Da queste esigenze discende l'obbligo di 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'.

In giurisprudenza sul punto, tra le altre, si veda la sentenza 27 novembre 2001, della Corte di giustizia CE, Sez. VI.

In dottrina, *ex multis*, si vedano L.G. RADICATI DI BROZOLO, M. GUSTAFSSON, *Partecipazione alle gare e regole di concorrenza*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2002, p. 806; A. HEIMLER, *Appalti pubblici, prassi applicative e controlli: quale spazio per gli aspetti sostanziali?*, in *Merc., Conc. Reg.*, 2015, p. 184.

Per realizzare tale scopo era altresì necessario unificare e coordinare a livello europeo le procedure di aggiudicazione delle commesse pubbliche nei singoli Stati membri, tutelando in particolar modo gli interessi degli operatori economici sotto il profilo della concorrenza<sup>54</sup>.

Volendo dare un contenuto generale alla nozione di tutela della concorrenza, si può richiamare la nota sentenza della Corte Costituzionale, n. 401 del 23 novembre 2007.<sup>55</sup>

In tale pronuncia, in primo luogo la Corte ha ribadito che la finalità perseguita dal legislatore comunitario era quella di creare un mercato unico, aperto e fondato sui suesposti principi fondamentali.

In secondo luogo, richiamando anche la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, ha sottolineato che il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, ispirato al principio di tutela della concorrenza e del mercato, ha il fine essenziale *“di proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o 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 di appalti sia la possibilità che un’amministrazione aggiudicatrice si lasci guidare da considerazioni non economiche.”*

Da ciò ne consegue che l’amministrazione *“è tenuta ad 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.”*<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> Il legislatore europeo ha deciso di realizzare tale obiettivo principalmente tramite il ricorso allo strumento giuridico delle direttive, le quali, dato il loro numero elevato, possono essere anche suddivise in “direttive di prima generazione”, “direttive di seconda generazione” e via dicendo. In particolare, Tra le direttive “di prima generazione” più importanti rientrano sicuramente la direttiva 71/305/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, la direttiva 72/277/CEE relativa alle modalità e condizioni di pubblicazione nella Gazzetta ufficiale delle Comunità Europee dei bandi di gara per appalti e concessioni di lavori pubblici, la direttiva 77/62/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e la direttiva 80/767/CEE che adatta e completa, per quanto riguarda alcune amministrazioni aggiudicatrici, la direttiva 77/62/CEE.

<sup>55</sup> In via di estrema sintesi, la Provincia autonoma di Trento e diverse altre Regioni, avevano adito la Corte Costituzionale dolendosi in particolare, tra i molteplici motivi di ricorso, del fatto che l’adozione del codice appalti del 2006 (in attuazione delle direttive europee del 2004) avrebbe compresso eccessivamente la loro potestà normativa nella materia dei contratti pubblici. Infine, la Corte ha respinto gran parte delle questioni di legittimità sollevate, confermando l’impianto del codice e la potestà legislativa statale in materia delle procedure di affidamento le quali costituiscono diretta declinazione della materia della concorrenza.

<sup>56</sup> Inoltre, prosegue la Corte Costituzionale, l’ampia nozione di tutela della concorrenza utilizzata dal legislatore comunitario ricomprendrebbe più livelli: in primo luogo una concorrenza “per” il mercato, e successivamente anche una concorrenza “nel” mercato. Nel primo caso, ci si riferisce al fatto che gli operatori economici debbano avere, indipendentemente dalla loro nazionalità, pari condizioni di accesso

Con buona approssimazione, quindi, si può affermare che lo scopo ultimo di tale principio sia quello di assicurare la più ampia apertura possibile del mercato europeo (c.d. *favor participationis*), e dunque consentire a tutti gli operatori economici comunitari pari condizioni di competizione e di accesso alle gare pubbliche negli Stati membri<sup>57</sup>.

---

ai mercati dei Paesi membri; nel secondo caso, ci si riferisce all'eliminazione, ad esempio, di diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese, situazioni di monopolio e via dicendo.

Cfr. sent. Cort. Cost. n. 401/2007 dove si afferma che: *“In questa sede viene, però, soprattutto in rilievo l'aspetto della tutela della concorrenza che si concretizza, in primo luogo, nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi. Si tratta di assicurare l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza. Sul piano interno, l'osservanza di tali principi costituisce, tra l'altro, attuazione delle stesse regole costituzionali della imparzialità e del buon andamento, che devono guidare l'azione della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost. [...] In sintesi, la nozione comunitaria di concorrenza, che viene in rilievo in questa sede e che si riflette su quella di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., è definita come concorrenza “per” il mercato, la quale impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali sopraindicati. Ciò ovviamente non significa che nello stesso settore degli appalti, soprattutto relativi ai servizi a rete, non sussistano concomitanti esigenze di assicurare la cosiddetta concorrenza “nel” mercato attraverso la liberalizzazione dei mercati stessi, che si realizza, tra l'altro, mediante l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi connessi alle imprese.”*

<sup>57</sup> Sul punto cfr. anche M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, Milano, Giuffrè, 2, 2008, p. 297, dove, dopo aver ribadito che il procedimento di evidenza pubblica all'origine tendeva principalmente alla tutela dell'interesse finanziario della pubblica amministrazione, *“le cose cambiano completamente con la disciplina comunitaria dei contratti pubblici [...]”*. Infatti, *“Nell'evoluzione del diritto comunitario derivato, dagli anni Settanta del Novecento ad oggi, le procedure ad evidenza pubblica basate sul confronto competitivo fra imprese si sono arricchite di significati nuovi e di finalità ben più ampie. Sono aumentate le garanzie di pubblicità e di trasparenza, si sono allargate le possibilità di partecipazione alle gare, si sono rafforzati i meccanismi volti ad evitare discriminazioni derivanti dalla richiesta di prescrizioni tecniche escludenti. Quel che principalmente si tutela, con le procedure competitive, è la libera circolazione dei beni e dei servizi e il gioco concorrenziale in ambito europeo. In definitiva, la garanzia del mercato libero diviene prioritaria. La libertà del mercato a livello europeo assicura un'adeguata protezione dell'interesse pubblico –‘finanziario e amministrativo’, per dirla con la dottrina francese- perché la concorrenza effettiva tende a contenere i prezzi dei contratti e ad aumentare la qualità delle prestazioni offerte; e consente idonee tutele agli interessi privati delle imprese che partecipano o aspirano a prender parte alle gare. [...] Quel che si può dire è che il mutamento del significato della concorrenza in materia di contratti pubblici, che sopra si è tentato di evidenziare, ha introdotto equilibri completamente nuovi nella materia. L'evidenza pubblica non è più un procedimento volto a garantire essenzialmente gli interessi pubblici -finanziari e amministrativi- delle amministrazioni procedenti, ma è una procedura finalizzata a tutelare anche e soprattutto la libertà di circolazione e di concorrenza nel mercato europeo.”*

Così inquadrata la nozione e l'ambito della tutela della concorrenza, appare ancora più chiaro il disegno del legislatore comunitario a partire dalle direttive di prima generazione.

In particolare, nel considerando n. 1 della direttiva 71/305/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (ma che ha valore generale anche per gli altri settori), si ribadisce che per raggiungere la piena realizzazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici è necessario eliminare le restrizioni presenti nei vari Stati membri e coordinare le diverse procedure di aggiudicazione nazionali.

Per realizzare ciò, a tali direttive viene affidato il compito di garantire il principio di tutela della concorrenza tramite l'elaborazione di una procedura che si basi, in particolare, sul *“divieto delle prescrizioni tecniche di effetto discriminatorio, sufficiente pubblicità degli appalti, elaborazione di criteri obiettivi di partecipazione e istituzione di una procedura che permetta di assicurare congiuntamente l'osservanza di tali principi.”*<sup>58</sup>

### *1.3.2 Concorrenza e qualificazione nelle direttive europee di prima generazione*

In tale quadro normativo, a ben vedere, le modalità di affidamento previste dalle direttive ora in esame (in particolare le nn. 71/305/CEE e 77/62/CEE relative, rispettivamente, agli appalti di lavori e forniture) sono in larga parte molto simili tra di loro e la figura dell'operatore economico idoneo a partecipare alle gare pubbliche si arricchisce di ulteriori qualità.

Lo spazio di scelta riservato all'amministrazione, con riferimento al momento della selezione dei soggetti idonei a contrattare, si riduce ulteriormente, non solo a seguito dei requisiti indicati dal legislatore italiano, ma anche da parte del legislatore comunitario.

---

<sup>58</sup> Cfr. Direttiva del Consiglio del 26 luglio 1971, 71/305 CEE, considerando n. 3.

Per completezza è opportuno ricordare anche il considerando n. 9 della direttiva 71/305 CEE, in base al quale si sottolinea che: *“lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici richiede una pubblicità comunitaria dei relativi bandi di gara indetti dalle amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri; che le informazioni contenute in tali bandi devono permettere agli imprenditori della Comunità di valutare se gli appalti proposti presentino per loro interesse; che pertanto occorre dare loro una sufficiente conoscenza delle prestazioni da fornire e delle relative condizioni; che, più in particolare nelle procedure ristrette, la pubblicità ha per fine di permettere agli imprenditori degli Stati di manifestare il loro interesse agli appalti, richiedendo alle amministrazioni aggiudicatrici un invito a presentare l'offerta in conformità delle condizioni prescritte.”*

Fatti salvi i casi dei c.d. appalti sotto-soglia<sup>59</sup> ed altri casi tassativamente indicati<sup>60</sup> nei confronti dei quali non si applica la normativa comunitaria, per quanto riguarda l'accertamento dell'idoneità dell'imprenditore a contrattare con la pubblica amministrazione sembra essere confermata la distinzione, già accolta nell'ordinamento italiano, tra requisiti di capacità generale e requisiti di capacità speciale.

La prima viene accertata, in primo luogo, tramite l'esclusione di quegli imprenditori che, al ricorrere di determinati situazioni, potrebbero essere considerati "inaffidabili" ed a tal fine viene attribuito all'amministrazione il potere di decidere se escludere o meno dalla partecipazione ogni operatore economico che si trovi -ad esempio- in stato di fallimento, di liquidazione, di cessazione attività, oppure a carico del quale sia stata pronunciata sentenza penale di condanna passata in giudicato, o che abbia commesso un grave errore professionale e via dicendo.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup>L'art. 7, comma 1, direttiva 71/305/CEE, stabilisce tale soglia in 1.000.000 di unità di conto per gli appalti di lavori pubblici di valore uguale o superiore.

L'art. 5, comma 1, direttiva 77/62/CEE, invece, stabilisce tale soglia in 200.000 di unità di conto per gli appalti pubblici di forniture di valore uguale o superiore.

Questi appalti di valore inferiore alla soglia di attenzione comunitaria erano esenti dall'applicazione delle direttive in esame e rimanevano disciplinati dalla normativa nazionale ispirata ai principi di contabilità. Come sottolinea A. FARÌ, *I "contratti attivi" – L'evidenza pubblica tra regole di contabilità e di mercato*, op. cit., p. 29: *"Come primo elemento di riflessione, sul tutto, appare necessario evidenziare come, già tali direttive, avessero ad oggetto esclusivamente procedure d'appalto e, dunque contratti attivi -con l'eccezione di alcuni obblighi relativi esclusivamente alla pubblicazione dei bandi di gara riguardanti una categoria ben circoscritta di contratti: le concessioni di lavori- lasciando, dunque, immutata l'applicazione della disciplina prevista dalla legislazione di contabilità dello Stato per tutti i contratti non contemplati, id est: i contratti sotto soglia, e (quasi) tutti contratti attivi."*

<sup>60</sup> Cfr. art. 4 della direttiva 71/305/CEE e art. 3 della direttiva 77/62/CEE, dove -seppur con una formulazione solo all'apparenza differente- si considerano cause di esclusione dell'applicazione della presente normativa comunitaria: a) un accordo internazionale; b) una procedura specifica di una organizzazione internazionale. Nello specifico, per accordo internazionale di cui alla lettera a), si fa riferimento a quegli accordi internazionali conclusi con un paese estraneo alla CEE che comportino disposizioni diverse da quelle comunitarie, oppure agli accordi internazionali in base ai quali si aggiudica l'appalto a favore di imprese di un paese estraneo alla CEE e che allo stesso tempo escluda la partecipazione degli operatori economici europei.

Vi erano poi una serie di casi in cui la stazione appaltante non era obbligata ma poteva decidere se ricorrere alla disciplina comunitaria o meno (ad esempio, quando il contratto non può che essere affidato ad un imprenditore determinato; quando ricorrano ipotesi di eccezionale urgenza risultante da avvenimenti imprevedibili e via dicendo), elencati negli articoli 9 della direttiva 71/305/CEE e 6 della direttiva 77/62/CEE.

<sup>61</sup> Cfr. art. 23 della direttiva 71/305/CEE e art. 20 della direttiva 77/62/CEE, i quali sono entrambi rubricati sotto il capitolo "Criteri di selezione qualitativa."

Dal loro combinato disposto si desume che l'amministrazione può escludere dalla partecipazione all'appalto ogni imprenditore:

Per quanto riguarda l'accertamento della capacità speciale, le direttive si riferiscono, da un lato, alla capacità economica e finanziaria, e, dall'altro, alla capacità tecnica.

La capacità economica e finanziaria dell'imprenditore può essere dimostrata, normalmente, tramite l'esibizione di una o più delle seguenti referenze:

- a) idonee dichiarazioni bancarie;
- b) la presentazione di bilanci o di estratti dei bilanci dell'impresa quando la pubblicazione ne è prescritta dalla legislazione in materia di società del paese dove l'imprenditore è stabilito;
- c) una dichiarazione concernente la cifra d'affari globale e la cifra d'affari relativa ai lavori o alla fornitura oggetto dell'appalto, realizzate dall'impresa negli ultimi tre esercizi<sup>62</sup>.

Spetta poi all'amministrazione aggiudicatrice precisare, nel bando di gara o nell'invito a presentare l'offerta, quale tra queste tre referenze deve essere presentata dall'imprenditore.

Inoltre, creando non pochi problemi in tema di prova delle suindicate idoneità viene previsto anche che l'amministrazione possa richiedere anche *“altre referenze probanti, diverse da quelle di cui alle lettere a), b) e c), da presentare.”*

Infine, qualora il concorrente, per una giustificata ragione, non riesca a fornire le referenze prescelte dall'amministrazione, può comunque dimostrare la propria affidabilità sotto il profilo

- 
- a) che sia in stato di fallimento, di liquidazione, di cessazione attività, di regolamento giudiziario o di concordato preventivo o in ogni altra analoga situazione risultante da una procedura della stessa natura prevista dalle legislazioni e regolamentazioni nazionali;
  - b) a carico del quale sia in corso una procedura di dichiarazione di fallimento, regolamento giudiziario o concordato preventivo, oppure ogni altra procedura della stessa natura prevista dalle legislazioni e regolamentazioni nazionali;
  - c) nei confronti del quale sia stata pronunciata una condanna, con sentenza passata in giudicato, per qualsiasi reato che incida sulla sua moralità professionale;
  - d) che in materia professionale abbia commesso un errore grave accertato con qualsiasi mezzo di prova addotto dall'amministrazione aggiudicatrice;
  - e) che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi di sicurezza sociale secondo le disposizioni legali del paese dove egli è stabilito e del paese dell'amministrazione aggiudicatrice;
  - f) che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse secondo le disposizioni legali del paese in cui è stabilito o del paese dell'amministrazione aggiudicatrice;
  - g) che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste ai fini della gara.

Inoltre, ex art. 24 della direttiva 71/305/CEE e art. 21 della direttiva 77/62/CEE, si stabilisce che ogni operatore economico che voglia concorrere all'aggiudicazione di un appalto pubblico può essere invitato dalla stazione appaltante a provare la sua iscrizione nel registro professionale previsto dal rispettivo Stato membro di appartenenza.

<sup>62</sup> Cfr. art. 25 della direttiva 71/305/CEE e art. 22 della direttiva 77/62/CEE.

economico e finanziario esibendo altri e diversi documenti che siano “ritenuti adeguati” dalla stazione appaltante<sup>63</sup>.

Venendo ora ad esaminare la capacità tecnica, le direttive ora in esame prevedevano diversi modi per provarla a seconda che si trattasse di appalti di lavori o di appalti di servizi.

Nel primo caso, la capacità tecnica dell'imprenditore può essere dimostrata mediante: titoli di studio e professionali dell'imprenditore e/o dirigenti dell'impresa; l'elenco dei lavori eseguiti negli ultimi cinque anni, corredato del certificato di buona esecuzione dei lavori più importanti; ed altre dichiarazioni con cui si attestano, ad esempio, l'attrezzatura, i mezzi d'opera e l'equipaggiamento tecnico di cui l'imprenditore disporrà per l'esecuzione dell'opera.<sup>64</sup>

Nel caso di appalti pubblici di forniture, invece, la capacità tecnica del fornitore può essere provata, principalmente, tramite: l'elenco delle principali forniture effettuate durante gli ultimi tre anni, con il relativo importo, la data e il destinatario, pubblico o privato; la descrizione dell'attrezzatura tecnica; l'esibizione di campioni, descrizioni e/o fotografie dei prodotti da fornire; ed altri parametri indicati dalla direttiva<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Cfr. comma 3 dell'art. 25, direttiva 71/305/CEE, e comma 3 dell'art. 22, direttiva 77/62/CEE, i quali con identica formulazione stabiliscono che: “*Se, per una ragione giustificata, il fornitore/imprenditore non è in grado di dare le referenze chieste dalle amministrazioni aggiudicatrici, egli è ammesso a provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato adeguato dalle suddette amministrazioni.*”

<sup>64</sup> Più precisamente l'art. 26 della direttiva 71/305/CEE prevede che la capacità tecnica dell'imprenditore possa essere provata mediante:

- a) titoli di studio e professionali dell'imprenditore e/o dirigenti dell'impresa e, in particolare, del responsabile o dei responsabili della condotta dei lavori;
- b) l'elenco dei lavori eseguiti negli ultimi cinque anni, corredato del certificato di buona esecuzione dei lavori più importanti. Detti certificati indicheranno altresì l'importo, il periodo e il luogo di esecuzione dei lavori e preciseranno se questi siano stati effettuati a regola d'arte e con buon esito;
- c) una dichiarazione dalla quale risultino l'attrezzatura, i mezzi d'opera e l'equipaggiamento tecnico di cui l'imprenditore disporrà per l'esecuzione dell'opera;
- d) una dichiarazione dalla quale risulti l'organico medio annuo dell'impresa e il numero dei dirigenti con riferimento agli ultimi tre anni;
- e) una dichiarazione indicante i tecnici o gli organi tecnici, che facciano o meno parte integrante dell'impresa, di cui l'imprenditore disporrà per l'esecuzione dell'opera

<sup>65</sup> Cfr art. 23, direttiva 77/62/CEE per cui: la dimostrazione delle capacità tecniche del fornitore secondo la natura, la quantità e l'utilizzazione dei prodotti da fornire può essere data mediante:

- a) l'elenco delle principali forniture effettuate durante gli ultimi tre anni, con il relativo importo, la data e il destinatario, pubblico o privato; se si tratta di forniture per amministrazioni ed enti pubblici, le consegne sono provate da certificati rilasciati o visti dall'autorità competente, mentre, se si tratta di forniture a privati, i certificati sono rilasciati dall'acquirente e quando ciò non sia possibile, è ammessa anche una semplice dichiarazione del fornitore.
- b) mediante la descrizione dell'attrezzatura tecnica, delle misure adottate dal fornitore per garantire la qualità, e dei mezzi di studio e di ricerca dell'impresa;

Essendo vincolata ad effettuare le proprie valutazioni secondo questi parametri, l'amministrazione aggiudicatrice deve comunque precisare nel bando di gara le referenze che intende ottenere e, al fine di non introdurre requisiti di ingresso troppo rigidi in contrasto con l'obiettivo di favorire la concorrenza tra gli operatori del mercato, si specifica che la portata delle informazioni suindicate *“non può andare oltre l'oggetto dell'appalto e l'amministrazione aggiudicatrice deve tener conto degli interessi giustificati del fornitore per quanto concerne la protezione dei segreti tecnici della sua impresa.”*<sup>66</sup>

Il sistema di qualificazione così delineato e le rispettive direttive sono stati recepiti nell'ordinamento italiano con la legge 9 agosto 1977, n. 584<sup>67</sup>, la quale ha comportato importanti modifiche al precedente sistema di qualificazione delineato dalla legge n. 57/1962. Con l'adozione di tali direttive l'amministrazione si “riappropria” del potere di qualificazione<sup>68</sup>: infatti, mentre prima, come si è visto, al fine di partecipare ad una gara pubblica era necessario solamente dimostrare l'iscrizione all'Albo Nazionale Costruttori nella rispettiva categoria, con l'avvento della normativa comunitaria di prima generazione, le singole stazioni appaltanti - fermo restando il certificato di iscrizione all'Albo - godono di ampia discrezionalità nel fissare e nel valutare i parametri cui gli operatori economici si devono attenere per provare la propria idoneità (tra tutte, basti pensare che la capacità economica e finanziaria, certamente poteva

---

c) mediante l'indicazione dei tecnici o degli organi tecnici che facciano o meno parte integrante dell'impresa, e più particolarmente di quelli incaricati dei controlli della qualità;

d) per i prodotti da fornire: mediante campioni, descrizioni e/o fotografie la cui autenticità deve potere essere certificata a richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice;

e) mediante certificati stabiliti dagli istituti o servizi ufficiali incaricati dal controllo della qualità, riconosciuti competenti, i quali attestino la conformità di articoli ben identificati mediante riferimenti a determinati requisiti o norme;

f) quando i prodotti da fornire sono complessi o, in via eccezionale, devono rispondere ad uno scopo particolare, mediante un controllo effettuato dalle autorità dell'amministrazione aggiudicatrice o, a loro nome, da un organismo ufficiale competente del paese in cui il fornitore risiede, salvo accordo di tale organismo; tale controllo verte sulle capacità di produzione e, se necessario, di studio e di ricerca del fornitore e sulle misure usate da quest'ultimo per controllare la qualità.

<sup>66</sup> Cfr. art. 23 della direttiva 77/62/CEE.

<sup>67</sup> La legge 584/1977 è stata a sua volta modificata dalla legge 10 dicembre 1981, n. 741, e dalla legge 8 ottobre 1984, n. 687.

<sup>68</sup> R. TITOMANILIO, *L. 11 febbraio 1994 N. 109*, op. cit., p. 207, dove si sottolinea il riappropriarsi in capo delle Amministrazioni del potere di qualificazione a seguito del recepimento delle direttive di prima generazione: *“Il sistema di qualificazione, delineato dalla legge n. 57 del 1962 veniva modificato dalla legge n. 584/77, attuativa della normativa comunitaria, anche se solo in relazione agli appalti di importo pari o superiore ad un milione di ECU.*

*Con tale legge, infatti, il sistema di accertamento dell'idoneità dell'impresa si modificava nel senso che, fermo restando il certificato dell'Albo, si riaffidava alle singole amministrazioni la potestà di verificare la capacità delle stesse in rapporto al singolo caso.”*

essere provata mediante idonee dichiarazioni bancarie, esibizione dei bilanci e/o delle cifre d'affari, ma allo stesso tempo, veniva attribuito all'amministrazione aggiudicatrice il potere di sciogliersi da questi parametri e di indicarne altri ed ulteriori, che potevano essere anche più stringenti di quelli previsti dalle direttive.)

Le direttive immediatamente successive (c.d. di seconda generazione)<sup>69</sup> e le rispettive norme di recepimento<sup>70</sup> non hanno introdotto particolari modifiche, e il sistema di qualificazione sopra descritto rimaneva inalterato nei suoi tratti essenziali<sup>71</sup>.

#### 1.4 Fiducia e tutela della concorrenza nella legge 109/1994

---

<sup>69</sup> Tra le più importanti, cfr. la direttiva 88/295/CEE che modifica la direttiva 77/62/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e che abroga talune disposizioni delle direttive 80/767/CEE; la direttiva 89/440/CEE che modifica la direttiva 71/305/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici; la direttiva 90/531/CEE relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni; e le successive direttive di "consolidamento" tra cui la 93/36/CEE relativa ai contratti pubblici di fornitura, la 93/37/CEE relativa ai contratti pubblici di lavori, e la 93/38/CEE relativa ai contratti pubblici nei settori dell'acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni.

<sup>70</sup> Cfr. il D. Lgs. del 24 luglio 1992, n. 358 (Testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture); il D. Lgs. del 17 marzo 1995, n. 157 (Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi); il D. Lgs. del 17 marzo 1995, n. 158 (Attuazione delle direttive 90/531/CEE e 93/38/CEE); e il D. Lgs. del 20 agosto 2002, n. 190 sulla realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale.

<sup>71</sup> La mancanza di modifiche sostanziali ad opera delle direttive di seconda generazione sul sistema precedentemente creato dallo stesso diritto europeo è sottolineata anche in A. FARI, *I "contratti attivi" – L'evidenza pubblica tra regole di contabilità e di mercato*, op. cit., p. 29: "Il perimetro applicativo della normativa europea sopra definito, non ha subito cambiamenti neppure con l'avvento della <seconda generazione> di direttive. In particolare, la direttiva 88/295/CEE sugli appalti pubblici di forniture e la direttiva n. 89/440/CEE in materia di opere pubbliche che pur imprimendo un'accelerazione del processo di integrazione, non più solo sostanziale ma persino processuale in materia di contratti pubblici, rimangono essenzialmente neutrali al ramo dei contratti attivi.

*A risultati simili conduce l'analisi della successiva direttiva 90/531/CEE, adottata al fine di coordinare le procedure nei cosiddetti settori esclusi (appalti degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni) e della direttiva 92/50/CEE, avente ad oggetto le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi. Tali direttive non segnano alcuna evoluzione significativa in materia di contratti attivi, facendosi, invece, portatrici di <una prima disciplina, per quanto separata, dei principali contratti passivi delle pubbliche amministrazioni nazionali.> "*

Sul punto cfr. anche S. FANTINI – H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 19.

*1.4.1 Dalla “fiducia” degli elenchi locali, alla “sfiducia” nei confronti dell’amministrazione.  
L’irrigidimento del sistema*

L’Albo Nazionale Costruttori rimase in vigore fino al 1 gennaio 2000, data in cui veniva definitivamente abrogato ai sensi dell’art. 8, comma 10, della l. 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. Legge Merloni)<sup>72</sup>.

Come si evince dalla lettura dell’art. 1 della l. 109/1994, in attuazione dell’art. 97 della Costituzione, l’attività della PA in materia di opere e lavori pubblici “*deve garantirne la qualità ed uniformarsi a criteri di efficienza e di efficacia*”, secondo determinate procedure che a loro volta devono essere improntate a “*tempestività, trasparenza e correttezza, nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori*”, i quali, a loro volta, dovranno rispettare tali principi nello svolgimento della commessa pubblica loro affidata<sup>73</sup>.

La nuova “Legge quadro in materia di lavori pubblici”, insieme con il relativo regolamento attuativo di cui al DPR 25 gennaio 2000, n. 34, prevedevano un sistema di qualificazione unico e obbligatorio per tutti gli operatori economici che volevano partecipare alle gare pubbliche di valore superiore a 150.000,00 euro<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> In generale si veda M. ROTONDI, *L’appalto di opere pubbliche i soggetti: dall’ANC ai nuovi sistemi di qualificazione delle imprese*, op. cit., p. 201 e ss.; L. BELLAGAMBA, *La qualificazione nell’appalto di lavori*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 1 e ss.

<sup>73</sup> Sui principi generali della l. 109/1994 si veda anche R. TITOMANILIO, “*L. 11 febbraio 1994 N. 109*”, op. cit., p. 217 e ss.: “*Premesso che la finalità principale, in materia di opere e lavori pubblici, è quella di garantire la qualità in base a criteri di efficienza ed efficacia e seguendo procedure improntate a tempestività, trasparenza e correttezza, nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza (art. 1, comma 1), le imprese impegnate nello svolgimento di lavori (o opere) pubblici dovranno osservare detti principi, da un punto di vista sia oggettivo sia soggettivo (si legge infatti: <i> i soggetti ... devono essere qualificati ed improntare la loro attività ai principi ...>.*”

<sup>74</sup> Per le gare pubbliche di valore inferiore ai 150.000,00 euro non è prevista l’operatività del sistema unico di qualificazione di cui al DPR 34/2000 e la dimostrazione della capacità speciale delle imprese avviene “in forma semplificata”. La norma di riferimento è l’art. 28 del DPR 34/2000 il quale sembra disciplinare la capacità generale dell’imprenditore allo stesso modo di quanto previsto per gli appalti sopra-soglia laddove viene fatto salvo “*quanto previsto nel regolamento generale in materia di esclusione dalle gare.*” Per quanto riguarda invece la capacità speciale, questa è dimostrata mediante: a) *importo dei lavori eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando non inferiore all’importo del contratto da stipulare*; b) *costo complessivo sostenuto per il personale dipendente non inferiore al 15% dell’importo dei lavori eseguiti tra il suddetto costo e l’importo dei lavori sia inferiore a quanto richiesto, l’importo dei lavori è figurativamente e proporzionalmente ridotto in modo da ristabilire la percentuale richiesta; l’importo dei lavori così figurativamente ridotto vale per la dimostrazione del requisito di cui alla lettera a)*; c) *adeguata attrezzatura tecnica.*” Tali requisiti, poi, devono essere accertati direttamente dalla stazione appaltante gara per gara e secondo le norme previste dal DPR stesso.

Quindi, come avveniva sotto la vigenza della precedente disciplina, non tutti i soggetti privati erano liberi di contrattare con la pubblica amministrazione, ma soltanto gli operatori economici che possedevano preventivamente una attestazione di qualificazione; per ottenere tale certificato dovevano rispettare precise idoneità stabilite dalla legge; tali idoneità erano accertate da soggetti terzi, rappresentati dalle Società Organismi di diritto privato esercenti funzioni pubblicistiche, le c.d. SOA; le SOA, a loro volta, dovevano possedere determinati requisiti indicati dalla legge ed erano sottoposte al controllo di una autorità pubblica (Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici); se tali criteri erano rispettati, infine, quest'ultima poteva autorizzarle a svolgere l'attività di attestazione<sup>75</sup>.

In via di estrema sintesi, questi sono i tratti distintivi del nuovo sistema di qualificazione previsto dalla Legge Merloni<sup>76</sup> e incentrato principalmente sull'attività delle SOA. Ai fini della nostra indagine, dunque, sarà necessario in primo luogo analizzare la disciplina dettata nei confronti delle SOA, in relazione ai requisiti che esse devono possedere e al procedimento di

---

Per quanto riguarda le gare di valore superiore a 150.000,00 euro, come detto, ai sensi dell'art. 1, comma 3, del DPR 25 gennaio 2000, n. 34, l'attestazione di qualificazione è l'unica condizione necessaria per parteciparvi. Infatti: *“fatto salvo quanto stabilito dall'articolo 3, commi 6 e 7, l'attestazione di qualificazione rilasciata a norma del presente regolamento costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici.”*

Sul punto cfr. M. ROTONDI, *L'appalto di opere pubbliche i soggetti: dall'ANC ai nuovi sistemi di qualificazione delle imprese*, op. cit., p. 203.

<sup>75</sup> Sebbene, *prima facie*, l'attuale sistema sembra discostarsi sensibilmente da quello precedentemente stabilito con l. 57/1962, a ben vedere, sotto il profilo della dimostrazione dell'idoneità del concorrente, si può scorgere una certa linea di continuità: l'imprenditore meritevole di contrattare con la pubblica amministrazione è pur sempre quello che possiede determinati requisiti di ordine generale, tecnici ed economico-finanziari al ricorrere dei quali viene rilasciato un attestato che, come avveniva per il certificato di iscrizione all'ANC, costituisce -di norma- condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'affidabilità di quest'ultimo.

In questo senso Cfr. M. ROTONDI, *L'appalto di opere pubbliche i soggetti: dall'ANC ai nuovi sistemi di qualificazione delle imprese*, op. cit., p. 202-203: *“La gestione del sistema è affidata ad organismi, di diritto privato, di attestazione, soggetti ad autorizzazione e sottoposti al controllo dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici. Dalla funzione pubblica di abilitazione – qual era assicurata dalla legislazione sull'Albo – si transita ad una funzione privata, il cui esercizio è tuttavia legato ad autorizzazione e, quindi, a controllo.*

*La qualificazione è meritata dall'esecutore che è in possesso di requisiti di ordine generale, tecnico-organizzativi, economico-finanziari conformi alle norme comunitarie; sostanzialmente, senza soluzione di continuità, si ripropone il sistema probatorio già disciplinato dalla legge sull'albo.”*

<sup>76</sup> Per una ricostruzione delle successive modifiche alla Legge Merloni, del “regime transitorio” e del sistema di qualificazione così come previsto dal combinato disposto della l. 109/1994 e il DPR 34/2000, si veda, *ex multis*, R. DAMONTE, *Al via il nuovo sistema di qualificazione*, in *Urbanistica e Appalti*, 5, 2000, pp. 478 e ss.

rilascio dell'attestazione di qualificazione; in secondo luogo si procederà all'analisi delle idoneità di capacità generale e speciale che devono essere possedute dall'aspirante contraente privato.

Ebbene, i requisiti che le Società Organismo di Attestazione devono possedere sono indicati agli artt. 7 e ss. del DPR 34/2000, e possono essere divisi in tre grandi gruppi: requisiti generali e di indipendenza, regole sulle partecipazioni azionarie e requisiti tecnici.

Le disposizioni dettate in tema di requisiti generali e di indipendenza stabiliscono principalmente la struttura delle SOA e prevedono, tra le altre cose, che esse siano costituite nella forma delle società per azioni; la denominazione sociale deve espressamente comprendere la locuzione <organismi di attestazione>; la sede legale deve essere nel territorio della Repubblica; non possono svolgere le attività di attestazione le SOA che si trovano in stato di liquidazione, concordato preventivo, o qualsiasi altra situazione equivalente secondo la legislazione vigente<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> Nello specifico l'art. 7 del DPR 34/2000 stabilisce che: 1) Le SOA sono costituite nella forma delle società per azioni, la cui denominazione sociale deve espressamente comprendere la locuzione <organismi di attestazione>; la sede legale deve essere nel territorio della Repubblica.

2) Il capitale sociale deve essere almeno pari ad un miliardo di lire interamente versato.

3) Lo statuto deve prevedere come oggetto esclusivo lo svolgimento dell'attività di attestazione secondo le norme del Regolamento e di effettuazione dei connessi controlli tecnici sull'organizzazione aziendale e sulla produzione delle imprese di costruzione, nonché sulla loro capacità operativa ed economico-finanziaria.

4) La composizione e la struttura organizzativa delle SOA deve assicurare, anche in presenza di eventuali situazioni di controllo o di collegamento, individuate secondo quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile, il rispetto del principio di indipendenza di giudizio e l'assenza di qualunque interesse commerciale, finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori.

5) Le SOA devono dichiarare e adeguatamente documentare, entro 15 giorni dal loro verificarsi, le eventuali circostanze che possano implicare la presenza di interessi idonei ad influire sul requisito dell'indipendenza.

7) Non possono svolgere attività di attestazione le SOA: a) che si trovano in stato di liquidazione, concordato preventivo, o qualsiasi altra situazione equivalente secondo la legislazione vigente; b) che sono soggette a procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni; c) che non sono in regola con gli obblighi fiscali, contributivi ed assistenziali previsti dalla legislazione vigente; d) qualora nei confronti dei propri amministratori, legali rappresentanti, soci diretti o indiretti, direttori tecnici sia pendente un procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione prevista dall'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, o sussista una delle cause ostative previste dell'art. 10 della legge 31 maggio 1965, n. 5757; e) qualora nei confronti dei propri amministratori, legali rappresentanti o direttori tecnici è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, ovvero di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale per qualsiasi reato che incida sulla affidabilità morale o professionale, o per delitti finanziari; f) che nell'esercizio della propria attività

Essendo costituite nella forma di società per azioni, il successivo art. 8 si preoccupa di dettare alcune regole in tema di partecipazione azionarie, tra cui l'obbligo per chiunque intenda acquisire alcune partecipazioni SOA di darne comunicazione all'Autorità di vigilanza, la quale, in alcuni casi, può anche bloccare l'operazione.<sup>78</sup>

Per quanto riguarda i requisiti tecnici delle SOA, infine, l'art. 9 del DPR 34/2000 prevede che l'organico minimo di tali società deve essere costituito da precise personalità, specializzate in determinati settori e in possesso di vari anni di esperienza professionale<sup>79</sup>.

---

si sono rese responsabili di errore professionale grave formalmente accertato; g) che hanno reso false dichiarazioni o fornito falsa documentazione in merito alle informazioni loro richieste.

8) Le SOA comunicano all'Autorità l'eventuale sopravvenienza di fatti o circostanze che incidono sulle situazioni di cui al comma 7.

<sup>78</sup> Nello specifico l'art. 8, del DPR 34/2000, prevede che:

*“1) non possono possedere, a qualsiasi titolo, direttamente o indirettamente, una partecipazione al capitale di una SOA i soggetti indicati dagli articoli 2, comma 2, 10, comma 1, e 17, comma 1, della Legge [n.b. la legge 14 febbraio 1994, n. 109], nonché le regioni e le province autonome. [n.b. comma dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale con sent. 1 ottobre 2003, n. 302, e annullato nella parte in cui si riferisce alle Regioni e alle province autonome di Trento e Bolzano].*

*2) le associazioni nazionali delle imprese di cui all'art. 5, comma 1, lettera n) e le associazioni nazionali rappresentative delle stazioni appaltanti possono possedere azioni una SOA nel limite massimo complessivo del 20% del capitale sociale, ed ognuna delle associazioni nella misura massima del 10%. Al fine di garantire il principio dell'eguale partecipazione delle parti interessate alla qualificazione, la partecipazione al capitale da parte delle associazioni di imprese è ammessa qualora nella medesima SOA vi sia partecipazione in uguale misura da parte di associazioni di stazioni appaltanti e viceversa.*

*3) Chiunque, a qualsiasi titolo, intenda acquisire o cedere, direttamente o indirettamente, una partecipazione azionaria in una SOA, deve darne preventiva comunicazione all'Autorità.*

*4) Si intendono acquisite o cedute indirettamente le partecipazioni azionarie trasferite tramite società controllate ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, società fiduciarie, o comunque tramite interposta persona.*

*5) L'autorità, entro sessanta giorni dalla comunicazione, può vietare il trasferimento della partecipazione quando essa può influire sulla correttezza della gestione della SOA o può compromettere il requisito dell'indipendenza a norma dell'art. 7, comma 4; il decorso del termine senza che l'Autorità adotti alcun provvedimento equivale a nulla osta all'operazione.*

*6) Il trasferimento della partecipazione, una volta avvenuto, è comunicato all'Autorità dalla SOA.”*

<sup>79</sup> Ai sensi dell'art. 9 del DPR 34/2000, l'organico minimo delle SOA deve essere costituito nel dettaglio da:

a) Un direttore tecnico laureato in ingegneria, o in architettura, abilitato all'esercizio della professione da almeno dieci anni, iscritto, al momento dell'attribuzione dell'incarico, al relativo albo professionale, assunto a tempo indeterminato, dotato di adeguata esperienza almeno quinquennale nel settore dei lavori pubblici maturata in posizione di responsabilità direttiva, nell'attività di controllo dei cantieri (organizzazione, qualità, avanzamento lavori, costi) o di valutazione della capacità economico-finanziaria delle imprese in relazione al loro portafoglio ordini, ovvero nella attività di certificazione della qualità; il medesimo direttore tecnico dovrà dichiarare, nelle forme previste dalle vigenti leggi, di non svolgere analogo incarico presso altre SOA;

Quando le SOA posseggono le caratteristiche appena elencate possono richiedere all’Autorità il rilascio dell’autorizzazione per svolgere l’attività di qualificazione e, una volta ottenuta, la società istante viene iscritta in apposito elenco<sup>80</sup>.

In tale contesto normativo, l’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, ha il compito di vigilare sul sistema di qualificazione ed a tal fine le sono attribuite (ai sensi dell’art. 4, l. 109/1994) un’ampia serie di funzioni, tra cui il potere di rilasciare alle Società Organismi di Attestazione, al ricorrere di determinati requisiti stabiliti dalla legge, una specifica autorizzazione al fine di svolgere l’attività di qualificazione.

Prima ancora di analizzare le procedure di qualificazione, si può notare subito come l’intero sistema, se paragonato ai modelli precedentemente analizzati, risulti notevolmente appesantito: un primo “sbarramento” dei partecipanti alle gare pubbliche è effettuato a monte, dalla legge; i partecipanti devono possedere determinati requisiti, non più stabiliti dalla PA ma dal legislatore; questi devono essere accertati dalle SOA; a loro volta, le SOA devono avere ulteriori (e molteplici) requisiti; tali idoneità devono essere accertate e controllate dall’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici; prima di svolgere l’attività di qualificazione, le SOA devono chiedere l’autorizzazione alla predetta Autorità fornendo ulteriori documenti probanti la loro idoneità; in sede di gara, poi, sono fissati criteri ancora più rigidi cui le stazioni appaltanti si devono attenere nella scelta del miglior operatore economico e della migliore offerta.

Infatti, a seguito di noti episodi di corruzione legati ai fatti di Tangentopoli, (ri)affiora una profonda sfiducia nei confronti della pubblica amministrazione: troppa libertà, troppi margini

---

b) Da tre laureati, di cui uno in ingegneria o architettura, uno in giurisprudenza ed uno in economia e commercio, assunti a tempo indeterminato, in possesso di esperienza professionale almeno triennale attinente al settore dei lavori pubblici;

c) Da sei dipendenti, in possesso almeno del diploma di scuola media superiore, assunti a tempo indeterminato.

Il personale sopra indicato, inoltre, deve possedere i requisiti morali previsti dall’art. 7 comma 7 e la loro successiva perdita “determina la decadenza dalla carica”, da dichiarare, ad opera degli organi sociali della SOA, entro trenta giorni dalla conoscenza del fatto.

Infine, è previsto che le SOA dispongano di attrezzatura informatica per la comunicazione delle informazioni all’Osservatorio.

<sup>80</sup> Il procedimento per il rilascio dell’autorizzazione è ad istanza di parte ed è disciplinato dall’art. 10 del DPR 34/2000: la SOA deve presentare apposita domanda corredata da una serie di documenti e l’Autorità, che ai fini istruttori può chiedere anche ulteriori informazioni ed integrazioni della documentazione fornita dall’istante, deve concludere il procedimento nel termine di sessanta giorni dal ricevimento dell’istanza.

di discrezionalità causano inevitabilmente fenomeni di corruzione; questo, a grandi linee, il pensiero di allora<sup>81</sup>.

Si rompe l'idea per cui, al contrario, un'ampia discrezionalità ed una maggiore flessibilità nelle procedure di aggiudicazione avrebbe consentito alle stazioni appaltanti di scegliere il contraente migliore a seconda delle loro esigenze nel caso concreto.

A tutto ciò, la risposta del legislatore italiano fu di irrigidire pesantemente il sistema, privando l'amministrazione di molti spazi di manovra nell'individuazione della controparte contrattuale: le procedure devono essere il più "meccaniche" possibile.

Tuttavia, ad una risposta del genere è seguito (e continua a seguire, anche ai giorni nostri) un importante effetto collaterale in quanto l'intero settore dei contratti pubblici rimane fortemente paralizzato e non idoneo a far fronte alle domande di nuove infrastrutture e/o di adeguamento di quelle più vecchie.

---

<sup>81</sup> Sul punto, *ex multis*, si veda G. FIDONE, *Dalla rigidità della Legge Merloni al recepimento del dialogo competitivo: il difficile equilibrio tra rigore e discrezionalità*, in Foro Amm. TAR, 2007, 12, pp. 3971 e ss., dove si legge che: "Dopo i noti fatti di Tangentopoli, con la legge 11 febbraio 1994 n. 109, c.d. Merloni, la disciplina dei lavori pubblici fu profondamente innovata. La nuova disciplina, animata da un animo purificatore, ebbe l'effetto di spostare l'equilibrio tra flessibilità e rigore a favore di quest'ultimo, facendo propria una generalizzata sfiducia sia nei confronti delle stazioni appaltanti che delle imprese. Tali scelte provocarono un rallentamento dell'intero settore, nonostante la crescente domanda di nuove infrastrutture e l'inadeguatezza di quelle esistenti. Si resero necessari, pertanto interventi correttivi operati con il d.l. 3 aprile 1995, n. 101 convertito con modificazioni nella legge 2 giugno 1995 n. 216 (Merloni bis) e con la legge 18 novembre 1998 n. 415 (Merloni ter)."

Successivamente l'A. dopo aver inquadrato il rapporto tra stazione appaltante e impresa nel modello economico principal-agent (teoria dell'agenzia), sottolinea come l'amministrazione si trovi spesso in una situazione in cui risulta meno informata in relazione alle qualità o alle caratteristiche del bene da appaltare; mentre il privato, logicamente, detiene maggiori informazioni rispetto ai beni o ai servizi che mira ad offrire.

Da ciò ne deriva che "laddove il bene risulti particolarmente complesso e l'amministrazione non sia in grado di valutarne tutte le caratteristiche o in presenza di una forte asimmetria informativa a svantaggio dell'amministrazione, ricorrere ad una procedura rigida, aperta o ristretta, può non essere l'optimum. Una procedura più flessibile che implichi una maggiore apertura al confronto tra i contendenti, può contribuire a ridurre notevolmente lo svantaggio informativo della pubblica amministrazione e determinare la selezione di offerte migliori. Poiché, tuttavia, la maggior discrezionalità, può aumentare il rischio di collusione e di brogli tra amministratori e concorrenti e tra gli stessi concorrenti tra loro, occorrerà prevedere un adeguato sistema di controlli, preventivi e successivi, oltreché un sistema di incentivi e di penali che renda non conveniente, nella sfera giuridica di ciascun attore, la scelta di comportamenti non virtuosi. [...] D'altra parte, l'esperienza pratica dimostra che l'azione di procedure eccessivamente rigide al fine di aggiudicare appalti complessi porta a risultati indesiderati e costringe lo stesso Legislatore a veri e propri salti mortali che hanno l'obiettivo di improbabili aggiustamenti, creando ulteriore incertezza tra gli operatori nel settore."

#### *1.4.2 In particolare: il sistema di qualificazione nella Legge Merloni*

Inquadrate il contesto normativo di riferimento, è opportuno passare ad esaminare i requisiti che i singoli operatori economici devono possedere per ottenere l'attestazione di qualificazione al fine di poter contrattare con la PA.

Le SOA, come si è accennato, sono deputate essenzialmente al rilascio e al rinnovo dell'attestazione di qualificazione nei confronti dei soggetti che vogliono partecipare alle gare pubbliche e, ai sensi dell'art. 12 del DPR 34/2000, sono tenute a svolgere la propria attività nel rispetto di determinati principi tra cui il dovere di: comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza; di acquisire le informazioni necessarie dai soggetti da qualificare ed operare in modo da assicurare adeguata informazione; agire in modo da garantire imparzialità ed equo trattamento; assicurare e mantenere l'indipendenza richiesta dal DPR stesso e dalla Legge 109/1994 cui esso dà attuazione; disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare efficienza e correttezza; verificare la veridicità e la sostanza delle dichiarazioni, delle certificazioni e delle documentazioni presentate dai soggetti cui rilasciare l'attestato<sup>82</sup>.

Affianco al rilascio dell'attestazione di qualificazione, le SOA possono anche attestare l'esistenza della certificazione di sistema di qualità conforme alle norme della serie UNI EN ISO 9000 da parte di un soggetto accreditato o la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati del sistema di qualità rilasciata da soggetti accreditati.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> Inoltre, l'art. 12, comma 2, del DPR 34/2000 fa espresso divieto per le SOA di avvalersi di soggetti esterni alla loro organizzazione aziendale per svolgimento della loro attività.

<sup>83</sup> Cfr. DPR 34/2000, art. 4, il quale rinvia all'Allegato C per quanto riguarda la loro definizione.

Le imprese sono classificate per categorie di opere generali e di opere specializzate, nonché per prestazione di sola costruzione e per prestazioni di progettazione e costruzione<sup>84</sup>; nell'ambito di ciascuna di queste categorie, poi, sono classificate per importi<sup>85</sup>.

Il procedimento di rilascio dell'attestazione di qualificazione è disciplinato dall'art. 15 del DPR 34/2000 ed inizia -sempre ad istanza di parte- con un contratto stipulato tra l'impresa che intende ottenere l'attestazione di qualificazione e la SOA.

---

<sup>84</sup> L'elenco delle Opere Generali (OG) e delle Opere Speciali (OS) è contenuto nell'Allegato A del DPR 34/2000.

Le categorie di opere generali sono le seguenti:

OG 1: Edifici Civili e industriali; OG2: Restauro e manutenzione dei beni immobili sottoposti a tutela ai sensi delle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali; OG 3: strade, autostrade, ponti, viadotti, ferrovie, linee tranviarie, metropolitane, funicolari, e piste aeroportuali, e relative opere complementari; OG 4: opere d'arte nel sottosuolo; OG 5: dighe; OG 6: acquedotti, gasdotti, oleodotti, opere di irrigazione e di evacuazione; OG 7: opere marittime e lavori di dragaggio; OG 8: opere fluviali, di difesa, di sistemazione idraulica e di bonifica; OG 9: impianti per la produzione di energia elettrica; OG 10: impianti per la trasformazione alta/media tensione e per la distribuzione di energia elettrica in corrente alternata e continua; OG 11: impianti tecnologici; OG 12. Opere ed impianti di bonifica e protezione ambientale; OG 13: opere di ingegneria naturalistica.

Le categorie di opere specializzate sono così suddivise:

OS 1: lavori in terra; OS 2: superfici decorate e beni mobili di interesse storico ed artistico; OS 3: impianti idrico-sanitario, cucine, lavanderie; OS 4: impianti elettromeccanici trasportatori; OS 5: impianti pneumatici e antintrusione; OS 6: finiture di opere generali in materiali lignei, plastici, metallici e vetrosi; OS 7: finiture di opere generali di natura edile; OS 8: finiture di opere generali di natura tecnica; OS 9: impianti per la segnaletica luminosa e la sicurezza del traffico; OS 10: segnaletica stradale non luminosa; OS 11: apparecchiature strutturali speciali; OS 12: barriere e protezioni stradali; OS 13: strutture prefabbricate in cemento armato; OS 14: impianti di smaltimento e recupero di rifiuti; OS 15: pulizia di acque marine, lacustre e fluviali; OS 16: impianti per centrali di produzione di energia elettrica; OS 17: linee telefoniche ed impianti di telefonia; OS18: componenti strutturali in acciaio o metallo; OS 19: impianti di reti di telecomunicazione e di trasmissione dati; OS 20: rilevamenti topografici; OS 21: opere strutturali speciali; OS 22: impianti di potabilizzazione e depurazione; OS 23: demolizione di opere; OS 24: verde e arredo urbano; OS 25: scavi archeologici; OS 26: pavimentazioni e sovrastrutture speciali; OS 27: impianti per la trazione elettrica; OS 28: impianti termici e di condizionamento; OS 29: armamento ferroviario; OS 30: impianti interni elettrici, telefonici, radiotelefonici e televisivi; OS 31: impianti per la mobilità sospesa; OS 32: strutture in legno; OS 33: coperture speciali; OS 34: sistemi antirumore per infrastrutture di mobilità.

<sup>85</sup> Ai sensi dell'art. 3 del DPR 34/2000 le classifiche di importo sono le seguenti:

Livello I fino a 258,228 euro;  
Livello II fino a 516,457 euro;  
Livello III fino a 1,032,913 euro;  
Livello IV fino a 2,582,284 euro;  
Livello V fino a 5,164,569 euro;  
Livello VI fino a 10,329,138 euro;  
Livello VII fino a 15,493,707 euro;  
Livello VIII oltre 15,493,707 euro.

Una volta concluso il contratto per il rilascio dell'attestato di qualificazione, la SOA svolge l'istruttoria ed effettua gli accertamenti necessari alla verifica dei requisiti di qualificazione, anche mediante l'accesso alle strutture dell'impresa istante, ed è tenuta a concludere la procedura entro 90 giorni.

Ad ogni modo, la SOA è tenuta ad informare l'Autorità della stipula del contratto, del rilascio o del diniego dell'attestazione entro i successivi trenta giorni.

L'attestazione di qualificazione può essere rilasciata se la società istante possiede determinati requisiti sia di ordine generale che di ordine speciale.

I requisiti di ordine generale<sup>86</sup> sono indicati dall'art. 17 del DPR 34/2000 il quale oltre a contenere alcune idoneità già presenti nel previgente Albo Nazionale Costruttori (ad esempio, quelle relative al possesso della cittadinanza italiana, ovvero la residenza in Italia per gli stranieri, o ancora l'assenza di precedenti penali, la regolarità sul piano fiscale e via dicendo), sulla spinta del diritto comunitario e delle esigenze già viste nel paragrafo precedente, modifica quelle già esistenti -disciplinando maggiormente nel dettaglio la fattispecie- e ne introduce di nuove.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> Cfr. R. DAMONTE, *Al via il nuovo sistema di qualificazione*, op. cit., p. 503; M. GRECO, *La legge 'merloni-ter' e il nuovo sistema di qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici (dpr 34/2000)*, in Riv. Giur. Edilizia, 3, 2000, pp. 130 e ss.

<sup>87</sup> Nel dettaglio, i requisiti generali richiesti ex art. 17 DPR 34/2000 per partecipare alle gare pubbliche sono: a) cittadinanza italiana o di altro Stato appartenente all'Unione Europea, ovvero residenza in Italia per gli stranieri imprenditori ed amministratori di società commerciali legalmente costituite, se appartengono a Stati che concedono trattamento di reciprocità nei riguardi di cittadini italiani; b) assenza di procedimento in corso per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 l. 1423/1956, o di una delle cause ostative previste dall'art. 10 l. 575/1965; c) inesistenza di sentenze definitive di condanna passate in giudicato ovvero di sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale a carico del titolare, del legale rappresentante, dell'amministratore o del direttore tecnico per reati che incidono sulla moralità professionale; d) inesistenza di violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contribuzione sociale secondo la legislazione italiana o del paese di residenza; e) inesistenza di irregolarità, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse secondo la legislazione italiana o del paese di provenienza; f) iscrizione al registro delle imprese presso le competenti camere di commercio, industria, agricoltura e artigianato, ovvero presso i registri professionali dello Stato di provenienza, con indicazione della specifica attività di impresa; g) insussistenza dello stato di fallimento, di liquidazione o di cessazione dell'attività; h) inesistenza di procedure di fallimento, di concordato preventivo, di amministrazione controllata e di amministrazione straordinaria; i) inesistenza di errore grave nell'esecuzione di lavori pubblici; l) inesistenza di violazioni gravi, definitivamente accertate, attinenti all'osservanza delle norme poste a tutela della prevenzione e della sicurezza sui luoghi di lavoro; m) inesistenza di false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti richiesti per l'ammissione agli appalti e per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione.

Dall'altro lato, i requisiti di ordine speciale occorrenti per la qualificazione<sup>88</sup>, ai sensi dell'art. 18 del DPR 34/2000, sono quattro: a) adeguata capacità economica e finanziaria; b) adeguata idoneità tecnica e organizzativa; c) adeguata dotazione di attrezzature tecniche; d) adeguato organico medio annuo.

Per quanto riguarda poi la prova del possesso dei requisiti speciali si stabilisce che la capacità economico finanziaria<sup>89</sup>, come di consueto, è dimostrata da idonee referenze bancarie, ovvero dalla cifra di affari realizzata con lavori effettuati nelle categorie in cui si richiede l'iscrizione, ovvero dal capitale netto riferito all'ultimo bilancio; l'idoneità tecnica<sup>90</sup> è dimostrata con la presenza di idonea direzione tecnica, e con l'esecuzione di lavori nelle varie categorie oggetto della richiesta; per quanto riguarda l'adeguata attrezzatura tecnica<sup>91</sup>, questa consiste nella *“dotazione stabile di attrezzature, mezzi d'opera ed equipaggiamento tecnico, in proprietà o in locazione finanziaria o in noleggio, dei quali sono fornite le essenziali indicazioni*

---

Il comma 2 stabilisce che l'esistenza di tali requisiti deve essere provata mediante documentazione ritenuta idonea dall'Autorità e di cui viene fatto espresso riferimento nel contratto da sottoscrivere tra la SOA e l'impresa.

Infine, si precisa al terzo comma che *“Per la qualificazione delle società commerciali, delle cooperative e dei loro consorzi, dei consorzi tra imprese artigiane e dei consorzi stabili, i requisiti di cui alle lettere a), b) e c) del comma 1 si riferiscono al direttore tecnico e a tutti i soci se si tratta di società in nome collettivo; al direttore tecnico e a tutti gli accomandatari se si tratta di società in accomandita semplice; al direttore tecnico e agli amministratori muniti di rappresentanza se si tratta di ogni altro tipo di società o di consorzio.”*

<sup>88</sup> R. DAMONTE, *Al via il nuovo sistema di qualificazione*, op. cit., pp. 504-505; M. GRECO, *La legge 'merloni-ter' e il nuovo sistema di qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici (dpr 34/2000)*, op. cit., pp. 130 e ss.

<sup>89</sup> Ai sensi dell'art. 18 DPR 34/2000, comma 2, la capacità economica e finanziaria è dimostrata mediante: a) da idonee referenze bancarie; b) dalla cifra di affari, determinata secondo quanto previsto dall'art. 22, realizzata con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta non inferiore al 100% degli importi delle qualificazioni richieste nelle varie categorie; c) limitatamente ai soggetti tenuti alla redazione del bilancio, dal capitale netto, costituito dal totale della lettera A del passivo di cui all'art. 2424 del codice civile, riferito all'ultimo bilancio approvato, di valore positivo.

<sup>90</sup> Ai sensi dell'art. 18 DPR 34/2000, comma 5, l'adeguata idoneità tecnica è dimostrata: a) con la presenza di idonea direzione tecnica secondo quanto previsto dall'art. 26; b) dall'esecuzione di lavori, realizzati in ciascuna delle categorie oggetto della richiesta, di importo non inferiore al 90% di quello della classifica richiesta; l'importo è determinato secondo quanto previsto dall'art. 22; c) dall'esecuzione di un singolo lavoro, in ogni singola categoria oggetto della richiesta, di importo non inferiore al 40% dell'importo della qualificazione richiesta, ovvero, in alternativa, di due lavori, nella stessa singola categoria, di importo complessivo non inferiore al 55% dell'importo della qualificazione richiesta, ovvero, in alternativa, di tre lavori, nella stessa singola categoria, di importo complessivo, non inferiore al 65% dell'importo della qualificazione richiesta; gli importi sono determinati secondo quanto previsto dall'art. 22.

<sup>91</sup> Cfr. DPR 34/2000, art. 18, comma 8.

*identificative*”; infine, l’adeguato organico medio annuo<sup>92</sup> è dimostrato, di norma, “*dal costo complessivo sostenuto per il personale dipendente, composto da retribuzione e stipendi, contributi sociali e accantonamenti ai fondi di quiescenza.*”

Qualora tali requisiti di ordine generale e speciale vengano accertati dalla SOA, quest’ultima è tenuta a rilasciare la certificazione del sistema di qualità, ovvero la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati del sistema di qualità.

Inoltre, il regolamento prevede che l’attestazione abbia una durata di cinque anni<sup>93</sup>, e sia sottoposta entro il terzo anno ad una verifica del mantenimento dei requisiti sopra elencati<sup>94</sup>.

## **1.5 L’evoluzione successiva del sistema unico di qualificazione: le direttive di terza generazione e il D. Lgs. 163/2006**

### *1.5.1 La disciplina generale*

Agli inizi degli anni 2000, dato il costante proliferare di direttive in materia, il legislatore comunitario ha provveduto ad un’opera di risistemazione normativa ed a tal fine ha emanato la direttiva 2004/17/CE del 31 marzo 2004 che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, ed anche degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, nonché la direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi<sup>95</sup>.

In quest’opera di semplificazione sono confluite nella prima direttiva, la n. 17 del 2004, le precedenti disposizioni relative agli appalti aggiudicati nei settori dei c.d. servizi esclusi, e nella seconda, la n. 18 del 2004, le disposizioni relative agli appalti aggiudicati nei settori ordinari.

Come è noto, i principi fondamentali che troviamo nelle suindicate direttive del 2004 sono essenzialmente gli stessi che hanno ispirato e sui cui si sono basate le direttive di prima e di

---

<sup>92</sup> Cfr. DPR 34/2000, art. 18, comma 10.

<sup>93</sup> Cfr. DPR 34/2000, art. 15, comma 5.

<sup>94</sup> La verifica triennale è disciplinata dall’art. 15-bis del DPR 34/2000. In particolare, sulla durata dell’attestazione e la verifica triennale, si veda R. DALOISO, *La nuova disciplina sulla qualificazione degli appaltatori*, in *Urbanistica e Appalti*, 8, 2004, pp. 898 e ss.

<sup>95</sup> Così A. FARÌ, *I “contratti attivi” – L’evidenza pubblica tra regole di contabilità e di mercato*, op. cit., p. 33.

seconda generazione, ossia i principi di parità di trattamento e di apertura del mercato comunitario degli appalti.

A riguardo è particolarmente significativo il secondo considerando della direttiva 2004/18/CE in cui si legge che *“l’aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza.”*<sup>96</sup>

Tali direttive sono state recepite nell’ordinamento italiano con il D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (“Codice dei Contratti Pubblici”) che, insieme al DPR 5 ottobre 2010, n. 207, fissava il nuovo quadro normativo di riferimento nella materia degli appalti pubblici, stante l’intervenuta abrogazione<sup>97</sup> della L. 109/1994.

Nonostante la sua abrogazione, l’impianto previsto dalla Legge Quadro del 1994 sembra essere confermato nei suoi tratti essenziali: da un lato si ribadisce che *“i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere qualificati e improntare la loro attività ai principi della qualità, della professionalità e della correttezza”*<sup>98</sup>, e dall’altro che *“il sistema di qualificazione*

---

<sup>96</sup> L’affermazione del principio dell’apertura del mercato degli appalti è rintracciabile anche nei primi considerando della direttiva 2004/17/CE. Ad esempio, si legge nel considerando n. 3 che tale intervento nel mercato degli appalti dei c.d. settori esclusi, era necessario proprio perché questi ultimi erano chiusi alla concorrenza delle imprese straniere. Si legge, infatti, che: *“Un’altra delle ragioni principali per cui è necessario un coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti degli enti che operano in questi settori è il carattere chiuso dei mercati in cui operano, dovuto alla concessione da parte degli Stati membri di diritti speciali o esclusivi, per l’approvvigionamento, la messa a disposizione o la gestione di reti che forniscono il servizio in questione.”*

Dunque, nel considerando n. 9, si sottolinea che: *“Al fine di assicurare l’apertura alla concorrenza degli appalti pubblici di enti che operano nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali è opportuno stabilire disposizioni di coordinamento comunitario per gli appalti con valore superiore ad una certa soglia. Tale coordinamento è fondato sui requisiti desumibili dagli articoli 14, 28 e 49 del trattato CE e dall’articolo 97 del trattato Euratom, vale a dire il principio di parità di trattamento, di cui il principio di non discriminazione non è che una particolare espressione, il principio di mutuo riconoscimento, il principio di proporzionalità, nonché il principio di trasparenza. In considerazione della natura dei settori interessati da tale coordinamento, quest’ultimo, pur continuando a salvaguardare l’applicazione di detti principi, dovrebbe istituire un quadro per pratiche commerciali leali e permettere la massima flessibilità.”*

<sup>97</sup> Cfr. D. Lgs. 163/2006, art. 256.

<sup>98</sup> Cfr. D. Lgs. 163/2006, art. 40, comma 1, il quale, tra l’altro, presenta una formulazione identica rispetto al corrispettivo art. 8 della legge 109/1994: *“I soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere qualificati e improntare la loro attività ai principi della qualità, della*

*è attuato da organismi di diritto privato di attestazione (le SOA), appositamente controllati dall'Autorità.*"<sup>99</sup>

Infatti, come previsto dalla precedente normativa, per svolgere l'attività di qualificazione le SOA devono pur sempre possedere: i) requisiti generali e di indipendenza<sup>100</sup>; ii) requisiti tecnici<sup>101</sup>; iii) l'autorizzazione<sup>102</sup> da parte della AGCV (Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici).

---

*professionalità e della correttezza. Allo stesso fine i prodotti, i processi, i servizi e i sistemi di qualità aziendali impiegati dai medesimi soggetti sono sottoposti a certificazione, ai sensi della normativa vigente."*

<sup>99</sup> Cfr. D. Lgs. 163/2006, art. 40, comma 3.

<sup>100</sup> Per quanto riguarda i requisiti generali e di indipendenza delle SOA, questi sono disciplinati dall'art. 64 del DPR 207/2010 e non presentano particolari differenze rispetto a quanto previsto dal corrispettivo art. 7, DPR 34/2000. Infatti, ai sensi dell'art. 64, DPR 207/2010, si richiede che le SOA devono essere costituite nella forma di società per azioni, lo statuto sociale deve prevedere come oggetto esclusivo lo svolgimento dell'attività di attestazione, la denominazione sociale deve indicare espressamente la locuzione "organismi di attestazione" e devono possedere un capitale sociale almeno pari a 1.000.000 di euro interamente versato. La composizione e la struttura organizzativa delle SOA devono essere tali da assicurare il principio di indipendenza di giudizio e l'assenza di qualunque interesse commerciale, finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori. Al comma 6 dell'art. 64 sono infine elencate alcune fattispecie al ricorrere delle quali le SOA non possono svolgere l'attività di attestazione (ad esempio, ex art. 64, comma 6, lett. A, è previsto che non possono svolgere attività di attestazione le SOA che si trovino in stato di fallimento, liquidazione, concordato preventivo, o qualsiasi altra situazione equivalente secondo la legislazione vigente.)

<sup>101</sup> I requisiti tecnici delle SOA sono elencati all'art. 67 del DPR 207/2010 che prevede, in maniera simile rispetto a quanto previsto dall'art. 9 del DPR 34/2000, un organico minimo costituito da specifiche professionalità e dotato di adeguata attrezzatura informatica. Nello specifico, l'art. 67 del DPR 207/2010 prevede che: "*L'organico minimo delle SOA è costituito: a) da un direttore tecnico laureato in ingegneria, o in architettura, abilitato all'esercizio della professione da almeno dieci anni, iscritto, al momento dell'attribuzione dell'incarico, al relativo albo professionale, assunto a tempo indeterminato e a tempo pieno, dotato di adeguata esperienza almeno quinquennale nel settore dei lavori pubblici maturata in posizione di responsabilità direttiva, nell'attività di controllo tecnico dei cantieri (organizzazione, qualità, avanzamento lavori, costi) o di valutazione della capacità economico-finanziaria delle imprese in relazione al loro portafoglio ordini, ovvero nella attività di certificazione della qualità, il medesimo direttore tecnico deve dichiarare, nelle forme previste dalle vigenti leggi, di non svolgere analogo incarico presso altre SOA; b) da tre laureati, di cui uno in ingegneria o architettura, uno in giurisprudenza ed uno in economia e commercio, assunti a tempo indeterminato e a tempo pieno, in possesso di esperienza professionale almeno triennale attinente al settore dei lavori pubblici; c) da sei dipendenti, in possesso almeno del diploma di scuola media superiore, assunti a tempo indeterminato e a tempo pieno.*"

<sup>102</sup> Il procedimento di rilascio dell'autorizzazione da parte della AGCV è disciplinato dall'art. 68 del DPR 207/2010: inizia ad istanza di parte, la quale deve essere corredata da una serie di documenti specificati nella norma. Una volta ricevuta la domanda, l'Autorità inizia l'istruttoria, se del caso può chiedere anche ulteriori informazioni ed integrazioni alla documentazione fornita dalla SOA istante, ed è tenuta a concludere il procedimento entro il termine di 60 giorni dal ricevimento dell'istanza.

La vigilanza sul sistema di qualificazione, ai sensi dell'art. 71 e seguenti, è svolta dall'AGCV, la quale agisce essenzialmente tramite l'esercizio di poteri di autorizzazione, controllo e vigilanza sull'operato delle SOA<sup>103</sup>, in maniera simile a quanto già affermato dal DPR 34/2000. Anche sotto il profilo della *ratio* si scorgono importanti similitudini: il controllo del possesso di una attestazione valida ed adeguata -rilasciata da SOA debitamente autorizzate- garantisce la pubblica amministrazione di stare contrattando con un concorrente astrattamente affidabile sotto il profilo della capacità economico/finanziaria e tecnica, senza la necessità per le stazioni appaltanti di dover accertare tali requisiti caso per caso<sup>104</sup>.

Per quanto riguarda più da vicino la normativa regolamentare prevista dal DPR 5 ottobre 2010, n. 207, l'art. 60 stabilisce che il sistema unico di qualificazione trova applicazione per i lavori pubblici affidati dalle stazioni appaltanti di importo superiore a 150.000,00 euro e che -ad eccezione di alcuni casi espressamente elencati- *“l'attestazione di qualificazione costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento dei lavori pubblici,”* specificando, al comma 4, che *“le stazioni appaltanti non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della*

---

Si precisa anche che il diniego di autorizzazione non impedisce la presentazione di nuova istanza. Sotto questi profili, la norma in esame non presenta particolari differenze con il corrispettivo art. 10 DPR 34/2000, commi 1, 2, 3 e 4.

<sup>103</sup> Si precisa nell'art. 71 che l'Autorità, nello svolgimento del suo compito di vigilanza sul sistema di qualificazione, tramite ispezioni -anche senza preavviso- o anche tramite la richiesta di documenti ritenuti necessari, controlla che le SOA: *“a) operino secondo le procedure, anche di controllo interno, presentate in sede di richiesta di autorizzazione ed approvate dall'Autorità stessa; b) abbiano un comportamento che elimini qualsiasi possibilità di conflitti di interesse; c) rilascino le attestazioni nel pieno rispetto dei requisiti stabiliti nell'art. 63, e nel capo III del presente titolo; d) applichino le tariffe di cui all'allegato C – parte I; e) svolgano la propria attività conformemente a quanto previsto dall'art. 70.”*

Nei commi successivi, dopo aver specificato che tali poteri di vigilanza possono essere esercitati anche su istanza di parte (imprese, SOA interessate o stazione appaltante), sono elencate le modalità di svolgimento del procedimento di controllo e le possibili sanzioni che possono essere irrogate alle SOA, come la sospensione o l'annullamento delle qualificazioni rilasciate e risultate irregolari a seguito del controllo.

<sup>104</sup> In tal senso H. GARUZZO, *Articolo 40 – Qualificazione per eseguire lavori pubblici*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, diretto da G. FRANCO e G. MORBIDELLI, Milano, Egea, 2013, pp. 601 e ss. In particolare, dopo una ricostruzione storica della disciplina del sistema di qualificazione nell'ordinamento italiano, a proposito dell'art. 40 del D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, si scrive che *“La qualificazione risponde all'esigenza di garanzia delle stazioni appaltanti in merito all'effettività delle capacità tecniche ed economiche delle imprese affidatarie di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.”*

*qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi” da quelli previsti dal DPR 207/2010.*

Dunque, il compito attribuito alle Società Organismo di Attestazione -come abbiamo visto prima, soggetti privati, autorizzati e controllati dall’AGVC- consiste sempre nel verificare ed attestare il possesso da parte delle imprese di una serie di elementi: i) requisiti di carattere generale; ii) requisiti di carattere speciale; iii) la certificazione di qualità aziendale conforme alle normative di settore.

Per quanto riguarda i requisiti di ordine generale, ai sensi dell’art. 78 del DPR 207/2010, si fa riferimento ai requisiti previsti dagli art. 38, comma 1, e art. 39, commi 1 e 2, del d. lgs. 163/2006.

Preliminarmente, quindi, sono individuate una serie di fattispecie (come lo stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, la presenza di sentenze di condanna passate in giudicato, la commissione di gravi infrazioni debitamente accertate in materia di sicurezza sul lavoro e via dicendo) al ricorrere delle quali gli operatori economici interessati *“sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti.”*<sup>105</sup>

Successivamente, all’art. 39 del D. Lgs. 163/2006, è previsto che i concorrenti, se cittadini italiani o di altro Stato membro residenti in Italia, *“possono essere invitati a provare la loro iscrizione nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l’artigianato o preso i competenti ordini professionali”*; mentre, se si tratta di cittadini di altro Stato membro non residenti in Italia, può essere loro richiesto di *“provare la loro iscrizione, secondo le modalità vigenti nello Stato di residenza, in uno dei registri professionali o commerciali di cui all’allegato XI A per gli appalti pubblici di lavori, all’allegato XI B per gli appalti pubblici di forniture e all’allegato XI C per gli appalti pubblici di servizi, mediante dichiarazione giurata o secondo le modalità vigenti nello Stato membro nel quale sono stabiliti”* (c.d. Requisiti di Idoneità Professionale).

In ogni caso, spetta all’AGVC stabilire mediante quale documentazione gli operatori economici debbano provare l’esistenza di detti requisiti, e di ciò è fatto riferimento nel contratto da sottoscrivere tra la SOA e l’impresa<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> Cfr. D. Lgs. 163/2006, art. 38, comma 1.

<sup>106</sup> Cfr. DPR 207/2010, art. 78, comma 2.

Infine, nei commi successivi (nn. 4 e 5), è previsto che le SOA nell’espletamento della propria attività richiedono anche il certificato integrale del casellario giudiziale, il documento unico di regolarità

Per quanto riguarda i requisiti d'ordine speciale occorrenti per la qualificazione, e le relative modalità di prova, l'art. 79 del DPR 207/2010 stabilisce che essi sono: i) adeguata capacità economica e finanziaria<sup>107</sup>; ii) adeguata idoneità tecnica e organizzativa<sup>108</sup>; iii) adeguata dotazione di attrezzature tecniche<sup>109</sup>; iv) adeguato organico medio annuo<sup>110</sup>.

Il procedimento di rilascio della qualificazione è disciplinato dagli art. 76 e ss. del DPR 207/2010 e ripercorre in linea generale le fasi già previste dalla precedente normativa: esso prende avvio, su istanza di parte, con un contratto stipulato tra l'impresa istante e la SOA, la quale entro un termine non superiore a 180 giorni dalla stipula del contratto deve rilasciare l'attestazione di qualificazione<sup>111</sup> o il diniego di rilascio della stessa.

---

contributiva; inoltre, qualora i soggetti richiedenti la qualificazione abbiano fornito documentazione falsa in relazione ai requisiti generali sopra descritti, alle SOA è fatto obbligo di non rilasciare l'attestazione.

<sup>107</sup> Ai sensi dell'art. 79, comma 2, l'adeguata capacità economica e finanziaria è dimostrata da: "a) idonee referenze bancarie; b) dalla cifra d'affari, determinata secondo quanto previsto all'art. 83, realizzata con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta non inferiore al cento per cento degli importi delle qualificazioni richieste nelle varie categorie; c) limitatamente ai soggetti tenuti alla redazione del bilancio, del patrimonio netto, costituito dal totale della lettera A del passivo di cui all'art. 2424 del codice civile, riferito all'ultimo bilancio depositato, di valore positivo."

<sup>108</sup> Ai sensi dell'art. 79, comma 5, l'adeguata idoneità tecnica è dimostrata: "a) con la presenza di idonea direzione tecnica secondo quanto previsto dall'art. 87; b) dall'esecuzione di lavori, realizzati in ciascuna delle categorie oggetto della richiesta, di importo non inferiore al 90 per cento di quello della classifica richiesta, l'importo è determinato secondo quanto previsto dall'art. 82; c) dall'esecuzione di un singolo lavoro, in ogni singola categoria oggetto della richiesta, di importo non inferiore al quaranta per cento dell'importo della qualificazione richiesta, ovvero, in alternativa, di due lavori nella stessa categoria, di importo complessivo non inferiore al cinquantacinque per cento dell'importo della qualificazione richiesta, ovvero, in alternativa, di tre lavori, nella stessa categoria, di importo complessivo, non inferiore al sessantacinque per cento dell'importo della qualificazione richiesta; gli importi sono determinati secondo quanto previsto dall'art. 83."

<sup>109</sup> L'adeguata attrezzatura tecnica, ex art. 79 comma 8, consiste "nella dotazione stabile di attrezzature, mezzi d'opera ed equipaggiamento tecnico riguardante esclusivamente il complesso di beni specificamente destinati alla esecuzione di lavori, in proprietà o in locazione finanziaria o in noleggio, dei quali sono fornite le essenziali indicazioni identificative."

<sup>110</sup> L'adeguato organico medio annuo, ex art. 79 comma 10, è dimostrato dal "costo complessivo sostenuto per il personale dipendente, composto da retribuzione e stipendi, contributi sociali e accantonamenti ai fondi di quiescenza, non inferiore al quindici per cento della cifra di affari in lavori di cui al comma 2, lettera b), effettivamente realizzata, di cui almeno il quaranta per cento per personale operaio."

<sup>111</sup> Una volta rilasciata, ai sensi dell'art. 76, comma 5, DPR 207/2010 "l'efficacia dell'attestazione è pari a cinque anni con verifica triennale del mantenimento dei requisiti di ordine generale, nonché dei requisiti di capacità strutturale di cui all'art. 77, comma 5. Almeno 90 giorni prima della scadenza del termine, l'impresa che intende conseguire il rinnovo dell'attestazione deve stipulare un contratto con la medesima SOA o con un'altra autorizzata all'esercizio dell'attività di attestazione."

Infine, ai sensi dell'art. 61 del DPR 207/2010, le imprese sono qualificate per categoria di opere generali o di opere specializzate, nonché per prestazioni di sola costruzione o per prestazioni di progettazione e costruzione, e per ciascuna di tali categorie sono classificate in otto livelli di importo<sup>112</sup>.

Ottenuta la classificazione in una determinata categoria e classifica, l'impresa è abilitata a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto.

Qualora l'appalto sia ricompreso nella classifica VIII, l'impresa deve possedere, oltre alla qualificazione nella rispettiva classifica, anche un ulteriore requisito: deve aver realizzato, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra d'affari, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta e indiretta, non inferiore a 2,5 volte l'importo a base d'asta<sup>113</sup>.

Quanto finora esposto disciplina il sistema di qualificazione per l'affidamento di contratti di lavori pubblici che abbiano un valore superiore a 150.000,00 euro, risulta dunque opportuno, per completezza, analizzare altri due casi che, pur avendo in comune tale normativa, presentano alcune particolarità: gli appalti, sempre di lavori pubblici, ma di valore inferiore a 150.000,00 euro, e gli appalti di forniture e servizi.

#### *1.5.2 In particolare: la qualificazione per eseguire appalti di lavori di importo pari o inferiore a 150.000,00 euro*

---

<sup>112</sup> Ai sensi dell'art. 61 del DPR 207/2010 le classifiche di importo sono le seguenti:

- Livello I fino a 258,000 euro;
- Livello II fino a 516,000 euro;
- Livello III fino a 1,033,000 euro;
- Livello III-*bis* fino a 10.500,000 euro;
- Livello IV fino a 2,582,000 euro;
- Livello IV-*bis* fino a 3.500,000 euro;
- Livello V fino a 5,165,000 euro;
- Livello VI fino a 10,329,000 euro;
- Livello VII fino a 15,494,000 euro;
- Livello VIII oltre 15,494,000 euro.

<sup>113</sup> Cfr. DPR 207/2010, art. 61, comma 6, dove si precisa che tale requisito aggiuntivo deve essere “comprovato secondo quanto previsto dall'art. 79, commi 3 e 4, ed è soggetto a verifica da parte delle stazioni appaltanti.”

I requisiti di capacità generale e speciale necessari per partecipare agli appalti di lavori pubblici di valore pari o inferiore a 150.000,00 euro sono individuati dal disposto combinato dell'art. 40, comma 8, del D. Lgs. 163/2006<sup>114</sup> e dall'art. 90 DPR 207/2010.

Sotto il profilo della capacità generale è previsto che le imprese debbano rispettare i requisiti elencati nell'art. 38 del D. Lgs. 163/2006, precedentemente analizzati.

Mentre per quanto riguarda la capacità speciale, ai sensi dell'art. 90 DPR 207/2010, le imprese devono possedere i seguenti requisiti di ordine tecnico-organizzativo: i) importo dei lavori analoghi eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando non inferiore all'importo del contratto da stipulare; ii) costo complessivo sostenuto per il personale dipendente non inferiore al quindici per cento dell'importo dei lavori eseguiti nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando; nel caso in cui il rapporto tra il suddetto costo e l'importo dei lavori sia inferiore a quanto richiesto, l'importo dei lavori è figurativamente e proporzionalmente ridotto in modo da ristabilire la percentuale richiesta; l'importo dei lavori così figurativamente ridotto vale per la dimostrazione del possesso del requisito di cui alla lettera a); iii) adeguata attrezzatura tecnica.

Inoltre, qualora le suddette imprese siano già in possesso dell'attestazione SOA relativa ai lavori da eseguire, non è richiesta ulteriore dimostrazione circa il possesso dei requisiti.

Infine, lo stesso art. 90, fissa dei requisiti ulteriori per partecipare alle gare della categoria OG 13 (Opere di ingegneria naturalistica) di valore pari o inferiore a 150.000,00 euro: *“fermo restando quanto previsto al comma 1, [gli operatori economici] devono aver realizzato nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, dell'avviso o della lettera di invito, di lavori analoghi per importo pari a quello dei lavori che si intendono eseguire, e presentare l'attestato di buon esito degli stessi rilasciato dalle autorità eventualmente preposte alla tutela dei beni cui si riferiscono i lavori eseguiti.”*

### *1.5.3 In particolare: qualificazione e requisiti di capacità speciale negli appalti di servizi e forniture*

Un discorso analogo può essere fatto anche per gli appalti di servizi e forniture, infatti, mentre la capacità generale delle imprese rimane pur sempre valutata ai sensi degli artt. 38 e 39 del d.

---

<sup>114</sup> L'art. 40, comma 8, del D. Lgs. 163/2006 in primo luogo stabilisce che gli operatori economici debbano comunque possedere i requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del medesimo d. lgs., ed in secondo luogo demanda al DPR 207/2010 la individuazione dei requisiti di capacità speciale.

lgs. 163/2006, la capacità speciale, invece, deve essere accertata tramite norme specificamente riferite a tale settore: gli artt. 41 e 42 del D. lgs. 163/2006.

L'art. 41 stabilisce che la capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere dimostrata fornendo uno o più dei seguenti documenti: i) dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385; ii) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa, ovvero dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del DPR 28 dicembre 2000, n. 445; iii) dichiarazione, sottoscritta in conformità alle disposizioni del DPR 28 dicembre 2000, n. 445, concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi.

A ben vedere, forse proprio per non irrigidire le maglie del sistema normativo tramite l'uso di rigidi parametri<sup>115</sup>, tale elenco non ha valore tassativo, ma soltanto esemplificativo<sup>116</sup>, e ciò si evince da due importanti elementi: in primo luogo, la formulazione letterale della norma, laddove si legge testualmente che la prova di idonea capacità economico finanziaria “*può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti*”; in secondo luogo, basta guardare al comma 3 dell'art. 41 dove è stabilito che qualora il concorrente non sia in grado, per giustificati motivi, di provare la propria capacità economico finanziaria tramite le referenze richieste dall'amministrazione, può utilizzare “*qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante.*”

---

<sup>115</sup> Cfr. M. MARTINELLI, *I requisiti di carattere economico-finanziario*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS e R. GAROFOLI, 2008, pp. 1378 e ss.; A. GIUFFRIDA, *Articolo 41 – Capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, diretto da G. FRANCO e G. MORBIDELLI, Milano, Egea, 2013, p. 639, dove si afferma che: “*Questo indirizzo di politica legislativa appare senz'altro condivisibile, e fors'anche inevitabile in quanto l'opposta opzione di imporre una disciplina standard identica e immutabile per tutte le Amministrazioni e tutte le circostanze avrebbe immancabilmente irrigidito il quadro normativo complessivo.*”

<sup>116</sup> Sul valore indicativo e non tassativo dell'elenco di cui all'art. 41, comma 1, d. lgs. 163/2006 si veda A. GIUFFRIDA, *Articolo 41 – Capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi*, op. cit., p. 638: “*Invero, che l'elenco dei documenti atti a dimostrare detta capacità non sia tassativo e anzi abbia valore solo esemplificativo si deduce anzitutto dal tenore letterale dell'incipit del comma 1 dell'art. 41, laddove si prevede che <la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti.> Ma vi è di più: qualora il soggetto concorrente sia impossibilitato, per le più svariate ragioni, ad allegare i documenti richiesti dalla stazione appaltante, lo stesso può sempre comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria mediante ulteriore e differente documentazione, purché l'Amministrazione procedente la ritenga parimenti idonea allo scopo (si veda il comma 3, dell'art. 41, su cui infra).*”

Successivamente, l'art. 41, comma 2, primo periodo, pare attribuire un potere ampiamente discrezionale alla stazione appaltante laddove si prevede che quest'ultima debba precisare nel bando di gara *“i requisiti che devono essere posseduti dal ricorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere.”*

Per intenderci, l'amministrazione può specificare nel bando di gara quali requisiti devono essere posseduti dall'impresa al fine di dimostrare la propria capacità economica e finanziaria, e in tale operazione può includere sia i requisiti indicati dal comma precedente, oppure anche altri diversi ed ulteriori.

È chiaro che un utilizzo *absolutum* di tale potere discrezionale, tramite l'introduzione di requisiti eccessivamente stringenti, avrebbe potuto limitare fortemente il principio del *favor participationis*, quindi, per ovviare a tale problema, si è affermato non solo che devono pur sempre essere rispettati i principi di proporzionalità, ragionevolezza, logicità e congruità con il fine perseguito<sup>117</sup>, ma anche che di tali ulteriori specificazioni la stazione appaltante ne deve dare conto e dunque fornire adeguata motivazione<sup>118</sup>.

Per quanto riguarda la capacità tecnica e professionale dei fornitori e prestatori di servizi questa può essere dimostrata in uno o più dei modi elencati nel comma 1 dell'art. 42, come, ad esempio, la presentazione da parte dell'operatore economico dell'elenco dei principali servizi o forniture prestati negli ultimi tre anni, l'indicazione dei tecnici e degli organi tecnici dell'impresa, la descrizione delle attrezzature tecniche e via dicendo<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> In tal senso si veda A. GIUFFRIDA, *Articolo 41 – Capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi*, op. cit., p. 639. L'autore, inoltre, sottolinea come la *ratio* di tale disposizione sarebbe quella adeguare al caso concreto le referenze generali e astratte, indici di idonea capacità economica e finanziaria, previste dalla legge. Si legge: *“La previsione [art. 41, comma 2, primo periodo, D. Lgs. 163/2006] prospetta dunque svariate possibilità alle stazioni appaltanti che non solo possono richiedere di dimostrare taluno o anche uno soltanto degli indici ex lege rivelatori della capacità economica e finanziaria, ma possono finanche spingersi a plasmarne di ulteriori rispetto a quelli elencati dal Codice. Il legislatore pone così le Amministrazioni appaltatrici nella condizione di adeguare al caso concreto le referenze astrattamente previste nel comma 1, attribuendo loro ampia libertà di scelta nella selezione dei requisiti ivi previsti a dimostrazione della capacità economica e finanziaria dei concorrenti. Nell'operare le proprie scelte le stazioni appaltanti debbono però non solo assicurare l'osservanza dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, nonché dei criteri di logicità e di congruità con il fine pubblico perseguito, ma anche motivare adeguatamente le scelte assunte in relazione alle specifiche esigenze imposte dall'oggetto dell'appalto, evitando di dissimulare intenti limitativi o preclusivi del favor participationis.”*

<sup>118</sup> Tale orientamento era condiviso, appunto, dalla giurisprudenza dominante. Tra tutte, si vedano: Cons. Stato, Sez. IV, 12 giugno 2007, n. 3103; Cons. Stato, Sez. V, 15 febbraio 2007, n. 647; TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 18 giugno 2007, n. 5259; TAR Lazio, Roma, Sez. I-bis, 5 luglio 2006, n. 5418.

<sup>119</sup> Nel dettaglio, i modi elencati dall'art. 42, primo comma, D. Lgs. 163/2006, utili per dimostrare la capacità tecnica e professionale dell'imprenditore sono i seguenti: *“Negli appalti di servizi e forniture*

Spetta poi alle singole stazioni appaltanti, nell'esercizio di un apposito potere discrezionale attribuito dall'art. 42, comma 2, specificare nel bando di gara (o nella lettera d'invito) quali dei documenti e requisiti previsti nell'elenco di cui al comma precedente dovranno poi essere presentati e dimostrati da parte dei concorrenti<sup>120</sup>.

Ad ogni modo, precisa il comma 3, la richiesta di tali informazioni tecniche ai concorrenti non può eccedere l'oggetto dell'appalto e *“l'amministrazione deve, comunque, tener conto dell'esigenza di protezione dei segreti tecnici e commerciali.”*

## **1.6 L'attuale disciplina dei contratti pubblici nell'ordinamento italiano alla luce delle direttive comunitarie del 2014: il D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.**

### *1.6.1 Le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE e l'emersione di “nuovi” principi in materia di contrattualistica pubblica*

L'ultima tappa<sup>121</sup> dell'indagine storico ricostruttiva della normativa in materia di contrattualistica pubblica è rappresentata dal D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il quale ha dato attuazione alle direttive comunitarie 2014/23/UE (relativa all'aggiudicazione dei contratti di concessione), 2014/24/UE (relativa agli appalti pubblici) e 2014/25/UE (relativa agli appalti nei settori dell'acqua, energia, trasporti e servizi sociali).

---

*la dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti può essere fornita in uno o più dei seguenti modi, a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi:*

a)

<sup>120</sup> Cfr. A. GIUFFRIDA, *Articolo 41 – Capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi*, op. cit., pp. 657-658: *“Come anticipato in premessa, le Amministrazioni, per un verso (in positivo), godono di ampia discrezionalità nell'individuazione dei mezzi di prova destinati alla valutazione della capacità tecnica e professionale dei soggetti concorrenti, ma, per altro verso (in negativo), grava su di loro un vero e proprio obbligo di individuare ab initio, nel bando di gara o nella lettera di invito, i documenti dei requisiti che intendono accettare: obbligo che trova la sua ragion d'essere nella necessità di comunicare ai concorrenti i mezzi di prova che saranno utilizzati. Il che implica, da un lato, come detto, la preclusione dall'introdurre nuovi mezzi di prova o, peggio, ulteriori requisiti rispetto a quelli individuati nel Codice e richiamati nel bando di gara, ma, per altro verso, l'obbligo di richiamare nel bando tutti gli ulteriori requisiti richiesti da specifiche discipline di settore applicabili ai casi di specie.”*

<sup>121</sup> Il previgente codice dei contratti pubblici di cui al D. Lgs. 163/2006, è stato infatti abrogato dall'art. 217 del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Il quadro normativo che emerge a livello comunitario non pare recare mutamenti profondi al sistema già delineato nel 2006, il quale, si potrebbe dire, viene per lo più integrato con nuovi istituti e aggiornato alla luce delle sentenze della CGUE.

Ciò che invece occorre sottolineare è che, a fianco dell'ormai consolidato principio di tutela della concorrenza, sembrano emergere anche nuovi principi.

Sulla tutela della concorrenza ci si è già soffermati nei paragrafi che precedono e in questa sede giova ribadire brevemente che essa trova molteplici e differenti declinazioni all'interno del codice dei contratti pubblici e garantisce, tra le altre cose, la più ampia apertura possibile del mercato degli appalti, la *par condicio* tra i concorrenti e, in particolar modo con le direttive del 2014, la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI)<sup>122</sup>.

A riguardo è particolarmente significativo il considerando n. 1 della direttiva 2014/24/UE dove si afferma che *“L’aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore a una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni per coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti in modo da garantire che a tali principi sia dato effetto pratico e che gli appalti pubblici siano aperti alla concorrenza.”*

---

<sup>122</sup> L'intenzione del legislatore comunitario di facilitare l'accesso delle PMI al mercato degli appalti pubblici è desumibile anche in apertura della Direttiva 2014/24/UE al considerando n. 2, dove si legge che: *“Gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, illustrata nella comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo <Europa 2020 – una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva> (<strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva>), in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici. A tal fine, la normativa sugli appalti adottata ai sensi della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e della direttiva 2004/18(CE del Parlamento europeo e del Consiglio dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale. È inoltre necessario chiarire alcuni concetti e nozioni di base onde assicurare la certezza del diritto e incorporare alcuni aspetti della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia.”*

L'affermazione che l'opera del legislatore europeo sia orientata a tutelare principalmente la concorrenza, soprattutto nel momento in cui la si pone in confronto con gli altri principi ispiratori della materia, non deve però trarre in inganno.<sup>123</sup>

Incontestata la sua fondamentale importanza, essa rimane pur sempre un "mezzo" per permettere alla pubblica amministrazione di raggiungere il "fine ultimo" della cura dell'interesse pubblico nel rispetto dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità (di cui all'art. 97 Cost.) e che, declinato nella materia della contrattualistica pubblica, consiste nella individuazione del contraente più affidabile e selezione della migliore offerta.

Infatti, come si è accennato, a partire dagli ultimi interventi comunitari in materia di appalti pubblici, in particolare con le direttive del 2014, si è consolidato anche un altro importante principio che si affianca alle già esaminate ragioni di concorrenza e di contabilità pubblica, e che consiste nel contrasto ai fenomeni corruttivi<sup>124</sup>.

Il legislatore europeo stabilisce chiaramente nelle direttive del 2014 che esse hanno, tra gli altri, l'obiettivo di "*prevenire le distorsioni derivanti da conflitti di interesse nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici*"<sup>125</sup> e, inoltre, di "*combattere le frodi, i favoritismi e la corruzione.*"<sup>126</sup>

---

<sup>123</sup> In questo senso anche P.M. CHITI, *Principi*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, 2019, I, pp. 294 e ss., dove, appurato che l'obiettivo principale delle direttive comunitarie di prima generazione era fondamentalmente quello di tutelare la concorrenza del mercato unico in modo tale da "*assorbire così altri interessi presenti nel settore dei contratti pubblici*", con il nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d. lgs. 50/2016, in recepimento della nuova regolamentazione europea del 2014, "*la concorrenza rimane uno dei principi della disciplina, ma non il primario (se non addirittura esclusivo) come in precedenza.*"

Nello stesso senso anche M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. Amm.*, Milano, Giuffrè, 1-2, 2016, p. 71 e ss.

<sup>124</sup> Sul tema, *ex multis*, si vedano: Cfr. G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2015, p. 325; A. LALLI, *Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico. Una rassegna*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1, 2016, p. 155; A. POLICE, *Contratti pubblici: tra ultime novità legislative ed esigenze di semplificazione*, in *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, a cura di C. FRANCHINI e F. SCIAUDONE, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 193.

<sup>125</sup> Cfr. Direttiva 2014/24/UE, considerando n. 16: "*Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avvalersi di tutti i possibili mezzi a loro disposizione ai sensi del diritto nazionale per prevenire le distorsioni derivanti da conflitti di interesse nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Tra questi potrebbero rientrare le procedure per individuare, prevenire e porre rimedio a conflitti di interessi.*"

<sup>126</sup> Cfr. Direttiva 2014/23/UE, considerando n. 61: "*Al fine di combattere le frodi, i favoritismi e la corruzione e prevenire conflitti di interesse, gli Stati membri dovrebbero adottare misure adeguate per garantire la trasparenza della procedura di aggiudicazione e la parità di trattamento di tutti i candidati*

Ciò posto, per individuare le ragioni alla base dell'attuale sistema di aggiudicazione dei contratti pubblici a livello nazionale, nei paragrafi che seguono, si esamineranno in via sintetica quegli aspetti essenziali dell'evidenza pubblica, così come disciplinata dal vigente D. Lgs. 50/2016, in cui meglio si possono cogliere i principi fondamentali che ad oggi governano il procedimento di scelta del contraente all'interno dell'ordinamento italiano.

### *1.6.2 Il bando e i documenti di gara*

Salvo casi particolari espressamente indicati dalla legge, l'attuale Codice dei Contratti Pubblici prevede che ciascuna procedura di evidenza pubblica sia indetta, ordinariamente, tramite la predisposizione di un apposito bando di gara<sup>127</sup>.

Per quanto riguarda il suo contenuto, in via generale, il D. Lgs. 50/2016 prevede che i bandi di gara siano redatti in conformità ai bandi-tipo adottati dall'ANAC e che contengano le informazioni essenziali della gara.<sup>128</sup>

Nello specifico, le informazioni essenziali circa lo svolgimento della gara sono indicate nell'allegato XIV, parte I, lett. C, in base al quale i bandi di gara devono indicare, tra le altre cose: gli estremi identificativi della stazione appaltante, dunque il nome, numero di identificazione, indirizzo, telefono, fax, posta elettronica e indirizzo internet; l'indirizzo di posta elettronica o indirizzo internet presso cui saranno disponibili, in via gratuita, illimitata e diretta i documenti di gara; tipo di amministrazione aggiudicatrice e principale attività esercitata; se del caso, l'indicazione che l'amministrazione aggiudicatrice è una centrale di committenza o che si è in presenza di una qualsiasi altra forma di appalto congiunto; i codici CPV, ossia quei codici basati su un sistema di classificazione europeo che servono per categorizzare l'oggetto dei contratti pubblici; il luogo principale per l'esecuzione dei lavori o di consegna dei beni e servizi; la descrizione dell'oggetto dell'appalto; l'ordine di grandezza totale stimato dell'appalto;

---

*e gli offerenti. Tali misure dovrebbero mirare, in particolare, ad eliminare i conflitti di interesse e altre irregolarità gravi."*

<sup>127</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, artt. 71 e 72.

*Ex multis*, sulla disciplina codicistica relativa al bando di gara si rinvia a A. LIROSI e R. DE ROSE, *Pubblicità degli atti di gara*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, 2019, III, p. 265 e ss; Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, op. cit., p. 1604.

<sup>128</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 71.

Cfr. A. LIROSI e R. DE ROSE, *Pubblicità degli atti di gara*, op. cit., p. 274.

l'ammissione o divieto di varianti; i tempi di consegna; le condizioni di partecipazione; il tipo di procedura di selezione del contraente che si intende utilizzare; i criteri di aggiudicazione; termine ultimo per la presentazione per le offerte ed indirizzo al quale le offerte devono essere trasmesso; indicazione se l'appalto rientra o meno nell'ambito di applicazione del Government Procurement Agreement; la suddivisione in lotti dell'appalto e, se del caso, la possibilità o meno per gli operatori economici di presentare un'offerta per uno o più lotti; eventualmente, il numero minimo o massimo di partecipanti; ed infine anche altre eventuali informazioni che la stazione appaltante ritiene opportuno esplicitare.<sup>129</sup>

Il bando di gara, dunque, in applicazione del principio di concorrenza, costituisce in primo luogo un atto amministrativo con cui la PA rende noto a più operatori economici possibili, nazionali ed anche internazionali, la propria intenzione di aggiudicare una commessa pubblica<sup>130</sup>.

Allo stesso tempo, sempre in virtù del principio di parità di trattamento tra i concorrenti ed anche in applicazione delle ragioni di trasparenza, il bando di gara svolge un'altra funzione fondamentale: tramite la sua elaborazione, infatti, vengono comunicate ai futuri concorrenti, in maniera chiara e certa, le regole speciali della gara (in questo senso, infatti, il bando viene più comunemente indicato come *lex specialis* di gara), le quali, per quanto riguarda la loro efficacia, sono vincolanti nei confronti tanto dell'amministrazione quanto dei concorrenti<sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, All. XIV, parte I, lett. C), nn. 1-30.

Per un'analisi generale del contenuto c.d. minimo dei bandi di gara, si rinvia a A. LIROSI e R. DE ROSE, *Pubblicità degli atti di gara*, op. cit., p. 280 e ss.

<sup>130</sup> Cfr. A. LIROSI e R. DE ROSE, *Pubblicità degli atti di gara*, op. cit., p. 273: "Da un lato, infatti, il bando di gara rappresenta lo strumento mediante il quale la stazione appaltante, in ossequio al favor participationis, rende edotto l'intero mercato (anche sovranazionale) della sua volontà di aggiudicare una commessa pubblica, consentendo agli operatori economici interessati di partecipare."

<sup>131</sup> Cfr. A. LIROSI e R. DE ROSE, *Pubblicità degli atti di gara*, op. cit., p. 273, dove gli AA. sottolineano che: "Dall'altro lato, in ossequio ai principi di pubblicità e trasparenza, la stazione appaltante con esso [il bando] disciplina ab origine le modalità di scelta del contraente sulla base di precise regole aventi natura vincolante. Le clausole ivi previste, infatti, vincolano sia i concorrenti sia la stessa amministrazione, che non conserva margini di discrezionalità nel dar loro concreta attuazione. Tale rigore formale caratterizzante la disciplina delle procedure di gara risponde, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e speditezza e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa, inclusa la parità di condizioni tra i concorrenti."

Cfr. anche F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, op. cit., p. 1604: "Tramite il bando di gara, con il quale la P.A. rende nota la definitiva intenzione di aggiudicare un appalto pubblico. Il bando, infatti, costituisce la *lex specialis* della procedura, ovvero sia l'insieme delle regole del singolo procedimento di selezione del contraente, mediante disposizioni vincolanti sia per i concorrenti che per la stazione appaltante. In questo senso, il bando costituisce un atto amministrativo con cui la P.A.

Una volta redatto, il bando, in ossequio al principio di concorrenza, deve essere portato a conoscenza della più ampia platea possibile di operatori economici e a tal fine l'impianto codicistico prevede un doppio regime di pubblicazione: a livello europeo e a livello nazionale.<sup>132</sup>

La pubblicazione del bando a livello europeo, come detto, è finalizzata a diffondere il più possibile la notizia dello svolgimento della gara pubblica e, nello specifico, evita che si creino asimmetrie informative tra gli operatori economici italiani e comunitari<sup>133</sup>.

Per adempiere tale obbligo, la stazione appaltante nazionale che indice la gara deve trasmettere il bando ad un'apposita istituzione europea, ossia l'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, la quale entro cinque giorni dalla ricezione provvede alla relativa pubblicazione. Di queste operazioni, poi, è data immediata conferma alla stazione appaltante<sup>134</sup>.

Dopo che è stato pubblicato a livello europeo, il bando di gara viene pubblicato anche a livello nazionale<sup>135</sup>.

A riguardo, il D. Lgs. 50/2016 prevede che il bando pubblicato a livello nazionale debba contenere le stesse informazioni presenti nel corrispettivo pubblicato a livello europeo e che debba essere diffuso secondo determinate modalità, individuate in via generale dal codice (in base al quale i bandi devono essere pubblicati sul profilo del committente della stazione

---

*individua le disposizioni a cui decide di autovincolarsi nell'ambito della singola procedura a cui lo stesso si riferisce.*"

In giurisprudenza, sulla natura di atto amministrativo del bando di gara, si rinvia a Cons. Stato, ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, dove si legge che: *"Il bando: 1) è un atto amministrativo generale, d'indole imperativa, recante il compendio delle regole (ed in particolare quelle afferenti alle cause di esclusione), cui devono attenersi sia i concorrenti che l'amministrazione."*

<sup>132</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, rispettivamente, artt. 72 e 73.

Cfr. A. LIROSI e R. DE ROSE, *Pubblicità degli atti di gara*, op. cit., p. 284: *"La pubblicità rappresenta, come noto, uno strumento essenziale di garanzia della concorrenza, in quanto assicura la trasparenza delle procedure e la conoscibilità di esse da parte degli operatori economici interessati a parteciparvi. In tale ottica, si comprende l'esigenza di preveder un sistema di pubblicità caratterizzato da modalità di diramazione della notizia idonee a raggiungere il maggior numero di operatori economici. A tal proposito, il nuovo impianto codicistico, in conformità all'impostazione sistematica cui è stata accordata preferenza dal legislatore eurounitario, dedica al tema due disposizioni: l'art. 72 contenente le regole da seguire per la pubblicazione a livello europeo; e il successivo art. 73 che invece disciplina la pubblicazione a livello nazionale."*

<sup>133</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 72.

Cfr. A. LIROSI e R. DE ROSE, *Pubblicità degli atti di gara*, op. cit., p. 284, in nota *supra*.

<sup>134</sup> Cfr. A. LIROSI e R. DE ROSE, *Pubblicità degli atti di gara*, op. cit., pp. 285-286.

<sup>135</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 73, co. 1.

Sulle modalità di pubblicazione del bando di gara a livello nazionale si rinvia, *ex multis*, ad A. LIROSI e R. DE ROSE, *Pubblicità degli atti di gara*, op. cit., pp. 288-293.

appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara tenuta presso l'ANAC), e in via specifica e particolare con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, cui il Codice stesso fa rinvio<sup>136</sup>.

Per quanto riguarda la disciplina dei documenti di gara prevista dal Codice dei Contratti Pubblici, un ruolo di primaria importanza è rivestito dal documento di gara unico europeo (DGUE), il quale è disciplinato dall'art. 85 del D. Lgs. 50/2016<sup>137</sup>.

Il DGUE consiste in un'autodichiarazione, fornita esclusivamente in forma elettronica, con cui l'operatore economico che intende partecipare ad un appalto pubblico dichiara di possedere tutte le idoneità necessarie e richieste al fine di prendervi parte<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 73, co. 4.

Ci si riferisce al decreto del ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 2 dicembre 2016, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 25 gennaio 2017, n. 20, e rubricato "definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, di cui agli articoli 70, 71 e 98 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

<sup>137</sup> Sulla documentazione di gara si rinvia, *ex multis*, ad A. TROTTA, M. CALARESU, M. CALABRO' e M. TIBERII, *Documentazione di gara e documento di gara europeo, certificazioni, mezzi di prova, elenchi ufficiali di operatori economici*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, II, 2019, p. 1377 e ss.

Le ragioni alla base dell'introduzione pressoché generalizzata del DGUE si rinvergono nell'esigenza, sentita tanto a livello europeo quanto a livello nazionale, di semplificare e digitalizzare l'azione amministrativa. In questo modo, infatti, non solo si alleggeriscono gli oneri dichiarativi a carico della controparte privata che è tenuta a presentare il solo DGUE, ma viene anche alleggerito e semplificato l'operato delle stazioni appaltanti che sono tenute ad accettare, appunto, tale documento di gara unico europeo come prova documentale preliminare senza dover andare a rintracciare e verificare altri ed ulteriori certificati. Inoltre, anche laddove si proceda ad una verifica dei suddetti requisiti, il Codice dei Contratti Pubblici predilige ed incoraggia l'utilizzo degli strumenti elettronici come il ricorso alle banche dati appositamente predisposte.

In tal senso, si veda A. TROTTA, M. CALARESU, M. CALABRO' e M. TIBERII, *Documentazione di gara e documento di gara europeo, certificazioni, mezzi di prova, elenchi ufficiali di operatori economici*, op. cit., p. 1378: "Tra i principi che hanno ispirato la riforma europea della disciplina dei contratti pubblici devono essere annoverati la semplificazione e la progressiva informatizzazione delle procedure di gara pubbliche. In tale prospettiva, nel dichiarato intento di ridurre gli oneri dichiarativi a carico degli operatori economici, il legislatore europeo ha introdotto il documento di gara unico europeo. Si tratta di un documento, reso disponibile in formato elettronico dalle stazioni appaltanti, consistente in un'autodichiarazione con la quale il concorrente dichiara il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionali ed economico-finanziari necessari per la partecipazione alla procedura di gara. Il principio di semplificazione è, altresì, alla base della preferenza dal legislatore europeo per l'utilizzo, da parte delle stazioni appaltanti, di sistemi di verifica delle informazioni dichiarate dagli operatori economici, basati sull'accesso alle informazioni contenute in banche dati aggiornate per via elettronica. Tale preferenza è, del resto, coerente con l'obiettivo, perseguito dal legislatore europeo, di progressiva digitalizzazione delle procedure di gara [...]."

<sup>138</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 85, co. 1.

Nello specifico, il Codice dei Contratti Pubblici prevede che tramite il DGUE il concorrente dà conferma di possedere le seguenti condizioni: a) che non si trovi in una delle situazioni di cui all'art. 80; b) che soddisfi i criteri di selezione definiti ai sensi dell'art. 83; ed infine, c) che soddisfi gli eventuali criteri oggettivi fissati a norma dell'art. 91<sup>139</sup>.

Inoltre, al fine di non aggravare l'operato della PA e per tutelare le esigenze di celerità della gara, è anche concessa agli operatori economici la facoltà di riutilizzare il DGUE utilizzato in un precedente appalto purché confermino che le informazioni ivi contenute siano ancora valide<sup>140</sup>.

L'introduzione di un sistema che si basi su un'autodichiarazione fornita dal privato, al fine di evitare possibili distorsioni e -dunque- per raggiungere il risultato finale della conclusione del miglior contratto possibile con il miglior operatore economico presente sul mercato, presuppone (necessariamente) un potere/dovere di controllo della stessa amministrazione<sup>141</sup>.

Laddove l'amministrazione decida di procedere a tale verifica, la regola generale prevista dal Codice dei Contratti Pubblici, a ben vedere, vuole che l'onere di acquisire la documentazione comprovante le idoneità dell'operatore economico gravi -in primo luogo- sulla stessa P.A. e solo in casi eccezionali sul privato.

---

Cfr. A. TROTTA, M. CALARESU, M. CALABRO' e M. TIBERII, *Documentazione di gara e documento di gara europeo, certificazioni, mezzi di prova, elenchi ufficiali di operatori economici*, op. cit., p. 1397, dove gli AA. affermano che: "Il documento di gara unico europeo (d'ora innanzi DGUE) configura un'autodichiarazione che colui che partecipa ad una procedura di gara è tenuto a presentare al fine certificare in via preliminare il soddisfacimento di determinate condizioni."

Cfr. anche F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, op. cit., p. 1626.

Anche in giurisprudenza si ha avuto modo di chiarire che, per quanto riguarda la natura del DGUE, questo rientri nel più ampio genere delle autodichiarazioni. Sul punto si veda Cons. Stato, ad. Plen, 30 luglio 2014, n. 16, dove si legge che "La direttiva configura un nuovo sistema di attestazione dell'insussistenza di situazioni ostative (art. 59), che si fonda (anch'esso) su un'autodichiarazione (quale prova preliminare sostitutiva di certificati), a sua volta cristallizzata nel documento di gara unico europeo (DGUE), e su una coerente, diversa disciplina dei poteri di controllo e di soccorso istruttorio riservati alle amministrazioni aggiudicatrici."

<sup>139</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 85, co. 1.

<sup>140</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 85, co. 4.

Cfr. A. TROTTA, M. CALARESU, M. CALABRO' e M. TIBERII, *Documentazione di gara e documento di gara europeo, certificazioni, mezzi di prova, elenchi ufficiali di operatori economici*, op. cit., p. 1397: "In attuazione del principio di non aggravamento, si osserva preliminarmente che il co. 3 dell'art. 85 del d.lgs. 50 del 2016 consente agli operatori economici di riutilizzare un DGUE già presentato in occasione di un precedente appalto, ovviamente purché confermino che le informazioni ivi contenute siano ancora valide."

<sup>141</sup> Cfr. A. TROTTA, M. CALARESU, M. CALABRO' e M. TIBERII, *Documentazione di gara e documento di gara europeo, certificazioni, mezzi di prova, elenchi ufficiali di operatori economici*, op. cit., p. 1409.

L'art. 85 sotto questo profilo va letto in combinato disposto con l'art. 81 del D. Lgs. 50/2016 che disciplina le modalità di acquisizione da parte dell'amministrazione dei documenti comprovanti le idoneità indicate dal privato nel DGUE<sup>142</sup>.

L'art. 81, infatti, stabilisce come regola generale che “la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario, per la partecipazione alle procedure disciplinate dal presente codice” è acquisita dall'amministrazione, esclusivamente, attraverso una banca dati gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (la c.d. Banca dati nazionale degli operatori economici)<sup>143</sup>.

Come detto, la regola generale che impone alla PA di procedere d'ufficio alla verifica di quanto indicato nel DGUE subisce delle eccezioni in cui l'onere probatorio di dimostrare la veridicità di quanto affermato nel documento di gara unico europeo spetta al privato. A tal fine il Codice dei Contratti Pubblici prevede che, qualora sia necessario per mantenere il corretto svolgimento della procedura di evidenza pubblica, le stazioni appaltanti possano richiedere ai concorrenti, in qualsiasi momento della gara, di presentare tutti i documenti complementari richiamati nel DGUE o anche solo parte di essi<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> Cfr. A. TROTTA, M. CALARESU, M. CALABRO' e M. TIBERII, *Documentazione di gara e documento di gara europeo, certificazioni, mezzi di prova, elenchi ufficiali di operatori economici*, op. cit., pp. 1377-1392

<sup>143</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 81, co. 1.

Cfr. A. TROTTA, M. CALARESU, M. CALABRO' e M. TIBERII, *Documentazione di gara e documento di gara europeo, certificazioni, mezzi di prova, elenchi ufficiali di operatori economici*, op. cit., p. 1379: “*In applicazione di quanto sopra, il legislatore delegato ha adottato l'art. 81 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (nuovo codice dei contratti pubblici), il quale disciplina le modalità di acquisizione, da parte delle stazioni appaltanti e degli enti aggiudicatori, dei documenti comprovanti il possesso dei requisiti di carattere generale e speciale. Tale disciplina si applica anche agli appalti nei ‘settori speciali’ in forza dell'espresso richiamo, all'art. 81, contenuto nell'art. 133 del codice che individua le disposizioni da applicare nelle procedure di scelta del contraente nei settori speciali. Il co. 1 dell'art. 81 prevede che, in linea di principio, la documentazione attestante il possesso da parte dell'operatore economico dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario, è acquisita ‘esclusivamente’ attraverso la banca dati centralizzata, gestita dal MIT, denominata banca dati nazionale degli operatori economici, la cui disciplina è demandata, dal successivo co. 2, ad un apposito decreto del MIT, da adottarsi sentita l'ANAC e l'agenzia per l'Italia digitale (AGID).*”

<sup>144</sup> Cfr. A. TROTTA, M. CALARESU, M. CALABRO' e M. TIBERII, *Documentazione di gara e documento di gara europeo, certificazioni, mezzi di prova, elenchi ufficiali di operatori economici*, op. cit., p. 1379: “*La descritta regola, fermo restando quanto previsto dai successivi artt. 85 e 88 del codice, si applica alle verifiche sul possesso dei requisiti dichiarati dai concorrenti in sede di partecipazione alle gare, nonché alle verifiche eseguite in fase di esecuzione del contratto riguardo alla permanenza, in capo al soggetto aggiudicatario, dei suddetti requisiti.*”

Vi sono alcuni casi, tuttavia, espressamente richiamati dal Codice, in cui l'amministrazione non può esercitare tale facoltà di richiedere la presentazione ed esibizione dei documenti complementari. Tali casi, in coerenza con la regola generale appena esaminata ex art. 81 del D. Lgs. 50/2016, si riferiscono a quelle ipotesi in cui l'amministrazione può attingere, *aliunde* e con più rapidità, alle informazioni che sta cercando, senza dover scaricare tale incombenza sul privato.

Il D. Lgs. 50/2016, infatti, fa espressamente riferimento ai casi in cui tali documenti complementari possano essere più facilmente estrapolati da una banca dati gratuita oppure siano già in possesso dell'amministrazione.

Infine, per completezza, è opportuno ricordare che un'ulteriore forma di controllo, questa volta obbligatoria e non più facoltativa, si rinviene nel momento dell'aggiudicazione: a questo punto della procedura l'amministrazione è tenuta a richiedere all'aggiudicatario di presentare tutta la documentazione idonea che confermi la veridicità di quanto precedentemente dichiarato nel DGUE<sup>145</sup>.

### *1.6.3 Le procedure di selezione del contraente nell'ordinamento italiano: tratti essenziali.*

Il D. Lgs. 50/2016 prevede varie modalità di selezione del contraente, ossia varie procedure tramite cui l'amministrazione seleziona l'operatore economico più adatto per stipulare l'aggiudicando contratto e tali procedure, ai sensi dell'art. 59, sono sei: 1) la procedura aperta; 2) la procedura ristretta; 3) la procedura competitiva con negoziazione; 4) la procedura negoziata; 5) il dialogo competitivo; 6) il partenariato per l'innovazione<sup>146</sup>.

---

<sup>145</sup> Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, op. cit., p. 1626; Cfr. A. TROTTA, M. CALARESU, M. CALABRO' e M. TIBERII, *Documentazione di gara e documento di gara europeo, certificazioni, mezzi di prova, elenchi ufficiali di operatori economici*, op. cit., pp. 1408 e ss.

<sup>146</sup> In generale sulle modalità di selezione del contraente previste dal D. Lgs. 50/2016 si rinvia, *ex multis*, a R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli Editore, 2021, p. 165 e ss.; G. MARGIOTTA, *Scelta delle procedure, procedura aperta e ristretta*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, 2019, III, p. 3 e ss.; R. DE NICTOLIS, *Procedure negoziate con e senza bando*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, 2019, III, p. 43 e ss.; R. INVERNIZZI, *Dialogo competitivo*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, 2019, III, p. 93 e ss.; E. TERRACCIANO e L. MARRACCINI, *Partenariato per l'innovazione*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, 2019, III, p. 133 e ss.; F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, op. cit., p. 1596 e ss.

Le modalità di gara appena elencate, poi, a seconda del parametro che si decide di utilizzare, possono essere inquadrare in diversi gruppi.

Innanzitutto, si è soliti distinguere tra modi ordinari e speciali di selezione del contraente. I primi (che ricomprendo la procedura aperta e la procedura ristretta) possono essere utilizzati quasi sempre dall'amministrazione, costituiscono il "modo naturale" di selezione del contraente, tanto è vero che lo stesso codice prevede che l'amministrazione, in primo luogo, deve utilizzare una procedura aperta o ristretta, previa pubblicazione di un bando o avviso di indizione di gara<sup>147</sup>.

I modi speciali di selezione del contraente (ossia, la procedura competitiva con negoziazione, la procedura negoziata, il dialogo competitivo ed il partenariato per l'innovazione), invece, costituiscono l'eccezione alla regola generale e possono essere utilizzati solamente al ricorrere di determinati presupposti indicati dalla legge<sup>148</sup>.

Tra le altre classificazioni fondamentali riguardanti le procedure di gara, è opportuno ricordare che queste possono essere anche ricondotte in due ulteriori grandi gruppi, ossia: modi meccanici e modi negoziali di selezione del contraente.

Di norma, l'amministrazione ricorre ai modi meccanici di selezione del contraente (ossia la procedura aperta e alla procedura ristretta) quando è in grado di predeterminare in maniera compiuta l'oggetto del contratto e, di conseguenza, non è necessario che il privato aspirante contraente partecipi alla formazione del contenuto del negozio limitandosi, in questo caso, solamente a presentare un'offerta<sup>149</sup>.

---

<sup>147</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 59, co. 1.

Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, op. cit., p. 1599: "In base alla legislazione vigente, pertanto, la procedura aperta e la procedura ristretta costituiscono i sistemi 'naturali' di aggiudicazione dei contratti pubblici e la scelta su quale dei due modelli seguire è rimessa alla discrezionalità delle stazioni appaltanti, seppur con una preferenza per le procedure ristrette qualora (nell'ambito dei rapporti negoziali inerenti i lavori, servizi e forniture) il contratto non ha per oggetto la sola esecuzione oppure quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa."

Sul punto, si veda anche R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, op. cit., p. 166-167.

<sup>148</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 59.

Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, op. cit., p. 1600: "Come detto, il principio generale, sancito dall'art. 59 del Nuovo codice, è quello dell'utilizzo, di regola, delle procedure aperte e ristrette, mentre il ricorso alla procedura negoziata, al dialogo competitivo, al partenariato per l'innovazione e alla procedura competitiva con negoziazione costituisce un'eccezione a cui poter ricorrere nei casi (eccezionali) espressamente previsti dalla legge."

<sup>149</sup> Cfr. R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, op. cit., p. 166: "Tra i modi meccanici rientrano quelli che una volta venivano denominati asta pubblica e licitazione privata (ora procedure aperte e ristrette). In questi casi, la controparte dell'amministrazione non partecipa alla formazione del

Al contrario, quando ricorre ai modi negoziati (i quali ricomprendono la procedura negoziata, il dialogo competitivo e il partenariato per l'innovazione), di solito, la PA non è in grado di individuare in maniera completa ed accurata l'oggetto del contratto ed ha bisogno della partecipazione del privato: in questi casi, che si verificano per lo più in ipotesi di aggiudicazione di commesse pubbliche particolarmente importanti e complesse la cui complessità -appunto- è fonte di notevoli difficoltà per l'amministrazione nell'individuazione dell'oggetto dell'appalto, gli aspiranti contraenti, oltre a presentare le loro offerte, negoziano con l'amministrazione il contenuto delle loro proposte e partecipano attivamente alla formazione del contenuto del contratto<sup>150</sup>.

Venendo ad analizzare gli aspetti fondamentali delle singole procedure di gara, è opportuno iniziare dalla procedura aperta la quale è disciplinata principalmente dall'art. 60 del D. Lgs. 50/2016 e rappresenta quella modalità di gara nella quale meglio si esprime il *favor participationis* in quanto “*qualsiasi operatore economico interessato può presentare un'offerta in risposta ad un avviso di indizione di gara.*”<sup>151</sup>

Il *favor participationis* risulta invece più ristretto nell'altra modalità ordinaria di selezione del contraente, ossia, nella procedura ristretta, in quanto non tutti gli operatori economici interessati all'appalto potranno presentare un'offerta<sup>152</sup>.

---

*contenuto del contratto, l'amministrazione predefinisce compiutamente lo schema negoziale e lascia 'in bianco' solo il nome del contraente e il prezzo. Queste procedure, quindi, vengono utilizzate quando l'amministrazione è in grado di predeterminare compiutamente l'oggetto del contratto attraverso i documenti di gara co ni quali si invitano gli operatori economici a presentare un'offerta.”*

<sup>150</sup> Cfr. R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, op. cit., p. 166: “*Nei modi negoziali (procedure negoziate, dialogo competitivo o partenariato per l'innovazione), invece, l'aspirante contraente privato partecipa attivamente alla formazione del contenuto contrattuale trattando direttamente con l'amministrazione. In queste ipotesi, quindi, l'amministrazione richiede la collaborazione del privato anche al fine di redigere il progetto dell'opera che intende realizzare e tratta con la controparte la formazione del contratto. Queste procedure vengono utilizzate per l'aggiudicazione di contratti connotati da una certa complessità sia tecnica sia economico finanziaria che comportano difficoltà da parte della stazione appaltante nella puntuale individuazione di tutti gli aspetti dell'operazione.*”

<sup>151</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 60, co. 1.

Cfr. R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, op. cit., p. 167 e ss.; F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, op. cit., p. 1599.

<sup>152</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 61.

Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, op. cit., p. 1599 e ss. L'A. inoltre, sottolinea che una delle differenze fondamentali tra la procedura aperta e ristretta “*risiede nella contestualizzazione temporale o meno (rispetto alla presentazione delle offerte) dell'ammissione dei concorrenti alla gara. In altri termini, a seguito della pubblicazione del bando, nelle procedure aperte, i concorrenti presentano direttamente le offerte alle quali è allegata la documentazione necessaria alla dimostrazione del possesso dei requisiti richiesti; alla gara sono, quindi, automaticamente ammessi tutti i soggetti in*

In questo caso, infatti, una volta indetta una gara, ogni operatore economico che intenda prendervi parte dovrà necessariamente superare una fase di preselezione e, dunque, dovrà presentare in via preliminare all'amministrazione una domanda di partecipazione contenente le informazioni richieste dall'amministrazione ed esplicitate nei documenti di gara<sup>153</sup>.

Sulla base delle domande e delle informazioni ricevute, l'amministrazione, nell'esercizio della propria discrezionalità e secondo i criteri stabiliti nei documenti di gara, deciderà quali soggetti invitare e solamente questi soggetti potranno poi presentare un'offerta<sup>154</sup>.

Inoltre, lo stesso codice dei contratti pubblici prevede anche che la platea dei concorrenti nelle procedure ristrette possa essere ulteriormente limitata al ricorrere di determinate ipotesi.

In questo caso viene fatto un rinvio all'art. 91 del D. Lgs. 50/2016 il quale stabilisce, sostanzialmente, che qualora ci si trovi di fronte un'opera, servizio o fornitura particolarmente difficile e complesso, la stazione appaltante può limitare a priori il numero di candidati che

---

*possesso dei requisiti richiesti dal bando. Nelle procedure ristrette, invece, agli aspiranti concorrenti è, dapprima, richiesto di presentare una domanda con la quale si chiede alla stazione appaltante di partecipare alla procedura, dando dimostrazione del possesso dei requisiti prescritti dal bando; poi, solo i concorrenti che saranno invitati (con un secondo e distinto atto amministrativo, la c.d. lettera di invito) potranno presentare le proprie offerte.”*

<sup>153</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 61, co. 1.

Come è stato sottolineato sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza lo scopo della fase di preselezione ora in analisi è quello di fornire all'amministrazione più dati ed una migliore conoscenza non solo del mercato di riferimento, ma anche degli operatori economici ivi presenti e dei requisiti che questi debbono possedere per svolgere in maniera efficiente il contratto.

Sul punto Cfr. R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, op. cit., p. 171: “*La fase di preselezione ha lo scopo di fare acquisire all'amministrazione la conoscenza del mercato di riferimento ai fini della definizione dei requisiti che gli operatori economici devono possedere per partecipare alla successiva gara. Quindi, nella prima fase della procedura, che viene avviata con la pubblicazione di un bando, possono presentare domanda di partecipazione tutte le imprese in possesso dei requisiti richiesti, mentre nella seconda fase, che si apre con la lettera di invito, possono presentare le offerte le sole imprese selezionate.*”

In giurisprudenza, *ex multis*, si rinvia a Cons. Stato, Sez. V, 13 settembre 2018, n. 5374, in cui si legge che: “*Nelle procedure ristrette la fase di pre-qualificazione ha lo scopo di fare acquisire all'amministrazione la conoscenza del mercato nel settore di riferimento, per definire i requisiti che gli operatori economici devono possedere per partecipare alla successiva gara, senza alcuna conseguenza sullo svolgimento di quest'ultimo.*”

<sup>154</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 61, co. 3.

Sui soggetti legittimati a presentare un'offerta all'interno delle procedure ristrette si veda in giurisprudenza, *ex multis*, TAR Lazio, Roma, Sez. III-quater, 1 agosto 2018, n. 8588, in cui si afferma che: “*In materia di gare pubbliche le 'procedure ristrette' sono procedure di affidamento alle quali ogni operatore economico può richiedere di partecipare e in cui possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti.*”

Cfr. R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, op. cit., p. 171.

possono essere invitati a presentare un'offerta purché sia rispettato comunque un numero minimo di candidati che nelle procedure ristrette ammonta a cinque operatori economici<sup>155</sup>.

Venendo ad analizzare le altre modalità di selezione del contraente diverse da quelle ordinarie, in primo luogo il Codice degli Appalti disciplina la procedura competitiva con negoziazione<sup>156</sup>. Come detto, la regola generale impone che la stazione appaltante ricorra in primo luogo ad una procedura aperta o ristretta e, solamente qualora sussistano determinati presupposti di volta in volta specificati, può ricorrere alle altre tipologie, le quali in questo senso assumono carattere di eccezionalità/specialità.

Inoltre, ancorare l'utilizzo delle procedure speciali di selezione del contraente a rigidi presupposti predeterminati dalla legge assume anche un'altra importante funzione: infatti, proprio perché tali procedure derogano -parzialmente- ad importanti principi, tra tutti quello della concorrenza, l'obbligo preventivo di verificare, accertare ed annunciare il verificarsi di determinate ipotesi legittimanti il loro utilizzo costituisce un importante argine per evitare che tali procedure siano usate con il solo scopo di eludere tali principi.

Per quanto riguarda la procedura competitiva con negoziazione, i presupposti per il suo utilizzo sono individuati dall'art. 59, co. 2, il quale elenca una serie di casi eterogenei tra di loro<sup>157</sup>.

Tra le varie fattispecie riportate dalla norma è opportuno sottolineare che l'amministrazione può ricorrere ad una procedura competitiva con negoziazione, ad esempio, quando le esigenze dell'amministrazione implicano soluzioni innovative, quando l'appalto non può essere aggiudicato senza preventive negoziazioni a causa della sua complessità, quando le specifiche tecniche non possono essere stabilite preventivamente dall'amministrazione con sufficiente precisione, oppure anche quando in una precedente gara aperta o ristretta sono state presentate solamente offerte irregolari o inammissibili<sup>158</sup>.

---

<sup>155</sup> Tale facoltà di ridurre la concorrenza ai sensi dell'art. 91 del D. Lgs. 50/2016 (c.d. meccanismo della "forcella") trova applicazione, oltre che nelle procedure ristrette, anche nelle procedure competitive con negoziazione, nelle procedure di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione.

*Ex multis*, sul meccanismo delineato ai sensi dell'art. 91 del D. Lgs. 50/2016 si rinvia a R. DE NICTOLIS, "Forcella", in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, 2019, III, p. 431 e ss.

<sup>156</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 62.

<sup>157</sup> In generale, per un'analisi dei tratti essenziali della procedura negoziata si rinvia *ex multis* a R. DE NICTOLIS, *Procedure negoziate con e senza bando*, op. cit., p. 43 e ss.; R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, op. cit., p. 172 e ss.; F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, op. cit., p. 1600.

<sup>158</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 59, co. 2, lett. a), b).

Per quanto riguarda nel dettaglio l'iter da seguire, anche le procedure competitive con negoziazione si aprono con una fase iniziale di preselezione, infatti: qualsiasi operatore economico, in risposta ad un bando pubblicato dall'amministrazione, può presentare una domanda di partecipazione fornendo, contemporaneamente, tutte le informazioni richieste dalla PA ed individuate nei documenti di gara<sup>159</sup>.

Sulla base delle informazioni ricevute la PA decide quali operatori economici invitare alla gara e solamente questi ultimi, ossia i soggetti che hanno ricevuto l'invito, potranno presentare un'offerta iniziale che costituisce la base delle successive negoziazioni<sup>160</sup>.

A questo punto, nel rispetto del principio di parità di trattamento espressamente richiamato dal legislatore, l'amministrazione negozia con ciascun partecipante le offerte ricevute e, una volta arrivati ad un livello sufficiente nelle trattative, invita tutti i concorrenti a presentare un'offerta finale non più negoziabile né modificabile<sup>161</sup>.

Sulla base delle offerte finali ottenute al termine delle negoziazioni viene scelto il contraente migliore in virtù dei criteri di selezione sempre precedentemente elencati nei documenti di gara. Come avviene per la procedura competitiva con negoziazione, anche la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara non può essere utilizzata *ad libitum* dall'amministrazione ma solamente al ricorrere di determinati presupposti indicati dal Codice degli Appalti<sup>162</sup>.

Sul punto l'art. 63, co. 2, del D. Lgs. 50/2016, in via di estrema sintesi, prevede che il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara è legittimo quando in una precedente gara, aperta o ristretta, non è stata presentata alcuna offerta o domanda di partecipazione e le condizioni della gara siano sostanzialmente rimaste le stesse<sup>163</sup>; quando i

---

<sup>159</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 62, co. 1.

<sup>160</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 62, co. 6.

<sup>161</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 62, co. 7.

Per completezza è opportuno specificare che l'amministrazione non è obbligata in tutti i casi in cui ricorre ad una procedura competitiva con negoziazione ad aggiudicare il contratto sulla base dell'offerta finale previamente negoziata con i concorrenti. In alcuni casi, infatti, potrebbe non essere necessario dover negoziare con la controparte privata. A proposito l'art. 62, co. 8, del D. Lgs. 50/2016, prevede espressamente che le amministrazioni aggiudicatrici possano aggiudicare i contratti pubblici sulla base delle offerte iniziali senza negoziazione, qualora ciò sia previsto nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse.

<sup>162</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 63.

In generale, per un'analisi dei tratti essenziali della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara si rinvia ex multis a R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, op. cit., p. 176 e ss.; F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, op. cit., p. 1600.

<sup>163</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 63, co. 2, lett. a).

lavori, le forniture o i servizi possono essere offerti solamente da un unico appaltatore<sup>164</sup>; quando sussistono ragioni di estrema urgenza, imprevedibile, le quali non consentono di rispettare i normali tempi di svolgimento delle altre procedure<sup>165</sup>.

Inoltre, è anche previsto che nel primo atto di gara l'amministrazione debba indicare, con appropriata giustificazione, tutte le circostanze legittimanti l'utilizzo di tale modalità<sup>166</sup>.

Per quanto riguarda più da vicino lo svolgimento concreto della gara, è la PA che sceglie discrezionalmente quali operatori economici parteciperanno alla gara, ma sempre nel rispetto di determinate garanzie e parametri.

In questo caso, infatti, l'amministrazione dovrà individuare i soggetti che parteciperanno alla gara non solo sulla base delle "informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato", ma anche sulla base dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione e selezionando almeno cinque operatori economici, sempre laddove sia esistente sul mercato un tale numero di imprese<sup>167</sup>.

Sulla base delle offerte presentate da questi operatori, ed eventualmente negoziate con la PA<sup>168</sup>, quest'ultima sceglierà l'offerta migliore secondo i criteri di valutazione previsti dal codice ed indicati nei documenti di gara<sup>169</sup>.

Il dialogo competitivo è definito dallo stesso Codice dei Contratti Pubblici come una "procedura di affidamento nella quale la stazione appaltante avvia un dialogo con i candidati ammessi a

---

<sup>164</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 63, co. 2, lett. b).

<sup>165</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 63, co. 2, lett. c).

<sup>166</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 63, co. 1.

Sul punto la giurisprudenza è particolarmente rigorosa e prevede che l'amministrazione che decida di ricorrere a tale procedura debba adempiere in maniera specifica tale onere. Come si legge in Cons. Stato, Sez. III, 26 aprile 2019, n. 2686: *"La procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara, oggi disciplinata dall'art. 63 del D. Lgs. N. 50 del 2016, riveste carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, sicché la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, ed è onere dell'amministrazione committente dimostrarne l'effettiva sussistenza."*

<sup>167</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 63, co. 6.

<sup>168</sup> In tema di negoziabilità delle offerte presentate in una procedura negoziata senza pubblicazione del bando, come è stato ribadito dalla giurisprudenza, l'amministrazione può, di concerto con i privati concorrenti, modificare e negoziare alcuni aspetti dell'offerta purché non ne alteri i tratti sostanziali. Infatti, come ribadito in TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 11 gennaio 2017, n. 12: *"Il Collegio (...) richiama l'orientamento della giurisprudenza secondo cui nell'ambito della procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara la stazione appaltante può, senza modificare in modo sostanziale le condizioni del contratto, negoziare alcuni aspetti con gli interessati per ottenere offerte più appropriate."*

<sup>169</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 63, co. 7.

tale procedura al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati sono invitati a presentare le offerte; qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare a questa procedura.”<sup>170</sup>

Tale procedura di selezione del contraente, innanzitutto, rientra nell’ambito delle procedure speciali e, pertanto, può essere utilizzata solamente nei casi indicati dalla legge (in questo caso ci si riferisce all’art. 59, co. 2, del D. Lgs. 50/2016, già previamente analizzato in merito alla procedura competitiva con negoziazione).

Anche questa modalità di gara ricalca, sostanzialmente, lo stesso *iter* seguito dalle altre procedure speciali sopra esaminate, infatti: gli aspiranti partecipanti devono prima superare una fase di preselezione e solamente gli operatori economici successivamente invitati dall’amministrazione potranno presentare offerte che saranno valutate ed eventualmente negoziate tra la PA e il privato, ed alla fine, tra le offerte finali, sarà scelta la migliore in base ai criteri di selezione predeterminati<sup>171</sup>.

Per cercare di mantenere la gara il più possibile aperta fin dalle fasi iniziali, o meglio, per evitare che tale istituto sia usato per limitare ingiustamente la platea dei partecipanti, il legislatore ha previsto espressamente che nel dialogo competitivo “qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare” alla fase iniziale di selezione qualitativa, sarà poi in un secondo momento la stazione appaltante a decidere sulla base delle informazioni raccolte chi far partecipare<sup>172</sup>.

La caratteristica peculiare di questa tipologia di gara sta nel fatto che l’ambito delle negoziazioni tra la PA ed i privati concorrenti è molto più ampio rispetto alle altre procedure ed infatti le stazioni appaltanti “avviano con i partecipanti selezionati un dialogo finalizzato all’individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità” ed in questa fase di dialogo “possono discutere con i partecipanti selezionati tutti gli aspetti dell’appalto.”<sup>173</sup>

---

<sup>170</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 3, co. 1, lett. vvv).

In generale, per un’analisi dei tratti essenziali della procedura di dialogo competitivo si rinvia *ex multis* a R. INVERNIZZI, *Dialogo competitivo*, op. cit., p. 93 e ss.; R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, op. cit., p. 180 e ss.; F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, op. cit., p. 1601.

<sup>171</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 64.

<sup>172</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 64, co. 2.

Anche se è comunque espressamente previsto che anche in questa tipologia di gara la stazione appaltante possa ricorrere al meccanismo della c.d. “forcella” di cui all’art. 91 del D. Lgs. 50/2016 che consente di limitare la concorrenza prevedendo un numero massimo di partecipanti alla gara.

<sup>173</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 64, co. 5.

Volendo utilizzare altre parole, il dialogo competitivo consiste in una procedura particolarmente adatta al caso in cui l'amministrazione non ha la piena consapevolezza delle necessità ed esigenze correlate all'appalto, e ricorre al dialogo con la controparte privata per identificare -in teoria- tutti gli aspetti essenziali dell'appalto, partendo, ad esempio, dalla elaborazione del progetto, all'individuazione della copertura finanziaria e alla predisposizione e successivo miglioramento delle offerte<sup>174</sup>.

Inoltre, al fine di mantenere intatto l'equilibrio concorrenziale anche durante tale fase di negoziazione/dialogo, è espressamente previsto che l'amministrazione garantisca a tutti i partecipanti parità di trattamento<sup>175</sup>.

Nello specifico poi, la procedura, o meglio, il dialogo tra la PA ed i concorrenti invitati si svolge di solito senza eccessivi formalismi e prosegue fino a quando la stazione appaltante non è in grado di individuare la soluzione migliore per soddisfare le sue necessità<sup>176</sup>.

Solo una volta dichiarato concluso il dialogo e dopo averne informato tutti i partecipanti la stazione appaltante li invita a presentare le loro offerte finali, le quali saranno valutate secondo i criteri di valutazione previamente specificati nei documenti di gara<sup>177</sup>.

L'ultima procedura di selezione del contraente da analizzare è il partenariato per l'innovazione, introdotto proprio con il D. Lgs. 50/2016 e disciplinato dall'art. 65<sup>178</sup>.

---

<sup>174</sup> Cfr. R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, op. cit., p. 181, dove a proposito l'A. scrive che: *“Il dialogo competitivo, sia per il diritto nazionale sia per quello dell’Unione europea, si deve considerare una procedura particolarmente adatta per i contratti di partenariato pubblico privato. È uno strumento flessibile che concilia l’esperienza e la capacità innovativa degli imprenditori con l’esigenza di realizzare complessi interventi pubblici. Parte da una logica diametralmente opposta a quella che tradizionalmente ha improntato la disciplina nazionale degli appalti, che presupponeva la piena consapevolezza da parte della stazione appaltante di tutte le necessità ed esigenze correlate all’appalto e permetteva a quest’ultima di definire ogni profilo della prestazione oggetto del contratto. Il dialogo competitivo si fonda, invece, sulla presunzione opposta che vede l’amministrazione coinvolta in una dialettica tecnica con i concorrenti per stabilire l’oggetto delle prestazioni dedotte nel contratto e le sue finalità.”*

<sup>175</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 64, co. 6.

Sul mantenimento dell'equilibrio concorrenziale anche durante la fase di dialogo competitivo tra la stazione appaltante e i concorrenti invitati alla gara, cfr. R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, op. cit., p. 182: *“In questa fase della procedura deve essere garantita la parità di trattamento di tutti gli offerenti, per cui le amministrazioni non devono fornire in modo discriminatorio informazioni che possano favorire alcuni rispetto ad altri ovvero rivelare ad altri partecipanti le soluzioni proposte da un candidato o altre notizie riservate senza l'accordo di quest'ultimo.”*

<sup>176</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 64, co. 9.

<sup>177</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 64, co. 10.

<sup>178</sup> In generale, per un'analisi dei tratti essenziali del partenariato per l'innovazione si rinvia *ex multis* a E. TERRACCIANO e L. MARRACCINI, *Partenariato per l'innovazione*, op. cit., p. 133 e ss.; R.

Non rientrando tra le modalità ordinarie di selezione del contraente, il Codice dei Contratti Pubblici stabilisce che l'amministrazione può utilizzare tale procedura "nelle ipotesi in cui l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano non può, in base ad una motivata determinazione, essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato."<sup>179</sup>

Anche nel caso del partenariato per l'innovazione è presente una fase obbligatoria di preselezione, che ricalca lo schema utilizzato per le altre procedure: nel rispetto del *favor participationis* qualsiasi operatore può chiedere all'amministrazione di partecipare in risposta ad un bando o avviso di gara e solamente gli operatori invitati dall'amministrazione potranno negoziare con quest'ultima, partendo dall'offerta iniziale fino ad arrivare all'offerta finale che più si addice alle esigenze della PA<sup>180</sup>.

Del pari, durante la fase delle negoziazioni non possono essere tenuti comportamenti discriminatori nei confronti dei concorrenti da parte della PA<sup>181</sup>.

Concluse le negoziazioni e presentate le offerte finali, il Codice dei Contratti Pubblici, questa volta in maniera differente rispetto le altre procedure speciali, prevede che la selezione delle offerte debba avvenire unicamente "sulla base del miglior rapporto qualità prezzo conformemente all'articolo 95".<sup>182</sup>

#### *1.6.4 La disciplina dei requisiti di partecipazione*

##### *1.6.4.1 I Requisiti Generali*

---

DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, op. cit., p. 184 e ss.; F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, op. cit., p. 1601.

<sup>179</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 65, co. 1.

Cfr. R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, op. cit., p. 186: "Il partenariato per l'innovazione consiste in una procedura ristretta caratterizzata da fasi negoziali che consente di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi non disponibili sul mercato e di acquistarli successivamente, senza bisogno di una procedura di gara distinta per tale acquisto. Così come il dialogo competitivo, anche il partenariato per l'innovazione dimostra il favor del legislatore per procedure flessibili in cui il confronto e il dialogo con gli operatori economici hanno un ruolo fondamentale."

<sup>180</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 65, co. 2, 3, 4, 5, 6.

Anche in questa procedura di gara è prevista la facoltà per la stazione appaltante di ricorrere al già esaminato meccanismo della c.d. "forcella" di cui all'art. 91 del D. Lgs. 50/2016.

<sup>181</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 65, co. 7.

<sup>182</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 65, co. 4.

L'art. 80 del D. Lgs. 50/2016 (che costituisce trasposizione diretta dell'art. 57 della direttiva 2014/24/UE) disciplina i requisiti generali o morali/soggettivi che l'operatore economico deve possedere per poter partecipare a qualsiasi gara pubblica e che, come si è chiarito precedentemente, garantiscono che quest'ultimo sia affidabile sotto il punto di vista morale (assicurano, cioè, che il denaro pubblico non sarà utilizzato per fini diversi dallo svolgimento della commessa pubblica.)<sup>183</sup>

A ben vedere, lo schema dall'articolo in esame è lo stesso utilizzato nel previgente art. 38 del d. lgs. 163/2006: vengono previste una serie di fattispecie e situazioni soggettive al ricorrere delle quali l'operatore economico interessato deve essere escluso dalla procedura, senza lasciare in questo modo margini di apprezzamento alla stazione appaltante<sup>184</sup>.

In generale, le ipotesi previste dalla norma sono molte ed eterogenee, e spaziano da motivi di esclusione a rilevanza strettamente penale<sup>185</sup> (si pensi ai delitti di mafia, false comunicazioni, frode, terrorismo, riciclaggio e via dicendo) a motivi di esclusione a rilevanza per lo più aziendale ed imprenditoriale<sup>186</sup> (come le gravi violazioni degli obblighi relativi al pagamento

---

<sup>183</sup> Sulla *ratio* dell'art. 80 del D. Lgs. 50/2016 nel senso di garantire la PA di stare contrattando con soggetti che faranno un uso corretto del denaro pubblico si veda P. GIAMMARRIA, *Art. 80 – Motivi di esclusione*, in Codice dei Contratti Pubblici Commentato, a cura di L. R. PERFETTI, II edizione, Milano, Wolters Kluwer, 2017, p. 725: “*La qualificazione operata attraverso i requisiti qui in esame attiene alla sfera soggettiva della moralità imprenditoriale, per così dire di un soggetto, e conduce direttamente a considerazioni in ordine alla affidabilità di colui che, in quanto controparte contrattuale di soggetti pubblici, deve garantire che il denaro pubblico sia destinato a chi ne faccia un uso non distorto o, peggio, penalmente rilevante. Chi, dunque, si trova in tale situazione, non può stipulare contratti pubblici, e dunque va escluso dalla gara alla quale abbia presentato offerta.*”

Cfr. anche F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 1625, dove si sottolinea che i requisiti di ordine generale di cui all'art. 80 del d. lgs. 50/2016 costituiscono “*condizioni soggettive minime di partecipazione volte ad assicurare l'affidabilità morale e professionale del concorrente e, pertanto, della potenziale controparte contrattuale della PA. Tale attitudine li rende il necessario ed ineludibile presupposto di qualsiasi tipo di contratto pubblico, senza alcuna distinzione tra soglie e tipologie di contratto (ci si riferisce, in particolare, alla distinzione tra tipologia di contratti appalto e concessione.) Sotto altro profilo, la mancanza di tali requisiti implica l'obbligatoria esclusione dell'operatore economico concorrente.*”

<sup>184</sup> In tal senso P. GIAMMARRIA, *Art. 80 – Motivi di esclusione*, op. cit., p. 725: “*Lo schema della regola resta – con alcune precisazioni che verranno man mano effettuate – puramente legalistico, nel senso che, al ricorrere di una determinata situazione o status, gli operatori economici vengono automaticamente esclusi dalla contrattazione con le pubbliche amministrazioni, senza che residuino in capo alle stazioni appaltanti margini di valutazione discrezionale.*”

<sup>185</sup> Le fattispecie di rilevanza penale che comportano l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura sono elencate nell'art. 80, commi 1 e 2, del D. Lgs. 50/2016.

<sup>186</sup> Le fattispecie di rilevanza aziendale ed imprenditoriale che comportano l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura sono elencate nell'art. 80, commi 4 e 5, D. Lgs. 50/2016.

di imposte, tasse o contributi previdenziali, lo stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo ed altri.)<sup>187</sup>

Ulteriore limite alla discrezionalità della stazione appaltante è rappresentato dal divieto di introduzione di cause di esclusione “atipiche”: in questo modo, l’amministrazione non potrà prevedere in sede di gara motivi di esclusione ulteriori e diversi rispetto a quelli già indicati dalla legge.<sup>188</sup>

Individuate le cause generali di esclusione dalle procedure pubbliche, nei commi successivi è definito l’ambito soggettivo di applicazione della norma, che è opportuno analizzare, seppur brevemente, al fine di coglierne gli aspetti innovativi rispetto al precedente regime e di applicazione dei principi fondamentali delle direttive comunitarie.

L’art. 80, comma 11, prevede, preliminarmente, che le cause di esclusione ivi previste non si applicano nei confronti di aziende o società sottoposte a sequestro o confisca e che siano allo stesso tempo affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario.

---

<sup>187</sup> Tuttavia, è bene sottolineare, che per quanto riguarda l’elencazione dei gravi illeciti professionali costituenti motivi di esclusione, di cui all’art. 80 del d. lgs. 50/2016, essa non costituisce un numero chiuso ma ha valore meramente esemplificativo: in questo modo si lascia libera la stazione appaltante di desumere il compimento di ulteriori gravi illeciti professionali da altre vicende pregresse non previste dalla norma. Sul punto si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 4 giugno 2019, n. 3755: “L’indicazione delle specifiche fattispecie contenute all’art. 80, comma 5, lett. c) del D. lgs. n. 50/2016, anche nel testo previgente (applicabile *ratione temporis*, prima delle recenti modifiche apportate dal d.l. 14 dicembre 2018, n. 135) è stata ritenuta di carattere esemplificativo nei riguardi della stazione appaltante, nel senso che, pur agevolandone gli obblighi dimostrativi, qualora ritenga di addivenire all’esclusione dell’operatore economico colpevole dei gravi illeciti professionali ivi tipizzati, non ne limita tuttavia la discrezionalità nella valutazione di altre situazioni, ritenute tali da rendere dubbia l’integrità o l’affidabilità del concorrente, salvo, in tal caso, un onere della prova più rigoroso a carico della stazione appaltante. In tale contesto, la semplificazione della riforma parrebbe derivare dalla eliminazione per la stazione appaltante di tale diverso e maggior onere motivazionale per le ipotesi diverse da quelle che, da esemplificazione, assumono valenza autonoma.”

<sup>188</sup> Così F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., 1628: “Il nuovo codice, confermando l’impostazione seguita dal precedente codice dei contratti pubblici (in particolare, a seguito della modifica effettuata dal d.l. n. 70/2011 con cui era stato introdotto un nuovo comma 1-bis all’art. 46), ha definitivamente sancito il divieto per gli enti aggiudicatori di prevedere, in sede di redazione dei bandi di gara o delle lettere di invito, prescrizioni a pena di esclusione diverse ed ulteriori rispetto a quelle prescritte nel Nuovo codice o nelle altre disposizioni di legge vigenti. Chiarita la natura tassativa delle cause di esclusione, il Nuovo codice ha anche evidenziato che, qualora gli enti aggiudicatori non rispettassero tale divieto, le eventuali prescrizioni aggiuntive sono da ritenersi, in ogni caso, nulle.”

Sulla tassatività delle cause di esclusione in giurisprudenza si vedano, *ex multis*, TAR Lazio, Roma, Sez. II, 6 marzo 2018, n. 2555; TAR Campania, Napoli, Sez. II, 27 marzo 2018, n. 1949.

L'obiettivo della norma, in applicazione del principio di tutela della concorrenza, è quello di consentire la più ampia partecipazione possibile alle gare pubbliche anche nei confronti di quei soggetti che, seppur dovrebbero essere esclusi dalla procedura a causa dell'accertamento di determinati reati, possono comunque partecipare in quanto affidate ad un soggetto terzo, il quale è controllato dall'autorità giudiziaria<sup>189</sup>.

Ciò che rileva, dunque, ai fini dell'applicazione del comma 11 dell'art. 80 in esame, è la diversità, o meglio, discontinuità di gestione dell'impresa: la nomina di un custode, amministratore giudiziario o finanziario, in luogo del soggetto preposto alla precedente gestione, garantirebbe la sussistenza dei requisiti morali dell'impresa e dunque la corretta allocazione delle risorse pubbliche<sup>190</sup>.

Per quanto riguarda gli altri soggetti partecipanti alla gara, in maniera innovativa rispetto a quanto previsto dal previgente art. 38 del d. lgs. 163/2006 e dall'art. 57 della direttiva 2014/24/UE, le cause di esclusione in esame (ad eccezione di quelle previste dal 4 comma) causano l'automatica esclusione del singolo operatore economico dalla gara anche qualora si riferiscano ai suoi subappaltatori, nelle ipotesi di cui all'art. 105, comma 6.

In quest'ultima fattispecie, infatti, è previsto che l'operatore economico indichi una terna di subappaltatori, nei confronti dei quali, dunque, l'estensione dell'applicabilità delle cause di esclusione appare come conseguenza logica.

Infine, un ulteriore e rilevante istituto introdotto con il codice del 2016 è il c.d. *self cleaning*, disciplinato all'art. 80, commi 7, 8 e 9, che da attuazione all'art. 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24/UE<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> Sulla *ratio* della non applicabilità delle cause di esclusione alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario si veda P. GIAMMARIA, *Art. 80 – Motivi di esclusione*, op. cit., p. 727: “La ratio dell'esclusione è, evidentemente, di far salvo un organismo produttivo (e così di estendere la platea dei partecipanti) il quale, pur accertato e certificato dal Giudice o comunque dallo Stato quanto alla ricorrenza di cause di esclusione, è -anche e soprattutto- affidato ad un soggetto sotto la diretta sorveglianza giudiziaria, non presenta il rischio di influenzare negativamente la procedura. L'interesse pubblico, cioè, è tutelato sotto tre aspetti complementari, ovvero dalla rimozione dei soggetti implicati in fattispecie mafiose, dal contestuale insediamento di soggetti nominati dal giudice, e, infine, dalla sorveglianza di quest'ultimo.”

<sup>190</sup> In tal senso cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 12 dicembre 2017, n. 2363: “La sottoposizione della concorrente [al regime di amministrazione giudiziaria] rappresenta di per sé un segno di forte discontinuità (e quindi di indice di dissociazione ai sensi dell'art. 38 comma 1, lett. e del d. lgs. n. 163/2006) rispetto alla precedente gestione della medesima società.”

<sup>191</sup> Sul punto, particolarmente significativa è Cons. St., Sez. V, 24 gennaio 2019, n. 598, dove si legge che: “Le origini delle nuove disposizioni vanno ricondotte, in particolare, all'art. 57 della direttiva 2014/24/UE, nella quale sono stati ridefiniti -rispetto alla precedente direttiva 2004/18/CE- i motivi d'esclusione delle imprese dalle procedure di gara, sulla base di una logica mirante, ad un tempo: a)

In particolare, a mente del considerando 102 della direttiva 2014/24/UE, l'obiettivo del legislatore comunitario, e del legislatore italiano poi, era di garantire agli operatori economici, al ricorrere di determinate circostanze, la possibilità di adottare misure *“volte a porre rimedio alle conseguenze di reati o violazioni e a impedire efficacemente che tali comportamenti scorretti si verificano di nuovo,”*<sup>192</sup> e, dunque, di dimostrare il permanere della propria affidabilità.

Tramite tale istituto un operatore economico, o un suo subappaltatore, che abbia commesso alcuno dei reati di cui all'art. 80, comma 1, i quali costituiscono motivo di esclusione dalla procedura pubblica, *“è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.”*

La dimostrazione della idoneità sotto il punto di vista morale, però, è possibile solamente qualora ricorrano le condizioni previste dalla norma stessa: vi sia una sentenza definitiva che imponga una pena detentiva non superiore a 18 mesi oppure il riconoscimento dell'attenuante della collaborazione.

Spetta poi alla singola stazione appaltante, nell'esercizio di apposito potere discrezionale attribuitole dall'art. 80, stabilire se le misure in concreto adottate, tenuto conto della gravità e delle particolari circostanze del reato, siano idonee a provare la persistenza del requisito di idoneità morale in capo al concorrente.

---

*dissuadere gli operatori economici dal porre in essere comportamenti scorretti, idonei ad incidere sull'affidabilità dell'impresa nel conseguimento e nella esecuzione delle commesse pubbliche; b) a recuperare, tuttavia, gli operatori economici che (quando non si siano resi colpevoli di meri errori formali o di negligenze lievi) abbiano concretamente manifestato un ravvedimento, mediante l'effettiva adozione di misure di c.d. self cleaning. In particolare il meccanismo (all'evidenza preordinato a stimolare ravvedimenti virtuosi e condotte orientate alla prevenzione) consente all'impresa concorrente di dimostrare, ricorrendone le condizioni, la sua affidabilità a dispetto dell'esistenza di un motivo di esclusione. L'art. 57 della direttiva richiamata, dunque, individua alcune situazioni concrete attraverso le quali l'operatore potrà dimostrare il permanere della propria affidabilità, prevedendo, in particolare, le seguenti ipotesi: a) aver risarcito o essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito; b) aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale, collaborando attivamente con le Autorità investigative; c) aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori illeciti. La direttiva precisa, altresì, che spetterà, in ogni caso, all'amministrazione aggiudicatrice il compito di valutare se le misure adottate dal concorrente siano state realmente sufficienti, tenuto conto della gravità e delle particolari circostanze del reato o dell'illecito commesso.”*

<sup>192</sup> In tal senso anche TAR Lazio, Roma, Sez. II, 23 luglio 2018, n. 8288.

Qualora, invece, tali misure siano considerate inidonee l'amministrazione esclude l'imprenditore dalla gara e ne fornisce adeguata motivazione.

La *ratio* della norma è chiara e non consiste in una sanatoria dell'illecito commesso, ma, in applicazione del principio di tutela della concorrenza e del *favor participationis*, mira a mantenere sul mercato un operatore economico che, pure al ricorrere di una causa di esclusione ex art. 80, ha dimostrato di mantenere i requisiti morali di partecipazione<sup>193</sup>.

#### *1.6.4.2 I Requisiti Speciali e le loro diverse modalità di accertamento in relazione al tipo di appalto.*

A fianco dei requisiti generali, al fine di contrattare con la PA è necessario possedere anche i requisiti speciali che, come si è visto, garantiscono l'affidabilità del contraente e serietà dell'offerta.

I requisiti speciali sono disciplinati dall'art. 83 del d. lgs. 50/2016 dove, è bene sottolineare, sono rubricati dal legislatore nazionale come "criteri di selezione."

L'utilizzo dell'espressione "criteri di selezione", che molto probabilmente deriva da una traduzione letterale dell'art. 58 della direttiva 2014/24/UE dove si parla -appunto- di "*selection criteria*", può risultare impropria per un duplice ordine di ragioni<sup>194</sup>.

Se l'obiettivo della norma resta quello di accertare, sulla base di presupposti vincolati, l'esistenza di determinate qualità in capo all'operatore economico, sarebbe più corretto parlare di "requisiti" e non di "criteri", laddove questi ultimi presuppongono solitamente una possibilità di scelta e dunque di spazio discrezionale.

---

<sup>193</sup> Sulla *ratio* dell'istituto del *self cleaning* si veda TAR Lazio, Roma, Sez. II, 2 marzo 2018, n. 2394: "*Va precisato che le misure di self cleaning rappresentano una conseguenza di precedenti condotte illecite e, in quanto tali, rispondono alla finalità di mantenere l'operatore economico sul mercato, e on già all'esigenza di sanare l'illiceità di condotte pregresse.*"

<sup>194</sup> Che l'improprietà di linguaggio sia causata da un errore di traduzione letterale del testo della direttiva, può essere confermato anche dal fatto che nella stessa, all'art. 58, i termini "*criteria*" e "*requirements*" sono utilizzati come sinonimi: "*Selection criteria may relate to: a) suitability to pursue the professional activity; b) economic and financial standing; c) technical and professional ability. Contracting authorities may only impose criteria referred to in paragraphs 2, 3 and 4 on economic operators as requirements for participation. They shall limit any requirements to those that are appropriate to ensure that a candidate or tenderer has the legal and financial capacities and the technical and professional abilities to perform the contract to be awarded. All requirements shall be related and proportionate to the subject-matter of the contract.*"

In secondo luogo, l'improprietà di linguaggio potrebbe creare confusione con un istituto, simile soltanto sotto il punto di vista terminologico, come i criteri aggiudicazione, i quali servono, invece, per individuare la migliore offerta.<sup>195</sup>

Ciò posto, l'art. 83, comma 1, del D. Lgs. 50/2016 stabilisce che i requisiti speciali sono: a) l'idoneità professionale, b) la capacità economica e finanziaria e, c) la capacità tecnica e professionale.

Per quanto riguarda la dimostrazione della loro esistenza in capo all'imprenditore, viene sostanzialmente confermato l'impianto probatorio previsto dall'abrogato d. lgs. 163/2006, per cui, per i soli appalti di lavori trova applicazione il già collaudato sistema unico di qualificazione, mentre per quanto riguarda gli appalti di servizi e forniture la prova dei requisiti di capacità speciale dovrà avvenire gara per gara secondo le disposizioni dettate dall'art. 83 d. lgs. 50/2016.

Infine, prima di iniziare l'analisi del sistema di qualificazione, per gli appalti di lavori prima, e per gli appalti di servizi e forniture poi, bisogna segnalare che la disciplina attuativa del codice appalti, secondo l'art. 83, comma 2, avrebbe dovuto essere stata adottata con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti commissioni parlamentari, entro un anno dall'adozione del codice stesso<sup>196</sup>.

---

<sup>195</sup> Sulla distinzione tra le due figure dei requisiti di partecipazione e criteri di aggiudicazione, si vedano, *ex multis*, D.F.G. TREBASTONI, *Commento all'art. 40*, in *Codice dell'appalto pubblico*, a cura di S. BACCARINI, G. CHINÈ e R. PROIETTI, Milano, Giuffrè, 2015, p. 537; N. POSTERARO, *Il divieto di commistione tra i criteri di valutazione delle offerte e gli elementi attinenti alla capacità tecnica dell'impresa*, in *L'Amministravista.it*, 1° marzo 2018; A. GIANNELLI, P. PROVENZANO e A. GIUSTI, *Commento all'art. 83. Criteri di selezione e soccorso istruttorio*, in *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, a cura di G.M. ESPOSITO, I, Milano, Utet, 2017, pp. 1045 e ss.

<sup>196</sup> A titolo di completezza, si segnala che nella versione originaria dell'art. 83, co. 2, era previsto che la disciplina di attuazione del codice doveva essere realizzata tramite "linee guida dell'ANAC", da adottare entro un anno dall'entrata in vigore del codice, previo parere delle competenti Commissioni Parlamentari; la norma è stata poi modificata ad opera dell'art. 52, co. 1, lett. a), del d. lgs. 19 aprile 2017, n. 56, con cui le linee guida dell'ANAC sono state sostituite da un più appropriato regolamento ministeriale.

Sul tema, in generale, si vedano: G. MORBIDELLI, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *Dir. Amm.*, 2016, pp. 273 ss.; M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Il governo dell'economia. In ricordo di Vittorio Ottaviano nel centenario della nascita*, a cura di L. LICCIARDELLO, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 190 e ss.; C. CONTESSA, *Gli atti di regolazione subprimaria nel nuovo codice degli appalti*, in *Lib. Dir. Treccani*, 2017.

Più in particolare, sulle modifiche apportate dal D. Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, si veda: C. GENOVESE, *Le novità in tema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici*, in *Il correttivo al codice dei*

Nelle more dell'adozione di tale regolamento, l'art. 83, comma 2, ultimo capoverso, stabilisce che trova applicazione l'art. 216 comma 14 del codice appalti, in base al quale *“continuano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla Parte II, titolo III, nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207.”*

#### *1.6.4.3 I requisiti speciali negli appalti di servizi e forniture*

Ebbene, come si è accennato, negli appalti di servizi e forniture non trova applicazione il sistema unico di qualificazione, per cui, spetta all'amministrazione fissare ed accertare, gara per gara, i requisiti di capacità speciale che devono essere necessariamente posseduti dai concorrenti.

La problematica maggiore, diretta conseguenza di ciò, si ravvisa nel potere discrezionale lasciato alle stazioni appaltanti nella individuazione di tali requisiti.

Come si è visto, infatti, durante la vigenza del precedente d. lgs. 163/2006, al fine di accertare la capacità speciale dei concorrenti, in alcuni casi, l'amministrazione poteva anche richiedere requisiti non previsti dal codice (si pensi, a riguardo, all'art. 41 del d. lgs. 163/2006, dove, mentre al comma 1 si stabiliscono le modalità per dimostrare l'idoneità economica e finanziaria del concorrente, al comma 2 si dispone che *“le amministrazioni precisano nel bando di gara i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere”*.)

Il nuovo codice dei contratti, di cui al d. lgs. 50/2016, in recepimento delle indicazioni fornite dalle direttive del 2014<sup>197</sup>, adotta un approccio più stringente e stabilisce che i requisiti speciali

---

*contratti pubblici. Guida alle modifiche introdotte dal d. lgs. 19 aprile 2017, n. 56, a cura di M.A. SANDULLI, M. LIPARI, e F. CARDARELLI, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 249 e ss.*

<sup>197</sup> Si pensi, a riguardo, al considerando n. 83 della direttiva 2014/24/UE per cui: *“Requisiti eccessivamente severi relativi alla capacità economica e finanziaria spesso costituiscono un ostacolo ingiustificato alla partecipazione delle PMI agli appalti pubblici. Eventuali requisiti dovrebbero essere attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto. In particolare le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero essere autorizzate a esigere che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo che sia sproporzionato rispetto all'oggetto dell'appalto; il requisito non dovrebbe di norma superare, al massimo, il doppio del valore stimato dell'appalto. Tuttavia, in circostanze debitamente giustificate, dovrebbe essere possibile applicare requisiti più rigorosi. Tali circostanze potrebbero riguardare gli alti rischi connessi all'esecuzione dell'appalto o il fatto che la sua tempestiva e corretta realizzazione*

*“riguardano esclusivamente”* a) l’idoneità professionale, b) la capacità economico finanziaria e c) le capacità tecniche e professionali; non ne possono essere previsti altri.<sup>198</sup>

Inoltre, al comma 8, si prevede espressamente che *“i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle.”*

Tuttavia, negli appalti di servizi e forniture, permangono ancora notevoli margini di apprezzamento discrezionale in capo alla stazione appaltante.

Infatti, fermo restando che i requisiti di capacità speciale degli operatori economici possono essere solo quelli elencati dalla legge e che prescrizioni che ne impongano altri sarebbero nulle, considerato altresì che tali requisiti sono definiti solo in via generale, l’amministrazione rimane comunque tenuta a specificarli gara per gara.

Tale potere, ad ogni modo, incontra un limite -ai sensi dell’art. 83 comma 2 primo capoverso- laddove i requisiti di idoneità professionale, la capacità economica e finanziaria, e le capacità tecniche e professionali, devono essere *“attinenti e proporzionati all’oggetto dell’appalto, tenendo presente l’interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione.”*

Venendo ad analizzare più nel dettaglio tali requisiti, l’art. 83, comma 3, del d. lgs. 50/2016 stabilisce che l’idoneità professionale va provata tramite l’iscrizione alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l’artigianato o presso i competenti ordini professionali, se si tratta di cittadini italiani o di altro stato membro residenti in Italia<sup>199</sup>.

---

*è di fondamentale importanza, ad esempio in quanto costituisce un presupposto necessario per l’esecuzione di altri appalti.”*

<sup>198</sup> Cfr. P. GIAMMARRIA, *Commento all’art. 83. Criteri di selezione e soccorso istruttorio*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. PERFETTI, Milano, Ipsoa, 2017, p. 751, dove si legge che: *“L’art. in commento [n.b., art. 83], dunque, disciplina nei primi otto commi i requisiti. Nel comma 1 vengono indicati i criteri di selezione, i quali riguardano, appunto, esclusivamente 1) i requisiti di idoneità professionale; 2) la capacità economica e finanziaria; 3) le capacità tecniche e professionali di cui lo stesso art. 83 fornisce, ai commi successivi, il contenuto nell’ambito del quale la stazione appaltante potrà esercitare la propria discrezionalità. La scelta politica è evidentemente nel senso di un più stringente controllo rispetto alla normativa previgente, dato che i criteri di selezione adottabili dalle stazioni appaltanti sono caratterizzati dall’avverbio <esclusivamente>: non residua, dunque, alcun margine di scelta per le stazioni appaltanti, che devono attenersi ai, ed operare all’interno dei, criteri tipizzati e regolati dal legislatore.”*

<sup>199</sup> Sul requisito dell’idoneità professionale si veda M.R. SPASIANO, *I requisiti di idoneità professionale*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, e R. GAROFOLI, II, Milano, Giuffrè, pp. 1322 e ss, dove si precisa che l’iscrizione nei registri o negli albi richiesta dalla norma ha *“la finalità di qualificare dal punto di vista commerciale e/o professionale*

Invece, per i cittadini di altri stati membri non residenti in Italia è richiesta la prova dell'iscrizione nei registri professionali o commerciali di cui all'allegato XVI.

L'iscrizione in tali elenchi costituisce un requisito necessario per partecipare alle procedure ad evidenza pubblica, con la conseguenza che, in sua mancanza, la stazione appaltante è tenuta ad escludere il concorrente privo dell'iscrizione richiesta.

Per quanto riguarda, invece, la dimostrazione della capacità economica e finanziaria, si è già visto che l'abrogato art. 41 del d. lgs. 163/2006 prevedeva dei parametri alquanto mobili considerato che essa poteva essere fornita -in via di estrema sintesi- mediante i) idonee garanzie bancarie, ii) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa, iii) dichiarazione concernente il fatturato globale dell'impresa, e allo stesso tempo si disponeva che le amministrazioni dovevano precisare nel bando di gara *“i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere”*

Secondo l'attuale codice degli appalti la capacità economica e finanziaria, di regola, può essere provata mediante una o più delle referenze indicate nell'allegato XVII le quali, in maniera simile a quanto disposto in precedenza con il d. lgs. 163/2006, sono: i) idonee dichiarazioni bancarie o, se del caso, comprovata copertura assicurativa contro i rischi professionali; ii) presentazione dei bilanci o di estratti di bilancio, qualora la pubblicazione del bilancio sia obbligatoria in base alla legislazione del paese di stabilimento dell'operatore economico; iii) una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto, al massimo per gli ultimi tre esercizi disponibili in base alla data di costituzione o all'avvio delle attività dell'operatore economico, nella misura in cui le informazioni su tali fatturati siano disponibili.

L'art. 83, comma 4, del d. lgs. 50/2016 specifica quanto previsto dall'allegato XVII e precisa che le stazioni appaltanti possono richiedere: i) che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto; ii) che gli operatori economici forniscano informazioni riguardo ai loro conti annuali che evidenzino in particolare i rapporti tra attività e passività; iii) un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali.

Infine, ai sensi dell'art. 86, comma 4, stabilisce che qualora, per fondati motivi, l'operatore economico non è grado di presentare le referenze richieste dall'amministrazione aggiudicatrice,

---

*un'impresa, contribuendo a garantire nei confronti dei terzi che quel soggetto eserciti in concreto abitualmente una determinata attività.”*

egli *“può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante.”*

Per quanto riguarda, infine, il terzo e ultimo requisito della capacità tecnica e professionale, il relativo sistema probatorio sembra ricalcare quanto già detto riguardo la capacità economica e finanziaria.

Infatti, ai sensi dell'Allegato XVII, la capacità tecnica e professionale può essere provata mediante una serie di elenchi ivi stabiliti, tra cui, ad esempio, l'elenco dei lavori eseguiti negli ultimi cinque anni; l'elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari, pubblici o privati; l'indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici, che facciano o meno parte integrante dell'operatore economico, e più particolarmente di quelli responsabili del controllo della qualità; una descrizione delle attrezzature tecniche e delle misure adottate dall'operatore economico per garantirne la qualità, nonché degli strumenti di studio e di ricerca della sua impresa, e via dicendo.

Il comma 6 dell'art. 83 completa la disciplina dei requisiti di capacità tecnica e professionale stabilendo che, ai fini della loro prova, le amministrazioni possono richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità.

#### *1.6.4.4 I requisiti speciali negli appalti di lavori*

Diversamente, nel caso degli appalti di lavori la scelta del legislatore nazionale è stata quella di mantenere efficace il sistema unico di qualificazione -per categorie di opere e classifiche di importi- già previsto dal precedente codice degli appalti, di cui all'art. 40 del d. lgs. 163/2006. Infatti, ai sensi dell'art. 84, comma 1, del d. lgs. 50/2016, gli operatori economici che vogliono partecipare ad appalti di lavori pubblici di valore superiore a 150.000 euro provano il possesso dei requisiti di idoneità professionale, capacità economica e finanziaria, e capacità tecnica e professionale mediante attestazione da parte degli appositi organismi di diritto privato autorizzati e controllati dall'ANAC (già AGCN).

La disciplina di attuazione del sistema unico di qualificazione, stante la mancanza del decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di cui all'art. 83, comma 2, e considerato il rinvio operato dall'art. 216, comma 4, continua a essere recata dal DPR 5 ottobre 2010, n. 207,

confermando in tal modo l'impianto generale già previsto durante la vigenza del precedente codice dei contratti.

Ciò posto, avendo già analizzato nei paragrafi che precedono la disciplina del sistema di qualificazione recata dal DPR 207/2010, in questa sede appare opportuno solamente ripercorrerne i tratti essenziali.

Ebbene, l'attività di attestazione rimane svolta dalle SOA, le quali, al ricorrere di determinati requisiti, sono autorizzate a svolgere tale funzione da parte di una Autorità pubblica, l'Autorità Nazionale Anti Corruzione.

All'ANAC sono attribuiti i compiti di vigilanza e controllo sul sistema di qualificazione, che si esplicano, essenzialmente, tramite l'esercizio di poteri di autorizzazione delle SOA e di verifica sull'operato di queste ultime.

Le SOA, ai sensi dell'art. 84, comma 4 e ss., d. lgs. 50/2016, devono accertare: l'esistenza dei requisiti di capacità generale di cui all'art. 80; il possesso dei requisiti di capacità speciale di cui all'art. 83; il possesso di certificazioni di sistemi di qualità conformi alle norme europee e alla vigente normativa nazionale; il possesso della certificazione del *rating* di impresa.

Se tutti questi requisiti sussistono, la SOA rilascia apposita attestazione, di durata quinquennale, con cui l'impresa istante è inserita in una determinata categoria.

Le imprese rimangono qualificate per categorie di opere generali e opere speciali; inoltre, all'interno di ciascuna di esse, per classi di importi.<sup>200</sup>

L'attestazione di qualificazione in una determinata categoria è ritenuta condizione unica e sufficiente per dimostrare l'esistenza dei requisiti generali e speciali per partecipare a qualsiasi gara rientrante in quella precisa categoria e per quel preciso importo: le stazioni appaltanti non potranno pertanto richiedere ai singoli concorrenti la dimostrazione di detti requisiti con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli indicati dalla legge.

#### *1.6.5 Le offerte: profili generali e criteri di aggiudicazione*

---

<sup>200</sup> Come si è già visto, ad oggi la disciplina del sistema di qualificazione rimane ancora dettata dal DPR 207/2010 e, pertanto, per quanto riguarda l'individuazione delle categorie di opere generali e speciali si continua a fare riferimento all'allegato A del suddetto decreto; mentre, per quanto riguarda l'individuazione delle classifiche di importi bisognerà guardare all'art. 61, co. 4, del DPR 207/2010.

L'offerta è la proposta contrattuale che il privato fa all'amministrazione durante lo svolgimento della gara e tale proposta contrattuale deve rispettare determinati requisiti indicati sia dalla legge, che dal bando di gara; deve, cioè, essere ammissibile e regolare<sup>201</sup>.

In primo luogo, l'offerta deve essere tempestiva, ossia deve essere consegnata alla stazione appaltante entro il termine specificato nei documenti di gara ai sensi della normativa vigente<sup>202</sup>, e deve presentata secondo le modalità indicate dal bando<sup>203</sup>.

Per quanto riguarda il suo contenuto, poi, l'offerta deve essere conforme "ai requisiti, alle condizioni ed ai criteri indicati nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, nonché nei documenti di gara" e deve essere effettuata da un offerente "che non è escluso ai sensi dell'articolo 80 e che soddisfa i criteri di selezione fissati dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 83 e, se del caso, le norme ed i criteri non discriminatori di cui all'articolo 91."<sup>204</sup>

Gli altri requisiti ed elementi essenziali dell'offerta, che devono essere rispettati al fine di essere considerata ammissibile e regolare, in via di estrema sintesi, sono i seguenti: l'offerta deve consentire di individuare in maniera chiara la figura dell'offerta e dunque deve contenere una serie di informazioni (come il nome dell'offerente ed il suo indirizzo) in base alle quali la

---

<sup>201</sup> In generale, sui requisiti dell'offerta si vedano, *ex multis*, R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, op. cit., p. 195 e ss.; E. SOPRANO e P. VOSA, *Profili Formali e Sostanziali delle Offerte. Varianti in Sede di Offerta*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, 2019, III, p. 321 e ss.; F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, op. cit., p. 1606 e ss.; A. CIANFLONE e G. GIOVANNINI, *L'Appalto di Opere Pubbliche*, op. cit., p. 925 e ss. Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 94, co. 1, lett. a).

<sup>202</sup> *Ex multis*, sulla disciplina dei termini di presentazione delle offerte si vedano R. DIPACE, *Termini per le domande e le offerte*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, 2019, III, p. 314 e ss.; R. DE NICTOLIS, *I termini per le domande di partecipazione e per le offerte*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS e R. GAROFOLI, Milano, Giuffrè, III, 2008, 2007.

<sup>203</sup> Cfr. E. SOPRANO e P. VOSA, *Profili Formali e Sostanziali delle Offerte. Varianti in Sede di Offerta*, op. cit., p. 324, dove gli AA. in relazione alla forma di presentazione dell'offerta specificano che: "L'offerta per la partecipazione ad una gara per l'affidamento di un contratto pubblico deve essere formulata per iscritto. L'esigenza della forma scritta, già prevista dall'art. 74, co. 1, del d. lgs. N. 163 del 2006, è stata confermata dalla direttiva 2014/24/UE al fine di garantire la trasparenza e la tracciabilità del procedimento. Mentre l'art. 74 del d.lgs. n. 163 del 2006 al co. 1 prevedeva che le stazioni appaltanti potessero richiedere ai concorrenti di formulare le offerte con documento cartaceo o con documento elettronico, il nuovo codice prevede che debbano essere presentate con documento elettronico e solo, in via eccezionale, con documento cartaceo."

Cfr. anche R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, op. cit., p. 166.

<sup>204</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 94.

stazione appaltante possa con sicurezza risalire alla persona che ha presentato detta proposta<sup>205</sup>; l'offerta deve essere incondizionata, o meglio, non deve essere condizionata in quanto si ritiene che la presentazione di una offerta sottoposta a condizione alla PA non sia un'offerta seria o attendibile<sup>206</sup>; l'offerta deve essere immodificabile, ossia, una volta presentata non può più essere modificata in un secondo momento da parte del privato<sup>207</sup>; l'offerta deve essere irrevocabile<sup>208</sup>; l'offerta deve essere determinata, nel senso che deve indicare in maniera chiara gli elementi su cui si fonda, come, ad esempio, il prezzo e le caratteristiche tecniche<sup>209</sup>; l'offerta deve essere garantita, ossia quando viene presentata una offerta all'amministrazione, questa deve essere accompagnata anche da una garanzia provvisoria sotto forma di cauzione o di fideiussione al fine di assicurare la serietà ed affidabilità della proposta da parte del privato<sup>210</sup>; in applicazione del principio di concorrenza e di buon andamento, inoltre, l'offerta deve essere unica, ossia ciascun operatore economico all'interno di gara è legittimato a presentare esclusivamente una ed una sola offerta<sup>211</sup>; infine, sempre per garantire il rispetto della *par*

---

<sup>205</sup> Cfr. E. SOPRANO e P. VOSA, *Profili Formali e Sostanziali delle Offerte. Varianti in Sede di Offerta*, op. cit., p. 326: “L’offerta del concorrente, sebbene il nuovo codice non contenga una disposizione analoga a quella di cui all’art. 74 del d.lgs. n. 163 del 2006, deve consentire l’individuazione dell’offerente e della volontà manifestata da quest’ultimo e pertanto dovrà contenere l’indicazione del nome dell’offerente, dell’indirizzo, del prezzo offerto, delle caratteristiche tecniche dell’offerta ed ogni altra indicazione atta a consentire l’individuazione del contenuto e del soggetto responsabile della stessa. L’offerta che non dovesse consentire l’individuazione del contenuto ovvero del soggetto responsabile della stessa è, ai sensi dell’art. 83, co. 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, un’offerta afflitta da una irregolarità essenziale e come tale non sanabile attraverso il soccorso istruttorio. Costituisce irregolarità essenziale anche la mancata sottoscrizione dell’offerta.”

<sup>206</sup> Cfr. R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, op. cit., p. 197.

<sup>207</sup> Cfr. R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, op. cit., p. 198

<sup>208</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 32, co. 4.

Cfr. E. SOPRANO e P. VOSA, *Profili Formali e Sostanziali delle Offerte. Varianti in Sede di Offerta*, op. cit., p. 322: “Il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, così come il precedente codice dei contratti del 2006, configura l’offerta del concorrente come proposta contrattuale irrevocabile. L’art. 32, del d.lgs. n. 50 del 2016, al co. 4, nel solco di quanto previsto dal precedente art. 11, co. 6, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, stabilisce che l’offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o, in mancanza di indicazione, per 180 giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. Durante il periodo di 180 giorni l’offerta non può essere revocata. L’irrevocabilità dell’offerta consiste nella temporanea privazione degli effetti di una eventuale revoca voluta dall’offerente ed ha lo scopo di accordare all’amministrazione un tempo sufficiente per valutare l’idoneità delle offerte ed individuare quella alla quale aggiudicare l’appalto.”

<sup>209</sup> Cfr. E. SOPRANO e P. VOSA, *Profili Formali e Sostanziali delle Offerte. Varianti in Sede di Offerta*, op. cit., p. 326.

<sup>210</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 93.

<sup>211</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 32, co. 4.

*condicio* dei concorrenti ed il principio di trasparenza all'interno della gara, l'offerta presentata dai concorrenti privati deve essere segreta, ciò significa che alla commissione giudicatrice, al fine di non influenzarla e di non creare pertanto favoritismi, non deve essere noto il nome dell'offerente se non alla fine del procedimento di valutazione<sup>212</sup>.

Una volta presentate le offerte dai concorrenti, queste devono essere valutate dall'amministrazione attraverso metodi anch'essi espressamente disciplinati dal D. Lgs. 50/2016. Tali metodi si definiscono, in generale, criteri di aggiudicazione o criteri di selezione delle offerte e sono regolati principalmente dall'art. 95 del D. Lgs. 50/2016<sup>213</sup>.

L'attuale Codice dei Contratti Pubblici, nello specifico, prevede che le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento "procedono all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento del prezzo o del costo."<sup>214</sup>

Dunque, i criteri di aggiudicazione previsti dal legislatore italiano, in applicazione delle direttive UE del 2014, sono essenzialmente due e sono tassativi: 1) il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, detto anche del miglior rapporto qualità prezzo; 2) il criterio del prezzo più basso<sup>215</sup>.

In base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa l'amministrazione valuta la convenienza di un'offerta in base a più e diversi parametri, che possono variare dal prezzo fino

---

Sulla definizione del principio dell'unicità, *ex multis*, si rinvia a F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, op. cit., p. 1606: "Ai sensi dell'art. 32, comma 4, del Nuovo codice ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta. Si tratta del c.d. principio di unicità dell'offerta, che impone ai partecipanti alle procedure ad evidenza pubblica di concorrere con un'unica proposta tecnica ed economica quale contenuto della propria offerta."

<sup>212</sup> Cfr. R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, op. cit., p. 199.

<sup>213</sup> In generale, sui criteri di aggiudicazione, si rinvia a R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, op. cit., p. 206; F. CARDARELLI, *Criteri di Aggiudicazione*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, 2019, III, p. 531 e ss; E. SOPRANO e P. VOSA, *Profili Formali e Sostanziali delle Offerte. Varianti in Sede di Offerta*, op. cit., p. 336; F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, op. cit., p. 1607 e ss.

<sup>214</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 95, co. 2.

<sup>215</sup> Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, op. cit., p. 1607: "Con riguardo alla selezione della miglior offerta fra quelle formulate dai concorrenti, l'art. 95 del Nuovo codice attribuisce alla stazione appaltante la facoltà di scelta fra due distinti criteri: (i) il criterio del prezzo più basso (maggior ribasso) e (ii) il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (miglior rapporto qualità-prezzo). Si tratta di un'indicazione di tipo tassativo. In altri termini, non è consentito alle pubbliche amministrazioni, salvi i casi espressamente previsti dalla legge, regolamentari o amministrative il ricorso a meccanismi di selezione di tipo diverso."

agli aspetti tecnici e qualitativi della proposta contrattuale del privato: da tanto deriva che il contratto sarà aggiudicato a favore di quel concorrente che ha presentato l'offerta, appunto, con il miglior rapporto qualità/prezzo<sup>216</sup>.

In particolare, quando si tratta di aggiudicare un contratto a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il Codice dei Contratti Pubblici predilige l'utilizzo di parametri "oggettivi" anziché "soggettivi", non solo perché sono più facilmente valutabili ma anche perché, in applicazione del principio della *par condicio* tra i concorrenti, con i primi si evita più facilmente il sorgere di discriminazioni in sede di valutazione delle offerte<sup>217</sup>.

Il D. Lgs. 50/2016, a proposito, offre un elenco esemplificativo dei parametri che possono essere utilizzati ed a tal fine si riferisce in via generale a: la qualità; il pregio tecnico; le caratteristiche estetiche e funzionali; l'accessibilità per le persone con disabilità e la progettazione adeguata per tutti gli utenti; le certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori; le caratteristiche sociali e ambientali; le caratteristiche innovative; la commercializzazione; il possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto; il costo complessivo di utilizzazione e manutenzione; la compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra associate alle attività dell'azienda; l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto; il servizio successivo alla vendita e di assistenza tecnica; e infine, le condizioni di consegna<sup>218</sup>.

Infine, i criteri di aggiudicazione che si basino sul miglior rapporto qualità/prezzo devono essere espressamente indicati nei documenti di gara e la stazione appaltante deve anche specificare quale "peso" o "punteggio" e quali modalità di valutazione saranno utilizzate per ciascun parametro impiegato<sup>219</sup>. Una volta fissati i criteri ed il loro metodo di valutazione, a garanzia della certezza delle regole che saranno applicate in gara, non potranno più essere cambiati in un secondo momento.

---

<sup>216</sup> Cfr. F. CARDARELLI, *Criteri di Aggiudicazione*, op. cit., p. 553.

Cfr. anche R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, op. cit., p. 206, dove, per quanto riguarda la definizione di tale criterio, si legge che "*L'offerta economicamente più vantaggiosa impone all'amministrazione di valutare l'offerta sulla base di differenti elementi che attengono sia al profilo economico (prezzo) sia a quello tecnico e qualitativo. Si tratta di valutare l'offerta che presenta il miglior rapporto qualità prezzo. Il sistema è caratterizzato da maggiore attenzione all'aspetto qualitativo dell'offerta e da flessibilità. La sua utilizzazione, però, rende più complesso lo svolgimento delle operazioni di gara.*"

<sup>217</sup> Cfr. F. CARDARELLI, *Criteri di Aggiudicazione*, op. cit., p. 555.

<sup>218</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 95, co. 6.

<sup>219</sup> Cfr. R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, op. cit., p. 213.

Ciò risponde chiaramente oltre che all'esigenza di rendere chiaro e trasparente l'operato della PA, in questo modo consentendo a tutti i partecipanti di sapere in anticipo e con certezza quali saranno le regole della gara, anche alla necessità di evitare che tramite l'applicazione di tali criteri si creino favoritismi a favore solo di alcuni concorrenti a danno di altri.

Invece, in applicazione del secondo criterio di aggiudicazione, ossia il criterio del prezzo più basso, l'amministrazione valuta le offerte in base ad un solo parametro che corrisponde al prezzo: in questo caso, di conseguenza, il contratto sarà aggiudicato a favore di quel concorrente che ha presentato l'offerta che comporta il minor esborso di denaro per la PA<sup>220</sup>.

Sotto la vigenza della precedente normativa, di cui al D. Lgs. 163/2006, erano previsti gli stessi due criteri di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e del prezzo più basso i quali, tuttavia, erano considerati perfettamente equivalenti: l'amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale e rispettando pur sempre i limiti dell'adeguatezza, ragionevolezza e proporzionalità, poteva liberamente decidere di ricorrere al criterio che meglio preferiva<sup>221</sup>.

Al contrario, a seguito dell'influenza delle direttive UE del 2014, l'attuale Codice dei Contratti Pubblici prevede che il criterio di aggiudicazione "ordinario" sia il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mentre il criterio del prezzo più basso consiste in un criterio "eccezionale" che può essere usato in casi specifici indicati dalla legge e quando l'amministrazione decide di ricorrervi deve indicare espressamente ciò nei documenti di gara dandone anche specifica motivazione in relazione a tale scelta<sup>222</sup>.

---

<sup>220</sup> Cfr. F. CARDARELLI, *Criteri di Aggiudicazione*, op. cit., p. 549 e ss.

<sup>221</sup> Cfr. D. Lgs. 163/2006, art. 81.

Cfr. R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, op. cit., p. 207: "Alla luce di tale evoluzione, il vecchio codice dei contratti (art. 81, d.lgs. 163/2006) stabiliva la perfetta equivalenza tra i criteri di selezione del contraente. La scelta del criterio, effettuata con il bando di gara, veniva rimessa all'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione, con il limite dell'adeguatezza, della logicità e della ragionevolezza del sistema prescelto in relazione alle caratteristiche dell'appalto desumibili dalle prescrizioni del bando di gara e del capitolato speciale. Tale perfetta equivalenza veniva meno in situazioni in cui disposizioni legislative, regolamentari o amministrative avessero previsto particolari remunerazioni per servizi specifici (si pensi ai servizi intellettuali prestati dai professionisti per i quali sono stabilite tariffe approvate dai relativi ordini o alle forniture di libri scolastici per quali sono indicati prezzi fissi)."

<sup>222</sup> Cfr. F. CARDARELLI, *Criteri di Aggiudicazione*, op. cit., p. 549, dove si legge che: "Data la peculiare struttura dell'art. 95 e delle sue successive modificazioni sembra opportuno ricorrere ad un metodo di indagine rovesciato, partendo cioè dalle eccezioni (criterio del minor prezzo) rispetto alla regola generale (miglior rapporto qualità/prezzo) [...]. Ferme restando le regole relative all'aggiudicazione di servizi specifici o al prezzo di determinate forniture in base a previsioni legislative, regolamentari o amministrative, l'attuale previsione codicistica dell'uso del minor prezzo

### 1.6.6 Il contrasto ai fenomeni corruttivi e ai conflitti di interesse

Tra le innovazioni più importanti in sede di approvazione del D. Lgs. 50/2016 vi è l'introduzione di una disciplina più diretta e specifica in materia di prevenzione dei fenomeni corruttivi e dei conflitti di interesse.

Infatti, diversamente da quanto avveniva sotto la vigenza dell'abrogato D. Lgs. 163/2006 dove non esisteva una norma di ampio respiro e tali fattispecie venivano individuate su base per lo più casistica, nell'attuale Codice dei Contratti Pubblici è stata introdotta una norma specifica, l'art. 42, che ha applicazione generale ed è immediatamente diretta a prevenire e reprimere tali ipotesi<sup>223</sup>.

---

*appare confinata a due sole fattispecie. Una è contenuta nell'art. 36, co. 9-bis, introdotto dalla l. n. 55 del 2019, che per tutti i contratti sotto soglia consente l'aggiudicazione sulla base del criterio del minor prezzo ovvero sulla base del 'criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa' (id est criterio del miglior rapporto qualità/prezzo); l'altra è contenuta nella sola previsione residua del co. 4, dell'art. 95 del codice che riguarda, anche sopra soglia europea, i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera di cui al co. 3, lett. a)."*

Nello stesso senso anche F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, op. cit., p. 1607: "A differenza del passato, in cui vi era una perfetta equivalenza tra i due criteri di selezione delle offerte e connessa discrezionalità per le amministrazioni aggiudicatrici nella loro scelta, l'art. 95, comma 2, del Nuovo codice introduce una netta preferenza per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Infatti, il criterio del prezzo più basso può essere utilizzato esclusivamente in alcuni casi individuati ex ante dal legislatore [...]."

<sup>223</sup> Cfr. L. TARANTINO, *Conflitti di Interesse*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, II, 2019, p. 305 dove si legge che: "L'art. 42 del nuovo codice non ha un referente immediato nella previgente disciplina in materia di contratti pubblici. Infatti, nonostante l'abrogato d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, contenesse disposizioni che stigmatizzavano ipotesi di incompatibilità, quali, ad esempio, l'art. 84 disciplinante la composizione della commissione di gara, oggi trasfuso nell'art. 77 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, non registrava, invece, la presenza di una norma generale dedicata alla nozione stessa di 'conflitto di interesse'. Pertanto, la disciplina di riferimento era desunta dai principi generali in tema di buon andamento e trasparenza e, quindi, innanzitutto dall'art. 97 cost., dall'art. 2, co. 1, del d.lgs. 163 del 2006, ovvero dall'art. 2, co. 3, della l. 7 agosto 1990, n. 241, in tema di parità di trattamento degli amministrati."

Nello stesso senso anche I. SOFFIATI, *Commento all'art. 42*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Guida operativa al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e alle Linee guida ANAC*, a cura di F. CARINGELLA e M. PROTTO, Roma, Dike, 2016, p. 174 e ss.; C. ACOCELLA, *Art. 42 – Conflitto di interesse*, in *Codice dei Contratti Pubblici Commentato*, a cura di L. R. PERFETTI, II ed., Milano, Wolters Kluwer, 2017, p. 443 e ss.

La necessità di una riforma della disciplina in materia di contrasto alla corruzione ed ai conflitti di interessi era particolarmente sentita, in ambito comunitario e nazionale, in quanto tali fenomeni erano considerati tra i principali fattori dell'alterazione della concorrenza e trasparenza all'interno della gara e, di conseguenza, la loro presenza impediva all'amministrazione di stipulare il miglior contratto possibile al termine dell'evidenza pubblica<sup>224</sup>.

Dunque, in apertura, l'art. 42 citato stabilisce che le stazioni appaltanti sono tenute a prevedere *“misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni conflitto di interessi.”*<sup>225</sup>

Come si legge dal testo della disposizione, la norma in esame persegue due obiettivi: da un lato, il contrasto di frodi e corruzione, e, dall'altro, l'individuazione, prevenzione e risoluzione in modo efficace di conflitti di interessi<sup>226</sup>.

---

Per completezza, è opportuno precisare che oltre alla norma di applicazione generale in tema di lotta ai fenomeni corruttivi ed ai conflitti di interesse, di cui all'art. 42 ora in esame, il Codice dei Contratti Pubblici prevede anche varie ipotesi specifiche e tipizzate, ad esempio, nell'art. 24, co. 3 e 7 (relativi, rispettivamente, ai pubblici dipendenti con rapporto di lavoro a tempo parziale con l'amministrazione ed agli affidatari degli incarichi di progettazione), nell'art. 77, co. 4, 5, 6, e 9 (che detta la disciplina in materia di composizione della commissione di gara) ed anche nell'art. 102 (relativo agli incarichi per le attività di collaudo).

<sup>224</sup> Cfr. L. TARANTINO, *Conflitti di Interesse*, op. cit., p. 310: *“Il confronto tra la normativa europea e quella nazionale pone l'accento sul ruolo assunto dalla disciplina del conflitto di interessi tra tutela della concorrenza e tutela della trasparenza, ossia tra un versante che guarda alla salvaguardia del corretto gioco competitivo tra gli operatori del mercato ed un versante che si affaccia sulla conservazione di un sistema amministrativo improntato alla intellegibilità e alla non opacità dell'agere amministrativo.”*

<sup>225</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 42, co. 1.

Sulla base di questa formulazione, si può notare che la norma in esame presenti un indubbio carattere *“aperto”* non essendo limitata ad ipotesi specifiche e circoscritte, ma riferendosi, al contrario, ad una serie indefinita ed indeterminabile di situazioni di conflitto di interessi.

Come è stato sottolineato da C. ACOCELLA, *Art. 42 – Conflitto di interesse*, op. cit., p. 444-445, infatti: *“Di estrema rilevanza in ordine alla possibilità di ampliare le situazioni inammissibili sotto il profilo in esame, oltre il ventaglio delle ipotesi codificate, è con tutta evidenza il legame istituito tra i principi di buon andamento, imparzialità, nonché di parità di trattamento -quest'ultimo di particolare rilevanza in ordine alle procedure ad evidenza pubblica- da un lato, e le relazioni/condotte rilevanti in punto di conflitto di interessi, e quindi gli obblighi/divieti conseguenti, dall'altro lato. L'ancoraggio a detti principi ha consentito, infatti, alla giurisprudenza di chiarire il carattere <aperto> e <non tassativo> delle situazioni di conflitto di interessi [...] nonché di puntualizzare, attraverso il richiamo all'immagine e al prestigio della PA, la natura potenziale ed astratta della violazione dei principi e della determinazione dell'esito illegittimo al fine di rinvenire e perseguire le fattispecie rilevanti [...].”*

<sup>226</sup> Cfr. L. TARANTINO, *Conflitti di Interesse*, op. cit., p. 313: *“Il co. 1 dell'art. 42 del d.lgs. n. 50 del 2016 si rivolge alle stazioni appaltanti ed ha carattere tipicamente sollecitatorio, dal momento che chiede a queste ultime di adottare misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per*

Tali fenomeni, seppur distinti e diversi gli uni dagli altri, sono strettamente collegati tra di loro, laddove, in genere, il conflitto di interessi costituisce una strategia, un mezzo per realizzare episodi di corruzione.

Un altro elemento della norma che merita attenzione è il fatto che, diversamente da quanto avviene con le principali normative internazionali in materia di aggiudicazione di appalti pubblici che saranno esaminate nei capitoli successivi, il Codice dei Contratti Pubblici nazionale offre una definizione chiara di conflitto di interessi.

Pertanto, a mente della definizione codicistica, si ha una situazione di conflitto di interessi quando il personale di una stazione appaltante, anche per conto della stazione appaltante stessa, avendo -direttamente o indirettamente- un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia della sua imparzialità e indipendenza nel contesto gara, interviene nello svolgimento della procedura di evidenza pubblica o può semplicemente influenzarne in qualsiasi modo il risultato<sup>227</sup>.

Da tanto, deriva che per aversi una situazione di conflitto di interessi all'interno di una gara pubblica è necessario il ricorrere di tre distinti requisiti: 1) la presenza del personale della stazione appaltante che intervenga o che sia anche solo potenzialmente in grado di influenzare le scelte dell'amministrazione<sup>228</sup>; 2) la sussistenza, in capo al personale della stazione

---

*individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici.”*

<sup>227</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 42, co. 2.

Cfr. L. TARANTINO, *Conflitti di Interesse*, op. cit., p. 315: “Il co. 2 dell’art. 42 del d.lgs. 50 del 2016 contiene una definizione chiara della nozione di conflitto di interessi, che però non va al di là di quanto stabilito dalle direttive europee, che pure avevano indicato come la definizione ivi contenuta fosse una previsione minima della nozione in oggetto e che, pertanto, i legislatori dei singoli Stati membri avrebbero potuto estendere la nozione de qua. Nessun margine all’inventiva ed alla creatività si ritaglia, invece, il legislatore nazionale che si limita ad aggiungere soltanto che costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l’obbligo di astensione previste dall’art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013. In disparte, quest’ultimo riferimento dunque, si avrà conflitto di interessi nel caso in cui il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione.”

<sup>228</sup> A riguardo del primo dei requisiti appena elencati e relativi al verificarsi della fattispecie di conflitto di interessi, L. TARANTINO, *Conflitti di Interesse*, op. cit., p. 315 afferma che: “Il conflitto di interessi, afferisce ad una qualifica effettiva del soggetto e, pertanto, eventuali ipotesi di usurpazione del potere non ricadono nell’ambito di applicazione della norma in questione. Da qui la delimitazione del novero

appaltante de quo, di un interesse finanziario, economico o di qualsiasi altro tipo, purché siano personali<sup>229</sup>; ed infine 3) l'interesse appena citato del personale deve essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità ed indipendenza durante lo svolgimento della gara<sup>230</sup>.

Se si verificano tutti i requisiti appena elencati, come conseguenza, il Codice dei Contratti Pubblici prevede che il personale che si trovi in tale situazione di conflitto di interessi “è tenuto a darne comunicazione alla stazione appaltante, ad astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni.”<sup>231</sup>

Una volta effettuati gli adempimenti richiamati dalla norma, spetta poi alla stazione appaltante, nell'esercizio dei propri poteri di controllo, verificare ed accertare la sussistenza o meno del conflitto di interessi in capo al proprio personale<sup>232</sup>.

L'obiettivo della norma è di garantire al concorrente privato di contrattare a sua volta con una PA affidabile -o meglio, come sottolinea la dottrina, una amministrazione che sia “morale” - il che significa essenzialmente due cose: una migliore efficienza nella gestione dei contratti

---

*dei soggetti che possono cadere in conflitto di interessi tra quelli che sono dipendenti della stazione appaltante o svolgono un incarico quali prestatori di servizi per conto di questi, ossia il responsabile del procedimento, i membri della commissione di gara, ma anche quei soggetti incaricati per rendere pareri o valutazioni per conto della stazione appaltante.”*

<sup>229</sup> In merito al secondo requisito, relativo all'interesse economico, finanziario o di altro tipo del personale della stazione appaltante, L. TARANTINO, *Conflitti di Interesse*, op. cit., p. 315 scrive che: “Deve, in definitiva, trattarsi di un interesse afferente alla sfera giuridica del soggetto e che possa avere una qualche ricaduta favorevole, il che se è facilmente evincibile in termini economici sia in via di utilità diretta che indiretta, appare più difficilmente apprezzabile, laddove si tratti di una utilità non economica e, quindi, da indagarsi caso per caso. Di certo non può trattarsi di un interesse meramente ideale, quale ad esempio quello di essere favorevole ad una certa tipologia di governance o di politica.”

<sup>230</sup> In merito all'ultimo dei requisiti sopra elencati, L. TARANTINO, *Conflitti di Interesse*, op. cit., p. 315 specifica che: “Quest'ultimo requisito, se, da un lato, evidenzia come la norma in questione voglia sterilizzare non solo le lesioni effettive al principio di imparzialità dell'azione amministrativa, ma anche quelle potenziali, dall'altro, risulta di non facile applicazione laddove richiede che l'interesse debba essere percepito come tale, giacché non chiarisce quale sia il punto di vista di riferimento, ossia quello della stazione appaltante ovvero quello dell'operatore economico ed ancora non considera che l'interesse possa essere occulto.”

<sup>231</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 42, co. 3.

Cfr. L. TARANTINO, *Conflitti di Interesse*, op. cit., p. 318 e ss.

<sup>232</sup> Cfr. D. Lgs. 50/2016, art. 42, co. 5.

Cfr. L. TARANTINO, *Conflitti di Interesse*, op. cit., p. 318: “Il co. 3 dell'art. 42 del d.lgs. n. 50 del 2016 pone l'obbligo per il dipendente o per il soggetto incaricato di dare comunicazione alla stazione appaltante della situazione di conflitto, e di astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni. La situazione di conflitto impone, pertanto, allo stesso soggetto su cui incombe il detto obbligo di astenersi in via cautelare dal compiere qualsiasi tipo di attività che possa attualizzare il pericolo in questione. Spetterà poi alla stessa stazione appaltante accertare la sussistenza del conflitto e vigilare, come precisa il co. 5 dell'art. 42, sul rispetto degli adempimenti in questione.”

pubblici e cura dell'interesse pubblico nel rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità<sup>233</sup>.

Si prevede in questo modo un sistema di classificazione e qualificazione delle stazioni appaltanti –che ruota sempre attorno alle funzioni di vigilanza e controllo svolte dall'ANAC– che è complementare rispetto al sistema di qualificazione degli operatori economici<sup>234</sup>.

## **1.7 Conclusioni: contabilità, concorrenza e anticorruzione come principi generali della procedura di evidenza pubblica nazionale disciplinata dal D. Lgs. 50/2016.**

---

<sup>233</sup> Sul tema della moralità amministrativa si veda A. CIOFFI, *Moralità amministrativa e conflitto di interessi*, in *Dir. Amm.*, 4, 2017, p. 685 e ss., dove si sottolinea che l'art. 42 del D. Lgs. 50/2016 “*chiarisce che gli interessi in conflitto possono essere economici, finanziari o personali. È un'apertura ispirata al diritto europeo. Estende il dovere d'imparzialità dell'amministrazione, evita l'alterazione dell'interesse pubblico ad opera di ogni altro interesse e, in fondo, restituisce l'interesse pubblico al buon andamento. Il buon andamento è inteso, qui, come esigenza prevalente e utilità concreta da assicurare. Emerge così ciò che si addica e convenga all'interesse dell'amministrazione. È l'adeguatezza all'interesse pubblico specifico.*” Successivamente, appurato che il conflitto di interessi è qualificato dalla giurisprudenza come vizio di legittimità ed eccesso di potere si rileva altresì che “*appare, di conseguenza, una legalità in senso largo, una legalità del fine. La legalità del fine suppone che sia rispettata la rispondenza al fine pubblico. Emerge qui la necessità di stabilire cosa significhi rispondere al fine ed è il punto più delicato. La risposta nei due sistemi è simile. In Francia la rispondenza ai fini prende il nome di <bonne amministrazione> e risponde ai fini istituzionali dell'amministrazione e ai suoi principi. Precisamente, la moralità amministrativa è costituita da quelle regole e da quei principi che obbligano a rispettare i fini istituzionali. In fondo, il rispetto dei fini è insito nell'idea stessa dell'istituzione amministrativa. (<l'idee même de l'institution administrative>.)*”

Nello stesso senso anche C. ACOCELLA, *Art. 42 – Conflitto di interesse*, op. cit., p. 444-445.

<sup>234</sup> Cfr. C. ACOCELLA, *Art. 42 – Conflitto di interesse*, op. cit., p. 453-454, dove si legge che: “*l'art. 42 si inserisce dunque a pieno titolo in un gruppo di disposizioni cui vengono ascritti reali profili di originalità della disciplina interna rispetto a quella europea. Il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti disvela la sua complementarità rispetto al sistema di qualificazione degli operatori economici, nella misura in cui affianca alla verifica dell'affidabilità degli interlocutori sul lato dell'offerta -dinamica non inedita, seppur sottoposta con le direttive del 2014 e il loro recepimento ad un ripensamento in direzione, tra gli altri aspetti, di una maggiore flessibilità- l'obiettivo di garantire anche sul piano della domanda interlocutori autorevoli, con incrementi in termini di efficienza nella gestione dei contratti pubblici e quindi di competitività dell'intero sistema economico.*”

Nello stesso senso anche M. P. CHITI, *Principi*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, op. cit., I, 305 e ss; L. FIORENTINO, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, 443 e ss.

In merito al sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti si rinvia, *ex multis*, a M. AMBROSELLI e C. SERSALE, *Qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, II, 2019, p. 527 e ss.

Giunti alla fine del percorso, possiamo trarre delle prime conclusioni per quanto riguarda la parte dello studio dedicata alla ricostruzione anche in chiave storica dei principi generali della evidenza pubblica, ossia di quel procedimento che, culminando con la stipulazione del contratto tra PA e privati, si snoda nelle due fasi essenziali di scelta del miglior contraente e selezione della migliore offerta, le quali, come è noto, rappresentano lo spartiacque con i corrispettivi contratti di diritto privato dove gli attori sono liberi e senza vincoli particolari nella scelta della rispettiva controparte.

Si è visto che, a partire dal diciannovesimo secolo, l'evoluzione della normativa sui contratti pubblici -seppur a volte caotica- non è stata casuale; ma, al contrario, si è sviluppata ed è variata in ragione del variare dei principi informatori generali prevalenti un dato momento storico.

Il filo rosso seguito dalla ricerca fin qui svolta è stato appunto rappresentato dai diversi principi generali che si sono succeduti nel corso del tempo e che hanno caratterizzato la disciplina dell'evidenza pubblica.

In origine (ci si riferisce alla normativa sulla contabilità generale dello stato (a partire dalla legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. F; fino al D.M. 28 maggio 1895; e al R.D. 23 maggio 1924, n. 827) il legislatore italiano non sembra preoccuparsi particolarmente di predisporre i requisiti necessari che un operatore economico deve possedere per partecipare alle gare pubbliche. Anzi, sembra proprio non ritenerne affatto necessario.

Infatti, l'amministrazione era dotata di ampia libertà nella stipulazione dei contratti, sia sul piano della procedura da seguire che sul piano dell'individuazione del miglior contraente privato, in quanto quest'ultimo veniva scelto secondo parametri più o meno elastici individuati discrezionalmente dalla stessa PA contraente.

In questo periodo la materia dei contratti pubblici risulta governata essenzialmente da principi di contabilità pubblica: nelle procedure di evidenza pubblica si incontrano e si bilanciano le esigenze di individuare un contraente affidabile e di contenere la spesa pubblica, facendo pendere l'ago della bilancia verso queste ultime.

Le stesse previgenti ragioni di contabilità sono alla base anche della successiva disciplina imperniata sulla figura dell'Albo Nazionale Costruttori, di cui alla l. 10 febbraio 1962, n. 67, che viene dettata successivamente all'entrata in vigore della Costituzione.

Come si è visto, il sistema previsto con l'ANC si occupa, in particolare, di snellire le procedure di gara tramite la creazione di un sistema unico di qualificazione, di disciplinare i requisiti di partecipazione delle imprese (nella tradizionale distinzione tra requisiti di capacità generale e speciale, quest'ultima a sua volta suddivisa in capacità economico-finanziaria e tecnica) e di

ridurre il potere discrezionale delle stazioni appaltanti all'interno della procedura di gara, cercando di incanalare e vincolare l'azione dell'amministrazione a parametri legali certi.

Le norme, nel rispetto del principio di buon andamento e imparzialità della PA di cui all'art. 97 Cost., sono pur sempre informate alla ricerca del miglior contraente in grado di garantire la minor spesa di denaro pubblico, ma rivelano il crescere della preoccupazione che i potenziali contraenti della PA siano previamente selezionati in base a requisiti di capacità predeterminati. Con l'istituzione della Comunità economica europea il panorama dei principi fondamentali in materia di contrattualistica pubblica si amplia: il principio di tutela della concorrenza e del mercato si affianca a quello prettamente contabilistico.

Sancito a chiare lettere già nel considerando n. 3 della direttiva del Consiglio del 26 luglio 1971, 71/305/CEE, dove si prescrive il “*divieto delle prescrizioni tecniche di effetto discriminatorio*”, tale principio costituirà per il legislatore comunitario la guida di tutte le direttive che si sono succedute nel tempo.

Ebbene, la disciplina della contrattualistica pubblica che fino a questo momento era rimasta legata, essenzialmente, alla sola normativa nazionale, comincia ad essere disciplinata anche da fonti sovranazionali europee, in particolar modo dalle direttive.

Inoltre, anche a livello comunitario era particolarmente sentito il problema di regolamentare l'attività di accertamento sui requisiti di partecipazione da parte della PA ed a tal fine venivano implementati i parametri che essa avrebbe dovuto seguire, lasciando, tuttavia, ancora qualche criticità in tema di accertamento della sola capacità economico finanziaria a fronte del potere della medesima di ricorrere in sede di gara al suo accertamento tramite altri documenti ritenuti opportuni.

In tale ottica vanno lette le disposizioni della Legge 109/1994 (Legge Merloni) che, in attuazione delle direttive europee c.d. di prima generazione, affianca alle tradizionali ragioni di contabilità pubblica anche quelle di tutela del mercato e della concorrenza, laddove, all'art. 1, prevede che le procedure pubbliche debbano essere improntate anche alla “*tempestività, trasparenza e correttezza, nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori.*”

Per il resto, in linea di continuità con il passato, si sceglieva di mantenere in vita il sistema unico di qualificazione affidando alle SOA l'attività di attestazione e all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici i compiti di controllo sul loro operato.

Inoltre, sulla scorta delle vicende di “tangentopoli” e dei fenomeni corruttivi emersi nei primi anni 90 dello scorso secolo, il legislatore italiano irrigidiva ancora più le maglie dell'agire della pubblica amministrazione introducendo criteri sempre più stringenti da seguire (per partecipare

e per accertare di poter partecipare) che, sebbene volti a recuperare l'immagine di una pubblica amministrazione affidabile, non potevano che rallentare la crescita economica, aumentando la distanza tra grandi e piccole imprese (gap che si cercherà di colmare più avanti nel tempo, declinando il principio di concorrenza nel senso di facilitare l'ingresso di queste ultime al mercato degli appalti.)

La frenesia del legislatore comunitario negli ultimi anni del 900 ha condotto il Consiglio ad un'opera di risistemazione della normativa comunitaria tramite l'emanazione delle direttive "di seconda generazione."

Sempre improntante a garantire la massima apertura del mercato degli appalti, venivano recepite in Italia con il D. Lgs. 163/2006, il quale, se da un lato lasciava fermo per gli appalti di lavori il sistema unico di qualificazione, dall'altro prevedeva che, nel caso di appalti di servizi, si dovesse procedere all'accertamento dei requisiti di partecipazione gara per gara ad opera della stazione appaltante dotata di ampia discrezionalità per la scelta delle modalità di accertamento della capacità economica e finanziaria.

Il consolidamento del binomio dei principi di contabilità e tutela della concorrenza si mantiene anche con il D. Lgs. 50/2016 che, ad oggi regola la materia dei contratti pubblici e costituisce diretta attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

Il principio di tutela della concorrenza trova molteplici e diverse declinazioni all'interno del codice degli appalti, basti pensare, tra i tanti, alle misure che agevolano la partecipazione delle piccole e medie imprese, alle possibilità per i concorrenti di partecipare in forma associata o tramite il ricorso all'avvalimento, al divieto di introduzione di cause di esclusione atipiche fino anche alla possibilità per gli operatori economici che si trovino, ad esempio, in stato di fallimento (che quindi, a rigore, dovrebbero essere esclusi) di poter partecipare alle gare pubbliche al ricorrere di determinati requisiti e via dicendo.

A ben vedere, a partire dagli ultimi interventi legislativi in materia, nazionali e comunitari, sembra emergere, o meglio, consolidarsi anche un terzo principio: il principio del contrasto ai fenomeni corruttivi.

L'idea di base perseguita è che non solo il privato deve essere particolarmente qualificato per contrattare con la pubblica amministrazione, ma anche quest'ultima si deve presentare come una amministrazione affidabile o "morale" al fine di *"prevenire le distorsioni derivanti da conflitti di interesse nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici"* e di *"combattere le frodi, i favoritismi e la corruzione."*

Ciò in quanto, anche ad avviso della Commissione Europea, un'amministrazione caratterizzata dalla lotta alla corruzione, (ed anche) dalla digitalizzazione dei pubblici servizi e dalla qualità

e stabilità delle normative è una amministrazione efficiente che contribuisce direttamente alla crescita e sviluppo del mercato.

Sancito ciò a livello delle direttive comunitarie, il principio *de quo* trova anch'esso molteplici applicazioni a livello del codice, in particolare si pensi a quelle disposizioni che hanno lo scopo di individuare ed accertare conflitti di interessi interni alla stazione appaltante con la conseguenza che il personale che si trovi in tali situazioni *“è tenuto a darne comunicazione alla stazione appaltante, ad astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni.”*

Infine, per completezza, anche l'attuale codice degli appalti mantiene, a grandi linee, il sistema di qualificazione così come previsto dal precedente d. lgs. 163/2006 per cui, per quanto riguarda l'accertamento dei requisiti di partecipazione in capo agli operatori economici, nel caso di appalti di lavori trova applicazione il già collaudato sistema unico di qualificazione, mentre nel caso di appalti di servizi l'accertamento delle idoneità economico-finanziarie e tecniche dovrà eseguirsi gara per gara ad opera della stazione appaltante, con le già esaminate criticità in tema di discrezionalità.

## **Sezione II**

### **La disciplina internazionale**

## Premessa

### *Piano di indagine e metodologia applicata.*

Come è già stato anticipato, non tutti i contratti pubblici sono regolati dai principi e dalle regole dell'evidenza pubblica del D. Lgs. 50/2016.

Vi sono una serie di contratti che in ragione della specialità della fonte regolatrice e in virtù del diverso interesse che viene di volta in volta in rilievo, sono soggetti a norme diverse da quelle ordinarie.

In particolare, l'art. 16, co. 1, del D. Lgs. 50/2016 prevede che le disposizioni del Codice dei Contratti Pubblici nazionale non si applichino agli appalti c.d. internazionali, ossia quegli appalti aggiudicati o organizzati nel rispetto di procedure diverse da quelle previste dal codice e stabilite da:

- 1) Uno strumento giuridico che crea obblighi internazionali, quali un accordo internazionale, concluso in conformità dei trattati dell'Unione Europea, tra lo Stato e uno o più Paesi terzi;
- 2) Un'organizzazione internazionale.

Allo stesso modo, il co. 2 dell'art. 16, estendendo l'area degli appalti internazionali esclusi dall'applicazione del diritto nazionale, prevede anche che il Codice dei Contratti Pubblici non si applichi agli appalti pubblici che le stazioni appaltanti sono tenute ad aggiudicare in base a norme previste da un'organizzazione internazionale o da un'istituzione finanziaria internazionale quando tali appalti sono interamente -o prevalentemente- finanziati dalla stessa organizzazione o istituzione.

Tale norma rappresenta il punto di collegamento tra l'ordinamento nazionale e l'ordinamento internazionale in materia di appalti pubblici e lascia intendere che determinate commesse pubbliche, al verificarsi delle condizioni elencate nell'art. 16 e qualora rientrino nell'ambito di applicazione del diritto internazionale che viene di volta in volta in rilievo, oltre ad essere escluse dall'ambito di applicazione del Codice, siano regolate dalle rispettive fonti internazionali.

Dunque, dopo aver ricostruito nella Sezione I i principi fondamentali dell'evidenza pubblica a livello nazionale, e dopo aver accertato l'inapplicabilità delle norme del D. Lgs. 50/2016 agli appalti c.d. "internazionali" ai sensi dell'art. 16, lo scopo della Sezione II della presente ricerca

è quello di indagare quali siano i principi fondamentali che regolano l'aggiudicazione degli appalti a livello internazionale.

A tal fine, innanzitutto, nel Capitolo 2 si analizzeranno brevemente le ragioni fondamentali che hanno portato la comunità internazionale a regolamentare il settore degli appalti pubblici i quali, se in un primo momento erano regolati solamente da norme di carattere interno, ad oggi, all'esito di un processo lento e graduale, risultano regolati da fonti eterogenee nazionali ed internazionali.

Nei Capitoli successivi, tenendo a mente lo schema richiamato dall'art. 16 del D. Lgs. 50/2016 che fa riferimento a norme derivanti da trattati internazionali, norme stabilite da un'organizzazione internazionale ed appalti finanziati da un'organizzazione internazionale, si procederà ad esaminare le principali fonti che a livello internazionale regolano l'aggiudicazione dei contratti pubblici.

Ebbene, nel Capitolo 3 si esaminerà la UNCITRAL Model Law on Public Procurement del 2011; nel Capitolo 4 si esamineranno le World Bank Procurement Regulations; ed infine nel Capitolo 5 si esaminerà il Government Procurement Agreement.

Una volta terminata l'analisi delle fonti internazionali sopra citate, nella Sezione III si procederà al confronto tra la disciplina internazionale e nazionale per verificare se entrambi i due sistemi normativi siano ispirati ai principi presenti nell'ordinamento italiano, ossia i principi di concorrenza, contabilità e anticorruzione.

## Capitolo 2

### LA REGOLAMENTAZIONE ULTRASTATALE DEGLI APPALTI PUBBLICI. RAGIONI E APPRODI

**Sommario:** 2.1 Le ragioni politico-economiche. Il quadro storico e i principali attori di riferimento; 2.2 Gli appalti pubblici e la loro graduale considerazione all'interno dell'opera di liberalizzazione del commercio internazionale.

#### 2.1 Le ragioni politico-economiche. Il quadro storico e i principali attori di riferimento.

Prima di esaminare le principali normative sovranazionali regolanti i contratti pubblici è opportuno analizzare brevemente le ragioni (anche storico-economiche) che hanno spinto il diritto internazionale a regolare con maggior vigore tali contratti.

La regolamentazione ultrastatale del fenomeno ha comportato, fin dall'emanazione delle prime regole, due importanti conseguenze, ad oggi scontate ma che allora rappresentavano una importante novità e che si avrà modo di analizzare meglio nel prosieguo: in primo luogo, sul piano sistematico, la materia dei contratti pubblici non risulta più disciplinata solo ed esclusivamente dal diritto statale, ma a questo si aggiunge un nuovo *corpus* di norme sovranazionali; in secondo luogo, con l'introduzione di tali normative, si assiste anche all'emersione di nuovi principi che hanno consentito, innanzitutto, di "aprire" il mercato degli appalti pubblici anche alla concorrenza di imprese straniere e di eliminare eventuali discriminazioni tra queste ultime.

Entrambi questi fattori, poi, sono stati accompagnati dalle rispettive (e classiche) problematiche: il primo porta innanzitutto a interrogarsi sul necessario coordinamento che deve avvenire tra fonti statali e fonti sovranazionali e al modo di soluzione di possibili antinomie; il secondo, invece, e ciò costituisce parte dello scopo della tesi, spinge il giurista a domandarsi quali siano i principi alla base di un ipotetico diritto internazionale dei contratti pubblici, per poi risolvere, in seconda battuta, la questione circa la compatibilità o meno di tali principi con quelli nazionali.

Ebbene, senza andare troppo a ritroso nel tempo, per individuare le ragioni politico-economiche che hanno dato il via alla stagione delle riforme in materia di contratti pubblici a livello internazionale, in questa sede è necessario fare riferimento, brevemente, ai c.d. Accordi di Bretton Woods e alle istituzioni da essi nascenti.

In concomitanza con la fine della Seconda guerra mondiale, le potenze allora vincitrici convocarono una conferenza diplomatica da tenersi in America, nello Stato del New Jersey, più precisamente a Bretton Woods<sup>235</sup>.

L'obiettivo della conferenza<sup>236</sup>, è noto, era quello di creare un nuovo ordine economico mondiale che, diversamente dal passato in cui vigevano per lo più politiche economiche di stampo dirigista e protezioniste, si basasse questa volta su tutt'altri principi, nello specifico: sul *free trade*, ossia il principio di libertà economica, sull'abbattimento delle restrizioni tariffarie e non tariffarie riguardanti i movimenti internazionali di beni e servizi e su diverse forme di cooperazione tra gli Stati disciplinate dal diritto internazionale<sup>237</sup>.

Per realizzare questo nuovo assetto di interessi, dunque, vennero create anche apposite organizzazioni internazionali come il Fondo Monetario Internazionale (FMI), a cui venne affidato il compito di garantire stabilità e cooperazione in materia monetaria internazionale, e la Banca Mondiale (WB – World Bank), con il mandato di risollevarle le economie degli Stati più colpiti dalla guerra<sup>238</sup>.

---

<sup>235</sup> Per un'analisi più approfondita degli esiti e delle istituzioni nascenti dalla conferenza di Bretton Woods si rinvia, *ex multis*, a A. MAZZONI e M.C. MALAGUTI, *Diritto del Commercio Internazionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2019, pp. 49 e ss.

<sup>236</sup> Come si legge in A. MAZZONI e M.C. MALAGUTI, *Diritto del Commercio Internazionale*, op. cit., p. 50: “*Lo scopo dichiarato della conferenza era molto ambizioso. Si voleva, cioè, dar vita ad un nuovo ordine economico internazionale, fondato sui principi di libertà economica e di cooperazione fra Stati, presidiati da regole giuridicamente vincolanti in quanto accettate in forza di trattati internazionali multilaterali. Semplificando al massimo, il collante di questo ambizioso progetto era la convinzione che occorresse creare un impianto giuridico di regole vincolanti di cooperazione, idonee ad evitare per sempre il ripetersi di ciò che era avvenuto tra le due guerre. Mai più, cioè, il mondo avrebbe dovuto conoscere instabilità monetaria prolungata, svalutazioni competitive, protezionismo, uso discriminatorio del trattamento della nazione più favorita e, più in generale, politiche unilaterali di ciascun singolo Stato comportanti l'assunzione di misure distorsive dei rapporti economici internazionali e costituenti, per ciò stesso, attentati al benessere collettivo su scala globale.*”

<sup>237</sup> *Ex multis*, per un approfondimento sulle teorie economiche sottese al fenomeno della liberalizzazione dei mercati internazionali si veda J. JACKSON, *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, Mit Press, Cambridge, 1997; N. ACOCELLA, *La globalizzazione e l'equilibrio economico mondiale*, Carocci Editore, Roma, 2020, pp., 87 e ss.

<sup>238</sup> Cfr. N. ACOCELLA, *La globalizzazione e l'equilibrio economico mondiale*, op. cit., p. 103 dove l'A. sottolinea in particolare che: “[...] può dirsi che le istituzioni nate a Bretton Woods esprimevano un liberismo ‘temperato’, moderato dal pensiero keynesiano. Il liberismo fu senz'altro il principio

Inoltre, originariamente, era prevista la creazione anche di una terza istituzione, ossia l'Organizzazione Internazionale per il Commercio (ITO – International Trade Organization) che avrebbe dovuto promuovere e garantire la libera circolazione, a livello mondiale, di beni e servizi.

Quest'ultima, sebbene il suo trattato istitutivo fu comunque sottoscritto da molti Stati a l'Avana nel 1947 (c.d. Carta dell'Avana), non vide mai la luce in quanto, a seguito della rinuncia degli Stati Uniti di ratificare il relativo trattato, a cascata, anche la generalità degli altri Stati firmatari rinunciò alla ratifica, e tale progetto fu abbandonato.

Nonostante l'ITO non entrò mai formalmente in vigore, è bene fin d'ora precisare che uno degli accordi allegati al testo originario della Carta dell'Avana, il GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), fu comunque adottato dalla maggioranza degli Stati partecipanti alla conferenza di Bretton Woods.

## **2.2 Gli appalti pubblici e la loro graduale considerazione all'interno dell'opera di liberalizzazione del commercio internazionale: l'era della globalizzazione.**

Sulla base di tali premesse, dunque, l'opera di liberalizzazione del commercio internazionale, anche se con notevole ritardo, influirà molto anche sul settore degli appalti pubblici e darà il via al susseguirsi nel corso del tempo di numerosi accordi internazionali di vario genere aventi ad oggetto il mercato delle commesse pubbliche<sup>239</sup>.

---

*ispiratore cardine delle soluzioni adottate allora a livello internazionale. Esso si ritrova nella liberalizzazione degli scambi di beni e nell'approccio multilaterale del quale si è detto. Si tratta però di un principio temperato dal pensiero keynesiano, che innestava su questa base liberista una serie di politiche di intervento pubblico, tendenti principalmente ad assicurare il mantenimento del pieno impegno e il coordinamento delle politiche economiche.*"

<sup>239</sup> Come è stato sottolineato anche da S. ARROWSMITH, *National and International Perspectives on the Regulation of Public Procurement: Harmony or Conflict?*, in *Public Procurement: Global Revolution* (editori S. ARROWSMITH e A. DAVIES), Kluwer Law International, Londra, 1998, p. 10: "As we explained in the introduction, the second major reason for the recent wave of procurement legislation has been the growth of international agreements to regulate public procurement. These have arisen out of the more general global movement towards international free trade, which is now reflected in numerous bilateral, regional and global arrangements, many of them concluded, or substantially improved, over the last decade. Although diverse in the extent of their ambition and concrete commitment towards free trade, most of these recent trade arrangements share the common objective of enhancing overall global economic welfare by promoting specialization and trade based on the theory of comparative advantage."

L'idea di base sottesa a tali accordi commerciali era che la liberalizzazione tanto del mercato dei privati, quanto del mercato pubblico, fosse necessaria per sviluppare l'economia a livello globale<sup>240</sup>.

In altre parole, ci si iniziava a rendere conto, già allora, che gli appalti pubblici costituivano una grande parte del commercio mondiale e che, per garantire il corretto sviluppo dei traffici economici tra gli Stati, non potevano più essere regolati solamente da norme nazionali (in tempi più recenti, per dare un'idea della rilevanza di tale porzione del mercato globale, secondo i dati raccolti dalle istituzioni europee, il solo settore comunitario degli appalti, senza quindi contare anche il valore del mercato pubblico statunitense o cinese -solo per citarne alcuni-, era stimato nel 2016 in oltre 300 miliardi di euro<sup>241</sup>).

L'esigenza di definire tali interessi, in via amichevole, all'interno delle nascenti istituzioni della Comunità internazionale e di dotarsi al tempo stesso di regole giuridiche certe, nel perseguimento del fine comune di aumentare il volume degli scambi internazionali, ha fatto sì che lo strumento più adatto per liberalizzare il settore del mercato sovranazionale delle commesse pubbliche fosse proprio il diritto internazionale nelle sue molteplici declinazioni<sup>242</sup>. Nello specifico, a seguito della vittoria delle idee neo-liberali di Bretton Woods e l'istaurazione del nuovo ordine economico mondiale, l'indirizzo giuridico e politico seguito in seno alla Comunità internazionale ha comportato innanzitutto la lenta e progressiva erosione del

---

In generale, per una rapida ricognizione delle fonti internazionali in materia di contratti pubblici, si veda anche F. FRACCHIA, *Fonti Internazionali*, in Trattato sui Contratti Pubblici, diretto da M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Giuffrè, Milano, 2019, I, pp. 63 e ss.

<sup>240</sup> Cfr. S. ARROWSMITH, *National and International Perspectives on the Regulation of Public Procurement: Harmony or Conflict?*, op. cit., come in nota sopra.

<sup>241</sup> Cfr. "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.

<sup>242</sup> Cfr. H.C. CASAVOLA, *La Globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 14: "*L'internazionalizzazione delle regole sui contratti delle pubbliche amministrazioni è, dunque, una conseguenza del più generale fenomeno di crescita degli scambi economici internazionali nei mercati globalizzati. Tale fenomeno accresce gli incentivi anche per i pubblici poteri a ricercare partner economici a livello internazionale. Il modulo e la logica contrattuale offrono la veste giuridica più adeguata a tali scambi. L'individuazione di schemi contrattuali comuni a due o più Stati costituisce un decisivo fattore d'impulso delle operazioni economiche fra i soggetti ad essi appartenenti. In tal modo, infatti, trova soddisfazione l'esigenza di ridurre i tempi e i rischi collegati alla definizione giuridica del negozio (e dell'affare). Gli accordi per regole contrattuali comuni rappresentano, pertanto, un canale privilegiato di sviluppo delle relazioni commerciali fra paesi diversi. L'esistenza di tali accordi costituisce un presupposto necessario per ammettere imprese di paesi terzi alle gare d'appalto comunitarie relative ai settori esclusi.*"

postulato tradizionale per cui gli appalti dovevano essere aggiudicati principalmente a favore degli operatori economici nazionali.

Tale tendenza, diretta conseguenza delle politiche autarchiche e protezioniste<sup>243</sup> seguite da molti Stati nei primi decenni del 900, si realizzava, nella maggioranza dei casi, tramite il ricorso a clausole di favore nei confronti degli operatori economici interni, tramite l'imposizione di dazi e penalizzando le imprese straniere che desideravano partecipare alle gare<sup>244</sup>.

In questo modo il sistema di aggiudicazione dei contratti pubblici in molti Paesi risultava "chiuso"<sup>245</sup>, ossia schermato dalla competizione internazionale di altri *players* e ciò, oltre a

---

<sup>243</sup> Nello specifico, come si legge in N. ACOCELLA, *La globalizzazione e l'equilibrio economico mondiale*, op. cit., p. 30, "Le politiche protezioniste ricorrono a molteplici strumenti. La protezione economica è normalmente di due tipi. Una prima forma di protezione è quella tariffaria, che si avvale di dazi. Questi sono vere e proprie imposte indirette, che fanno normalmente aumentare il prezzo delle merci estere. In quanto imposte, essi sono fonte di entrate fiscali. Tuttavia, raramente viene loro attribuita tale finalità (dazi fiscali). Di norma, invece essi hanno finalità protettive dei beni e servizi di produzione nazionale rispetto a quelli di provenienza estera (si tratterebbe allora di dazi protettivi). Negli ultimi decenni, in aggiunta o in sostituzione della protezione tariffaria si sono diffusi numerosi e sofisticati strumenti di protezione non tariffaria (o barriere non tariffarie), rappresentati normalmente da: 1. Contingenti (o quote, dall'inglese *quotas*), che consistono nella fissazione di limiti di quantità fisiche o valutarie alle importazioni; 2. Limitazioni varie imposte da un paese all'acquisto di merci estere (ad esempio, imposizione di un contenuto nazionale minimo della produzione o di un previo deposito all'importazione); 3. Regolamentazioni spesso in apparenza dirette ad altre finalità (igieniche, di sicurezza, di difesa ambientale), ma che si risolvono in intralci, appesantimenti burocratici, ritardi e, comunque, aggravii di costi per i produttori esteri; procedure e limitazioni amministrative varie come quella della concentrazione di certe importazioni (magari di merci deperibili) in una o poche dogane; altre modalità di allungamento dei tempi richiesti per la verifica doganale; 4. Preferenze e limitazioni in materia di appalti, concessioni, forniture pubbliche; 5. Sussidi e altre forme di incentivazione delle esportazioni come la svalutazione."

<sup>244</sup> S. ARROWSMITH, *National and International Perspectives on the Regulation of Public Procurement: Harmony or Conflict?*, op. cit., p. 10 e ss.: "As has already been observed above, governments have traditionally discriminated in their procurement in favor of national industry, and such discrimination constitutes a significant barrier to the attainment of free trade, particularly in those sectors of commerce and industry -such as construction, telecommunications and power generation- in which the government is a major player in the market. As the most general and visible barriers to trade (at least to trade in goods), such as tariffs and quotas, have been increasingly reduced or eliminated by trade arrangements, so attention has turned increasingly towards more subtle and sophisticated protectionist practices such as discriminatory government procurement (which some might even say has increased over the last decades to compensate for the loss of other tools of protectionism)."

<sup>245</sup> Cfr. H.C. CASAVOLA, *La Globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 8: "Tradizionalmente, le funzioni degli Stati moderni sono esercitate di preferenza a favore delle imprese appartenenti all'ordinamento nazionale. La discriminazione nella scelta dei contraenti di soggetti pubblici rientrava fra le più diffuse pratiche protezionistiche a sostegno dell'industria domestica. Alla metà degli anni Ottanta, ad esempio, la quota di importazione di prodotti stranieri acquistati mediante contratti dalle amministrazioni italiane era la metà di quella relativa ai contratti di

rappresentare un indice di inefficienza del sistema<sup>246</sup>, era in aperto contrasto con la nuova politica economica seguita dalla Comunità internazionale.

Un mercato degli appalti chiuso avrebbe costituito un grande ostacolo al corretto e fluido svolgimento del commercio internazionale e, di conseguenza, avrebbe rallentato la crescita dell'economia a livello globale<sup>247</sup>.

Pertanto, sulla scorta della ritrovata politica economica neo liberale, cominciava a farsi strada l'idea che il sistema di aggiudicazione dei contratti pubblici, doveva essere, in primo luogo, riformato in modo tale da rimuovere le barriere che impedivano la partecipazione di imprese non nazionali<sup>248</sup>.

---

*importazione dei privati. Considerati i criteri economici delle scelte di acquisto, non vi è alcuna particolare spiegazione di tale differenza né della costante propensione dei soggetti pubblici a comprare beni di produzione nazionale in misura maggiore di quelli di produzione estera. Alla discriminazione dei contraenti esteri si è imposto un freno sia in sede internazionale, sia in sede comunitaria, sia in sede nazionale.*"

<sup>246</sup> In generale, come si legge in N. ACOCELLA, *La globalizzazione e l'equilibrio economico mondiale*, op. cit., p. 29, la giustificazione più forte del mantenimento di una politica protezionista è da rintracciarsi nell'obiettivo di protezione delle industrie nascenti ("*infant industries*") che, se messe immediatamente a competere con industrie straniere già affermate, rischierebbero di uscire dal mercato proprio a causa della concorrenza estera.

Pertanto, mantenere un mercato degli appalti chiuso alla competizione straniera, in teoria, consentirebbe allo Stato di perseguire il mantenimento e sviluppo di imprese nazionali di nuova costituzione proprio tramite l'aggiudicazione dei contratti pubblici a loro favore.

Allo stesso tempo, il mantenimento di un mercato degli appalti chiuso comporta anche notevoli svantaggi di cui, tra i più evidenti, possono essere evidenziati: il fatto che la PA non potrà avvalersi - eventualmente- del miglior contraente quando questi è straniero e non domestico; dal versante dell'operatore economico, invece, alle industrie domestiche sarà precluso, o quanto meno sarà molto più difficile, accedere ai mercati stranieri; più in generale, come insegna la dottrina economica sopra richiamata, si perderebbero tutti i vantaggi che, nel lungo periodo, può portare la competizione internazionale ispirata al liberismo, quale, fra tutti, la specializzazione nella produzione di un bene, che rende possibile la riduzione del suo costo di produzione e, in ultima analisi, si tradurrà in una riduzione del prezzo per i consumatori.

<sup>247</sup> Cfr. S. ARROWSMITH, *National and International Perspectives on the Regulation of Public Procurement: Harmony or Conflict?*, op. cit., in nota supra.

<sup>248</sup> Cfr. F. FRACCHIA, *Fonti Internazionali*, op. cit., p. 73: "Abbastanza numerosi, in particolare, sono gli accordi internazionali siglati in materia di Public Procurement, generalmente al fine di eliminare le discriminazioni nei confronti di imprese straniere, di favorire la concorrenza o di contrastare la corruzione, o, più in generale, con l'obiettivo di schermare rispetto alle norme nazionali fattispecie ritenute rilevanti."

Ma l'apertura del mercato degli appalti pubblici a favore di operatori esteri, è bene precisare, non è stata immediata e non ha portato subito all'affermazione del principio di concorrenza e di non discriminazione come lo possiamo intendere oggi<sup>249</sup>.

Al contrario, l'apertura e la internazionalizzazione (intesa qui nel duplice senso di regolamentazione della materia da fonti sovranazionali e di partecipazione di imprese straniere in condizioni di parità con le imprese "locali") del settore dei contratti pubblici, proprio perché rappresentava un terreno particolarmente sensibile per gli Stati in punto di arretramento dell'esercizio delle proprie prerogative sovrane, è stata graduale nel corso del tempo e molto più lenta rispetto agli altri settori del commercio globale.

Tanto è vero che nei primi e più importanti accordi internazionali deputati all'eliminazione delle barriere doganali e non tariffarie interne, ossia il GATT e il GATS (General Agreement on Trade in Services), il settore degli appalti pubblici venne quasi del tutto ignorato<sup>250</sup>.

Si prenda ad esempio il GATT e il cuore della disciplina ivi contenuta come la *Most Favored Nation rule* (MFN rule), di cui all'art. 1, e in base alla quale, in sintesi, il Paese di importazione non deve discriminare tra prodotti simili ma originati in Paesi diversi sulla base della loro nazionalità; e la *National Treatment rule* (NT rule), di cui all'art. 3, e secondo cui le Parti non devono effettuare discriminazioni tra beni stranieri importati nel proprio mercato e beni domestici simili, dovendo accordare ai primi un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai beni nazionali.

È chiaro che entrambe le regole rappresentano due facce della stessa medaglia, ossia del più generale principio di non discriminazione, che costituirà la base della successiva WTO: la MFN

---

<sup>249</sup> S. ARROWSMITH, *National and International Perspectives on the Regulation of Public Procurement: Harmony or Conflict?*, op. cit., p. 15 dove l'A. a proposito delle regole internazionali riguardanti gli appalti pubblici afferma che: "*The principle of competition means simply that contracts are normally awarded by holding a competition between a number of contractors, to establish which can offer the most favorable terms for delivering the government's requirements. [...] Under international liberalization arrangements, the use of a competition which is open to contractors from other states ensures that domestic contractors are not favored when contractors from other states are able to fulfil the contract more effectively.*"

<sup>250</sup> Cfr. S. ARROWSMITH, *Towards a Multilateral Agreement on Transparency in Government Procurement*, *International & Comparative Law Quarterly*, Cambridge University Press, 1998, 47, 4, p. 793: "*Governments have traditionally tended to place procurement contracts with domestic industry and this may distort the natural patterns of international trade, creating inefficiencies in the global economy. As global, regional and bilateral initiatives have met with increasing success in reducing trade barriers such as quantitative restrictions and tariffs, greater attention is now being focused on the remaining barriers, including closed government procurement. Government procurement was largely excluded from the original General agreement on Tariffs and Trade (GATT) and its 1994 successor, and has also been largely omitted from the 1995 General Agreement on Trade in Services (GATS).*"

rule ha come scopo l'eliminazione, nel mercato interno dello Stato A, di eventuali discriminazioni tra i beni importati dallo Stato B e dallo Stato C; all'opposto, la NT rule prevede che, nel mercato interno dello Stato A, i beni importati dagli Stati B e C devono ricevere lo stesso trattamento che viene accordato ai beni di A.

Ebbene, se da un lato era aperta e dibattuta la questione circa l'applicabilità della MFN rule al mercato degli appalti pubblici<sup>251</sup>, dall'altro, l'unica norma dell'intero trattato che sembra prendere in considerazione specifica i contratti pubblici (art. 3) esclude tali contratti dall'ambito di applicazione della NT rule<sup>252</sup>, lasciando, di conseguenza, aperto e irrisolto il problema relativo alla presenza di misure fiscali esterne ed interne volte a favorire gli operatori economici domestici a discapito di quelli stranieri.

La situazione non cambia neanche con l'emanazione, a distanza di qualche decennio, del GATS, il quale, come il GATT, aveva come obiettivo l'eliminazione delle barriere doganali e non tariffarie interne e che, diversamente da quest'ultimo, si riferiva solamente ai servizi e non anche ai beni.

Lo schema seguito dal GATS ricalca quello seguito dal GATT.

Infatti, l'art. 13 GATS, rubricato *Government Procurement*, oltre a essere una delle poche norme relative agli appalti pubblici, stabilisce in maniera espressa che gli articoli 2 (relativo alla MFN rule), 16 (relativo alle modalità di accesso al mercato dei servizi in condizioni "non meno favorevoli" di quelle indicate negli allegati al testo dell'accordo) e 17 (relativo alla NT rule) "*shall not apply to laws, regulations or requirements governing the procurement by governmental agencies of services purchased for governmental purposes.*"<sup>253</sup>

In questo modo, anche il mercato pubblico dei servizi, in termini generalissimi, risultava "chiuso" alla competizione estera in quanto non era prevista l'eliminazione dei dazi e delle altre barriere tariffarie interne che penalizzavano l'accesso degli operatori economici stranieri.

---

<sup>251</sup> Cfr. a riguardo A. REICH, "*The new GATT Agreement on government procurement: the pitfalls of plurilateralism and strict reciprocity*", in *Journal of world trade: law, economic policy, public policy*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 1997, 31, 2, pp. 125 e ss.

<sup>252</sup> Nel dettaglio, l'art. 3, co. 8, lett. a), del GATT stabilisce che: "*The provisions of this Article shall not apply to laws, regulations or requirements governing the procurement by governmental agencies of products purchased for governmental purposes and not with a view to commercial resale or with a view to use in the production of goods for commercial sale.*"

<sup>253</sup> Cfr. GATS, art. 13, co. 1.

Diversamente dal GATT, l'art. 13 GATS, al comma 2, imponeva ai Paesi firmatari di tenere, entro un determinato periodo di tempo, ulteriori negoziazioni multilaterali per giungere ad un accordo internazionale in materia di appalti pubblici di servizi<sup>254</sup>.

Per arrivare alla conclusione di tale accordo non bisognerà aspettare molto, in quanto, in concomitanza con l'entrata in vigore del GATS, veniva istituita la World Trade Organization e con essa entrarono in vigore anche tutti gli accordi e le intese ad essa allegati, tra cui ritroviamo (oltre al GATS stesso, che costituisce uno dei pilastri su cui viene fondata la WTO) anche il Government Procurement Agreement, il quale rappresenta uno dei primi accordi organici a carattere globale in materia di appalti pubblici internazionali.

---

<sup>254</sup> Nello specifico, l'art. 13, co. 2, del GATS recitava: *“There shall be multilateral negotiations on government procurement in services under this Agreement within two years from the date of entry into force of the WTO Agreement.”*

## CAPITOLO 3

### La UNCITRAL Model Law on Public Procurement del 2011

**Sommario:** 3. La UNCITRAL Model Law on Public Procurement del 2011; 3.1 Origini e natura giuridica della UNCITRAL Model Law on Public Procurement del 2011; 3.2 Obiettivi e ambito di applicazione della UNCITRAL Model Law; 3.3 La fase di preparazione della gara: il contenuto dei “*solicitation documents*” e la descrizione dell’oggetto dell’appalto; 3.4 La scelta della procedura di selezione del contraente; 3.5 I requisiti di qualificazione; 3.6 I criteri di valutazione delle offerte: disposizioni generali e in caso di “*open tendering*”; 3.7 Obblighi generali di trasparenza all’interno della procedura di gara: onere di pubblicazione dei testi legislativi e delle decisioni e modalità di comunicazione all’interno della procedura di gara; 3.8 Il contrasto ai fenomeni corruttivi e la risoluzione dei conflitti di interesse; 3.9 Conclusioni; 3.9.1 L’emersione del principio di concorrenza; 3.9.2 L’emersione del principio di contabilità; 3.9.3 L’emersione del principio di anticorruzione.

#### 3.1 Origini e natura giuridica della UNCITRAL Model Law on Public Procurement del 2011.

L’UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), come è noto, è un’organizzazione intergovernativa istituita dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite con il compito di facilitare e garantire il corretto sviluppo del commercio internazionale<sup>255</sup>.

La sua istituzione era ritenuta necessaria dalle Nazioni Unite in quanto la materia delle relazioni commerciali transnazionali, verso la metà del XX secolo, era regolata in maniera prevalentemente frammentaria e la relativa disciplina, pertanto, era diversa da Stato a Stato e ciò comportava molteplici problematiche, in primo luogo, in punto di certezza del diritto e

---

<sup>255</sup> Nello specifico, l’UNCITRAL è stata istituita con la risoluzione dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 2205(XXI) del 17 Dicembre 1966.

nell'individuazione della normativa applicabile, ma anche nel mantenimento di relazioni amichevoli tra i membri della Comunità internazionale<sup>256</sup>.

Pertanto l'UNCITRAL, nell'adempimento del proprio mandato, svolge un'opera di creazione e allo stesso tempo di armonizzazione della normativa commerciale internazionale<sup>257</sup> e a tal fine può operare tramite l'adozione di vari istituti come, ad esempio, progetti di convenzioni internazionali, Model laws, guidelines e raccomandazioni<sup>258</sup>.

Come si ha avuto modo di vedere, il settore degli appalti pubblici transnazionali occupa un posto di primaria importanza all'interno del commercio internazionale e pertanto non poteva che essere oggetto di regolamentazione da parte dell'UNCITRAL<sup>259</sup>.

---

<sup>256</sup> Nel preambolo della risoluzione istitutiva dell'UNCITRAL, di cui in nota *supra*, si legge infatti che “*international trade co-operation among States is an important factor in the promotion of friendly relations and, consequently, in the maintenance of peace and security*”, che “*divergencies arising from the laws of different States in matters relating to international trade constitute one of the obstacles to the development of world trade*”, che inoltre “*progress in this area has not been commensurate with the importance and urgency of the problem, owing to a number of factors, in particular insufficient co-ordination and co-operation between the organizations concerned, their limited membership or authority and the small degree of participation in this field on the part of many developing countries*” e quindi, di conseguenza, risulta “*desirable that the process of harmonization and unification of the law of international trade should be substantially co-ordinated, systematized and accelerated and that a broader participation should be secured in furthering progress in this area.*”

<sup>257</sup> Cfr., *ex multis*, A. MAZZONI e M.C. MALAGUTI, *Diritto del Commercio Internazionale*, op. cit., p. 131. Gli AA., a proposito delle fonti regolanti il commercio internazionale ed aventi natura di soft law, confermano il ruolo centrale svolto dall'UNCITRAL nell'armonizzazione di tale normativa, coadiuvata dall'azione di altre importanti organizzazioni internazionali. Si legge: “*Come ultima area da prendere in considerazione in questa ricognizione delle fonti aventi natura di soft law, viene ora in rilievo l'ampio tema delle istituzioni e delle iniziative finalizzate a realizzare risultati di diritto uniforme; finalizzate, cioè, a superare le diversità tra i diritti nazionali grazie alla predisposizione e promozione di testi normativi destinati ad avere una tendenzialmente universale uniformità di contenuto e applicazione. Già si è accennato al fatto che alcuni enti o organizzazioni internazionali hanno questo obiettivo inscritto nel loro codice genetico (v. Introduzione). Il riferimento è alla triade composta da UNCITRAL, UNIDROIT e Conferenza Permanente dell'Aja per il diritto internazionale privato.*”

<sup>258</sup> Cfr. risoluzione istitutiva dell'UNCITRAL, Sezione I: la “*United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter referred to as the Commission), which shall have for its object the promotion of the progressive harmonization and unification of the law of international trade, in accordance with the provisions set forth in the section II below.*”

<sup>259</sup> Cfr. C. NICHOLAS, *UNCITRAL and the internationalization of Government Procurement Regulation*, in *The internationalization of Government Procurement Regulations* (editori A. GEORGOPOULOS e B. HOEKMAN), Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 86, dove si sottolinea che la materia degli appalti pubblici rientra nell'ambito del mandato dell'UNCITRAL: “*The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) was established in 1966. Its mandate, as stated in General Assembly Resolution 37/106, is to 'further the progressive harmonization and unification of the law of international trade', by the issue of harmonized texts that seek to remove the types of barriers to cross-border trade that substantive rules can impose. It is thus one of the*

Inoltre, l’emanazione di nuove regole da parte dell’UNCITRAL era ancor più necessaria in quanto era stato accertato che in molti ordinamenti la normativa interna in materia di contratti pubblici risultava ampiamente inadeguata e ciò comportava, in primo luogo, l’inefficienza ed inefficacia dell’intero sistema nazionale di affidamento delle commesse pubbliche<sup>260</sup> e, in secondo luogo, tali carenze si riflettevano anche a livello internazionale in quanto la presenza di una normativa inadeguata nel settore era di ostacolo al regolare e proficuo svolgimento del commercio internazionale<sup>261</sup>.

In particolare, bisogna sempre tenere a mente che nell’ottica dell’UNCITRAL i principali destinatari della Model Law erano (e sono) i Paesi più arretrati o in via di sviluppo i quali o non sono dotati di alcun tipo di sistema di aggiudicazione dei contratti pubblici regolamentato dalla legge oppure sono ancora legati a modelli ormai diventati obsoleti che necessitano di essere aggiornati<sup>262</sup>.

---

*international rule-formulating agencies in the international trade sphere (together with Unidroit, the institute for the Unification of Laws, and the Hague Conference on Private International Law). International trade law, in UNCITRAL terms, is the ‘body of rules governing commercial relationships of a private nature involving different countries’. Public procurement has been deemed to fall within the that scope: UNCITRAL’s mandate includes commercial relations on the level of private law entered into by governmental and other public bodies.”*

<sup>260</sup> Come è stato evidenziato anche da R. R. HUNJA, *The UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services and its impact on Procurement Reform*, in *Public Procurement: Global Revolution* (editori S. ARROWSMITH e A. DAVIES), Kluwer Law International, Londra, 1998, p. 97, quando nel 1989 cominciarono i primi lavori che avrebbero portato all’emanazione della prima Model Law del 1994 “*A study carried out by the Commission Secretariat had revealed that in many countries, the existing legislation governing procurement was inadequate or outdated. This inadequacy resulted in inefficiency and ineffectiveness in the procurement process and led to uneconomic result whereby the public purchaser failed to get ‘value for money’. Furthermore, the report revealed that many of these laws did not promote international competition in procurement and were therefore a hindrance to international trade. The Commission therefore decided to prepare a model law setting out what would be considered as transparent, competitive and efficient procurement procedures. These efforts culminated in the adoption by the UN General Assembly of the UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services.*”

<sup>261</sup> Cfr. Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement del 2011, p. 1, punto 1, dove a proposito delle ragioni che hanno contribuito all’elaborazione della prima Model Law on Public Procurement (1994) si specifica che: “*The decision by UNCITRAL to formulate model legislation on procurement was motivated by a wish to address inadequate or outdated legislation that had been observed in many countries, resulting in inefficiency and ineffectiveness in the procurement process, abuse, and the consequent failure of the public purchaser to obtain adequate value in return for the expenditure of public funds. Inadequate procurement legislation at the national level also creates obstacles to international trade, the promotion of which is a major aspect of the mandate of UNCITRAL, and a significant amount of which is linked to procurement.*”

<sup>262</sup> Cfr. Risoluzione 66/95 del 9 Dicembre 2011 dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite: “*Convinced that the revised Model Law will significantly assist all States, in particular developing*

Attualmente, dunque, la materia degli appalti pubblici transnazionali è regolata anche dalla “UNCITRAL Model Law on Public Procurement”<sup>263</sup> del 9 dicembre 2011, che sostituisce la precedente Model Law del 1994 (UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services)<sup>264</sup>, il cui impianto viene sostanzialmente mantenuto nel nuovo testo<sup>265</sup>.

---

*countries and countries with economies in transition, in enhancing their existing procurement laws and formulating procurement laws where none presently exist, and will lead to the development of harmonious international economic relations and increased economic development.”*

<sup>263</sup> Inoltre, circa un anno dopo l’approvazione della vigente Model Law on Public Procurement è stata emanata anche la relativa Guide to Enactment, un testo anch’esso non vincolante ma che funge da guida per l’applicazione della Model Law e ne chiarisce il contenuto.

Infatti nella Prefazione della Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement del 2011 si chiarisce che: “*The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) has prepared this Guide to enactment of its 2011 Model Law on Public Procurement (the Model Law) to provide background and explanatory information on the policy considerations reflected in the Model Law. The information presented in this Guide is intended to explain both the objectives of the Model Law (as set out in its Preamble) and how the provisions in the Model Law are designed to achieve those objectives. The Guide is thus intended to enhance the effectiveness of the Model Law as tool for modernizing and reforming procurement systems, particularly where there is limited familiarity with the type of procurement procedures the Model Law contains.*”

<sup>264</sup> Si riteneva infatti che la precedente Model Law on Public Procurement datata 1994, sebbene abbia costituito un importante passo in avanti nell’elaborazione di più efficienti regole in materia di contratti pubblici e sia stata seguita e riconosciuta da molti Stati, necessitava di essere aggiornata per far fronte alla (necessaria) evoluzione della materia, allo sviluppo di nuove prassi e tecniche e all’emersione di nuove problematiche.

A riguardo, cfr. considerando nn. 4 e 5 della UNCITRAL Model Law on Public Procurement del 2011. Cfr. S. WILLIAMS-ELEGBE, *Beyond Uncitral: the challenges of Procurement Reform Implementation in Africa*, Stellenbosch Law Review, 25, n. 1, 2014, pp. 209: “*In 1994, the United Nations Commission on International Trade Law (“UNCITRAL”) developed the first comprehensive model law for the procurement of goods, services and construction, to be used as a template for countries wishing to regulate or reform their public procurement systems. The model law was a huge success and was used by many developing countries that decided to regulate government procurement for the first time, or amend existing procurement legislation. However, evolutions in procurement methods; innovations in relation to e-technologies; the trend towards harmonisation of procurement practices and regulation; and other changes such as the increasing move towards public-private partnerships, outsourcing and the use of concessions meant that by the mid-2000s, the 1994 model law was in danger of becoming obsolete as it did not take into account innovations in the rapidly changing procurement space. Thus, in 2004, UNCITRAL decided that the model law could benefit from being updated to reflect such changes and new procurement practices. The new model law was finally adopted in 2011, with its accompanying guide being completed in 2012.*”

<sup>265</sup> In generale, sulla UNCITRAL Model Law on Public Procurement, si rinvia ad A. GEORGOPOULOS e B. HOEKMAN, *The internationalization of Government Procurement Regulations*, Oxford University Press, Oxford, 2017; C. NICHOLAS, *UNCITRAL and the internationalization of Government Procurement Regulation*, op. cit.; A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons*

Preliminarmente, prima di analizzare nella sostanza la disciplina fornita con la Model Law on Public Procurement del 2011, è bene chiarire, in maniera sintetica, quale sia l'efficacia giuridica di una Model Law e in cosa si distingue da una classica convenzione internazionale.

Innanzitutto, la scelta dell'UNCITRAL di ricorrere proprio all'utilizzo della Legge modello per cercare di uniformare la normativa in materia di contratti delle PP.AA. non è casuale: uno strumento di soft law, soprattutto in un settore così sensibile come quello degli appalti pubblici, avrebbe sicuramente ricevuto un consenso più ampio dai membri della Comunità Internazionale rispetto, invece, all'utilizzo di un istituto di hard law che avrebbe incontrato, verosimilmente, più resistenze da parte dei singoli Stati<sup>266</sup>.

Le Model Laws, poi, sono testi che servono come "suggerimento" ai legislatori nazionali, i quali le possono recepire modificando la propria normativa nazionale e rendendola il più simile possibile alla Model Law di riferimento, queste differiscono dalle Convenzioni internazionali che, invece di costituire uno strumento "facoltativo e di guida", costituiscono veri e propri accordi internazionali interamente vincolanti per gli Stati firmatari<sup>267</sup>.

---

*Learned, Nomos, Baden, 2017; S. WILLIAMS-ELEGBE, Beyond Uncitral: the challenges of Procurement Reform Implementation in Africa, op. cit., pp. 209-224; S. ARROWSMITH, Reform of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement: Public Procurement Regulation for the 21st Century, Thomson Reuters, Toronto, 2009; S. ARROWSMITH, J LINARELLI e D. WALLACE, Regulating Public Procurement: National and International Perspectives, Kluwer Law International, Londra, 2000; P. TREPTE, Regulating Procurement: Understanding the ends and means of public procurement regulations, Oxford University Press, Oxford, 2004; K. V. THAI, International Handbook of Public Procurement, Routledge, Londra, 2009; S. ARROWSMITH, Public Procurement: an appraisal of the UNCITRAL Model Law as a Global Standard, in International and Comparative Law Quarterly, Cambridge University Press, 2004, 53, 17.*

<sup>266</sup> Cfr. A. MAZZONI e M.C. MALAGUTI, *Diritto del Commercio Internazionale*, op. cit., p. 137: "Entrambi questi strumenti [Legge modello e Guida legislativa] hanno come loro ragion d'essere il proposito di ottenere il fine ultimo perseguito (uniformazione del diritto) senza doversi scontrare con le difficoltà politiche, che sono tipicamente suscitate da una convenzione. In quanto testo giuridicamente vincolante che comprime la sovranità dello Stato per effetto dell'assunzione di vincoli internazionali ad essa associati, la convenzione può incontrare sulla sua strada molti nemici per ragioni di interessi, resistenze culturali, volontà contingente di non contribuire al successo perseguito dai promotori della convenzione e così via. Il prezzo della maggior chiarezza e cogenza giuridica del testo di una convenzione è la difficoltà politica di coagulare attorno ad esso il necessario consenso politico. Ciò spiega, appunto, perché, pur meno chiari e pur meno ambiziosi, gli strumenti alternativi della Legge modello e della Guida legislativa raccolgono un tasso crescente di consenso e di favore."

<sup>267</sup> Cfr. Guide to Enactment of UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services (1994), paragrafo 1, dove si ribadisce che tali Model Laws non costituiscono testi giuridici vincolanti ma, al contrario, "[they] serve as models for states for the evaluation and modernization of their procurement laws and practices and the establishment of procurement legislation where none presently exists."

Quindi, considerata la sua natura giuridica, la vigente UNCITRAL Model Law on Public Procurement è carente del carattere della obbligatorietà (diversamente da quanto avviene invece con il Government Procurement Agreement o con le World Bank Procurement Regulations, le cui disposizioni sono dotate di efficacia obbligatoria), ma ciò non deve trarre in inganno nella valutazione della sua importanza: secondo i dati ufficiali raccolti dall'UNCITRAL, infatti, ad oggi moltissimi Paesi hanno modificato ed aggiornato la propria normativa sui contratti pubblici alla luce della Model Law on Public Procurement<sup>268</sup>.

Inoltre, la UNCITRAL Model Law on Public Procurement del 2011 (così come avveniva con il testo previgente del 1994) gioca un ruolo importante anche per quanto riguarda l'accesso di un Paese al GPA: infatti, il GPA, tra i vari requisiti necessari per la sua sottoscrizione, prevede che affinché uno Stato possa accedere all'accordo esso debba avere una legislazione in materia di contratti pubblici che sia affine alle norme previste dall'accordo stesso e tale conformità, in linea di principio, potrebbe essere garantita qualora detto Stato abbia utilizzato la Model Law del 2011 come parametro per l'aggiornamento delle proprie norme interne in materia di appalti

---

Cfr. A. MAZZONI e M.C. MALAGUTI, *Diritto del Commercio Internazionale*, op. cit., p. 137: “La Legge modello è un testo organico elaborato da istanze internazionali e dunque in linea di principio noto e condiviso informalmente anche al livello di singoli Stati, ma che formalmente ciascuno Stato è libero di adottare autonomamente quale legge interna, eventualmente apportando al testo le modifiche ritenute congrue o opportune. Non solo quindi non si tratta di un atto internazionale, il cui mancato rispetto è sanzionabile dall'ordinamento internazionale e soggetto alle norme che regolano i trattati, ma anzi la Legge modello nasce con l'espressa intenzione che lo Stato la adegui alle proprie esigenze interne e ne modifichi se necessario i contenuti, senza per questo subire alcuna conseguenza. Il riavvicinamento è quindi di principio e tende a garantire, più che omogeneità nei modi di regolare, omogeneità nei principi da applicare.”

<sup>268</sup> Cfr. [https://uncitral.un.org/en/texts/procurement/modellaw/public\\_procurement/status](https://uncitral.un.org/en/texts/procurement/modellaw/public_procurement/status), dove si sottolinea che “The UNCITRAL Model Law on Public Procurement as adopted in 2011 forms the basis of or is reflected in the public procurement laws and regulations in the following States. These States have used the Model Law and accompanying Guide to Enactment in reforming their public procurement law and systems, though the extent to which the resulting regulatory framework incorporates the provisions of the Model Law varies, as that framework also reflects legal traditions, domestic policy and other objectives.”

Sul punto cfr. anche R. R. HUNJA, *The UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services and its impact on Procurement Reform*, op. cit., p. 98, dove si legge che: “Being a model law, and not a binding legal text, it is intended to ‘serve as model for states for the evaluation and modernization of their procurement laws and practices and the establishment of procurement legislation where non presently exists’. Having been prepared under the auspices of the UN, the Model Law is not only a widely acceptable legal text but has already had a significant impact on procurement legislation, in particular in those states where no procurement legislation previously existed, but also in states which are in the process of reforming existing procurement legislation.”

pubblici, considerato che le norme della Model Law sono ispirate agli stessi principi del GPA<sup>269</sup>.

### 3.2 Obiettivi e ambito di applicazione della UNCITRAL Model Law

Chiarita, in breve, la natura giuridica della UNCITRAL Model Law on Public Procurement del 2011 è necessario analizzare la normativa sostanziale ivi prevista, iniziando, a tal proposito, dal suo Preambolo nel quale sono indicati gli obiettivi principali della Model Law.<sup>270</sup>

In maniera analoga rispetto al suo predecessore<sup>271</sup>, l'attuale versione del testo ha come scopo<sup>272</sup>: la massimizzazione della economia ed efficienza degli appalti pubblici (“*maximizing economy*

---

<sup>269</sup> Cfr. GPA (2012), art. 22, co. 2 e 4.

Sul punto anche R. R. HUNJA, *The UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services and its impact on Procurement Reform*, op. cit., p. 106, dove a proposito delle varie motivazioni che possono spingere gli Stati a riformare il proprio sistema ai sensi della normativa ora in esame si afferma che “*The other objective that has motivated these states in enacting procurement legislation is the desirability of complying with the World Trade Organization Procurement Agreement (GPA). The GPA mandates that each government acceding to the GPA should ensure that its procurement legislation conform with the rules, procedures and practices contained in the GPA. Enactment of legislation based on the Model Law ensures such conformity because the procedures contained in the Model Law are closely related to the provisions of the GPA.*”

<sup>270</sup> Per un suo inquadramento generale, si veda tra tutti: S. ARROWSMITH, *Public Procurement: An Appraisal of the UNCITRAL Model Law as a global standard*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge University Press, 53, I, 2004, pp. 17-46; C. NICHOLAS, *A critical Evaluation of the revised UNCITRAL Model Law provisions on regulating framework agreements*, *Public Procurement Law Review*, 21/2, 2012.

<sup>271</sup> Infatti, come evidenziato anche da R. R. HUNJA, *The UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services and its impact on Procurement Reform*, op. cit., p. 98, anche la precedente versione della UNCITRAL Model Law on Public Procurement “*begins with a preamble which states the main objectives of the Model Law. These objectives include maximizing competition and efficiency, promoting fair and equitable treatment of all suppliers and contractors and promoting integrity and fairness in the procurement process mainly by bringing about increased transparency in procurement procedures. All the procedures in the law are therefore geared towards achieving the objectives as stated in the preamble. While it is recognized that a preamble may not be common legislative practice in many states, it was agreed that it would be useful to have a statement setting out what would be considered as the minimum criteria that good procurement legislation should aim to achieve.*”

<sup>272</sup> Sia gli obiettivi che i principi generali alla base della attuale Model Law non sembrano discostarsi da quanto già perseguito con il testo previgente. Infatti, a riguardo della Model Law del 1994, in S. ARROWSMITH, *Public Procurement: An Appraisal of the UNCITRAL Model Law as a global standard*, op. cit., pp. 18-19, si legge che: “*Most procurement systems share several objectives,*

*and efficiency in procurement*)<sup>273</sup>; la promozione della partecipazione da parte di imprese straniere e di supporto allo sviluppo del commercio internazionale (*“fostering and encouraging participation in procurement proceedings by suppliers and contractors regardless of nationality, thereby promoting international trade”*)<sup>274</sup>; la promozione della competizione tra gli operatori economici partecipanti (*“promoting competition among suppliers and contractors for the supply of the subject matter of the procurement”*)<sup>275</sup>; la promozione di un eguale ed equo trattamento tra questi ultimi (*“providing for the fair, equal and equitable treatment of all suppliers and contractors”*)<sup>276</sup>; la promozione dell’integrità all’interno della procedura di selezione del contraente (*“promoting the integrity of, and fairness and public confidence in, the procurement process”*)<sup>277</sup>; ed infine, l’adozione e sviluppo di procedure trasparenti (*“achieving transparency in the procedures relating to procurement”*)<sup>278</sup>.

Già dall’analisi del dato letterale, gli obiettivi prefissati dalla Model Law sembrano richiamare le ragioni di contabilità, concorrenza e anticorruzione previste nell’ordinamento italiano.

D’altronde, in via generale, la “massimizzazione dell’economia e dell’efficacia” potrebbe essere ricondotta al principio contabilistico; così come sembrano costituire sfaccettature diverse del principio di concorrenza “la promozione della partecipazione di imprese straniere”, “la promozione della competizione tra i partecipanti” e “la promozione dell’eguale trattamento tra questi ultimi”; mentre “la promozione dell’integrità” e lo “sviluppo della trasparenza” all’interno della procedura di evidenza pubblica sembrano riconducibili al principio di contrasto ai fenomeni corruttivi.

Questa suddivisione in tre grandi blocchi degli obiettivi fondamentali della Model Law e la loro riconduzione alla triade dei principi dell’evidenza pubblica propri dell’ordinamento italiano, come si vedrà, non viene smentita dall’analisi delle disposizioni ivi contenute.

---

*including value for money, integrity, accountability, fair treatment, and social/industrial development, all of which must be implemented through a cost-efficient process. Preventing discrimination against foreign industry also features in many systems as an aspect of value for money, although this is frequently limited by allowing some use of procurement to develop national industry, as discussed later. The first three objective are implemented mainly through two principles, competition and transparency. The UNCITRAL Law provides a set of ‘model’ rules for States to copy (as appropriate) in implementing these objectives and principles.”*

<sup>273</sup> Cfr. UNCITRAL Model Law on Public Procurement, Preambolo, lett. a)

<sup>274</sup> Cfr. UNCITRAL Model Law on Public Procurement, Preambolo, lett. b)

<sup>275</sup> Cfr. UNCITRAL Model Law on Public Procurement, Preambolo, lett. c)

<sup>276</sup> Cfr. UNCITRAL Model Law on Public Procurement, Preambolo, lett. d)

<sup>277</sup> Cfr. UNCITRAL Model Law on Public Procurement, Preambolo, lett. e)

<sup>278</sup> Cfr. UNCITRAL Model Law on Public Procurement, Preambolo, lett. f)

Innanzitutto occorre individuare l'ambito di applicazione della Model Law ed a tal fine l'art. 1 prevede che essa si applichi a tutti i tipi di appalti pubblici, senza quindi rimandare, in via generale, ad una disciplina particolare a seconda che si tratti di appalti di lavori, beni o servizi<sup>279</sup>.

Dato che anche sul piano internazionale si assiste spesso ad una sovrapposizione di fonti, in alcuni casi l'applicazione della Model Law da parte dello Stato potrebbe entrare in conflitto con altri eventuali obblighi internazionali già presi dallo stesso Stato che regolino in maniera diretta o indiretta la materia di contratti pubblici.

In questo caso la stessa Model Law si occupa di risolvere tale antinomia trovando un punto di equilibrio tra le fonti in contrasto tra di loro.

L'art. 3 della Model Law, in particolare, si riferisce in maniera espressa a obbligazioni internazionali derivanti da un trattato o una qualsiasi altra forma di accordo tra Stati, accordi con organizzazioni finanziarie internazionali ed accordi con Stati Federali o qualsiasi loro articolazione.

In questo caso, quando la UNCITRAL Model Law on Public Procurement entra in contrasto con una delle fonti sovranazionali sovra indicate è espressamente previsto che, da un lato, in virtù del principio di specialità, *“the requirements of the treaty or agreement shall prevail”*, dall'altro, che *“in all other respects the procurement shall be governed by this Law”*, la quale, in questo modo, rimane comunque applicabile a garanzia dei principi fondamentali su cui si basa<sup>280</sup>.

---

<sup>279</sup> Anche sotto questo profilo relativo all'ambito di applicazione della Model Law, non vi sono particolari differenze tra l'attuale versione e la versione del 1994, infatti R. R. HUNJA, *The UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services and its impact on Procurement Reform*, op. cit., p. 99, evidenzia che: *“As to scope, it is expected that legislation enacted on the basis of the Model Law will be applicable to the procurement of all goods, construction and services that are financed by public funds. This should also include procurement by municipalities and regional governments.”*

Nello stesso senso anche A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 180 dove si legge che: *“The UNCITRAL Model Law applies to all public procurement, which is defined as ‘the acquisition of goods, construction or services by a procuring entity’. It neither excludes any form of procurement from the scope of the law nor establishes a threshold below which the Model Law’s provisions do not apply. This accommodates the notion that the objectives of the Model law are best served by the widest possible application of its provision [...]”*

<sup>280</sup> Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 179: *“The introduction of a procurement law based on the model law of UNCITRAL might lead to conflicts between national law and obligations under the GPA in countries which are signatories States to the GPA if there is a heavy emphasis on secondary*

### 3.3 La fase di preparazione della gara: il contenuto dei “solicitation documents” e la descrizione dell’oggetto dell’appalto.

I “*solicitation documents*” sono i documenti con cui l’amministrazione, per la prima volta, invita determinati operatori economici a presentare un’offerta e il loro contenuto è minuziosamente descritto dalla Model Law.

Oltre a dover essere redatti nella lingua dello Stato banditore e nella lingua comunemente utilizzata nel commercio internazionale di quella particolare commessa pubblica<sup>281</sup>, i *solicitation documents*, come prima cosa, in punto di partecipazione alla gara devono specificare quale sarà la platea di concorrenti che potrà partecipare alla procedura di evidenza pubblica.

È infatti previsto che la stazione appaltante, nella loro redazione, indichi se la partecipazione alla gara sia limitata a determinate categorie di imprese individuate sulla base della loro nazionalità e le ragioni di tali limitazioni<sup>282</sup>.

La norma rinvia alle restrizioni della concorrenza disciplinate dall’art. 8, il quale, come già esaminato, fa riferimento sia all’ipotesi in cui l’amministrazione escluda dalla gara la concorrenza internazionale, sia all’ipotesi in cui ne riservi l’accesso solamente a favore di una determinata categoria di imprese locali<sup>283</sup>.

Tali limitazioni (o, se del caso, la loro l’assenza) una volta stabilite non potranno essere cambiate o modificate in un secondo momento<sup>284</sup>.

Inoltre, con lo scopo di rafforzare ulteriormente la tutela dei partecipanti, qualora la partecipazione alla gara sia limitata ai sensi dell’art. 8, la stazione appaltante deve debitamente conservare i documenti contenenti le ragioni, le circostanze e le giustificazioni alla base di tale restrizione ed è altresì obbligata a rendere tali atti immediatamente disponibili a qualsiasi soggetto richieda di vederli<sup>285</sup>.

---

*objectives and preferential treatment. Article 3 of the UNCITRAL Model Law provides that in such circumstances the obligations of the treaty shall prevail.”*

<sup>281</sup> Cfr. Model Law, art. 13.

<sup>282</sup> Cfr. Model Law, art. 8, co. 3.

<sup>283</sup> Cfr. Model Law, art. 8, co. 1 e 2.

<sup>284</sup> Cfr. Model Law, art. 8, co. 3, ultimo periodo.

<sup>285</sup> Cfr. Model Law, art. 8, co. 4 e 5.

Sempre in tema di partecipazione, i *solicitation documents* devono contenere anche l'elenco dei requisiti di qualificazione e le relative modalità di accertamento che l'amministrazione ha previsto per la singola gara<sup>286</sup>.

Una volta fissati, la PA non potrà più discostarsi e sarà obbligata a valutare l'affidabilità di tutti i partecipanti, nazionali e stranieri, solamente secondo quanto previamente previsto nei *solicitation documents*<sup>287</sup>.

Ancora, ai sensi dell'art. 10 della Model Law, negli atti con cui si invita a presentare un'offerta, l'amministrazione deve fornire una descrizione dell'oggetto sostanziale dell'appalto<sup>288</sup>.

Innanzitutto tale descrizione deve contenere e specificare i requisiti minimi che le offerte dei concorrenti devono possedere al fine di essere considerate inerenti e corrispondenti ai bisogni dell'amministrazione.

Successivamente, la Model Law si preoccupa del fatto che, in teoria, anche la descrizione dell'oggetto dell'appalto se usata impropriamente potrebbe avere un effetto distorsivo della concorrenza.

Ad esempio, in teoria, se la stazione appaltante facesse riferimento a requisiti tecnici troppo specifici e ricercati, oppure se facesse riferimento ad un marchio in particolare laddove non ce ne fosse bisogno, ciò ben potrebbe costituire una "barriera invisibile" a danno di tutti quegli operatori economici che non posseggano l'adeguato *know-how* per realizzare detti requisiti tecnici o che non possano disporre del marchio cui si fa riferimento.

In ultima analisi, l'utilizzo distorto di tale istituto, qualora non segua in maniera precisa il fine perseguito dall'amministrazione, potrebbe ostacolare il fluido svolgimento del commercio internazionale

---

<sup>286</sup> Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 191: "The procuring entity has to disclose all the requirements in respect to the participation of suppliers and contractors as well as to their qualifications, detailed descriptions of the subject matter of the procurement, evaluation criteria and procedures, and information on the manner, place and deadline of applications. It has to state and record reasons for nearly all decisions taken. Article 28 (3), for example, sets out the requirement to record the reasons and circumstances upon which the procuring entity relied to justify the use of a procuring method other than open tendering and Article 8 (4) and (5) require a statement of reasons for the decision to limit the participation of suppliers or contractors. In general, the statement of reasons has to be published even in the absence of a request."

<sup>287</sup> Cfr. Model Law, art. 9, co. 4 e 5.

<sup>288</sup> Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 186.

Per ovviare a tali problematiche, come regola generale è previsto che tale descrizione, al di fuori dei casi previsti dall'art. 8, non debba contenere limitazioni della concorrenza basate sulla nazionalità dei concorrenti<sup>289</sup>.

Inoltre, per quanto riguarda la sua formulazione, essa deve essere il più possibile oggettiva, funzionale e generica; non deve contenere riferimenti a particolari marchi, brevetti, patenti, design, tipo e origini<sup>290</sup>; e infine<sup>291</sup> deve utilizzare requisiti, termini e caratteristiche standard oppure può anche riferirsi a quelle utilizzate usualmente nella prassi commerciale<sup>292</sup>.

La Model Law prevede anche che *solicitation documents* contengano i criteri di valutazione dell'offerta che saranno utilizzati, il relativo peso e le loro modalità di applicazione.

Come stabilito in maniera analoga per i requisiti di qualificazione dei partecipanti, i criteri di selezione delle offerte dovranno essere applicati in egual modo nei confronti di tutti i concorrenti e, inoltre, la stazione appaltante non potrà utilizzare criteri diversi da quelli già indicati in tal sede<sup>293</sup>.

I *solicitation documents* devono contenere, ai sensi dell'art. 14, la modalità, il posto e il termine finale per prequalificarsi o per presentare un'offerta<sup>294</sup>.

Il termine finale, in particolare, nel bilanciamento anche con le esigenze concrete della stazione appaltante in quel determinato momento, deve essere stabilito in maniera tale da garantire ai concorrenti di avere a disposizione un tempo sufficiente per presentare i propri documenti.

In alcuni casi è anche previsto che si possa differire tale termine<sup>295</sup>.

Infatti qualora un operatore economico non abbia potuto presentare un'offerta o non abbia potuto qualificarsi per cause non a lui imputabili e al di fuori della sua sfera di controllo, la stazione appaltante, a sua discrezione, potrà decidere se posticipare il termine finale già stabilito nei *solicitation documents*<sup>296</sup>.

---

<sup>289</sup> Cfr. Model Law, art. 10, co. 2.

<sup>290</sup> Cfr. Model Law, art. 10, co. 4.

<sup>291</sup> Cfr. Model Law, art. 10, co. 5.

<sup>292</sup> Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 186, dove si legge che: “*The description of the subject matter of the procurement shall include the relevant technical, quality and performance characteristics and is required to be objective, functional and generic. If possible, standardized features, requirements, symbols and terminology shall be used to formulate the description of the subject matter.*”

<sup>293</sup> Cfr. Model Law, art. 11, co. 5 e 6.

<sup>294</sup> Cfr. Model Law, art. 14, co. 1.

<sup>295</sup> Cfr. Model Law, art. 14, co. 2.

<sup>296</sup> Cfr. Model Law, art. 14, co. 4.

In questo caso, per non pregiudicare la posizione degli altri concorrenti, è anche tenuta a comunicare immediatamente la nuova *deadline* così fissata<sup>297</sup>.

### 3.4 La scelta della procedura di selezione del contraente

Per quanto riguarda la normativa relativa alla gara vera e propria, la UNCITRAL Model Law on Public Procurement del 2011 mette a disposizione degli Stati un ampio spettro di procedimenti che possono essere utilizzati<sup>298</sup>.

Tali procedimenti sono elencati nell'art. 27 e sono, nel dettaglio: a) open tendering; b) restricted tendering; c) request for quotations; d) request for proposals without negotiation; e) two-stage tendering; f) request for proposals with dialogue; g) request for proposals with consecutive negotiations; h) competitive negotiations; i) electronic reverse auction; j) single source procurement.

Soprattutto se comparata con le altre fonti di diritto internazionale in materia di contrattualistica pubblica, si può subito notare che la UNCITRAL Model Law on Public Procurement offre un elenco molto più numeroso ed altamente dettagliato delle tipologie di gara astrattamente utilizzabili.

Infatti, la ragione di questa specificità (che in generale è presente in tutto l'impianto della Model Law per le medesime ragioni) con particolare riferimento alla previsione di un così ampio numero di modalità di selezione del contraente risponde all'esigenza dell'UNCITRAL di presentare ai vari legislatori nazionali un quadro il più possibile specifico e completo di procedure in astratto utilizzabili, in quanto in questo modo i vari Paesi sono in grado di fare una scelta più consapevole nel momento in cui decidono quali di queste procedure devono essere recepite<sup>299</sup>.

---

<sup>297</sup> Cfr. Model Law, art. 14, co. 5.

<sup>298</sup> In generale sull'analisi delle varie modalità di selezione del contraente all'interno della UNCITRAL Model Law on Public Procurement si rinvia ad A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., pp. 180-184.

<sup>299</sup> Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 180 e ss.

Cfr. Anche la Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, p. 128, n. 1 e 2: "The methods and techniques presented in section I of chapter II are included to provide for the variety of circumstances that may arise in procurement in practice. They are designed to allow the procuring entity, when considering how to conduct a procurement procedure, to take account of what

Da ciò discende necessariamente che, come specificato dalla stessa Model Law, nel momento di recepimento della UNCITRAL Model Law on Public Procurement gli Stati non sono obbligati a recepire ciascun metodo di scelta del contraente appena indicato, ma sono liberi di introdurre nel proprio ordinamento interno solamente quelli che più ritengono opportuni<sup>300</sup>.

Ciò posto, la Model Law ora in esame prevede che, come regola generale<sup>301</sup> e in modo da garantire la più ampia partecipazione possibile alle gare, le stazioni appaltanti utilizzino di norma la procedura di *open tendering*, ossia una procedura aperta<sup>302</sup>.

Le altre procedure elencate, invece, possono essere utilizzate solo se ricorrono determinati presupposti indicati di volta in volta nella Model Law<sup>303</sup>, ma anche in questo caso, è comunque

---

*it is that is to be procured (the subject matter), the market situation (the number of potential suppliers or contractors, degree of concentration in the market, the extent to which the market is competitive), any degree of urgency, and the appropriate level of technology (to assess, for example, whether electronic procurement is appropriate). Taking account of the differing stages of development of procurement systems in enacting States, this section of the Guide comments on features of certain procurement methods that are intended to permit more or less discretion on the part of the procuring entity, and the capacity and infrastructure needed to operate them effectively. The aim is to enable enacting States to decide whether or not each method is appropriate for their local circumstances, by reference also to the issues raised in the commentary on implementation and use in the following section.”*

<sup>300</sup> Cfr. Model Law art. 27, nota 4, dove si legge che: “States may choose not to incorporate all the methods of procurement listed in this article into their national legislation, although an appropriate range of options, including open tendering, should be always provided for.”

<sup>301</sup> Cfr. Model Law, art. 28, co. 1.

<sup>302</sup> Cfr. R. R. HUNJA, *The UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services and its impact on Procurement Reform*, op. cit., p. 99, dove si nota che l’attuale UNCITRAL Model Law del 2011 ha mantenuto lo stesso *favor* pro concorrenziale in relazione all’utilizzo della procedura di *open tendering* come regola generale. Infatti l’A. specifica che: “The Model Law establishes a number of procurement methods which the procuring entities can use. For procurement of goods and construction, the Model Law prescribes the use of public tendering as the main method of procurement and as the method that is best able to promote the objectives stated in the preamble.”

Nello stesso senso anche A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 180: “The general procurement method is open tendering. All other forms of procurement provided by the Model Law can only be applied if justified by one of the situations described in Articles 29 to 31.”

Cfr. Anche la Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, p. 128, n. 3.

<sup>303</sup> Anche sotto questo aspetto non vi sono particolari differenze rispetto alla versione previgente della UNCITRAL Model Law on Public Procurement. Infatti, come si legge in R. R. HUNJA, *The UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services and its impact on Procurement Reform*, op. cit., p. 99, in relazione alle altre tipologie di gara, l’A. scrive che: “These other methods may only be used when the conditions for their use are met. Such conditions for use of the other methods are clearly stated [in the Model Law].”

Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 181.

previsto espressamente che il soggetto aggiudicatore, considerate tutte le circostanze del caso, mantenga la competizione il più possibile aperta<sup>304</sup>.

Ad esempio, l'art. 29 indica i presupposti necessari per deviare dalla procedura di *open tendering* ed utilizzare al suo posto *restricted tendering* (lett. b), o *requests for quotations* (lett. c) o *requests for proposals without negotiation* (lett. d).

Ebbene, una stazione appaltante potrà ricorrere alla procedura di *restricted tendering* (ossia una procedura ristretta) solo al ricorrere di due eventualità: i) quando l'oggetto dell'appalto è particolarmente complesso o altamente specializzato e pertanto può essere svolto solamente da un ristretto numero di operatori; ii) quando il tempo e i costi richiesti per esaminare un ampio numero di offerte risulta sproporzionato in relazione al valore dell'oggetto dell'appalto<sup>305</sup>.

Si potrà ricorrere al metodo delle *requests for quotations* quando l'oggetto dell'appalto riguarda beni o servizi già disponibili, generici e per i quali esiste già un mercato predefinito, nel rispetto delle soglie di valore stabilite di volta in volta dalle normative nazionali<sup>306</sup>.

Infine, potrà essere utilizzata la procedura di *request for proposals without negotiations* qualora la stazione appaltante abbia necessità di valutare l'aspetto finanziario delle proposte separatamente e solo dopo aver completato l'esame e la valutazione degli aspetti tecnici, relativi alla qualità e alla performance del bene in questione<sup>307</sup>.

I presupposti di fatto e di diritto per utilizzare le altre tipologie di gara suindicate, sono indicati negli artt. 30, 31 e 32<sup>308</sup>.

---

<sup>304</sup> Cfr. Model Law, art. 28, co. 2.

<sup>305</sup> Cfr. Model Law, art. 29, co. 1.

Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 181, dove a proposito delle circostanze di fatto e presupposti di diritto giustificanti l'adozione della procedura di *restricted tendering* si afferma che: "Article 29 allows the application of restricted tendering in case of a highly complex or specialized subject matter of procurement which is only available from a limited number of suppliers or contractors and for procurements where time and cost for an open tendering procedure are disproportionate to the value of procurement."

<sup>306</sup> Cfr. Model Law, art. 29, co. 2.

Sui presupposti alla base dell'utilizzo della procedura di selezione del contraente relativa alla *request for quotations* si rinvia ad A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 181.

<sup>307</sup> Cfr. Model Law, art. 29, co. 3.

Sui presupposti alla base dell'utilizzo della procedura di selezione del contraente relativa alla *request for proposals without negotiation* si rinvia ad A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 181.

<sup>308</sup> In generale, per l'analisi dei presupposti di fatto e di diritto legittimanti l'utilizzo delle altre procedure di selezione del contraente specificate nella Model Law, si rinvia ad A. SCHMIDT, *Public Procurement*

### 3.5 I requisiti di qualificazione

Valutate le circostanze del caso e scelta la procedura da seguire, occorre specificare i requisiti di partecipazione che devono essere posseduti dai concorrenti<sup>309</sup>.

Occorre dunque esaminare l'art. 8 della Model Law che costituisce una disposizione fondamentale in materia e prevede in generale che a tutti gli aspiranti partecipanti “*shall be permitted to participate in procurement proceedings without regard to nationality*”<sup>310</sup> e che la stazione appaltante non preveda requisiti di partecipazione discriminatori<sup>311</sup>.

La norma dunque ha come obiettivo principale l'apertura del mercato dei contratti pubblici anche a favore degli operatori economici stranieri la cui partecipazione non può essere impedita a priori tramite l'utilizzo di criteri di selezione del contraente discriminatori fondati sulla nazionalità<sup>312</sup>.

Considerata uno dei punti chiave su cui si basa l'impianto della Model Law al fine di consentire la più ampia partecipazione a favore anche delle imprese straniere, la regola generale fissata dall'art. 8 può subire comunque alcune eccezioni come specificato nei commi seguenti<sup>313</sup>.

Come avveniva con il previgente testo, è altresì previsto che in alcune circostanze eccezionali la stazione appaltante possa comunque imporre limitazioni basate sulla nazionalità dei

---

*Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 182 e ss.

<sup>309</sup> Sui requisiti di qualificazione previsti dalla UNCITRAL Model Law on Public Procurement si rinvia *ex multis* ad A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 184 e ss.

<sup>310</sup> Cfr. Model Law, art. 8, co. 1.

<sup>311</sup> Cfr. Model Law, art. 8, co. 2.

<sup>312</sup> Cfr. Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, p. 76, n. 1: “*The purpose of article 8 is to provide for full, unrestricted and international participation in public procurement.*”

Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 185.

<sup>313</sup> Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 195: “*The UNCITRAL Model Law generally prohibits discrimination through qualification requirements or examination or evaluation criteria which are set out in Articles 9-11. Article 8, however, provides for an exception [...] [that] gives leeway to the procuring entities to apply preferential treatment on a case-by-case basis as long as it is covered by other provisions of the procurement law or other provisions of law of this state, but not policies of the procuring entity itself (which is an important safeguard to avoid conflict of interests).*”

partecipanti e dunque riservare la partecipazione alla gara pubblica solo a favore di imprese nazionali o anche solo a favore di imprese appartenenti a determinati Stati o gruppi di Stati<sup>314</sup>. In maniera simile è anche previsto che ulteriori limitazioni, questa volta non necessariamente basate sulla nazionalità, possano essere introdotte al fine di avvantaggiare ad esempio alcune imprese nazionali rispetto ad altre sempre appartenenti alla medesima giurisdizione<sup>315</sup>.

Le circostanze eccezionali richiamate dalla norma si riferiscono essenzialmente ai casi in cui è la stessa legge dello Stato banditore che consente tale facoltà alla pubblica amministrazione: l'art 8 infatti giustifica l'adozione di tali trattamenti di favore stabilendo chiaramente che ciò è consentito solamente quando è previsto da "*procurement regulations or other provisions of law of this State.*"

Le ragioni che possono spingere un'amministrazione a limitare per intero o anche solo parzialmente l'accesso a una gara solamente nei confronti delle imprese nazionali sono molteplici e possono variare da caso a caso.

Ad esempio può accadere che in un determinato momento, una specifica commessa pubblica persegua anche (e principalmente) le politiche socio-economiche dello Stato quali l'aumento dei posti di lavoro, la redistribuzione della ricchezza, lo sviluppo delle piccole e medie imprese, il miglioramento delle condizioni di vita e via dicendo<sup>316</sup>.

Altre ragioni che giustificano tale scelta possono essere ricercate anche laddove lo Stato intenda aggiudicare un contratto in settori particolarmente sensibili e storicamente chiusi alla competizione internazionale, come quando si tratta di forniture militari o quando in generale ci si riferisce alla sicurezza nazionale<sup>317</sup>.

---

<sup>314</sup> Cfr. Model Law, art. 8, co. 1, secondo periodo, dove si legge che: "*Except where the procuring entity decides to limit participation in procurement proceedings on the basis of nationality on grounds specified in the procurement regulations or other provision of law of this State.*"

Cfr. Anche sul punto la Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, p. 76, n. 1: "*Paragraphs (1) and (2) of the article set out the exceptional conditions under which the procuring entity may limit the participation of certain categories of suppliers or contractors in procurement proceedings. Paragraphs (3) to (5) of the article provide procedural safeguards when any such limitation is imposed.*"

<sup>315</sup> Cfr. Model Law, art. 8, co. 2, primo periodo: "*Except when authorized or required to do so by the procurement regulations or other provisions of law of this State, the procuring entity shall establish no other requirement aimed at limiting the participation of suppliers or contractors in procurement proceedings that discriminates against or among suppliers or contractors or against categories thereof.*"

<sup>316</sup> Cfr. Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, p. 76, n. 2, secondo periodo.

<sup>317</sup> Cfr. Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, p. 76, n. 2, terzo periodo.

O ancora le imprese di un determinato Stato possono essere escluse qualora quest'ultimo sia stato oggetto di determinate sanzioni internazionali: in questo caso, in maniera ottimale, la gara potrebbe prevedere l'esclusione solo delle imprese di tale Stato, mantenendo comunque aperta la competizione internazionale a favore degli operatori economici stranieri appartenenti ad altre giurisdizioni<sup>318</sup>.

Ad ogni modo, come è stato sottolineato dall'UNCITRAL, nel fare ciò, lo Stato, e di conseguenza l'amministrazione che indice la gara, deve anche tenere in debita considerazione le conseguenze che potrebbero derivare da tale scelta in relazione ad eventuali altri obblighi già assunti sul piano internazionale, come quelli derivanti dall'appartenenza ad una organizzazione internazionale (OMC) o quelli derivanti dall'adesione a specifici trattati internazionali (GPA)<sup>319</sup>.

Ciò considerato, al fine di non svuotare di significato l'intera disposizione, sono previste anche stringenti garanzie che devono essere rispettate a pena di invalidità qualora l'amministrazione decida di limitare la partecipazione alle sole imprese nazionali.

In questi casi, infatti, non solo la facoltà di ridurre la platea dei partecipanti in base alla loro appartenenza a diverse giurisdizioni deve essere espressamente prevista da leggi nazionali, ma in aggiunta a ciò deve poi essere chiaramente esplicitata nel primo atto con cui l'amministrazione invita a presentare un'offerta, devono essere altresì indicate le ragioni e le circostanze alla base e, infine, gli atti contenenti dette giustificazioni devono essere resi disponibili a favore di chiunque ne richieda la visione<sup>320</sup>.

---

<sup>318</sup> Cfr. Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, p. 76, n. 4: *“The application of paragraph (1) of the article would not necessarily lead to “domestic procurement” (i.e. situations where domestic suppliers or contractors alone, however they may be defined in the enacting State, are permitted to participate in the procurement proceedings). It may involve the exclusion of nationals of only one State or group of States subject to international sanctions: the procurement will otherwise be open to international competition.”*

<sup>319</sup> Cfr. Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, p. 77, n. 7: *“Both paragraphs (1) and (2) of the article refer to the procurement regulations or other provisions of law of the enacting State as the source of the procuring entity’s authority to limit the participation of suppliers or contractors in any procurement proceedings. An enacting State, when formulating policies involving such authority, must consider their consequences in the light of the State’s international obligations, taking into account that any limitation of participation of suppliers or contractors in procurement proceedings risks violating free trade commitments of States under relevant international instruments, such as the WTO GPA.”*

<sup>320</sup> Cfr. Model Law, art. 8, co. 2, 3, 4 e 5.

A completamento di quanto stabilito dall'art. 8, il successivo articolo 9 elenca nel dettaglio i requisiti che possono essere usati dall'amministrazione nella valutazione della idoneità dei partecipanti<sup>321</sup>.

Per quanto riguarda il momento relativo all'accertamento di tali idoneità, la Model Law non prevede che tale verifica debba avvenire necessariamente in una fase determinata, ad esempio, non è obbligatorio accertare le qualifiche dei concorrenti nella fase di selezione iniziale o di prequalificazione.

Al contrario, è espressamente previsto<sup>322</sup> che le qualificazioni dei partecipanti possano essere accertate in qualsiasi fase della gara, quindi: prima dell'inizio della gara vera e propria e durante il procedimento di prequalificazione o di selezione iniziale, oppure durante l'esame delle offerte, o ancora quando è richiesto dall'amministrazione in qualsiasi altro momento, o infine al termine della procedura nei confronti del soggetto aggiudicatario o di quelli estratti a sorte<sup>323</sup>. Ai sensi della Model Law<sup>324</sup>, dunque, l'idoneità dei concorrenti può essere accertata tramite la verifica dei seguenti requisiti:

- (a) Il possesso di *“necessary professional, technical and environmental qualifications, professional and technical competence, financial resources, equipment and other*

---

<sup>321</sup> Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 184: *“The exhaustive list of criteria which the procuring entities might select to ascertain the qualification of suppliers or contractors include professional, technical and environmental qualifications, professional and technical competence, financial resources, equipment and other physical facilities, managerial capability, reliability, experience and personnel to perform the contract. These criteria are by far more comprehensive than the criteria outlined by the GPA.”*

Sulla natura dei requisiti di qualificazione elencati dalla UNCITRAL Model Law on Public Procurement, l'A. sottolinea che i requisiti ivi elencati abbiano una natura per lo più soggettiva, anziché oggettiva. Ciò potrebbe causare alcuni problemi in punto di valutazione delle idoneità dei singoli partecipanti e dunque, conseguentemente, anche in punto di mantenimento dell'equilibrio concorrenziale all'interno della gara in quanto i requisiti di valutazione soggettivi sono molto più difficili da valutare rispetto ai requisiti di valutazione oggettivi.

Sul punto, infatti, prosegue l'A.: *“Although it cannot be questioned that these are important conditions for a successful outcome of procurement, they constitute rather subjective criteria which are difficult to evaluate. In regard to transparency and justiciability of decision it is preferable to stick to rather objective criteria.”*

<sup>322</sup> Cfr. Model Law, art. 9, co. 1.

<sup>323</sup> Cfr. Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, p. 79, punto 3.

<sup>324</sup> Cfr. Model Law, art. 9, co. 2.

Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 184.

”

*physical facilities, managerial capability, reliability, experience and personnel to perform the procurement contract”;*

- (b) Il rispetto di “*ethical and other standards applicable in this State*”;
- (c) Il possesso della “*legal capacity to enter into the procurement contract*”;
- (d) Inoltre i partecipanti non devono essere “*insolvent, in receivership, bankrupt or being wound up, their affairs are not being administered by a court or a judicial officer, their business activities have not been suspended and they are not the subject of legal proceedings for any of the foregoing*”;
- (e) Devono aver “*fulfilled their obligations to pay taxes and social security contributions in this State*”;
- (f) Non devono essere stati “*convicted of any criminal offence related to their professional conduct or the making of false statements or misrepresentations as to their qualifications to enter into a procurement contract within a period of ... years [the enacting State specifies the period of time] preceding the commencement of the procurement proceedings, or have not been otherwise disqualified pursuant to administrative suspension or debarment proceedings.*”

La stazione appaltante, bisogna precisare, non è obbligata ad utilizzare necessariamente tutti i criteri sopraelencati, ma deve solamente scegliere, tra questi, solo quei criteri che risultano rilevanti ed appropriati in relazione allo specifico contratto da aggiudicare<sup>325</sup>.

Inoltre, al fine di garantire la trasparenza dell’agire pubblico e di rispettare un equo trattamento tra tutti i concorrenti, la Model Law prevede che l’amministrazione debba indicare i requisiti di qualificazione che intende usare, il loro peso, le loro modalità di valutazione, necessariamente già nei documenti iniziali della gara ossia nell’invito ad offrire (*solicitation documents*), o

---

<sup>325</sup> Cfr. Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, p. 79, punto 5: “*Paragraph (2) lists the qualification criteria that can be used in the process. The criteria must be relevant and appropriate in the circumstances of the particular procurement. It is not necessary to apply all the criteria listed in paragraph (2); the procuring entity should use only those that are appropriate for the purposes of the specific procurement.*”

Come confermato anche da A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 185: “*However, the UNCITRAL Guide 2012 explains that while these criteria are exhaustive, only those criteria that are appropriate for the purposes of the particular procurement should be used. For example, managerial capability and reliability would be mainly envisaged for requests for proposals which are traditionally used for the procurement of consulting services.*”

laddove si svolga anche una fase di prequalificazione o di preselezione, anche nei documenti di prequalificazione o preselezione<sup>326</sup>.

I requisiti di qualificazione indicati in tali sedi, insieme ai loro criteri di valutazione, dovranno essere utilizzati in egual modo nei confronti di ciascun concorrente<sup>327</sup> e, una volta stabiliti, non possono essere modificati in un momento successivo della gara<sup>328</sup>.

In coordinamento con quanto già stabilito nell'art. 8, anche l'art. 9 precisa che, fatte salve le eccezioni contemplate dall'articolo precedente, la stazione appaltante non possa utilizzare tali requisiti di qualificazione con effetto discriminatorio (creando le c.d. "barriere invisibili") al fine di limitare la partecipazione dell'appalto solo a determinati gruppi di imprese nazionali oppure al fine di escludere dalla gara le imprese straniere<sup>329</sup>.

L'attenzione della Model Law è rivolta principalmente verso quest'ultima eventualità.

Si prenda ad esempio il requisito, in principio non discriminatorio, di cui alla lettera (e) che impone che il concorrente sia in regola con il pagamento delle tasse ed altri tributi dovuti allo Stato banditore.

In genere le imprese straniere, come ricordato dall'UNCITRAL, se non posseggono una sede localizzata nello Stato che svolge la gara, di solito, non sono tenute al pagamento di tali tributi. In questo caso, quando viene introdotto tale requisito, spetta all'amministrazione nella formulazione dei documenti di gara bilanciare attentamente l'esigenza di valutare l'idoneità del concorrente anche tramite la sua regolarità contributiva e la corrispondente esigenza a che tale fattore non abbia efficacia discriminatoria favorendo le imprese nazionali a danno di quelle straniere<sup>330</sup>.

---

<sup>326</sup> Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 185: "The procuring entity is obliged to state all the criteria in the solicitation document, apply them equally to all suppliers or contractors and to evaluate the criteria as specified in the solicitation document. The establishment of any criterion, requirement or procedure with respect to the qualifications of suppliers or contractors that discriminates against or among suppliers or contractors or that is not objectively justifiable is prohibited."

<sup>327</sup> Cfr. Model Law, art. 9, co. 4.

<sup>328</sup> Cfr. Model Law, art. 9, co. 5.

<sup>329</sup> Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 185, in nota *supra*.

<sup>330</sup> Cfr. Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, p. 80, punto 8: "Paragraph (2) (e) should be implemented bearing in mind its potentially discriminatory effect on foreign suppliers or contractors without any local presence in the enacting State. Foreign suppliers or contractors would generally not have any obligation to pay taxes or social security contributions in the enacting State; article 8 prohibits the procuring entity from imposing requirements, other than those permitted in the procurement regulations or other provisions of law of the enacting State, that would

Infine, è opportuno notare che la formulazione di tali requisiti è molto elastica e generica: la Model Law non specifica in base a quali criteri accertare, ad esempio, che un concorrente possenga le necessarie qualifiche tecniche e professionali di cui alla lettera (a).

In questo caso il diritto internazionale e il diritto nazionale dialogano tra di loro, e il primo lascia a quest'ultimo il compito di prevedere un sistema adeguato e non discriminatorio con cui accertare l'esistenza di questi requisiti.

Tuttavia, più la norma è generica, più aumenta il rischio che la sua attuazione risulti in una misura restrittiva della platea dei concorrenti<sup>331</sup>.

Pertanto, per mitigare questa eventualità, la Model Law prevede appositi meccanismi di trasparenza e di *disclosure* che saranno esaminati nel dettaglio nei paragrafi seguenti.

Successivamente la Model Law si occupa di disciplinare il caso in cui il concorrente fornisca all'amministrazione informazioni circa i suoi requisiti di qualificazione che siano false oppure fraudolente.

In questo caso è espressamente previsto che la stazione appaltante debba squalificare tale operatore<sup>332</sup>.

Invece, nel caso di minore gravità, qualora le informazioni fornite dal concorrente a riguardo siano "*inaccurate or materially incomplete*" o ancora quando siano "*inaccurate or incomplete in a non-material respect*", fatto salvo il caso di informazioni false o fraudolente, non opera alcun automatismo espulsivo<sup>333</sup>.

In quest'ultima ipotesi, infatti, la stazione appaltante può decidere discrezionalmente se squalificare tale operatore, e in genere tale rimedio viene adottato quando a seguito della richiesta dell'amministrazione di chiarire o colmare tale lacuna l'operatore non vi ottemperi o dia una risposta insufficiente<sup>334</sup>.

---

*have the effect of deterring participation in the procurement proceedings by foreign suppliers or contractors.*"

<sup>331</sup> Cfr. Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, p. 78, punto 2: "*The provisions are therefore permissive in scope, and the risk of misuse is mitigated through the transparency provisions of paragraph (2), which enable the relevance of particular requirements to be evaluated. Of particular concern would be unnecessary requirements that discriminate directly or indirectly against overseas suppliers or contractors, used as a non-transparent manner of limiting their participation (other than through the permitted limitation on participation under article 8).*"

<sup>332</sup> Cfr. Model Law, art. 9, co. 8, lett. a).

<sup>333</sup> Cfr. Model Law, art. 9, co. 8, lett. b), c).

<sup>334</sup> Cfr. Model Law, art. 9, co. 8, lett. c), secondo periodo.

Infine è anche previsto che l'amministrazione possa richiedere ad un partecipante già previamente prequalificato di dimostrare di nuovo le sue qualificazioni, utilizzando, obbligatoriamente, gli stessi criteri e metodi usati nella fase di prequalifica.

Qualora tale concorrente non riesca a dimostrare nuovamente la sua idoneità, la stazione appaltante è tenuta obbligatoriamente a squalificarlo<sup>335</sup>.

Per completezza, terminando l'analisi del momento di accertamento dell'idoneità dei concorrenti, è opportuno fare un breve riferimento alla fase di prequalificazione, regolata in via generale dall'art. 18.

La fase di prequalificazione, come detto, è solamente eventuale ed infatti la Model Law non obbliga la stazione appaltante a ricorrere alla fase di prequalificazione, ma stabilisce, in via del tutto eventuale, che "*the procuring entity may engage in pre-qualification proceedings.*"

Per quanto riguarda la determinazione delle idoneità che devono essere possedute dagli operatori economici, l'art. 18 rimanda all'art. 9 previamente analizzato.

Qualora l'amministrazione decida di utilizzare tale procedimento allora deve invitare le imprese a pre-qualificarsi e tale invito deve contenere una serie di informazioni stabilite nel comma 3, come il nome e l'indirizzo della stazione appaltante, una breve descrizione del contratto che si vuole aggiudicare, i criteri e le procedure che si utilizzeranno.

Ad ogni impresa che intende pre-qualificarsi, la stazione appaltante deve offrire i documenti di prequalificazione i quali, anche essi, seguono uno schema predefinito e devono contenere obbligatoriamente alcuni elementi stabiliti dalla Model Law e indicati al comma 5.

Consegnati i documenti di prequalificazione, la stazione appaltante dovrà valutare le idoneità di tutti i partecipanti in un tempo ragionevole e solamente i concorrenti che avranno superato questa fase, ai sensi del comma 8, saranno in grado di partecipare alle fasi successive e di presentare un'offerta.

### **3.6 I criteri di valutazione delle offerte: disposizioni generali e in caso di open tendering.**

Una volta scelta la procedura da utilizzare ed individuata la platea dei partecipanti sulla base delle norme sopra analizzate, questi ultimi presenteranno un'offerta che dovrà essere valutata secondo le disposizioni previste dalla Model Law.

---

<sup>335</sup> Cfr. Model Law, art. 9, co. 8, lett. d).

Il Trattato a riguardo prevede norme generali che si applicano a tutte le tipologie di procedure elencate nella Model Law e poi norme specifiche previste *ad hoc* nei confronti di ciascuna specifica procedura.

Tra le norme di carattere generale viene in rilievo l'art. 11 il quale è deputato a fissare i *“requirements governing the formulation, disclosure and application by the procuring entity of evaluation criteria.”*<sup>336</sup>

Come prima cosa, tutte le informazioni generali ed essenziali riguardo i criteri di valutazione delle offerte che saranno utilizzati all'interno della gara devono essere preventivamente indicate nei *solicitation documents*: in tal sede, infatti, al fine di rendere per tempo noto ai concorrenti quali saranno le regole che saranno usate per valutare le loro offerte, la stazione appaltante deve specificare esattamente quali criteri di valutazione saranno usati; se verrà usato solamente il criterio del prezzo più basso o si ricorrerà anche ad altri criteri; in quest'ultimo caso, se vengono usati anche criteri diversi dal prezzo, bisognerà anche indicare il loro peso e le loro modalità di valutazione<sup>337</sup>.

Inoltre, al fine di evitare discriminazioni all'interno della gara, è previsto che nella loro elaborazione, la stazione appaltante debba prevedere solamente criteri di valutazione delle offerte che siano riferiti all'oggetto dell'appalto<sup>338</sup>.

Infine, nell'ipotesi in cui oltre al prezzo vengano usati anche altri criteri non ricollegati al prezzo è necessario che questi ultimi siano anche quantificabili, ossia idonei ad essere tradotti in termini monetari<sup>339</sup>.

---

<sup>336</sup> Cfr. Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, p. 85, punto 1.

<sup>337</sup> Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 189: *“The procuring entity has to determine in the solicitation documents whether the award decision is to be made solely on the basis of price or on price and other criteria. All evaluation criteria, their relative weight, the manner of the application of the criteria in the evaluation procedure also need to be stated. These are essential factors for a transparent and fair procurement process and, hence, of its effectiveness and efficiency. Therefore, they can be regarded as best practices and should be implemented in every national public procurement system.”*

<sup>338</sup> Cfr. Model Law, art. 11, co. 1.

Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 187: *“With the exception of the criteria set out in Article 11(3) (see below), all criteria must relate to the subject matter of the procurement. This is, inter alia, to avoid misuse by using criteria intended to favour a certain supplier or contractor.”*

<sup>339</sup> Cfr. Model Law, art. 11, co. 4.

Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 188: *“The UNCITRAL Model Law provides that all non-price evaluation criteria shall be objective, quantifiable and expressed in monetary terms. The UNCITRAL Model Law recommends the enacting state to provide regulations or guidance on the way*

Nello specifico, i criteri di valutazione delle offerte previsti dalla UNCITRAL Model Law on Public Procurement sono indicati dall'art. 11 il quale si riferisce a: a) il prezzo; b) i costi di funzionamento, manutenzione, riparazione dei beni oggetto dell'appalto; il tempo di consegna dei beni; il tempo di realizzazione della costruzione o di svolgimento del servizio; le caratteristiche dell'oggetto dell'appalto; il suo impatto ambientale; i termini di pagamento; c) nelle ipotesi di *request for proposals without negotiation*, *request for proposals with dialogue* e di *request for proposals with consecutive negotiations*, se appropriato, la PA può prendere in considerazione anche l'esperienza e abilità professionale dell'appaltatore<sup>340</sup>.

Inoltre, la Model Law lascia alla stazione appaltante la possibilità di utilizzare ulteriori criteri, che però siano già previsti da altre leggi nazionali<sup>341</sup>, e in particolare prevede che, sempre se previsto dall'ordinamento di riferimento, in parziale deroga al già analizzato principio di concorrenza, un margine di preferenza possa essere accordato a favore di operatori o prodotti domestici<sup>342</sup>.

---

*factors are to be qualified in monetary terms. This is, however, restricted by the phrase 'to the extent practicable'.*"

<sup>340</sup> Nello specifico, la Model Law stabilisce che i criteri di valutazione dell'offerta che possono essere utilizzati sono: "(a) Price; (b) the cost of operating, maintaining and repairing goods or of construction; the time for delivery of goods, completion of construction or provision of services; the characteristics of the subject matter of the procurement, such as the functional characteristics of goods or construction and the environmental characteristics of the subject matter; and the terms of payment and of guarantees in respect of the subject matter of the procurement; (c) where relevant in procurement conducted in accordance with articles 47, 49 and 50 of this Law, the experience, reliability and professional and managerial competence of the supplier or contractor and of the personnel to be involved in providing the subject matter of the procurement. 3. In addition to the criteria set out in paragraph 2 of this article, the evaluation criteria may include: (a) any criteria that the procurement regulations or other provision of law of this State authorize or require to be taken into account; (b) a margin of preference for the benefit of domestic suppliers or contractors of for domestically produced goods, or any other preference, if authorized or required by the procurement regulations or other provisions of law of this State. The margin of preference shall be calculated in accordance with the procurement regulations."

Inoltre, per le procedure diverse dalla procedura aperta è possibile utilizzare, oltre i criteri sopra elencati, anche altri criteri, sempre elencati nella Model Law.

Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 186: "The UNCITRAL Model Law sets out three different types of evaluation criteria: (1) price, (2) criteria aiming, inter alia, at the sustainability of a product or service, and (3) the experience, reliability and professional and managerial competence of the supplier or contractor."

<sup>341</sup> Cfr. Model Law, art. 11, co. 3, lett. a).

<sup>342</sup> Cfr. Model Law, art. 11, co. 3, lett. b).

L'elenco di tali criteri previsti dalla Model Law non ha tuttavia carattere tassativo: anche partendo dal dato letterale, si nota che l'amministrazione "può" utilizzare i criteri sopraindicati e, dunque, essa non è vincolata al loro utilizzo<sup>343</sup>.

Ciò che deve essere rispettato, comunque, è la corrispondenza dei requisiti di selezione dell'offerta all'oggetto sostanziale dell'appalto.

Ciò in quanto, ad avviso dell'UNCITRAL, sarebbe estremamente difficile definire a priori quali siano i migliori criteri di selezione dell'offerta se non si guardano le peculiarità del caso concreto, ossia del contratto da aggiudicare e degli interessi ad esso sottesi<sup>344</sup>.

Si prenda ad esempio la disciplina prevista nel caso di *open tendering*, ossia la tipologia predefinita di scelta del contraente e che costituisce il metodo preferito dalla Model Law<sup>345</sup>.

---

<sup>343</sup> Cfr. Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, p. 85, punto 3: "*Paragraph (2) sets out an illustrative list of evaluation criteria on the understanding that not all evaluation criteria listed would be applicable in all situations and it would not be possible to provide for an exhaustive list of evaluation criteria for all types of procurement, regardless of how broadly they are drafted. The procuring entity can apply evaluation criteria even if they do not fall under the broad categories listed in paragraph (2) as long as the evaluation criteria meet the requirement set out in paragraph (1) of the article they must relate to the subject matter of the procurement.*"

Sul punto si veda anche A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 187: "*The list of evaluation criteria is illustrative rather than exhaustive, since 'it would not be possible to provide for an exhaustive list of evaluation criteria for all types of procurement, regardless of hoe broadly they are drafted.'*"

<sup>344</sup> Cfr. Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, p. 85, punto 4: "*Depending on the circumstances of the given procurement, evaluation criteria may vary from the very straightforward, such as price and closely related criteria ("near-price criteria", for example, quantities, warranty period or time of delivery) to very complex (including socio-economic considerations, such as characteristics of the subject matter of the procurement that relate to environmental protection). Accordingly, the Model Law provides illustrations for a range of criteria and enables the procuring entity to select the successful submission on the basis of the criteria that the procuring entity considers appropriate in the context of the procurement concerned. The enacting State may wish to provide rules and/or guidance to assist procuring entities in designing appropriate and relevant evaluation criteria. Such rules or guidance should emphasize that paragraph (5) requires price to be an evaluation criterion for all procurement.*"

<sup>345</sup> Cfr. Model Law, art. 28, co. 1.

Sul punto si rinvia anche a R. R. HUNJA, *The UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services and its impact on Procurement Reform*, op. cit., p. 99, in nota *supra*.

Preliminarmente è previsto che, come di consueto, le offerte, in forma scritta o in qualsiasi altra forma preventivamente indicata dall'amministrazione<sup>346</sup>, debbano essere presentate nel modo, nel posto e nel termine specificati nei *solicitation documents*<sup>347</sup>.

Tutte le offerte ricevute dopo la scadenza della *deadline* così stabilita non saranno esaminate e dovranno essere riconsegnate al concorrente che le ha presentate<sup>348</sup>.

Nella data fissata per l'apertura delle offerte, l'amministrazione dovrà procedere sempre secondo quanto già stabilito nei documenti di gara<sup>349</sup> e dovrà consentire a tutti gli operatori economici che hanno presentato un'offerta, o ai loro rappresentanti, di essere presenti<sup>350</sup>.

Per quanto riguarda il momento di valutazione dell'offerta, in primo luogo, l'amministrazione dovrà valutare se effettivamente l'offerta sia recettiva e risponda a tutti i requisiti specificati nei documenti di gara<sup>351</sup>.

Purché non ne alterino completamente il significato, al fine di garantire comunque la massima partecipazione alla gara<sup>352</sup>, deviazioni minori da tali requisiti e errori lievi all'interno

---

<sup>346</sup> Cfr. Model Law, art. 40, co. 2, il quale specifica che l'offerta deve essere presentata per iscritto e firmata. Può essere presentata in forma cartacea e inserita all'interno di una busta sigillata; allo stesso modo, la Model Law prevede che l'offerta possa essere presentata anche in una qualsiasi altra forma prevista dalla stazione appaltante che sia stata già indicata nei *solicitation documents* e che assicuri, almeno, un grado di sicurezza, integrità e autenticità pari alla forma cartacea.

Una volta ricevuta, la stazione appaltante dovrà fornire al concorrente una ricevuta di avvenuta ricezione (art. 40, co. 2, lett. b).

La stazione appaltante, inoltre, dovrà preservare l'integrità e la sicurezza dell'offerta ricevuta e non dovrà esaminarla se non dopo il termine previamente fissato per l'analisi delle offerte (art. 40, co. 2, lett. c).

<sup>347</sup> Come regola generale, infatti, l'art. 40, co. 1, della Model Law prevede espressamente che: "*Tenders shall be presented in the manner, at the place and by the deadline specified in the solicitation documents.*"

<sup>348</sup> Cfr. Model Law, art. 40, co. 3.

<sup>349</sup> Cfr. Model Law, art. 42, co. 1.

<sup>350</sup> Cfr. Model Law, art. 42, co. 2.

<sup>351</sup> Cfr. Model Law, art. 43, co. 1, lett. a).

<sup>352</sup> Cfr. Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, p. 156, punto 3: "*Permitting the procuring entity to consider tenders with minor deviations and errors and oversights that can be corrected without touching on the substance of the tender (paragraph (1) (b) of the article) promotes participation and competition in tendering proceedings as well as a fairer treatment of suppliers and contractors that make minor technical errors. Otherwise, the procuring entity may face undesirable consequences, such as the rejection of the best tender from the best qualified supplier or contractor for what the WTO GPA (see paragraph 8 of part I of this Guide) calls "unintentional errors of form"*.

A riguardo si vedano anche i punti 4-9 della Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, pp. 156-157.

dell'offerta sono consentiti e possono essere corretti, ma dovranno pur sempre essere quantificabili e saranno tenute in considerazione in sede di esame della proposta<sup>353</sup>.

In presenza di alcune irregolarità, riguardanti tanto la persona dell'offerente tanto l'offerta stessa, la PA è obbligata a rigettare immediatamente l'offerta, anche se pervenuta entro i termini.

Ciò si verifica quando “*the supplier or contractor that presented the tender is not qualified*”<sup>354</sup>, “*the supplier or contractor that presented the tender does not accept a correction of an arithmetical error*”<sup>355</sup>, “*the tender is not responsive*”<sup>356</sup> e, infine, “*in the circumstances referred to in article 20 or 21*”<sup>357</sup> della Model Law, i quali si riferiscono, rispettivamente, al caso di “*abnormally low submissions*”<sup>358</sup> e al caso del concorrente che si trovi in una situazione di conflitto di interesse o che sia incorso in episodi di corruzione (per la cui analisi si rinvia al paragrafo che segue).

---

<sup>353</sup> Cfr. Model Law, art. 43, co. 1, lett. b).

<sup>354</sup> Cfr. Model Law, art. 43, co. 2, lett. a).

<sup>355</sup> Cfr. Model Law, art. 43, co. 2, lett. b).

<sup>356</sup> Cfr. Model Law, art. 43, co. 2, lett. c).

<sup>357</sup> Cfr. Model Law, art. 43, co. 2, lett. d).

<sup>358</sup> L'art. 20 della Model Law regola la fattispecie delle c.d. “offerte anomale”, ossia quelle offerte il cui prezzo è sproporzionatamente basso se paragonato alla natura dell'oggetto dell'appalto e agli altri elementi dell'offerta (art. 20, co. 1).

In questi casi, la stazione appaltante può rigettare tali offerte al ricorrere di due presupposti, ossia: la stazione appaltante deve aver richiesto, in forma scritta, all'offerente ulteriori dettagli e informazioni circa l'offerta presentata al fine di eliminare tali anomalie (art. 20, co. 1, lett. a); in secondo luogo, è richiesto che, anche dopo che sia stata debitamente considerata la risposta del concorrente, permangano i dubbi circa l'anomalia dell'offerta (art. 20, co. 1, lett. b)

Infine, l'art. 20, co. 2, prevede che tutte le comunicazioni intervenute tra il concorrente e la stazione appaltante a riguardo dell'anomalia dell'offerta debbano essere debitamente conservate dall'amministrazione la quale, su istanza di parte, è obbligata a fornire tali documenti quando richiesti. Sulla disciplina prevista in tema di offerte anomale si rinvia ad A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 190 dove l'A. afferma che: “*In case the price of a submitted tender seems abnormally low so that the ability of the supplier or contractor to perform the procurement contract might be an issue of concern, the procuring entity can request further details from the supplier or contractor. If, after the consideration of this additional information, the procuring entity continues to have concerns, it can reject the submission. Such decisions as well as the rationale behind them need to be communicated to the supplier or contractor concerned and, in addition to all communications, included in the record of the proceedings. This serves as a safeguard for both suppliers and procuring entities and avoids concluding contracts that cannot be implemented successfully.*”

Scartate le offerte viziate per i motivi di cui sopra, l'amministrazione individuerà la migliore tra quelle rimaste utilizzando solamente i criteri e le procedure previamente indicate nei documenti di gara ed anche in applicazione di quanto stabilito dall'art. 43, co. 3.

In particolare, tale disposizione prevede due ipotesi, a seconda che l'amministrazione intenda aggiudicare il contratto in base al solo prezzo più basso oppure in base anche ad altri criteri.

In tali casi, dunque, l'offerta migliore sarà: i) “*where the price is the only award criterion, the tender with the lowest tender price*”; ii) “*where there are price and other award criteria, the most advantageous tender ascertained on the basis of the criteria and procedures for evaluating tenders specified in the solicitation documents.*”<sup>359</sup>

### **3.7 Obblighi generali di trasparenza all'interno della procedura di gara: onere di pubblicazione dei testi legislativi e delle decisioni e modalità di comunicazione all'interno della procedura di gara.**

In base alla Model Law in esame gravano sulla PA anche una serie di importanti oneri di comunicazione e diffusione della normativa locale o internazionale sarà utilizzata nelle singole gare pubbliche.

In primo luogo, infatti, è previsto che tutti i testi legislativi ed i regolamenti, ivi inclusa la Model Law, che si applicano agli appalti coperti dal Trattato dovranno essere immediatamente resi accessibili al pubblico e costantemente aggiornati<sup>360</sup>.

Allo stesso modo, dovranno essere rese pubbliche anche le decisioni emanate dagli organi giudiziari o dalla stessa amministrazione relative a tali contratti pubblici<sup>361</sup>.

---

<sup>359</sup> Infatti come specificato dall'UNCITRAL nella Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, p. 158, punto 11, terzo periodo: “*The successful tender, as reiterated in paragraph (3) (b) of the article, may be the tender with the lowest tender price or the most advantageous tender. In accordance with article 11 (5) (a) of the Model Law, whether the successful submission will be ascertained on the basis of only price or of price and other criteria is to be defined in the solicitation documents at the outset of the procurement and cannot be subsequently varied.*”

<sup>360</sup> Cfr. Model Law, art. 5, co. 1.

Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 191: “*Article 5 provides for the publication of legal texts which include the procurement law itself, procurement regulations and other texts relevant for public procurement as well as judicial decisions and administrative rulings with precedential value.*”

<sup>361</sup> Cfr. Model Law, art. 5, co. 2.

In questo modo, quindi, viene garantito un certo livello di certezza giuridica in quanto al singolo operatore economico, nazionale o straniero, deve essere resa nota, in sintesi, la *lex generalis* che si applicherà alla commessa pubblica, insieme anche ai precedenti casi decisi dai giudici o dalla PA stessa.

L'obbligo fissato dalla Model Law in questo caso è volutamente generale: non viene prescritto in maniera predefinita il modo con cui lo Stato deve rendere pubbliche tali normative, la scelta di tali modalità viene rimessa a quest'ultimo.

In maniera meno rigida, quindi non prevedendo un vero e proprio obbligo, è previsto che le stazioni appaltanti possano rendere nota anche la programmazione dei contratti da aggiudicare che si svolgeranno nei successivi mesi o anni<sup>362</sup>.

Oltre a dover rendere trasparenti i testi legislativi che si utilizzeranno all'interno della gara, la PA dovrà rendere trasparenti anche le comunicazioni che si svolgono tra questa e i singoli concorrenti.

Infatti, per quanto riguarda le comunicazioni che si svolgono all'interno della procedura di evidenza pubblica, l'art. 7 prevede alcuni importanti requisiti di forma.

Come regola generale, tutte le comunicazioni devono essere effettuate in una forma idonea a conservare il contenuto della comunicazione stessa e devono essere altresì accessibili al fine di essere usate in altri eventuali procedimenti<sup>363</sup>.

In alcuni casi tale regola generale subisce delle eccezioni<sup>364</sup>, come nel caso in cui la stazione appaltante richieda al concorrente chiarificazioni riguardo l'offerta presentata: in tali ipotesi, al fine di velocizzare lo svolgimento della procedura, le informazioni scambiate tra i due soggetti potranno anche essere scambiate, ad esempio, anche telefonicamente o personalmente durante una riunione, dunque in una forma che in principio non consente la conservazione del contenuto delle informazioni scambiate.

Ad ogni modo, in questi casi eccezionali, è comunque previsto che, una volta ricevuta la comunicazione, la stazione appaltante dia conferma della sua ricezione, e tale conferma dovrà seguire gli stessi requisiti di forma previsti dalla regola generale sancita nell'art. 7.<sup>365</sup>

---

<sup>362</sup> Cfr. Model Law, art. 6.

<sup>363</sup> Cfr. Model Law, art. 7, co. 1.

<sup>364</sup> Cfr. Model Law, art. 7, co. 2.

<sup>365</sup> Cfr. Model Law, art. 7, co. 2.

La Model Law, ricorrendo sempre a criteri generali ed elastici, prevede anche che la stazione appaltante possa utilizzare solamente quelle modalità di comunicazione che “*are in common use by suppliers or contractors in the context of the particular procurement.*”<sup>366</sup>

In questo modo la Model Law cerca di mettere sullo stesso piano tutti i potenziali concorrenti, nazionali e non, in quanto ognuno di loro deve essere in grado, in teoria, di comunicare con la stazione appaltante tramite tecniche semplici, comuni e basiche, diffuse tra gli operatori economici in quel particolare momento e per quel particolare appalto.

Infine, al fine di aumentare la fiducia dei concorrenti nei confronti dell’amministrazione con cui stanno trattando, dunque al fine di garantire che si trovino anche loro di fronte una PA che sia affidabile, quest’ultima è obbligata di garantire “*the authenticity, integrity and confidentiality*” di tutte le informazioni ricevute e scambiate con i concorrenti<sup>367</sup>.

### **3.8 Il contrasto ai fenomeni corruttivi e la risoluzione dei conflitti di interesse.**

La UNCITRAL Model Law on Public Procurement del 2011 prevede anche varie disposizioni che mirano in maniera specifica a contrastare e prevenire non solo eventuali conflitti di interesse che possono sorgere all’interno della gara ma anche possibili fenomeni corruttivi.

Gli articoli di riferimento in questione sono l’art. 26 e 21 della Model Law.

Ai sensi dell’articolo 26 lo Stato che vuole adattare il proprio sistema a quello previsto dalla Model Law è tenuto ad emanare un codice di condotta, generale e quindi applicabile a tutti i settori, per gli ufficiali e gli impiegati delle stazioni appaltanti<sup>368</sup>.

Al diritto nazionale, dunque, tramite l’emanazione di detto codice, spetta indicare gli standard etici e morali che devono essere rispettati da tutto il personale durante lo svolgimento della

---

<sup>366</sup> Cfr. Model Law, art. 7, co. 4.

<sup>367</sup> Cfr. Model Law, art. 7, co. 5.

<sup>368</sup> Cfr. Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, p. 125, punto 1: “*The purpose of article 26 is to emphasize the need for States to enact a code of conduct for officers and employees of procuring entities (the “procurement personnel”). Depending on the legal traditions of enacting States, codes of conduct may be enacted as part of the administrative law framework of the State, either at the level of statutory law or as regulations, such as the procurement regulations. They may be of general application to all public officials regardless of the sector of economy or may be enacted specifically for the procurement personnel, and some may be part of the procurement laws and regulations. When a general code of conduct for public officials is enacted, it is expected that such a general code will contain provisions addressing specifically the conduct of the procurement personnel.*”

procedura, individuare quelle fattispecie tipiche al ricorrere delle quali si verificano episodi di corruzione o di conflitto di interessi e, infine, prevedere anche adeguate misure di prevenzione e di risoluzione in simili ipotesi.

In maniera simile con quanto previsto in relazione alla pubblicazione dei testi legislativi nazionali regolanti lo svolgimento delle gare pubbliche, anche il codice di condotta emanato ai sensi dell'art. 26 della Model Law deve essere reso immediatamente accessibile al pubblico e costantemente mantenuto ed aggiornato.

L'art. 21 della Model Law, sempre nell'ottica di contrastare la corruzione e di reprimere comportamenti non etici, diversamente da quanto sancito nell'art. 26, si riferisce al versante dei concorrenti della gara pubblica e tipizza alcune cause di esclusione dalla gara.

In primo luogo, è previsto che sia punito con l'esclusione dalla gara quel concorrente che tenti di corrompere un funzionario dell'amministrazione.

La formulazione della norma è particolarmente stringente sul punto in quanto sanziona una offerta fatta in qualsiasi forma, diretta o indiretta, rivolta ad attuali o precedenti dipendenti della stazione appaltante o della pubblica amministrazione, con lo scopo di influenzare un atto o una decisione dell'appalto svolto da detta stazione appaltante<sup>369</sup>.

La stessa disposizione, in aggiunta, prevede che debba essere escluso dalla gara anche il concorrente che, ai sensi della normativa statale di riferimento, posseda un "*unfair competitive advantage*" o si trovi in una situazione di conflitto di interesse<sup>370</sup>.

### 3.9 Conclusioni

Da tanto esposto, pare potersi affermare, come anticipato in apertura, che la UNCITRAL Model Law on Public Procurement del 2011 si basi, in maniera analoga con quanto avviene con il codice dei contratti pubblici italiano, sui principi di concorrenza, contabilità e di contrasto ai fenomeni corruttivi.

---

<sup>369</sup> Cfr. Model Law, art. 21, co. 1, lett. a).

<sup>370</sup> Cfr. Model Law, art. 21, co. 1, lett. b).

### 3.9.1 *L'emersione del principio di concorrenza*

Iniziando dall'analisi delle disposizioni relative alla metodologia da impiegare per la ricerca del miglior contraente si può notare che l'impianto seguito dalla UNCITRAL Model Law on Public Procurement sia chiaramente di natura pro concorrenziale<sup>371</sup>.

In virtù del principio di concorrenza infatti viene data una netta preferenza all'utilizzo della procedura aperta o di *open tendering*.

Le altre modalità possono essere utilizzate solo al ricorrere di presupposti previamente stabiliti e comunque in modo tale da garantire la più ampia partecipazione possibile: ciò realizza in prima battuta l'obiettivo, prima individuato, di "*promoting competition among suppliers and contractors for the supply of the subject matter of the procurement.*"

Successivamente, il principio di concorrenza trova applicazione in particolar modo anche in punto di partecipazione e di qualificazione degli aspiranti aggiudicatari.

Certamente, non si ignora il fatto che quando l'amministrazione introduce qualsiasi requisito di qualificazione, in teoria, limita la partecipazione alla gara solamente nei confronti di quelle imprese che posseggano determinate idoneità, e che quindi tali regole possano contenere in maniera implicita una deroga al principio di concorrenza.

Tali regole, come è noto, sono poste in particolar modo a garanzia della PA che si trovi di fronte una controparte contrattuale idonea ad eseguire il contratto.

Allo stesso tempo, non bisogna dimenticare che l'emanazione di una Model Law in materia di contratti pubblici si era resa strettamente necessaria in quanto era stato accertato, proprio da parte dell'UNCITRAL, che molti Paesi prevedevano un mercato degli appalti prevalentemente chiuso alla competizione straniera<sup>372</sup>.

---

<sup>371</sup> Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 195.

<sup>372</sup> Infatti, come si legge in R. R. HUNJA, *The UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services and its impact on Procurement Reform*, op. cit., p. 101-102, "*One of the findings of the UNCITRAL Secretariat's research on existing procurement practices was that many procurement laws are a hindrance to participation by foreign suppliers. As an entity whose mandate includes the promotion of international trade, UNCITRAL aimed to encourage a change by urging states to set up procurement systems that encouraged participation by foreign contractors and suppliers. Therefore, one of the basic tenets of the Model Law is that participation in the procurement proceedings should be open to all bidders without discrimination on the basis of nationality. The rationale underlying this position is that wider competition will ultimately enable the procuring entities to get better value for money. However, recognizing that there are many exist legitimate situations where restrictions on*

Sotto questo aspetto, le norme relative alla qualificazione dei concorrenti sono deputate essenzialmente ad aprire il mercato dei contratti pubblici anche a favore della concorrenza straniera e dunque raggiungere l'obiettivo fondamentale di *“fostering and encouraging participation in procurement proceedings by suppliers and contractors regardless of nationality, thereby promoting international trade”* e *“providing for the fair, equal and equitable treatment of all suppliers and contractors.”*

Il diritto internazionale, infatti, a più riprese, si preoccupa a che i requisiti di qualificazione di volta in volta stabiliti non prevedano discriminazioni basate sulla nazionalità dei concorrenti<sup>373</sup>. Non devono dunque essere utilizzati al fine di imporre “barriere invisibili” le quali hanno l'effetto di creare un freno ingiustificato alla partecipazione di imprese straniere e che, in ultima analisi, ostacolano il corretto sviluppo e svolgimento del commercio internazionale<sup>374</sup>.

Oltre ad avere pari opportunità di partecipare ad una gara, agli operatori stranieri dovrà essere anche garantito lo stesso trattamento riservato agli operatori domestici.

In primo luogo, infatti, cercando di porre sullo stesso piano le imprese nazionali e straniere, la Model Law prevede che tutta la normativa nazionale ed internazionale in materia di contratti pubblici debba essere accessibile a chiunque lo richieda e debitamente aggiornata.

Oltre a prevedere ciò in merito alla *lex generalis*, la Model Law si occupa in particolare di prevedere importanti garanzie per la *lex specialis* di gara.

Come si è visto a proposito della disciplina dei *solicitation documents*, anche questi ultimi, tra le altre cose, devono essere resi noti immediatamente a tutti quanti gli operatori economici che vogliono partecipare alla gara, devono essere redatti in lingua locale ma anche nella lingua più

---

*the basis of nationality could be imposed, the Model Law aims to make such restrictions as transparent and rational as possible by stating that any such restrictions, and the grounds on which they are imposed, should be notified in the law or in procurement regulations.”*

<sup>373</sup> Cfr. Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, p. 78, punti 1 e 2: *“The provisions are aimed at preventing procuring entities from formulating excessively demanding qualification criteria or from reducing the pool of participants for the purpose of limiting their own workload.”*

Inoltre, l'UNCITRAL continua specificando che l'art. 9 della Model Law *“is also intended to prevent the qualification procedure from being misused to restrict market access through the use of hidden barriers to the market (whether at the domestic or international level). Requirements for particular licenses, obscure diploma requirements, certificates requiring in-person attendance or adequate past experience may be legitimate for a given procurement, or may be an indication of an attempt to distort participation in favour of a particular supplier or contractor or group of suppliers or contractors.”*

<sup>374</sup> Cfr. Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, p. 78, punto 2: *“Of particular concern would be unnecessary requirements that discriminate directly or indirectly against overseas suppliers or contractors, used as a non-transparent manner of limiting their participation (other than through the permitted limitation on participation under article 8).”*

comunemente utilizzata in quel settore del commercio a livello internazionale, devono immediatamente indicare se vi sono (se sì, su quali basi) limitazioni basate sul requisito della nazionalità, devono indicare i requisiti di qualificazione previsti, il metodo di accertamento, così come devono specificare quali sono i criteri di selezione dell'offerta e le relative modalità di applicazione.

Non sono, in generale, ammesse modificazioni postume della disciplina prevista nei *solicitation documents* e questi devono essere applicati in maniera uniforme e non discriminatoria nei confronti di tutti i concorrenti, nazionali e non.

Ma il principio di concorrenza, si è visto, non è assoluto, ossia non è l'unico principio che regge lo svolgimento dell'evidenza pubblica così come disciplinata dalla Model Law: in alcuni casi può essere derogato.

Il carattere "flessibile" che caratterizza la Model Law infatti consente che in alcune ipotesi, quando vengono in rilievo altri importanti interessi, il principio di concorrenza possa essere temporaneamente derogato a favore di questi ultimi.

È questo il caso, ad esempio, del perseguimento di determinate politiche economico sociali da parte dello Stato banditore, o anche, nel raggiungimento del "*best value for money*", dell'esclusione di quei concorrenti che non posseggano determinati requisiti di idoneità e che siano incorsi in episodi di corruzione o di conflitto di interessi.

### 3.9.2 *L'emersione del principio di contabilità o di Best Value for Money o Economy.*

In particolare, sulla base della disciplina prevista in punto di criteri di selezione dell'offerta, si può affermare che la UNCITRAL Model Law on Public Procurement del 2011 si basa anche sul principio contabilistico<sup>375</sup>.

Al suo interno, infatti, si ritrovano disposizioni che indirizzano la pubblica amministrazione verso la scelta del contraente che comporti la minor spendita di denaro possibile.

---

<sup>375</sup> Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 189: "As mentioned above, the UNCITRAL Model Law follows the principle of value for money. This principle is the decisive basis on which procurement contracts are awarded. The award of the procurement to the lowest bid is probably the simplest and most objective decision criterion but it does not allow for the inclusion of any other evaluation criteria than price and hence does not consider procurement concerns, such as the sustainability of the product or service."

Non solo a livello generale, ma anche a livello speciale, è previsto che nella selezione dell'offerta migliore possa essere utilizzato anche solamente il criterio del prezzo più basso.

Il che significa, in altre parole, che il miglior contraente sarà necessariamente quell'impresa che incida il meno possibile sulla spesa pubblica.

Inoltre, un primo indicatore della presenza del principio contabilistico anche all'interno della disciplina internazionale ora in esame già si poteva trovare nel Preambolo del Trattato stesso, laddove in maniera chiara ed esplicita si stabilisce che uno degli obiettivi principali perseguiti dalla Model Law è proprio quello di “*maximizing economy [in public procurements]*.”

Ciò posto, è necessario fare una precisazione che porta all'emersione di un altro lato del principio di contabilità.

È stato già dimostrato che il principio contabilistico, o se si vuole usare il lessico della Model Law il principio di “*economy*”, in generale impone alla PA di orientare le proprie scelte verso il contraente che comporti la minor spesa di denaro possibile, ma in alcuni casi una scelta che si basi solamente sul parametro del prezzo più basso potrebbe non rappresentare una scelta ottimale per l'amministrazione<sup>376</sup>.

In quest'ultimo scenario, dunque, è opportuno che nel momento di ricerca del contraente l'amministrazione affianchi al criterio del prezzo più basso anche altri e diversi criteri che, per l'appunto, non siano ricollegati al prezzo.

In tal modo l'amministrazione ricerca il “*Best Value for Money*” ossia il miglior rapporto qualità prezzo: anche in questo caso permane sempre il nocciolo duro o storico del principio contabilistico per cui la PA considera più conveniente un'offerta che comporti una minore spesa di denaro rispetto ad un'offerta che comporti un esborso maggiore; ma la decisione finale di aggiudicare il contratto si baserà anche su altri fattori che impongono di bilanciare le esigenze di contabilità pubblica anche con altri criteri volti ad assicurare all'amministrazione la qualità del prodotto che intende acquistare.

Come si è visto nell'analisi della UNCITRAL Model Law on Public Procurement del 2011, sia la disciplina generale dei criteri di selezione dell'offerta, sia la disciplina speciale che regola la procedura standard di *open tendering*, prevedono ed incoraggiano tale possibilità garantendo alla stazione appaltante la facoltà di utilizzare anche criteri di scelta delle offerte che non siano ricollegati esclusivamente al prezzo<sup>377</sup>.

---

<sup>376</sup> Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 189.

<sup>377</sup> Sul punto cfr. anche S. ARROWSMITH, *National and International Perspectives on the Regulation of Public Procurement: Harmony or Conflict?*, op. cit., p. 7 dove l'A. a proposito degli obiettivi

Inoltre, sempre nell'ottica di raggiungere il miglior rapporto qualità prezzo, non va dimenticata la regola generale dettata dall'art. 11 in base al quale, ad ogni modo, i criteri di selezione dell'offerta diversi dal prezzo debbano comunque riferirsi all'oggetto sostanziale dell'appalto, in questo modo evitando l'introduzione di criteri irrilevanti o anche, eventualmente, discriminatori che prevedano favoritismi nei confronti solo di alcuni partecipanti, a garanzia quindi anche del *favor participationis*.<sup>378</sup>

Ancora, sempre a sostegno di questa tesi, può essere citata anche quella parte della normativa internazionale che si riferisce ai requisiti di qualificazione dei concorrenti: una determinata impresa che sia in grado di offrire alla pubblica amministrazione un bene al prezzo più basso sul mercato, se questa risulta carente dei requisiti di partecipazione ex artt. 8 e 9 della Model Law, o ancora, se risulta coinvolta in episodi di corruzione o conflitto di interessi ex artt. 21 e 26, dovrà essere esclusa dalla gara e la stazione appaltante dovrà pertanto ricercare un altro contraente.

Tale concezione di “*economy*” è, tra l'altro, quella fatta propria dalla stessa UNCITRAL, la quale nella definizione di tale principio stabilisce che “*Economy in procurement means an optimal relationship between the price paid and other factors, which include the quality of the subject matter of the procurement, and presupposes that the public purchaser's need are in fact met.*”<sup>379</sup>

In conclusione quindi pare corretto affermare che la UNCITRAL Model Law del 2011, a seconda dei casi e nel rispetto di determinate garanzie, si basi anche sul principio contabilistico inteso in una duplice eccezione: in senso stretto (*strict economy*) di ricerca del contraente che comporti solamente il minor esborso di denaro possibile ed anche in senso ampio (*best value for money*) che comporti il miglior rapporto qualità prezzo.

---

perseguiti dalla UNCITRAL Model Law scrive che: “*The main concern is normally with obtaining 'value for money' (or 'economy') in procurement – that is, successfully acquiring the goods or services required, on the best possible terms. [...] Not surprisingly, this objective is prominent in the UNCITRAL Model Law, which places the objective of 'maximizing economy' in procurement at the top of the list of objectives in its preamble, and most of the provisions of both the Model Law and of national procurement systems are primarily concerned with this objective.*”

<sup>378</sup> Cfr. Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, p. 85, punto 2: “*The main rule as set out in paragraph (a) of the article [art. 11] is that, except for socio-economic criteria covered by paragraph (3) of the article, all evaluation criteria applied by the procuring entity must relate to the subject matter of the procurement. This rule is a cornerstone to ensure best value for money and objectivity in the process, and to avoid misuse of the procedure through using other, irrelevant, criteria for the purpose of favoring a particular supplier or contractor or group of suppliers or contractors.*”

<sup>379</sup> Cfr. Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, p. 36, punto 3.

### 3.9.3 *L'emersione del principio di anticorruzione*

Oltre l'obiettivo di garantire la massima concorrenza possibile e di spendere la minor quantità possibile di denaro pubblico, la Model Law persegue anche l'obiettivo di rendere la procedura di evidenza pubblica il più trasparente possibile.

In tal senso, le disposizioni del Trattato internazionale che mirano ad implementare la trasparenza all'interno della gara sono molteplici: dagli obblighi di pubblicazione e di diffusione della normativa in materia di appalti pubblici, fino alla redazione e comunicazione dei *solicitation documents*, passando anche per le comunicazioni e lo scambio di informazioni tra la stazione appaltante e i singoli concorrenti all'interno della gara<sup>380</sup>.

A garanzia anche del principio concorrenziale per cui tutti i concorrenti riceveranno lo stesso trattamento, tali norme hanno anche lo scopo di rendere edotti i partecipanti di come in concreto si svolgerà la gara.

In altre parole, prima che cominci la procedura di evidenza pubblica, il singolo concorrente deve essere in grado di sapere, ad esempio, quali sono i requisiti di partecipazione necessari per partecipare, in base a quali criteri saranno analizzate queste idoneità, in base a quali criteri saranno valutate le offerte presentate, entro quale termine ci si può qualificare, entro quale termine si può presentare l'offerta e via dicendo.

Ma il principio di trasparenza, come è noto, non costituisce solo un mero obbligo per la pubblica amministrazione di rendere trasparente il proprio agire all'interno della procedura di evidenza pubblica.

Per sua natura, tale principio, rendendo immediatamente conoscibile all'esterno ciò che si svolge in sede di gara, costituisce anche un utilissimo strumento per evitare che all'interno della gara stessa si verifichino episodi di corruzione o conflitti di interesse<sup>381</sup>.

---

<sup>380</sup> Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 191.

<sup>381</sup> Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 191: “[Transparency] is of great advantage with view to accountability: public procurement officials know all their decisions and actions need to be justified and can be scrutinized. This not only impedes corrupt activities but might also enhance well-reasoned decision-making.”

La UNCITRAL Model Law on Public Procurement del 2011, a riguardo, prevede anche varie disposizioni specifiche che sembrano ispirate proprio al principio di contrasto ai fenomeni corruttivi.

Il principio della lotta ai fenomeni corruttivi, in generale, secondo la Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, viene inteso come “*both the avoidance of corruption and abuse and the notion of personnel involved in procurement applying the rules of the Model Law and, in so doing, acting ethically and fairly, avoiding conflicts of interest.*”<sup>382</sup>

A tal proposito, nel dettaglio, la Model Law prevede due disposizioni di carattere generale, gli artt. 21 e 26, i quali impongono la creazione di un codice di condotta interno valevole per tutti i membri della pubblica amministrazione e prevedono anche una serie di ipotesi al ricorrere delle quali un operatore economico debba essere escluso dalla gara per motivi relativi al compimento di atti di corruzione o di conflitto di interessi.

In questo modo il principio di anticorruzione si intreccia e diventa funzionale al raggiungimento dell’obiettivo di Best Value for Money: aggiudicare un contratto ad un operatore economico carente di tali requisiti morali, o che si trovi in una situazione di conflitto di interessi, o che sia stato coinvolto in episodi di corruzione impedirebbe il raggiungimento dell’obiettivo di VfM in quanto, in primo luogo, l’immagine della PA risulterebbe compromessa e perderebbe di credibilità nei confronti dei suoi contribuenti, in secondo luogo, inoltre, verosimilmente, l’esecuzione del contratto pubblico non sarebbe più indirizzata al raggiungimento di fini pubblici, ma sarebbe finalizzata al raggiungimento di altri scopi in questo caso eterodeterminati dall’aggiudicatario.

In altre parole, grazie a queste disposizioni, viene garantito il raggiungimento degli obiettivi sopra elencati di “*promoting the integrity of, and fairness and public confidence in, the procurement process*” e di “*achieving transparency in the procedures relating to procurement.*”

---

<sup>382</sup> Cfr. Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, p. 43, punto 28.

## CAPITOLO 4

### GLI APPALTI FINANZIATI DALLA WORLD BANK

**Sommario:** 4. Gli appalti finanziati dalla World Bank; 4.1 Premessa: profili istituzionali e funzioni della World Bank; 4.2. Operazioni preliminari; 4.3 Le World Bank Procurement Regulations for IPF Borrowers per l'acquisto di beni, lavori e servizi: Ambito di applicazione, policy e principi generali; 4.4 Governance; 4.5 La preparazione della gara, i documenti ufficiali e il loro contenuto; 4.6 La scelta della modalità di gara e di approccio al mercato; 4.7 I requisiti di partecipazione; 4.8 La presentazione delle offerte e i criteri di valutazione; 4.9 La prevenzione dei conflitti di interesse e la lotta ai fenomeni corruttivi; 4.10 Conclusioni; 4.10.1 L'emersione del principio di concorrenza; 4.10.2 L'emersione del principio di contabilità; 4.10.3 L'emersione del principio di anticorruzione.

#### 4.1 Premessa: profili istituzionali e funzioni della World Bank.

La World Bank (WB) è una organizzazione finanziaria internazionale che fu istituita insieme al Fondo Monetario Internazionale (FMI) nel luglio del 1944 a seguito degli accordi di Bretton Woods<sup>383</sup>.

---

<sup>383</sup> Ad oggi il termine World Bank è utilizzato in via esemplificativa per indicare una istituzione più complessa e articolata: sarebbe infatti più corretto parlare di World Bank Group, il quale è composto da cinque diversi enti.

Cfr. a riguardo K. MARSHALL, *The world bank from reconstruction to development to equity*, Routledge, Oxon, 2008, p. 6: “*The World Bank should be seen as composed of several different institutions, with different characters and mandates. The principal institutions include the IBRD, also confusingly called the World Bank; the International Development Association (IDA), created in 1960 as a fund for concessional financing; and the International Finance Corporation (IFC), which lends to private companies for private-sector projects. [...] The World Bank Group also includes two other distinct though much smaller legal entities. The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) provides insurance to private companies against political risk, and the International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICISD) completes the World Bank Group.*”

Essa è una organizzazione internazionale di tipo chiuso in quanto è composta solamente dagli Stati che già siano parte del Fondo Monetario Internazionale ed ogni Stato, all'interno della World Bank, è firmatario di una quota azionaria variabile che viene determinata in base ad alcuni fattori come il reddito, i flussi commerciali e le riserve ufficiali<sup>384</sup>.

La sua struttura richiama l'idea di una "cooperativa di stati" in quanto possono essere membri della World Bank solamente gli Stati sovrani e i suoi servizi sono effettuati a favore dei suoi membri più poveri anche se, tuttavia, non bisogna scordare che gli equilibri di *governance* interni alla WB, determinati in primo luogo dall'accentramento delle maggioranze delle quote azionarie a favore dei Paesi più ricchi, comportano l'indebolimento del fine mutualistico in quanto il potere decisionale è accentrato nelle mani di questi ultimi, i quali, in ultima analisi, devono decidere caso per caso se aiutare o meno i Paesi più poveri<sup>385</sup>.

In principio, la World Bank era denominata International Bank for Reconstruction and Development (IBRD) e la sua funzione originaria era, appunto, quella di finanziare la

---

Inoltre, a seguito della creazione delle Nazioni Unite, dopo diverse discussioni, fu raggiunto un accordo per far diventare sia la WB che il FMI agenzie speciali delle Nazioni Unite, pur mantenendo alcuni caratteri di specialità.

Infatti, come prosegue la stessa K. MARSHALL, *The world bank from reconstruction to development to equity*, op. cit., p. 35, "After several rounds of rather tense discussions, these leaders reached a formal agreement in November 1947 making the World Bank and the IMF specialized agencies of the UN. However, they were and have remained 'rather special agencies.' The clear intention of the World Bank and the IMF to maintain their financial autonomy gave rise to complex arrangements for coordinating the work of both institutions with the UN system."

Per un'analisi approfondita della storia, struttura e funzioni della World Bank si rinvia, *ex multis*, a WORLD BANK STAFF, *Guide to the World Bank*, World Bank Publications, Washington, 2003; WORLD BANK GROUP, *The World Bank Group A to Z*, World Bank Publications, Washington, 2016.

<sup>384</sup> Cfr. International Bank for Reconstruction and Development, Articles of Agreement, art. 2, section I, lett. a), b).

Sul punto cfr. anche U. DRAETTA, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 63, dove a riguardo della membership della WB si specifica che "in alcuni casi, la qualità di membro di un'organizzazione internazionale è un requisito indispensabile per essere membro di un'altra organizzazione internazionale, come avviene, per esempio, per la BANK [acronimo che sta ad indicare la World Bank], i cui membri devono anche essere membri dell'IMF (art. II, sez. I, dell'accordo istitutivo della BANK)."

<sup>385</sup> Cfr. A.M. BOCCHI e M. PIAZZA, *La Banca Mondiale*, Il mulino, Bologna, 2007, p. 27: "La Banca Mondiale è spesso definita come una 'cooperativa di Stati' dal momento che possono farne parte solo Stati sovrani e i suoi servizi sono rivolti ai (più poveri tra i) paesi membri. La natura mutualistica tende però a smarrirsi in un'istituzione il cui potere decisionale è nelle mani dei paesi più ricchi e i cui clienti sono i membri più poveri."

ricostruzione post bellica dei Paesi Europei e Asiatici usciti devastati dal secondo conflitto mondiale<sup>386</sup>.

Esaurita la prima delle sue funzioni, essa si è concentrata sulla sua seconda grande missione istituzionale, ossia la riduzione della povertà e la sulla promozione dello sviluppo delle Nazioni più arretrate<sup>387</sup>.

Questa sua missione è stata caratterizzata da una spiccata eterogeneità di interventi in quanto, con il passare del tempo, il concetto di promozione dello “sviluppo” si è arricchito sempre di nuovi significati e contenuti (dagli aiuti per la transizione delle economie dei Paesi ex socialisti fino ad arrivare alla tutela dell’ambiente), così come ci si rese conto (grazie anche alle teorie di importanti economisti, tra cui premi Nobel per l’economia) che il concetto di povertà non è

---

<sup>386</sup> *Ex multis*, sulla storia e le attività compiute dalla World Bank nei primi anni della sua istituzione si rinvia a M. ALACEVICH, *The Political Economy of the World Bank: The Early Years*, Stanford University Press, Stanford, 2009, 2; D. KAPUR, J. P. LEWIS e R. C. WEBB, *The World Bank: History*, Brookings Institutions Press, Washington, 1997, 10; E. S. MASON e R. E. ASHER, *The World Bank since Bretton Woods*, Brookings Institutions, Washington, 1973.

Inoltre, come è stato sottolineato dalla dottrina in relazione ai primi anni di attività della World Bank, fin da subito ci si rese conto che il compito di ricostruire il mondo post bellico era una sfida troppo grande per la neoistituita organizzazione internazionale, la quale, tra le tante cose, si trovava ancora in una situazione di assestamento, con un sistema di finanziamento provvisorio, pochi fondi a disposizione, poco personale e procedure ancora da sviluppare. Questa missione, come è noto, fu poi assolta principalmente dal Governo americano tramite l’elaborazione del Piano Marshall.

A riguardo anche K. MARSHALL, *The world bank from reconstruction to development to equity*, op. cit., p. 29, ribadisce che: “*However, the postwar reconstruction challenges were soon recognized to be vastly greater and more urgent than the fledging institution was in any position to meet. Further, the Bank’s financing structure was still provisional, untested, and heavily dependent on the capital the US had paid in dollars; the institution had no operating procedures and only a small staff. These circumstances led the US government to rethink its approach to reconstruction, and to design a US-led and US-financed process that left the World bank entirely to the side. Secretary of State George C. Marshall announced the Marshall Plan (or the European Recovery Program, as it was formally known) in June 1947 in an address at Harvard University, and it immediately became the focus and fulcrum for reconstruction.*”

<sup>387</sup> Cfr. A.M. BOCCHI e M. PIAZZA, *La Banca Mondiale*, op. cit., p. 52 dove si legge che: “*Una delle più importanti fonti di assistenza allo sviluppo, la banca mondiale ha l’obiettivo di trasformare le risorse dei paesi ricchi in crescita e sviluppo dei paesi poveri. L’ispirazione di fondo è rimasta quella delle origini: lo sviluppo e la prosperità mondiali sono essenziali per evitare squilibri economico-sociali che comportino altre guerre. Le priorità concrete sono però mutate nel corso del tempo; la ricostruzione postbellica e la costruzione di infrastrutture nei paesi poveri prima, il contenimento delle crisi, l’equilibri macroeconomico e le liberalizzazioni poi e, oggi, la lotta alla povertà, il miglioramento delle condizioni di vita nel mondo in via di sviluppo e la riduzione del divario Nord-Sud.*”

causato solamente dalla scarsità di reddito o di consumi ma anche da altri fattori molto diversi tra di loro<sup>388</sup>.

In base a ciò, essendo impegnata su più fronti, l'azione della WB ha assunto progressivamente un approccio sempre più multidisciplinare e multisettoriale su scala globale<sup>389</sup>.

Le sue operazioni dunque, dunque, coprono moltissimi ambiti<sup>390</sup>, dal privato al pubblico, tra cui, per citarne alcuni, possono essere citati gli interventi in materia di educazione, salute, nutrizione, protezione del territorio, sviluppo agricolo, lotta alla corruzione, ed anche in

---

<sup>388</sup> Si fa riferimento, ad esempio, al premio Nobel per l'economia nel 1998, Amartya Sen il quale aveva rilevato come la povertà fosse composta da più facce. Al fine di combatterla in maniera efficace, non è necessario guardare solo ai mezzi volti a contrastare la scarsità di reddito o di consumi, ma bisogna anche intervenire sulla mancanza di opportunità educative, assenza di cure mediche, malnutrizione, vulnerabilità agli eventi naturali e ai conflitti armati ed anche alla ridotta rappresentanza politica.

<sup>389</sup> Cfr. K. MARSHALL, *The world bank from reconstruction to development to equity*, op. cit., p. 22, dove l'A. afferma che: "*The World bank, among others development institutions, is privileged by its global reach, multilateral character, access to resources, and breadth of activity. This explains both the central role it plays on development issues as different as avian flu, global warming, clean water supplies, preschool education, and nutrition, and also, to a degree, the lightening rod of controversy it attracts.*"

<sup>390</sup> Per avere un'idea più precisa dei tanti settori in cui opera la World Bank basta anche guardare ai c.d. "*Millennium Development Goals*", ossia una serie di obiettivi, comuni a tutti i Paesi, proclamati in sede di Assemblea Generale delle Nazioni Unite a ridosso dell'inizio del XXI secolo e da raggiungersi tramite l'azione congiunta di più soggetti internazionali, quali, appunto la World Bank.

Cfr. WORLD BANK STAFF, *Guide to the World Bank*, op. cit., p. 34: "*The Millennium Development Goals identify -and quantify- specific gains that can be made to improve the lives of the world's poor people. The aim is to reduce poverty while improving health, education, and the environment. These goals were endorsed by 189 countries at the September 2000 UN Millennium General Assembly in New York. They provide a focus for the efforts of the World Bank Group, other multilateral organizations, governments, and other partners in the development community -a focus on significant, measurable improvements. Sometimes abbreviated as MDGs, the Millennium Development Goals grew out of the agreements and resolutions of world conferences organized by the U.N. in the past decade.*"

Come si legge sempre in WORLD BANK STAFF, *Guide to the World Bank*, op. cit., p. 35, i *Millennium Development Goals* del 2000 erano i seguenti: "*Eradicate extreme poverty and hunger: halve the proportion of people living on less than one dollar a day, halve the proportion of people who suffer from hunger; Achieve universal primary education: ensure that boys and girls alike complete primary schooling; Promote gender equality and empower women: eliminate gender disparity at all levels of education; Reduce child mortality: reduce by two-thirds the under-five mortality rate; Improve maternal health: reduce by three-quarters the maternal mortality rate; Combat HIV/AIDS, malaria, and other diseases: reverse the spread of HIV/AIDS, reverse the incidence of malaria and other major diseases; Ensure environmental sustainability: integrate sustainable development into country policies and reverse loss of environmental resources, halve the proportion of people without access to potable water, significantly improve the lives of at least 100 million slum dwellers; Develop a global partnership for development: raise official development assistance, expand market access, encourage debt sustainability.*"

particolare gli investimenti nelle infrastrutture e risorse umane, così come varie azioni a tutela dell'ambiente, disparità di genere e tanti altri<sup>391</sup>.

Oggi, dunque, la sua funzione prioritaria è quella di “*to end extreme poverty*” e di “*to promote shared development*.”<sup>392</sup>

Per raggiungere questi scopi la WB (nello specifico ci si riferisce alla IBRD), fin dalla sua istituzione, ha operato a stretto contatto con i governi dei Paesi più in difficoltà a favore dei quali, tra i vari mezzi a sua disposizione<sup>393</sup>, può concedere anche finanziamenti per realizzare importanti commesse pubbliche, la cui realizzazione si inserisce in un disegno più ampio<sup>394</sup>.

La World Bank svolge in questo caso operazioni di Investment Project Financing (IPF): uno Stato A elabora un progetto di sviluppo della propria economia generale e di crescita; tale progetto viene discusso insieme alla World Bank e ad altri eventuali finanziatori (come ad esempio, il FMI); se approvato, la World Bank fornisce allo Stato A i fondi per eseguirlo, per intero o anche solo in parte; questi fondi, nel dettaglio, verranno poi utilizzati dallo Stato A per realizzare le operazioni comprese nel progetto tra cui lo svolgimento di tutte le gare pubbliche

---

<sup>391</sup> Per un esame più approfondito dei singoli settori di intervento della World Bank si rinvia a WORLD BANK STAFF, *Guide to the World Bank*, op. cit., p. 109 e ss.

<sup>392</sup> Come si legge anche nella sezione I del Procurement Guidance, A beginners guide for Borrowers, Procurement under World Bank Investment Project Financing, redatto ufficialmente dalla World Bank: “*The World Bank Group (WBG) is one of the world’s largest sources of funding and knowledge for developing countries. The WBG has two goals; 1. to end extreme poverty; and 2. promote share prosperity in a sustainable way. The WBG comprises five institutions. These institutions work together for sustainable solutions that reduce poverty and build shared prosperity in developing countries.*”

<sup>393</sup> Per l’analisi delle varie modalità di intervento della World Bank si rinvia a WORLD BANK STAFF, *Guide to the World Bank*, op. cit., p. 33 e ss.

<sup>394</sup> La World Bank fin da subito ha utilizzato questa modalità d’intervento finanziando le gare pubbliche svolte da vari Paesi sparsi in tutto il mondo.

In merito ai caratteri dei primi appalti finanziati dalla World Bank, T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, in *Public Procurement: Global Revolution* (editori S. ARROWSMITH e A. DAVIES), Kluwer Law International, Londra, 1998, p. 141, scrive che: “*The nature of the existing World Bank procedures is to some extent a factor of the historical origin of World Bank procurement. It is therefore useful to highlight a few points relating to early World Bank procurement. First it can be noted that the World Bank’s first ventures were into large-scale industrial projects, such as infrastructures, steel mills, dams and pulp and paper mills. These projects required set forms of bidding document and contract to cope with the very large size of these early projects: thus forms for the procurement of works, consultancies and goods were developed. Only the largest firms could undertake such projects; they were able to employ many of their own permanent staff. Secondly, there was difficulty in communications after the Second World War, especially in the Third World Countries. There was little telex, scarce courier services and no computers. Airmail was a comparatively new phenomenon. Thirdly, there was a very different procurement philosophy, as already mentioned in the introduction.*”

necessarie a tal fine, le quali costituiscono, di norma, lo strumento più importante per portare a compimento l'intero progetto<sup>395</sup>.

Queste gare, dunque, possono essere inquadrare come appalti pubblici di carattere internazionale in quanto finanziati, in tutto o in parte, dalle risorse concesse dalla WB.

Tali contratti pubblici presentano immediatamente tre importanti peculiarità.

La prima è che il rapporto giuridico alla base dell'intera operazione è tripartito: la Banca Mondiale concede un prestito allo Stato A per realizzare una gara pubblica, lo Stato A che riceve i fondi (Borrower) svolge la gara e infine l'eventuale impresa aggiudicataria stipula il contratto direttamente con lo Stato A; durante tutta la procedura, comunque, è presente la Banca Mondiale che ne controlla il regolare svolgimento.

La seconda è che la concessione dei fondi necessari per la realizzazione della gara pubblica ha sempre come obiettivo ultimo quello di *“to end extreme poverty”* e di *“to promote shared development.”*

La terza è che la gara si dovrà svolgere alla luce delle regole previste dalla WB in materia di evidenza pubblica.

Tali regole precedentemente erano contenute nelle Bank Guidelines on Procurement under IBRD Loans and IBRD Credit del 1995 e, per quanto riguarda l'affidamento dei contratti di consulenza, nelle Guidelines on the Use of Consultants by World Bank Borrowers and by the World Bank as Executing Agency del 1997<sup>396</sup>.

---

<sup>395</sup> Secondo la definizione fornita dalla stessa World Bank, nello specifico *“Investment Project Financing (IPF) is one of the ways Bank financing is provided to countries. This can take the form of a IBRD loan, or IDA credit/grant or guarantee. IPF supports projects with defined development objectives, activities, and results, and disburses the financing against specific eligible expenditures. IPF provides funding for activities that produce the physical/social infrastructure necessary to reduce poverty and create sustainable development. To create this infrastructure, Borrowers use the funds from IPF grants, loans and credits to procure Goods, construction (Works), other Non-Consulting and Consulting Services.”* (Sezione I, p. 2, del Procurement Guidance, A beginners guide for Borrowers, Procurement under World Bank Investment Project Financing.)

<sup>396</sup> Come sottolineato da F. BORSON, *Reforms under the World Bank Procurement and the Policy implications for Developing Countries*, in European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL), 12, n. 2, 2017, p. 148, la riforma della previgente normativa si era resa necessaria in quanto questa risultava ormai obsoleta ed inadatta a soddisfare le moderne e molteplici esigenze delle PP.AA. Secondo l'autore, infatti: *“In 2012, the Bank launched a three-year comprehensive reform process into its procurement policies, leading to the adoption of a new policy framework on procurement. The reform aims at modernizing the Bank's procurement approach and to move away from a one-size-fits-all policy to a fit-for-purpose policy approach- This review process is significant in that, it fundamentally reviewed the Bank's operational policies, its internal governance structure and its overall policy objectives.”*

Oggi invece, a seguito di recenti riforme, questi testi sono stati modificati e sostituiti dalle Procurement Regulation for IPF Borrowers (WB Procurement Regulations) che regolano sia l'affidamento dei contratti di beni, lavori e servizi in generale, sia dei contratti di consulenza<sup>397</sup>. Per quanto riguarda la loro natura giuridica, le WB Procurement Regulations possono essere inquadrate come fonti di terzo grado del diritto internazionale, in quanto atti emanati da una organizzazione internazionale, e pertanto subordinate alla consuetudine e ai trattati<sup>398</sup>. Tali norme hanno valenza esterna, chiaramente *inter partes*, in quanto si rivolgono nei confronti degli Stati membri della WB che richiedono il finanziamento e hanno anche efficacia vincolante, considerato, appunto, che per espressa disposizione trovano necessaria applicazione laddove una gara pubblica sia finanziata dalla WB<sup>399</sup>.

---

<sup>397</sup> Per un'analisi dettagliata delle principali differenze tra l'attuale normativa e la sua versione antecedente si rinvia a W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, Bloomsbury Publishing Plc, 2017, pp. 58 e ss.

*Ex multis*, sulle vigenti World Bank Procurement Regulations si vedano anche W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit.; J. GORSKI, *The World Bank's New Procurement Regulations*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, 11, n. 4, 2016, pp. 301-310; P. TREPTE, *All change at the World Bank? The new procurement framework*, in *Public Procurement Law Review*, 4, 2016, 123; S. WILLIAMS-ELEGBE, *The Changes to the World Bank's Procurement Policy and the implications for African Borrowers*, in *African Public Procurement Law Journal*, 29, 2014.

<sup>398</sup> Cfr. U. DRAETTA, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, op. cit., p. 194 dove, in generale, in merito agli atti emanati dalle organizzazioni internazionali si afferma che: “*La produzione di atti giuridici da parte degli organi delle organizzazioni internazionali riposa su apposite previsioni statutarie e, quindi, costituisce diritto secondario nel contesto delle fonti dell'ordinamento interno dell'organizzazione. Tali atti giuridici possono avere una rilevanza meramente interna, cioè nell'ambito del solo ordinamento interno dell'organizzazione, o anche una rilevanza internazionale, perché diretti ad altri soggetti di diritto internazionale o, comunque, implicanti degli obblighi per questi ultimi. In questo secondo caso gli atti emanati dalle organizzazioni internazionali sono atti giuridici internazionali e, in particolare, fonti di terzo grado del diritto internazionale, dopo, cioè, le consuetudini e, per alcuni, i principi (fonti di primo grado) e dopo i trattati (fonti di secondo grado).*”

<sup>399</sup> Cfr. U. DRAETTA, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, op. cit., pp. 199 e ss., dove l'A. dopo aver ribadito che l'emanazione da parte delle organizzazioni internazionali di atti aventi natura vincolante rappresenta più l'eccezione che la regola, in merito agli effetti di tali atti specifica a riguardo che “*Gli atti di natura vincolante possono avere, a carico degli Stati membri, sia un effetto, per così dire, reale, che obbligatorio. Nel primo caso (si consideri, ad esempio, la determinazione del pagamento di un contributo) non v'è bisogno di alcun provvedimento dello Stato perché l'atto possa dispiegare i suoi effetti. Nel secondo caso, che è molto più frequente, l'emanazione dell'atto da parte dell'organizzazione internazionale comporta l'obbligo per gli Stati membri di adottare i necessari procedimenti interni di esecuzione e attuazione, a seconda delle rispettive norme costituzionali. Se gli Stati non adempiono quest'obbligo, incorrono in una responsabilità internazionale, oltre che ai sensi dell'ordinamento interno dell'organizzazione.*”

Infine, se si guarda la normativa sostanziale ivi contenuta, l'intera procedura di affidamento dei contratti pubblici finanziati dalla WB può essere in generale divisa in due grandi macro aree: la prima riguarda una serie di operazioni preliminari che devono essere svolte principalmente tra lo Stato che richiede il prestito e la Banca; la seconda riguarda lo svolgimento vero e proprio della gara pubblica ad opera dello Stato borrower secondo le regole previste nelle WB Procurement Regulations.

## 4.2 Operazioni Preliminari

Le operazioni preliminari si aprono con delle riunioni esplorative e conoscitive durante le quali la WB ed uno Stato discutono delle strategie necessarie per ridurre la povertà e promuovere lo sviluppo di quest'ultimo<sup>400</sup>.

Scelta una determinata strategia da seguire, si apre una fase istruttoria dove lo Stato elabora un proprio progetto<sup>401</sup> per raggiungere gli obiettivi di cui sopra, lo discute in Parlamento, e

---

<sup>400</sup> A riguardo si è soliti parlare di “*project cycle*” dei progetti finanziati dalla Banca Mondiale. Le fasi che portano all'approvazione ed esecuzione del progetto sono cinque e possono essere così schematizzate: identificazione, preparazione, approvazione, negoziazione del prestito, esecuzione del progetto.

Nello specifico durante la prima fase, ossia “*During identification, both governments and the Bank are involved in analyzing development strategies for the borrower's economy as a whole and in identifying projects that support those strategies. When the project identification is completed, the Project Information Document (PID) will be available through the World bank's Project Database. The PID includes contact information for the Project Implementing Agency, as well as the World Bank Task Team Leader.*” Cfr. Il sito ufficiale della World Bank, presso <https://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/monthly-operational-summary>

Per un'analisi analitica dello svolgimento del *project cycle* si rinvia a W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., pp. 77 e ss.; WORLD BANK STAFF, *Guide to the World Bank*, op. cit., p. 55 e ss.

Cfr. Anche T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, in *Public Procurement: Global Revolution*, op. cit., p. 143.

<sup>401</sup> Cfr. A.M. BOCCHI e M. PIAZZA, *La Banca Mondiale*, op. cit., p. 56, dove gli AA. dopo aver specificato che l'approccio della World Bank è un approccio di tipo casistico, nel senso che “*non esistono ricette da applicare in maniera rigida, e che per accrescere l'efficacia delle operazioni, ogni intervento dovrebbe (cercare di) tenere conto delle specificità del contesto locale e delle interrelazioni tra i diversi aspetti -economici, sociali, istituzionali - dello sviluppo*”, tale approccio si traduce nella “*redazione -da parte dei paesi in via di sviluppo- di proprie strategie per la riduzione della povertà e la loro presentazione in parlamento e alla comunità internazionale. In concreto, ogni governo -anziché adeguarsi passivamente ai desiderata delle istituzioni multilaterali e dei donatori bilaterali - presenta un proprio documento che, formalizzando le priorità del paese, specifica le attività previste nei tre anni*

successivamente lo espone alla WB alla quale indica, in concreto e tramite determinati documenti standard previsti dalla WB, in che modo intende attuarlo, gli strumenti necessari (ossia, le gare pubbliche che intende svolgere) e i fondi di cui necessita<sup>402</sup>.

In particolare, durante la fase di preparazione del progetto prescelto, considerato che spesso trattasi di operazioni di notevole grandezza e complessità, lo Stato, come spesso accade, può scegliere di ingaggiare una società di consulenza al fine di farsi aiutare nella redazione del progetto stesso<sup>403</sup>.

---

*successivi, esponendo in dettaglio le politiche macroeconomiche, sociali, e istituzionali necessarie per lo sviluppo, i piani strategici di riforma, le principali fonti di finanziamento e gli aiuti finanziari dall'estero di cui necessita.”*

<sup>402</sup> Secondo la World Bank, presso <https://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/monthly-operational-summary>, “*Preparation is the responsibility of the borrower. During preparation, the technical and institutional alternatives for achieving a project’s objectives are identified and discussed. Preparation usually requires feasibility studies followed by more detailed studies of the alternatives that promise to yield the most satisfactory results. The environmental assessment is usually carried out during this phase -see below for more information on environmental assessment. In this stage of the project cycle, borrowers often supplement their own efforts by hiring consultants to carry out a major part of the work.*”

Tra i documenti più importanti che lo Stato borrower deve fornire durante la fase di istruzione del progetto vi sono il Project Procurement Strategy for Development (PPSD) e il Procurement Plan (PP), i quali sono disciplinati nelle World Bank Procurement Regulation for IPF Borrowers, Section IV, 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.5.

In sintesi, il Project Procurement Strategy for Development, ai sensi dell’art. 4.1, è necessario per ogni Progetto finanziato tramite IPF e “*shall address how procurement activities will support the development objectives of the project and deliver the best Value for Money (VfM) under a risk-based approach. It shall provide adequate justification for the selection methods in the Procurement Plan. The level of detail and analysis in the PPSD shall be proportional to the risk, value and complexity of the project procurement.*”

Il Procurement Plan, invece, ai sensi dell’art. 4.4 “*shall include: a. a brief description of the activities/contracts; b. the selection methods to be applied; c. cost estimates; d. time schedules; e. the Bank’s review requirements; f. the applicable Procurement Documents; and g. any other relevant procurement information.*”

<sup>403</sup> Come evidenziato in T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 143, “*Many consultancy contracts are awarded in connection with World bank projects. At the start of a project, consultancies are more frequent than later on. They can vary from pre-investment studies, through services for implementation to smaller services by individual consultants. [...] The Bank seeks to encourage and develop domestic consulting firms. Therefore, foreign consulting firms are encouraged to sub-contract as much work as possible to domestic firms, and their bids are marked up for their efforts towards this end.*”

Anche questo aspetto è disciplinato dalle regole della World Bank la quale fissa alcuni principi e norme che devono essere rispettati anche nella procedura di scelta della società di consulenza<sup>404</sup>.

Successivamente, la WB sulla base dei dati forniti dallo Stato e/o di quelli acquisiti direttamente da lei decide se approvare o meno il progetto in questione, il quale, tuttavia, ancora non risulta eseguibile<sup>405</sup>.

Infatti, parallelamente allo svolgimento delle fasi appena elencate, lo Stato negozia con la World Bank l'accordo per il prestito vero e proprio (c.d. Loan Agreement)<sup>406</sup> e, una volta che quest'ultimo è stato concesso ed è divenuto effettivo, inizia la fase di implementazione del progetto, ossia, viene indetta dallo Stato borrower la procedura di evidenza pubblica preventivamente approvata e necessaria per la riuscita del progetto<sup>407</sup>.

---

<sup>404</sup> Le principali norme che regolano il procedimento di selezione delle società di consulenza sono contenute nella sezione VII, artt. 7.1-7.34, della World Bank Procurement Regulation for IPF Borrowers.

<sup>405</sup> Sempre secondo la World Bank, presso <https://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/monthly-operational-summary>, "Project Appraisal, the responsibility of the Bank, provides a comprehensive review of all aspects of the project (technical, institutional, economic, and financial) and lays the foundation for implementing the project and evaluating it when completed. Conducted by Bank staff, project appraisal may be supplemented by individual experts. A Project Appraisal Document (PAD) is published following this stage."

<sup>406</sup> Sempre secondo la World Bank, presso <https://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/monthly-operational-summary>, "During Negotiations, discussions are held between the Bank and the borrower and agreements reached are contained in the draft loan, credit or grant documents. Upon completion of negotiations, the project is then presented to the Executive Directors of the Bank for their consideration. After approval, the loan, credit or grant agreement is signed."

Cfr. Anche T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, in *Public Procurement: Global Revolution*, op. cit., p. 143 dove si evidenzia che: "Parallel with this process, the World bank and its client will have been negotiating the loan agreement. Although mainly concerned with financial affairs, such as the amount of the loan, the methods of payment and timing of repayment, the loan agreement will also highlight the main management and procurement issues of the loan."

Per un'analisi più dettagliata del contenuto del Loan Agreement si rinvia a W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., pp. 55 e ss. Come inquadramento generale, l'A., a p. 55, scrive che: "A loan agreement is a simple contractual document between the borrower country and the lender, which contains information on the general conditions of the contract, the amount of the loan and the payment terms, including payments dates, the project to which the loan relates remedies of the lender, the effectiveness of the agreement and termination provisions. The loan agreement is a standardized document and will normally contain the basic information on the front-end fee, which is usually 0.25 per cent of the loan amount, payable on loan effectiveness; the lending rate, which varies depending on the nature of the financed project; a commitment fee, (which may be waived); as well as the maturity term."

<sup>407</sup> Sempre secondo la World Bank, presso <https://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/monthly-operational-summary>, "Implementation of a project usually starts after the

### **4.3 Le World Bank Procurement Regulations for IPF Borrowers per l'acquisto di beni, lavori e servizi: Ambito di applicazione, policy e principi generali.**

Quando una gara d'appalto è finanziata in tutto o in parte dalla World Bank, la regola generale è che la fonte principale dell'intera procedura di evidenza pubblica sia costituita dalle WB Procurement Regulations for IPF Borrowers (WB Procurement Regulations), aggiornate alla quarta edizione del 2020<sup>408</sup>, le quali si applicano agli appalti per l'acquisto di beni, lavori, servizi non di consulenza e servizi di consulenza<sup>409</sup>.

Innanzitutto, bisogna specificare che l'applicazione delle World Bank Procurement Regulations va coordinata con un altro accordo previamente concluso tra il Borrower e la World Bank (c.d. Legal Agreement).

A mente dell'art. 2.1 delle World Bank Procurement Regulations, il Legal Agreement è la fonte principale che regola il rapporto intercorrente tra lo Stato e la World Bank.

---

*loan, credit or grant is declared effective, which can normally be expected to take a few months after signings. Contractors and suppliers, therefore, should contact borrowers expressing their interest in specific projects. They should obtain information on what goods and service will be needed, and when and how to submit bids and proposals. During implementation, consultants are often used to provide technical assistance and other project implementation support. As contracts for consulting services are not usually advertised, consultants, in particular, should contact the responsible implementing agency early in the project preparation period to express their interest."*

<sup>408</sup> Questa regola generale in alcuni casi può subire delle eccezioni. Ad esempio, l'art. 2.2 della Sezione II prevede che le WB Procurement Regulations non si applicano agli appalti di beni, lavori, servizi non di consulenza e servizi di consulenza finanziati dalla Banca quando: a) la Banca agisce come garante o b) quando la Banca concede prestiti a favore di borrowers privati.

Ancora, il successivo art. 2.3 prevede che per i contratti non finanziati dalla Banca ma inclusi nell'ambito del progetto finanziato da quest'ultima, il borrower potrà non applicare le regole previste dalle WB Procurement Regulations ed utilizzare altre fonti qualora alla Banca sia assicurato che: a) le diverse regole prescelte consentiranno al borrower di completare il progetto finanziato con diligenza ed efficienza; b) i beni, lavori, servizi alla base dei contratti non finanziati dalla banca siano: bb) di una qualità tale da essere compatibili con gli altri elementi del progetto ed i suoi obiettivi, bbb) saranno consegnati e completati tempestivamente e bbbb) il loro prezzo non avrà effetti negativi sull'economia dell'intero progetto.

L'art. 2.4 infine disciplina il caso di Alternative Procurement Arrangements: su richiesta del borrower la World Bank, in applicazione delle proprie regole e politiche, può: a) decidere di consentire l'applicazione di normative proprie di altre agenzie o organizzazioni, e può altresì acconsentire a che tali enti svolgano un ruolo centrale nello svolgimento della gara e nel suo controllo; b) decidere di consentire l'applicazione di normative proprie di una agenzia o ente del borrower.

<sup>409</sup> Cfr. WB Procurement Regulations Section I, art. 1.2.

Le World Bank Procurement Regulations, invece, sono deputate esclusivamente a regolare lo svolgimento della gara pubblica in questione fino al momento della firma del contratto con l'eventuale aggiudicatario.

Infatti, il momento della conclusione del contratto costituisce un altro importante spartiacque per l'applicazione della normativa internazionale in esame: terminata la gara e firmato il contratto, infatti, è espressamente previsto che i successivi diritti e obblighi nascenti tra il Borrower e l'aggiudicatario non saranno governati né dalle World Bank Procurement Regulations né dal Legal Agreement, lasciando in questo caso lo spazio aperto all'utilizzo di altre discipline tra cui, eventualmente, quella interna<sup>410</sup>.

La *ratio* dell'utilizzo delle World Bank Procurement Regulations al posto della normativa nazionale è evidente: infatti, oltre all'interesse perseguito dallo Stato tramite la realizzazione della gara pubblica, vengono in rilievo anche altri interessi propri della WB, tra cui, in particolare, l'interesse a che i fondi concessi a prestito siano usati in maniera efficiente e solamente per acquistare beni e servizi ricompresi nel progetto previamente approvato<sup>411</sup>.

---

<sup>410</sup> Cfr. WB Procurement Regulations Section II, art. 2.1.

Sul punto anche T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 142, afferma che: *"In procurement projects financed by the World bank for client countries, the contracts for the goods, works and services that are needed in connection with the project are concluded between the client country and the contractors. However, as we have already noted above, the procurement procedures for these contracts are required to be conducted according to procurement policies and procedures specified by the World Bank itself."*

Cfr. anche WORLD BANK, *World Bank Group and Public Procurement: an Independent Evaluation*, op. cit., p. 17: *"Equally, rights and obligations between the Bank and the country client need to be carefully balanced within the legal framework of Bank-client commitments. Contracts are made between a borrower/implementation agency and contractor, and the Bank is not a party to this."*

<sup>411</sup> Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 16: *"As an international development institution, the World Bank funds capital intensive projects in developing countries, which are implemented by means of procurements in these countries. The regulation of public procurement by the development banks arose from a need to prevent the loss of funds channeled to developing countries as project finance."*

Nello stesso senso anche WORLD BANK, *World Bank Group and Public Procurement: An Independent Evaluation*, World Bank Publications, Washington, 2015, p. 2, dove a proposito si sottolinea che *"World Bank operations are dominated by investment lending. Bank procurement policies and processes affect the development impact of Bank lending and influence public procurement practices. The Bank seeks to ensure that its funds are used for the purpose intended and that they support development effectively and efficiently. Thus, the extent to which Bank investment lending procurement policies support the effectiveness of Bank lending have a deep influence on development outcomes."*

Cfr. anche A.M. BOCCHI e M. PIAZZA, *La Banca Mondiale*, op. cit., p. 64

Infatti, se tali fondi vengono utilizzati in maniera efficiente e la relativa gara pubblica si svolge in maniera altrettanto ottimale, allora, di conseguenza, si compie anche la missione principale della World Bank di “*end extreme poverty*” e di “*promote shared development*.”<sup>412</sup>

Inquadrata la questione nei termini sopra indicati, va anche sottolineato che la preoccupazione relativa alla corretta allocazione ed al corretto utilizzo delle risorse è ancora più sentita se si considera il fatto che la WB opera proprio come ente di promozione dello sviluppo nei Paesi più poveri e/o meno sviluppati, i quali difficilmente sono dotati di un quadro normativo efficiente in materia di appalti pubblici e il rischio di cattiva gestione delle risorse è, conseguentemente, più elevato rispetto ai Paesi con una normativa più aggiornata.

Pertanto, per far fronte anche a queste esigenze, le norme contenute nelle WB Procurement Regulations “*are guided by the following core procurement principles: value for money, economy, integrity, fit for purpose, efficiency, transparency and fairness*.”<sup>413</sup>

In questo modo, non solo viene garantito un certo livello di sicurezza nell’operazione di finanziamento compiuta dalla Banca Mondiale, ma allo stesso tempo le WB Procurement Regulations garantiscono anche che lo Stato che svolge la gara stipuli il contratto più adatto alle sue esigenze e con la migliore controparte contrattuale presente sul mercato.

Infine, non va dimenticato, in maniera simile con quanto avviene con la UNCITRAL Model Law on Public Procurement, l’utilizzo delle World Bank Procurement Regulations, costituendo anche esse applicazione della *best practice* seguita a livello internazionale, possono svolgere una azione indiretta di armonizzazione dei principi e delle regole in materia di appalti pubblici a livello globale<sup>414</sup>.

---

<sup>412</sup> Cfr. WORLD BANK, *World Bank Group and Public Procurement: an Independent Evaluation*, op. cit., pp. 1-2: “*Good public procurement practices are a major determinant of the effectiveness of public expenditure. Effective procurement policies enable better use of governments budgets and are therefore an essential element of the Bank’s poverty reduction focus.*”

<sup>413</sup> Cfr. WB Procurement Regulations Foreword e Section I.

Sul punto si veda anche F. BORSON, *Reforms under the World Bank Procurement and the Policy implications for Developing Countries*, op. cit., p. 147: “*As spelt out in its Articles of Agreement, the Bank has a duty to ensure that proceeds of any loan are used only for the purposes for which the loan was granted, with due considerations for economy and efficiency. The Bank sought to fulfil this obligation through the provision of very detailed, rule-based policies and procedures on how procurement funded by the Bank should be conducted.*”

<sup>414</sup> Come evidenziato anche da A.A.N. COMAS e N.F. MENDES DOS SANTOS, *Measuring Public Procurement Rules and Practices - Benchmarking a recurrent infrastructure contract*, (editore WORLD BANK GROUP), Policy Research Working Paper, 9651, 2001, p. 5: “*However, since the early 1990s there has been a push to assess, identify and promote good practices in public procurement across the globe. The World Bank has played a crucial role in this area [...]. The design of the indicator was also heavily influenced by the efforts of the United Nations Commission on International Trade Law*

Gli Stati Borrowers, che in genere sono quelli che posseggono una legislazione particolarmente arretrata in materia di aggiudicazione dei contratti pubblici, quando si trovano a dover utilizzare le World Bank Procurement Regulations sono spinti anche ad aggiornare il proprio sistema alla luce di quanto previsto proprio dalla WB per una serie di importanti ragioni che si cercherà di illustrare in via di estrema sintesi<sup>415</sup>.

In primo luogo, l'adeguamento o quanto meno avvicinamento al sistema normativo previsto dalla World Bank consentirebbe di raggiungere una maggiore efficienza in tale settore: le norme contenute nelle World Bank Procurement Regulations, come si vedrà, infatti, sono deputate anche al raggiungimento di questo obiettivo<sup>416</sup>.

Oltre a questo importantissimo risultato sul piano interno, il riavvicinamento delle normative potrebbe aprire anche nuovi scenari a livello del commercio internazionale: da una lato consentirebbe al Paese in questione di entrare con più facilità all'interno di determinate organizzazioni internazionali (come ad esempio l'OMC, all'interno della quale, possedendo una normativa in materia di contratti pubblici ispirata ai principi delle World Bank Procurement

---

*(UNCITRAL) to harmonize public procurement regulations, and to promote good public procurement governance in developing countries in particular. The indicator also builds on the provisions of the 2011 UNCITRAL Model Law on Public Procurement, which inspired multiple public procurement reforms in developing economies.”*

<sup>415</sup> Cfr. WORLD BANK, *World Bank Group and Public Procurement: an Independent Evaluation*, op. cit., p. 13: “Over more than a decade, the Bank has played a lead role in advancing the global agenda of building and harmonizing good practice in public procurement, with many successes. The Bank’s work is widely recognized and appreciated by development partners and client countries. [...] The Bank’s effort to coordinate with partners on reform, capacity building, and alignment of practices are varied: they are substantial in Mexico and the Philippines (where the Bank lead a multidonor coordination effort) but negligible in Indonesia and Turkey (in the former, the Bank has relinquished the lead role to the Australian Agency for International Development and the Millennium Challenge Corporation).”

Sul punto, si rinvia anche a J. GORSKI, *The World Bank’s New Procurement Regulations*, op. cit., p. 309, dove l’A. afferma che: “The Procurement Regulations offer plentiful options of how to configure procurement processes (plus APAs if those options were insufficient), in order to attract borrowers who could now develop their national procurement systems and be compliant with international obligations without having to ring-fence various procurement regimes for various purposes.”

<sup>416</sup> Sulle principali modifiche auspicabili a livello dei singoli ordinamenti nazionali in tema di public procurement, anche alla luce dell’applicazione delle World Bank Procurement Regulations, si rinvia *ex multis* a M. FAZEKAS e J.R. BLUM, *Improving Public Procurement Outcomes – Review of Tools and the State of the Evidence Base*, (editore WORLD BANK GROUP), Policy Research Working Paper, 9690, giugno 2021; WORLD BANK GROUP, *Benchmarking Public Procurement 2016 – assessing public procurement systems in 77 economies*, World Bank Publications, 2016; WORLD BANK GROUP, *Benchmarking Public Procurement 2017 – assessing public procurement systems in 180 economies*, World Bank Publications, 2017.

Regulations, potrebbe entrare a far parte senza particolari difficoltà del GPA), dall'altro potrebbe favorire la ricerca di nuovi partners commerciali (più inclini, in teoria, a cercare un accordo con un Paese che si presenti con un quadro normativo chiaro ed aggiornato e che permetta alle imprese straniere di partecipare nei propri mercati interni in condizioni di parità con le imprese locali) e infine aumenterebbe le possibilità per le proprie imprese nazionali di esplorare nuovi mercati (che in teoria, di conseguenza, potrebbero risultare "aperti" e senza barriere a condizione di reciprocità una volta stipulato un determinato accordo commerciale<sup>417</sup>. Il contenuto dei principi sopra richiamati, poi, è specificato in maniera puntuale nelle "World Bank Policy on Procurement in IPF and other operational procurement matters"<sup>418</sup> e può essere così riassunto: "Value for money"<sup>419</sup> (VfM) significa l'effettivo, efficiente ed economico uso di risorse; "economy"<sup>420</sup>, che deve essere letto in stretto rapporto con il principio di VfM, si riferisce ad elementi ulteriori e non connessi al prezzo permettendo allo Stato banditore di incidere, tramite lo svolgimento della gara pubblica e sempre previo accordo tra la WB e il Borrower, anche nel settore economico, ambientale, sociale e di sviluppo nazionale;

---

<sup>417</sup> Sul punto è opportuno rinviare alle opere citate nelle precedenti note tra cui WORLD BANK, *World Bank Group and Public Procurement: an Independent Evaluation*, op. cit.; A.A.N. COMAS e N.F. MENDES DOS SANTOS, *Measuring Public Procurement Rules and Practices - Benchmarking a recurrent infrastructure contract*, op. cit.; J. GORSKI, *The World Bank's New Procurement Regulations*, op. cit.

<sup>418</sup> Le World Bank Policy on Procurement in IPF and other operational procurement matters costituiscono un importante documento di carattere interno, rivolto principalmente alla World Bank stessa, che si inserisce nel quadro generale delle fonti che governano gli appalti pubblici finanziati con i fondi della World Bank. La funzione principale di tale documento è quella di indirizzo generale delle operazioni di *project funding* della World Bank, infatti, come sottolineato da W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 69: "The Bank Policy sets out the vision for Bank funded procurement, lists the core procurement principles governing Bank funded procurement, as well as matters pertaining to governance in funded procurement, roles and responsibilities, alternative procurement arrangements and the Project Procurement Strategy Document."

<sup>419</sup> Cfr. World Bank Policy, Section III, lett. C, punto 1: "The principle of value for money means the effective, efficient, and economic use of resources, which requires an evaluation of relevant costs and benefits, along with an assessment of risks, and non-price attributes and/or life cycle costs, as appropriate. Price alone may not necessarily represent value for money."

<sup>420</sup> Cfr. World Bank Policy, Section III, lett. C, punto 2: "The principle of economy takes into consideration factors such as sustainability, quality, and non-price attributes and/or life cycle cost as appropriate, that support value for money. It permits integrating into the Procurement Process economic, environmental, and social considerations that the Bank has agreed with the Borrower. It also permits augmenting identified sustainability criteria with specific criteria in support of the Borrower's own sustainable procurement policy."

“*integrity*”<sup>421</sup> implica che fondi, risorse e autorità siano adoperati solamente allo scopo di raggiungere i fini prefissati dal progetto e per curare l’interesse pubblico e che, inoltre, non si verificano conflitti d’interessi ed ogni soggetto coinvolto si astenga dal compimento di frodi e corruzioni in generale; “*fit for purpose*”<sup>422</sup> richiede che sia elaborato il miglior approccio possibile per sviluppare il progetto finanziato tenendo conto di tutte le circostanze del caso; “*efficiency*”<sup>423</sup> richiede che l’appalto sia proporzionato al valore e al rischio del progetto finanziato; “*transparency*”<sup>424</sup> autorizza e impone allo Stato e alla WB di svolgere appropriate attività di controllo durante lo svolgimento della gara e di rendere trasparente la loro azione, in primo luogo, tramite la conservazione e la disclosure dei documenti di gara; “*fairness*”<sup>425</sup>

---

<sup>421</sup> Cfr. World Bank Policy, Section III, lett. C, punto 3: “*The principle of integrity refers to the use of funds, resources, assets, and authority according to the intended purposes and in a manner that is well informed, aligned with the public interest, and aligned with broader principles of good governance. The Bank therefore requires that all parties involved in the Procurement Process, including without limitation, Borrowers and sub-Borrowers (and other beneficiaries of Bank Financing); bidders, consultants, contractors, and suppliers; any sub-contractors, sub-consultants, service providers or suppliers; any agents (whether declared or not); and any of their personnel, observe the highest standard of ethics during the Procurement Process of Bank-financed contracts, and refrain from fraud and corruption, as that term is defined in the Anti-Corruption Guidelines.*”

<sup>422</sup> Cfr. World Bank Policy, Section III, lett. C, punto 4: “*The principle of fit for purpose applies both to the intended outcomes and the procurement arrangements in determining the most appropriate approach to meet the project development objectives and outcomes, taking into account the context and the risk, value, and complexity of the procurement.*”

<sup>423</sup> Cfr. World Bank Policy, Section III, lett. C, punto 5: “*The principle of efficiency requires that Procurement Processes be proportional to the value and risks of the underlying project activities. Procurement arrangements are generally time-sensitive and strive to avoid delays.*”

<sup>424</sup> Cfr. World Bank Policy, Section III, lett. C, punto 6: “*The principle of transparency requires that the Borrower and the Bank enable appropriate review of the procurement activities, supported by appropriate documentation and disclosure. Transparency requires (i) that relevant procurement information be made publicly available to all interested parties, consistently and in a timely manner, through readily accessible and widely available sources at reasonable or no cost; (ii) appropriate reporting of procurement activities; and (iii) the use of confidentiality provisions in contracts only where justified.*”

<sup>425</sup> Cfr. World Bank Policy, Section III, lett. C, punto 7: “*The principle of fairness refers to (i) equal opportunity and treatment for bidders and consultants; (ii) equitable distribution of rights and obligations between Borrowers and suppliers, bidders, consultants, and contractors; and (iii) credible mechanisms for addressing procurement-related complaints and providing recourse. Open competitive procurement is the Bank’s preferred procurement approach, whenever possible, to maximize fairness of opportunity to bid. Whenever possible, the Bank requires that eligible individuals and firms be given the same opportunities to compete for Bank-financed activities.*”

impone, tra le altre cose, che tutti i partecipanti siano trattati in maniera uguale senza effettuare discriminazioni<sup>426</sup>.

Ciò posto, partendo anche dall'enunciazione dei principi contenuta nella Policy ufficiale della WB e tramite l'analisi delle principali disposizioni contenute nelle WB Procurement Regulations, bisogna indagare se tale normativa internazionale si basi sui principi di contabilità, concorrenza ed anticorruzione.

#### 4.4 Governance

Quando trovano applicazione le World Bank Procurement Regulations, la World Bank in primo luogo si preoccupa di chiarire i meccanismi di governance e le aree di responsabilità dei due maggiori soggetti coinvolti nell'operazione: ossia lo Stato Borrower e la Banca stessa.

A riguardo è previsto che il Borrower sarà responsabile dello svolgimento dell'intera gara in base alle regole contenute nelle World Bank Procurement Regulations<sup>427</sup>, mentre la World

---

<sup>426</sup> Cfr. F. BORSON, *Reforms under the World Bank Procurement and the Policy implications for Developing Countries*, op. cit., p. 148: “The Bank’s new policy framework became effective in July 2016 and it must be followed by borrowers when implementing investment projects financed by the Bank. [...] The framework introduces, for the first time, an explicit vision statement for the Bank’s investment projects which states that ‘procurement in an investment project financing supports borrowers to achieve value for money with integrity in delivering sustainable development.’ The Bank’s vision is underpinned by seven core principles: value for money, economy, integrity, fit for purpose, efficiency, transparency and fairness. These are not all new to the Bank since many of these principles were already applicable to the Bank’s operations.”

La policy ed i principi generali alla base delle regole che disciplinano gli appalti finanziati con le risorse della World Bank, sostanzialmente, non hanno subito particolari cambiamenti a seguito delle varie riforme intervenute nel corso del tempo. Per un’analisi generale della policy e dei principi generali alla base della previgente normativa si veda *ex multis* T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, in *Public Procurement: Global Revolution*, op. cit., pp. 142-143.

Per quanto riguarda, invece, un’analisi generale delle attuali World Bank Policy si rinvia, *ex multis*, a W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 68 e ss.

<sup>427</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 3.2, 3.1.

La dottrina ha anche evidenziato alcune criticità in punto di riparto della responsabilità tra il Borrower e la World Bank nell’applicazione delle regole contenute nelle World Bank Procurement Regulations. Nel sistema sopra delineato, infatti, le amministrazioni e il personale amministrativo del Borrower saranno tenuti ad applicare un doppio sistema di norme: oltre le proprie regole nazionali, dovranno essere necessariamente applicate anche le regole previste dalla World Bank. Le problematiche, in una situazione del genere che richiede la contestuale applicazione di due sistemi normativi diversi, sorgono nel momento in cui non si può ignorare che il personale amministrativo, soprattutto nei Paesi in via di

Bank, dall'altro lato, è tenuta a compiere determinate operazioni di controllo al fine di verificare che i fondi concessi siano utilizzati in maniera efficiente e solamente per il raggiungimento dello scopo previamente concordato<sup>428</sup>.

In particolare, tra i vari compiti di vigilanza cui è tenuta, la World Bank, anche delegando ad una terza parte, può eseguire un controllo preventivo oppure un controllo successivo (*prior and post review*), a seconda che la gara sia ancora in corso o si sia già conclusa<sup>429</sup>.

In entrambi i casi ciò che viene valutato è la corrispondenza delle singole operazioni svolte all'interno della gara ai termini previsti nel Legal Agreement.

Al termine di queste operazioni, se la World Bank accerta che lo Stato nello svolgimento della gara non si è conformato a quanto previsto nel Legal Agreement, la Banca può utilizzare i rimedi previsti nel Legal Agreement oppure utilizzare "*other appropriate actions*."<sup>430</sup>

La facoltà della World Bank di ricorrere alle due categorie di rimedi sopra indicate non viene meno neanche qualora il contratto pubblico sia già stato aggiudicato con l'approvazione della Banca<sup>431</sup>.

---

sviluppo e con un sistema di aggiudicazione dei contratti pubblici più arretrato, spesso non ha le competenze necessarie e la conoscenza adeguata per utilizzare un nuovo set di norme. In uno scenario del genere dunque graverebbe sul personale amministrativo un onere sproporzionato, che, *de jure condendo*, si auspica potrebbe essere alleggerito tramite appositi e mirati programmi di sviluppo che permettano una migliore applicazione delle World Bank Procurement Regulations.

Sul punto cfr. F. BORSON, *Reforms under the World Bank Procurement and the Policy implications for Developing Countries*, op. cit., p. 150: "*Application of the Bank's rules is in addition to the application of existing national rules on procurement which creates a system of multiple procurement rules in developing countries. Though there are no guidance on how responsibilities are allocated to procurement personnel, in practice, a single procurement officer is generally required to implement the Bank's rule for projects funded by the Bank in addition to national procurement rules for projects funded from domestic resources. The single procurement officer is usually a regular civil servant who often implements the national procurement rules and may perform other duties under domestic system. This is rather different from the situation where States could have procurement officers specialized in implementing either solely projects funded from domestic resources or solely donor-funded projects. [...] The implementation responsibility imposed on a single civil servant becomes a burdensome administrative task particularly for personnel in developing countries where the lack of procurement skills and capacity are inherent problems.*"

<sup>428</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 3.4

<sup>429</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 3.5 e ss.

<sup>430</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 3.25

<sup>431</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 3.26.

#### 4.5 La preparazione della gara, i documenti ufficiali e il loro contenuto

Come visto, normalmente, l'*iter* per svolgere una gara d'appalto finanziata dalla World Bank è particolarmente complesso e richiede l'adempimento da parte della banca e in particolare da parte del Borrower di precisi passaggi burocratici e tecnici.

Già durante le operazioni preliminari, infatti, il borrower deve sviluppare un documento denominato Project Procurement Strategy for Development (PPSD) che serve ad indicare come lo svolgimento della gara consentirà a quest'ultimo di raggiungere gli obiettivi del progetto approvato dalla World Bank durante le negoziazioni e in che modo sarà raggiunto il best value for money<sup>432</sup>.

Ancora il PPSD<sup>433</sup> deve avere un livello di dettaglio e di analisi delle attività da svolgere che sia proporzionato al rischio, valore e complessità dell'appalto, deve coprire almeno i primi 18 mesi di esecuzione del contratto e deve fornire adeguata giustificazione in relazione al metodo di selezione del contraente che verrà utilizzato e formalizzato nel successivo Procurement Plan<sup>434</sup>.

In alcuni casi, tuttavia, può accadere che il Paese che richiede il finanziamento, per cause a lui non imputabili (ad esempio in situazioni di urgenza o di calamità naturale o di conflitti generati dall'uomo che siano riconosciute dalla World Bank), non abbia materialmente il tempo

---

<sup>432</sup> Nel dettaglio, come sottolineato da F. BORSON, *Reforms under the World Bank Procurement and the Policy implications for Developing Countries*, op. cit., p. 149: “Based on the research and analysis of project needs and other influencing factors, the procurement approach including implementation arrangements will be documented in a strategy document now referred to as the Project Procurement Strategy for Development (PPSD). Significantly, the PPSD identifies the adequacy and capabilities of the implementing agency, risks of the market and local procurement context, which informs decisions including the use of alternative procurement arrangements and the extent to which country systems could be used.”

<sup>433</sup> Sul contenuto e la funzione del PPSD si rinvia nel dettaglio a W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 73: “The Project Procurement Strategy for Development (PPSD) is a new document required under the new procurement framework. [...] The PPS is a document that contains detailed information on how procurement activities will support the development objectives of the project and deliver value for money under a risk-managed approach. The PPSD provides the justifications and rationalizations of the borrower approach to project procurement, such as the justifications for the selection methods chosen, and will also provide the justification for expanded Bank support under the projects. Other information contained in the PPSD includes a clear statement of the objectives of the projects, an identification of the specific project's needs; an assessment of adequacy of the market to respond to the procurement; an assessment of the agency's capability to conduct the procurement; and a justification of procurement decisions, such as the evaluation criteria used in the procurement process.”

<sup>434</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 4.1.

necessario per sviluppare tali documenti in maniera precisa e dettagliata e che, conseguentemente, si renda necessario accorciare il più possibile le tempistiche procedurali per ricevere i fondi al fine di far fronte a tali evenienze.

In questo scenario, la preparazione di tali documenti, in particolare del PPSD, sebbene debba rimanere comunque di “alto livello”, può avvenire anche in forma semplificata.

Anche qualora vengano redatti in forma semplificata, comunque, la normativa internazionale in esame è chiara e al fine di prevenire un uso distorto dell’istituto prevede che “*simplified procurement arrangements in the PPSD are consistent with the Bank’s Core Procurement Principles.*”<sup>435</sup>

Sia il PPSD che il Procurement Plan<sup>436</sup>, una volta redatti e prima che sia formalizzato l’accordo relativo al prestito dei fondi a favore del borrower, vanno trasmessi alla World Bank la quale dopo un primo esame può decidere se approvarli o meno.

Qualora vengano approvati, tali documenti vengono incorporati nel Legal Agreement e diventano legalmente vincolanti nei confronti del borrower il quale, se intende modificarli in un secondo momento, dovrà inoltrare dette modifiche alla banca a cui spetta l’ultima parola in merito alla loro entrata in vigore<sup>437</sup>.

Per quanto riguarda il Procurement Plan, invece, questo deve contenere: a) una breve descrizione delle attività e del contratto; b) i metodi di selezione che saranno usati; c) la stima dei costi; d) la tempistica delle operazioni; e) i requisiti che la World Bank utilizzerà per effettuare la revisione; f) i Procurement Documents che saranno utilizzati; g) qualsiasi altra informazione utile<sup>438</sup>.

In maniera speculare con quanto già descritto a proposito del PPSD, anche il Procurement Plan può essere redatto in forma semplificata e, in aggiunta, può anche essere completato durante la fase di esecuzione del progetto<sup>439</sup>.

Approvati tali documenti preliminari, il Borrower deve dare notizia della sua intenzione di svolgere la gara pubblica e a tal fine deve essere redatto un apposito documento, la *General Procurement Notice* (GPN)<sup>440</sup>, contenente alcune informazioni di carattere generale come i dettagli e i contatti del Borrower, l’ammontare e lo scopo del finanziamento, lo scopo

---

<sup>435</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 4.3.

<sup>436</sup> Sul contenuto e la funzione del Procurement Plan si rinvia nel dettaglio a W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 74 e ss.

<sup>437</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 4.2.

<sup>438</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 4.4.

<sup>439</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 4.5.

<sup>440</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, artt. 5.22-5.24.

dell'appalto, il sito dove sarà resa disponibile la successiva *Specific Procurement Notice* (SPN) contenente ulteriori dettagli dell'appalto stesso e, qualora già disponibili, anche la scheda relativa ai tempi e le date della gara<sup>441</sup>.

Tali documenti oltre che essere pubblicati nella gazzetta ufficiale dello Stato banditore, dovranno essere inoltrati anche alla WB la quale provvederà a pubblicarli sul sito della Banca stessa ed anche presso un apposito portale online tenuto dal UN Department of Public Information<sup>442</sup>.

La *ratio* alla base di tali norme è chiaramente di natura pro concorrenziale: gli appalti finanziati dalla WB devono essere pubblicizzati adeguatamente e in modo tale da essere conosciuti dal più ampio numero di operatori economici, nazionali e internazionali<sup>443</sup>.

Queste gare, infatti, di norma si rivolgono ad una platea internazionale, e pertanto non è sufficiente la mera pubblicazione da parte del Borrower nella sua Gazzetta ufficiale, in quanto ciò potrebbe costituire un ostacolo indiretto alla partecipazione di operatori economici internazionali che non avrebbero contezza dell'esistenza della gara<sup>444</sup>.

---

<sup>441</sup> Sotto questo profilo non si rinvencono particolari differenze rispetto la previgente normativa il cui impianto generale sembra essere comunque mantenuto.

Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 87, dove si legge che: “*The preparation of the bidding documents is accompanied by an advertisement in both the 2011 procurement guidelines and the 2016 procurement regulations. In Bank-financed contracts, although the responsibility for advertising procurements opportunities lies with the borrower, the borrower is required to follow a Bank template for the publication of these notices. Once the borrower prepares a GPN, this is submitted to the Bank and it is the Bank that arranges for its publication on the Bank portal (www.clientconnection.worldbank.org), on Development Gateway (www.dgmarket.com), which contains the notices of tenders from all international development agencies, and on the UN development business website mentioned earlier. The SPN is also to be published on the borrower’s free access website, in the official gazette and one newspaper of national circulation. Where the contract involves international competitive procurement, the SPN shall also be published in an international newspaper of wide circulation.*”

Nello stesso senso anche T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 143.

<sup>442</sup> Ci si riferisce alla United Nations Development Business Online (UNBD Online), la quale viene aggiornata e pubblicata 24 volte l'anno.

Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 87, in nota *supra*.

<sup>443</sup> Cfr. T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 146: “*The stated aim of this notification process is to give access to World Bank-funded contracts to the widest possible number of suppliers.*”

<sup>444</sup> Cfr. T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 145, dove si specifica che: “*bidding opportunities must be advertised in timely fashion [...]. Borrowers have to submit a draft general procurement notice, which the Bank then places in Development Business. This notice should include details of the borrower, the scope of procurement under ICB, pre-*

Per ovviare a tale problema, dunque, per ridurre il gap intercorrente tra imprese locali e straniere nella ricerca di gare cui partecipare, è altresì necessario che la notizia dello svolgimento della competizione sia pubblicata anche altrove, in giornali internazionali, maggiormente accessibili da imprese straniere.

Sempre per permettere alle imprese straniere e nazionali di competere su un piano di parità, il Borrower dovrà utilizzare gli *Standard Procurement Documents* forniti dalla World Bank<sup>445</sup>, ossia una serie di documenti di gara che sono già predeterminati e redatti, a monte, dalla Banca Mondiale<sup>446</sup>.

---

*qualification (when pre-qualification is required) and the dates when pre-qualification and bidding documents will be available. The borrower has to maintain a list of answers to the notice, and a minimum delay of eight weeks must elapse between publication of the notice and the release of pre-qualification bidding documents. In addition, the borrower must advertise its bidding opportunities in at least one leading newspaper in the borrower's country, and in the country's official gazette. It should inform all those who have showed an interest in the General Procurement Notice, and also preferably advertise specific contracts in Development Business.*"

<sup>445</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.25.

Anche sotto questo aspetto non pare rinvenirsi particolari differenze rispetto la previgente disciplina. Anche sotto la vigenza del precedente testo normativo era previsto che nello svolgimento della gara si utilizzassero documenti di gara predefiniti e predisposti a monte dalla Banca Mondiale e non i documenti di gara generalmente utilizzati dal Borrower.

Come sottolineato da F. BORSON, *Reforms under the World Bank Procurement and the Policy implications for Developing Countries*, op. cit., p. 149: "The new Procurement Regulation is complemented by a series of Standard Procurement Documents (SPDs) which replaces the Bank's Standard Bidding Documents (SBDs)."

Cfr. Anche W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 72: "A SPD is in essence, the full complement of the documents and information that is sent to prospective bidders and it includes information on the contract, requirements for compliant bids, information on bid submission, evaluation criteria, award of the contract and all the information required for a bidder to meaningfully participate in the bid process. SPDs perform various functions, they define the rules bidders must follow in the preparation and submission of their bids; they define the technical requirements and the technical specifications of the bid, as well as clarify and define the evaluation criteria.

<sup>446</sup> Cfr. T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 146: "Rules concerning the bidding documents [...] require the use of the Bank's standard bidding documents where relevant, although these may be altered by including special conditions. The bidding documents will state the closing time and date and the precise place for their submission. They will also announce the time and place of bid-opening. The time allowed for submission must be at least six weeks in the case of simpler bids, but 12 weeks at least are recommended for more complex offers."

In particolare, l'utilizzo degli *Standard Procurement Documents* è obbligatorio nel caso di *international competitive procurement*, come confermato anche da W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 72 dove si legge: "It must be noted that the use of Bank issued SPDs is mandatory for international competitive procurement."

Ovviamente, la necessità di ricorrere agli *Standard Procurement Documents* forniti dalla World Bank non si pone qualora la gara si svolga solamente all'interno del mercato nazionale: in questo scenario, l'art. 5.25, secondo periodo, prevede espressamente che il Borrower possa ricorrere ai propri documenti ufficiali di gara, sempre qualora risultino conformi ai principi generali previsti dalla normativa ora in esame<sup>447</sup>.

Ad ogni modo, come ulteriore garanzia, è anche previsto che tutti i partecipanti possano richiedere, per iscritto, chiarificazioni riguardo tutti i documenti utilizzati dall'amministrazione e quest'ultima dovrà rispondere, sempre per iscritto, a ciascuna domanda pervenuta<sup>448</sup>.

Tali risposte, poi, non devono essere formulate in modo tale da fornire ad alcuni concorrenti un vantaggio ingiustificato e devono essere altresì evase in un tempo sufficiente a consentire a questi ultimi di prendere le azioni più appropriate<sup>449</sup>.

Oltre a ricorrere a documenti di gara predefiniti dalla World Bank, nella loro formulazione, il Borrower dovrà riferirsi a "*standard and technical specifications*" che garantiscano la più ampia competizione possibile<sup>450</sup>.

Dunque, se decide di ricorrere al mercato internazionale, il Borrower dovrà specificare gli standard internazionali generalmente accettati per quel particolare bene/servizio/lavoro e in quel particolare momento storico, e solo qualora tali standard non esistano o inappropriati, potrà ricorrere a standard nazionali, sempre con l'obbligo di specificarli in maniera chiara ed espressa.

Nei documenti di gara, inoltre, oltre gli standard specificamente richiesti dall'amministrazione per una determinata gara, dovranno anche essere indicati anche standard e requisiti equivalenti che possono essere accettati.

Sempre al fine di non creare "barriere invisibili", nel caso particolare in cui, ricorrendo al mercato internazionale, l'amministrazione decida di svolgere una gara per l'acquisto di un certo

---

<sup>447</sup> Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 72: "For national competitive bidding (NCB), and for the use of country systems (UCS), the borrower may use its own standard bidding documents if the Bank has assessed that they are acceptable and consistent with Bank policy."

<sup>448</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.31.

<sup>449</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.31.

<sup>450</sup> Cfr. T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 146: "There are also rules on drawing up specifications. The general principle is that 'standards and specification quoted in bidding documents shall promote the broadest possible competition' while assuring that critical performance requirements are met [...]. To this end, it is stated that accepted international standards such as those of the International Standards Organization must be used 'as far as possible'. When such standards are not available -which is the case in practice for most products and services- national standards must be used."

quantitativo di beni, le World Bank Procurement Regulations prevedono espressamente che *“Incoterms shall be used for the procurement of Goods”* e, conseguentemente, i documenti di gara dovranno indicare a quale versione degli Incoterms ci si riferisce<sup>451</sup>.

Un altro aspetto molto delicato attinente alla fase di preparazione della gara, soprattutto se ci si rivolge ad una platea internazionale di concorrenti, riguarda la lingua da utilizzare e il regime delle comunicazioni tra la stazione appaltante e i partecipanti.

Per quanto riguarda la lingua da utilizzare all'interno della gara, se l'appalto finanziato dalla World Bank risulta circoscritto al solo mercato nazionale, in teoria, non si pongono particolari problemi: potendo partecipare solo gli operatori locali è più che appropriato redigere i documenti di gara nella lingua nazionale dello Stato in cui si svolge la gara, senza dover ricorrere ad ulteriori traduzioni<sup>452</sup>.

In questa ipotesi, comunque, al fine di garantire un certo grado di controllo e supervisione da parte della World Bank, quest'ultima potrà richiedere al Paese in questione di tradurre i documenti di gara in inglese, spagnolo o francese<sup>453</sup>.

Se invece la gara si rivolge ad una platea internazionale di concorrenti, l'utilizzo della sola lingua nazionale potrebbe risultare discriminatorio nei confronti delle imprese straniere e a tal fine l'art 5.14 delle World Bank Procurement Regulations stabilisce espressamente che in caso di *“international competitive procurement, all Procurement Documents shall be in English, French, or Spanish”*, da scegliere a discrezione del Borrower<sup>454</sup>.

Oltre a dover redigere i documenti di gara in inglese, francese o spagnolo, al Borrower è comunque data la possibilità di compilarli, in aggiunta, nella sua lingua nazionale.

Di tale traduzione il Borrower se ne assume tutta la responsabilità e in caso di discrepanza tra la versione inglese, francese o spagnola del testo e la versione nella lingua nazionale, prevale la prima<sup>455</sup>.

Guardando al versante degli operatori economici, quando i documenti di gara sono redatti in più lingue, ai concorrenti viene garantita la possibilità di presentare le proprie offerte in ciascuna delle lingue prescelte per la gara<sup>456</sup>.

---

<sup>451</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.30.

<sup>452</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.17, primo periodo.

<sup>453</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.17, secondo periodo.

<sup>454</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.14.

<sup>455</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.15.

<sup>456</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.15.

Allo stesso modo, quando si sottoscrive il contratto, questo non potrà essere redatto in più lingue diverse tra di loro ma, al contrario, dovrà essere redatto nella lingua in cui era stata presentata l'offerta e questa sarà la lingua che governerà la relazione contrattuale tra il Borrower e l'aggiudicatario<sup>457</sup>.

Infine, per quanto riguarda le comunicazioni tra il Borrower e i concorrenti, l'art. 5.21 delle World Bank Procurement Regulations prevede che, in qualsiasi fase della gara, debbano avvenire in forma scritta e con prova del loro ricevimento; inoltre, il Borrower è onerato di tenere un elenco aggiornato di tutti i meeting e le riunioni che si svolgono con i partecipanti<sup>458</sup>.

#### 4.6 La scelta della modalità di gara e di approccio al mercato.

La sezione VI delle World Bank Procurement Regulations individua le varie modalità di gara che possono essere scelte dal Borrower<sup>459</sup>.

Quando una pubblica amministrazione decide di acquistare beni, lavori o servizi non di consulenza può utilizzare quattro modalità, ossia: a) *request for proposals*; b) *request for bids*; c) *request for quotations*; d) *direct selection*<sup>460</sup>.

Ai sensi della normativa internazionale ora in esame non pare che siano previsti un elenco di casi o di presupposti al ricorrere dei quali l'amministrazione risulti vincolata ad adottare una procedura anziché un'altra.

Al contrario, la formulazione che si trova nelle World Bank Procurement Regulation pare suggerire, caso per caso, quale sia la soluzione più adatta.

---

<sup>457</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.18.

<sup>458</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.21.

<sup>459</sup> Cfr. T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 145; J. GORSKI, *The World Bank's New Procurement Regulations*, op. cit., p. 305 e ss; W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 109 e ss.

In particolare, come affermato anche da F. BORSON, *Reforms under the World Bank Procurement and the Policy implications for Developing Countries*, op. cit., p. 149, "The new framework introduced a number of modifications which include a wider range of available procurement methods to provide more flexibility. The Bank maintains its national competitive procurement and more importantly, its international competitive procurement as the default approach. However, these procedures have been given very different terminologies that may not be obvious to find and perhaps confusing for some stakeholders."

<sup>460</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.2.

La *request for proposals* “*should be used*”, quindi può essere utilizzata, quando a seguito della natura e complessità dei beni, lavori o servizi non di consulenza che si intende ottenere, il Borrower ha necessità di consentire ai concorrenti di offrire proposte e soluzioni personalizzate<sup>461</sup>; tale metodo, inoltre, è normalmente condotto secondo un “*multi stage process*.”<sup>462</sup>

Diversamente, il metodo di cui alla lettera b), la *request for bids*, può essere utilizzata quando, a seguito della natura e complessità dei beni, lavori o servizi non di consulenza che si intende ottenere, il Borrower è già in grado di specificare in maniera dettagliata i requisiti che devono essere contenuti nelle offerte<sup>463</sup>; tale metodo, solitamente, è condotto tramite un “*single stage process*.”<sup>464</sup>

---

<sup>461</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.3.

Come specificato in W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 110, per “Request for Proposals” si intende: “*A RFP is a: ‘competitive method for the solicitation of proposals that should be used when, because of the nature and complexity of the goods, works or non-consulting services to be provided, the Borrower’s business needs are better met by allowing proposers to offer customized solutions or proposals that vary in the manner in which they meet or exceed the requirement of the request for proposals documents.’ The use of a RFP permits a borrower to include broad performance of functional criteria in the RFP document and to then seek, depending on the nature of the procurement, technological, innovative, or efficient solutions from bidders. This method of procurement is appropriate where the quality of the goods, works or service is more important than the price. The RFP procedure also permits negotiations between the borrower and potential contractors and gives the borrower the discretion to assess (in line with the stated evaluation criteria), which proposal presents the best solution.*”

<sup>462</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.4.

Per quanto riguarda l’analisi dettagliata dello svolgimento della procedura si rinvia a W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 110 e ss.

<sup>463</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.5.

Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 111: “*A RFB [Requests for Bids] is defined as a competitive method for the solicitation of bids that should be used when, due to the nature of the goods, works or non-consulting services to be provided, the borrower is able to specify detailed requirements to which bidders respond in offering bids. The difference between a RFP and a RFB lies in the ability of the borrower to clearly and adequately define its requirements through the contract specifications. Clear specifications will have a profound effect on competition and the openness of procurement and must be detailed and unambiguous for bidders to bid on a common product. An RFB is therefore appropriate for non-complex procurements, off the shelf goods, and routine non-consulting services.*”

<sup>464</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.6.

Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 112: “*Procurement under a RFB is conducted under a single stage (one envelope) or a multi-stage (two envelope) process and follows a very similar process of the RFP, with the exception of the pre-qualification process.*”

Il diverso metodo di cui alla lettera c), il *request for quotations*, si basa essenzialmente sulla comparazione dei prezzi delle offerte, presenta una procedura più snella e veloce che risulta più indicata quando si intende acquistare una quantità limitata di beni/lavori/servizi non di consulenza di poco valore, di natura standard, già stabilmente presenti sul mercato e già disponibili<sup>465</sup>.

Infine, il metodo di cui alla lettera d), la *direct selection* consiste in una negoziazione diretta con una sola impresa preventivamente scelta dall'amministrazione<sup>466</sup>.

Dato che quest'ultimo metodo, diversamente dai precedenti, si basa su un maggiore margine di discrezionalità del Borrower, per evitare il rischio che tale modalità sia utilizzata con lo scopo di falsare implicitamente la concorrenza, la World Bank indica ulteriori e specifiche circostanze in base alle quali "*may be appropriate*" ricorrervi: ad esempio, può risultare più appropriato ricorrere alla *direct selection* quando vi sono fondate ragioni per contattare nuovamente un'impresa che in precedenza aveva svolto un contratto simile per la stazione appaltante; quando si verta in situazioni eccezionali, come nel caso di uno stato di emergenza; quando l'appalto presenta contemporaneamente un valore molto basso ed anche un rischio molto basso e via dicendo<sup>467</sup>.

---

<sup>465</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.7.

Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 112: "A RFQ [Request for Quotations] is a method of procurement which often limits competition and is hence suitable for procuring limited quantities of readily available off-the-shelf goods or non-consulting services, standard specification commodities, or simple civil works of small value, when it is more efficient to use a RFQ than more competitive methods. In a RFQ, the borrower is permitted to obtain quotations either by putting out an advertisement, in which case competition is not limited, or by sending a RFQ to a limited number of firms (three firms at the minimum). The RFQ is expected to include clear specifications, which describe the goods as well as the quantity required, delivery time and place as well as any installation requirements. The evaluation of the quotations received shall be conducted using the evaluation criteria specified in the RFQ."

<sup>466</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.8.

Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 118: "In relation to the procurement of goods, works and non-consulting services, the 2016 procurement regulations identify two kinds of direct selection methods. The first is stated to be single-source selection, where only one firm is approached even though there are several possible contractors. The second method of direct selection permitted by the Bank is what is termed 'sole-source' selection. This selection occurs where there is only one possible source for the goods, works and non-consulting services to be procured."

<sup>467</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.9.

Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 119, il quale a riguardo dell'elenco dei casi giustificanti il ricorso alla *direct selection* sottolinea che: "It may be noted here that these requirements are alternative and not cumulative and this means that there will be several situations, including high value and high-risk

Ad ogni modo, quando si utilizza la *direct selection*, il Borrower deve garantire che i prezzi siano ragionevoli e consistenti con altri beni equivalenti già presenti nel mercato e che l'appalto non sia suddiviso in procedure più piccole al fine di evitare un confronto competitivo tra i concorrenti<sup>468</sup>.

Se non è espressamente vietato dalle World Bank Procurement Regulation, ciascuno di questi metodi di selezione del contraente può svolgersi secondo molteplici modalità di approccio del mercato (Market Approach Options, c.d. MAO).

Le varie Market Approach Options sono: a) Open competition, b) Limited competition; c) Approaching the international market; d) Approaching the national market; e) Prequalification; e) Initial selection; g) Post qualification; h) Single stage one-envelope; i) Single stage two-envelope; l) Multistage procurement; m) Best and final offer; n) Negotiations; o) Use of rated-type criteria<sup>469</sup>.

In alcuni (e pochi) casi è la stessa World Bank che prevede che una determinata modalità di selezione del contraente possa svolgersi solo con un particolare tipo di approccio al mercato: ad esempio, nel caso si ricorra alla *direct selection*, gli approcci al mercato consentiti sono solo il Single stage one-envelope ed il ricorso alle Negotiations.

Negli altri casi, invece, le World Bank Procurement Regulation utilizzano un approccio flessibile e lasciano spazio alla discrezionalità del Borrower nella scelta dell'approccio al mercato più adatto rispetto al caso di specie e, allo stesso tempo, suggeriscono quale potrebbe essere l'opzione migliore.

Si prenda in considerazione l'utilizzo del metodo di *request for bids*, questo risulta compatibile con le seguenti Market Approach Options, ossia: open, limited, international, national, prequalification, single stage, best and final offer, negotiation e use of rated-type criteria.

---

*procurements where a non-competitive procedure may be permitted under the 2016 regulations. Direct selection in cases of emergency is permitted in many jurisdictions, and applies to unforeseeable situations.*”

<sup>468</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.10.

<sup>469</sup> Per un'analisi delle novità più importanti introdotte dall'ultima riforma in tema di *Market Approach Options* delle World Bank Procurement Regulations si rinvia a J. GORSKI, *The World Bank's New Procurement Regulations*, op. cit., p. 306; W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 122 e ss.

In particolare quest'ultimo A. (p. 122) evidenzia che un'altra importante differenza con la previgente normativa: “*One of the ways in which the 2016 procurement regulations differ from the 2011 procurement guidelines is in the separation of procurement procedures (or selection methods) from the amount of competition that is acceptable to the Bank, or what the Bank terms 'market approach options'. These market approach options in effect consider competition as a continuum, with full competition at one end and restricted competition at the other.*”

Senza scendere nel dettaglio del funzionamento di ciascuna di queste modalità e combinazioni, è opportuno analizzare i tratti salienti delle Market Approach Options più importanti.

A riguardo, fondamentale è l'art. 6.11 secondo il quale, in linea con quanto previsto anche con le previgenti World Bank Procurement Guidelines del 2011, “*an open competitive approach to market is the Bank's preferred approach.*”<sup>470</sup>

La preferenza nei confronti di tale approccio al mercato<sup>471</sup> (o, usando altri termini, nei confronti di una modalità di gara “aperta”) si spiega facilmente in quanto in questo modo viene garantita la massima partecipazione possibile alla gara e a tutti i candidati che posseggano determinati requisiti di idoneità viene garantita una eguale possibilità di presentare offerte e di contrattare con la pubblica amministrazione<sup>472</sup>.

Il *favor* nei confronti di tale approccio è evidente in quanto, sempre nella stessa disposizione, come di consueto, si stabilisce altresì che “*any approach, other than open competition, shall be*

---

<sup>470</sup> Cfr. F. BORSON, *Reforms under the World Bank Procurement and the Policy implications for Developing Countries*, op. cit., p. 149.

Per una definizione di tale modalità di approccio al mercato si rinvia a W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 122: “*Open competition has been stated to be the ‘bed rock’ of the Bank’s procurement framework. This was especially the case under the 2011 procurement guidelines where it was stated that ‘open competition is the basis for efficient public procurement. Borrowers shall select the most appropriate method for the specific procurement. In most cases, International Competitive Bidding (ICB) ... is the most appropriate method’. From this, it can be seen that the Bank previously equated open competition with international competition, but has moved away from this approach. Open competition is regarded as a tendering procedure in most jurisdictions and is described as the process where all prospective contractors interested in the procurement may submit a tender. In the EU system, the ‘open procedure’ is similarly defined as those procedures whereby any interested economic operator may submit a tender. [...] Under the 2016 procurement regulations, an open competitive approach to market is the Bank’s preferred approach and ‘provides all eligible prospective bidders with timely and adequate advertisement of a Borrower’s requirements and an equal opportunity to bid...’.*”

<sup>471</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.11.

<sup>472</sup> Anche nella modalità di scelta del tipo di procedura e della modalità di approccio al mercato da seguire non si rinvengono particolari divergenze rispetto la previgente normativa, anzi, l’impianto di base sembra essere stato mantenuto. Infatti, come si legge in T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 145: “*As a general principle the bank recommends international competitive bidding (ICB) as the best method of buying goods and works [...], bearing in mind the principles of the necessity for economy and efficiency, the desire to give all eligible bidders an equal chance of bidding, an interest in developing domestic manufacturing and contracting capacity, and transparency. ICB refers to a formal tendering procedure in which the contract is opened to international competition, and awarded through a formal tendering procedure, where a clear specification is set and bids are submitted to a common set deadline. All bidders who are qualified to undertake the work are entitled to have their bids considered.*”

Cfr. anche W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 122-123.

*justified by the Borrower*” il quale, in aggiunta, assicurando la massima trasparenza, è obbligato ad indicare il metodo prescelto in maniera espressa già nel Procurement Plan.<sup>473</sup>

In una posizione diametralmente opposta all’*open competitive approach* si trova la *limited competition* la quale, in generale, basandosi su una procedura ad inviti e senza pubblicazione del bando, può essere alla procedura ristretta prevista nell’ordinamento italiano<sup>474</sup>.

Come già visto nella descrizione dei metodi di selezione del contraente, anche per quanto riguarda la scelta del metodo di approccio al mercato, le World Bank Procurement Regulation non sembrano prevedere in maniera tassativa casi e presupposti al ricorrere dei quali si può optare per un metodo rispetto all’altro.

Tanto è vero, che in merito all’utilizzo della *limited competition* si stabilisce che essa può essere utilizzata (“*may be an appropriate method of selection*”) quando vi è un numero ristretto di imprese sul mercato oppure quando sussistono “*other exceptional reasons.*”<sup>475</sup>

Proseguendo nell’analisi dei vari metodi di approccio al mercato, tra le varie peculiarità delle WB Procurement Regulations è anche previsto che il Borrower possa scegliere

---

<sup>473</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.11, secondo periodo.

Sul punto si rinvia anche a J. GORSKI, *The World Bank’s New Procurement Regulations*, op. cit. p. 306, dove l’A., effettuando anche un paragone con il previgente testo delle WB Procurement Regulations, conclude che: “*In essence, however, a lot has remained the old way. The use of APAs or of majority of procurement configurations deviating from open and/or international competition will require WB’s approval. Previously, similar outcomes could be achieved via individually granted ‘operational policy waivers’, a number of which used to be granted each year.*”

<sup>474</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.12.

Per una definizione della modalità di approccio al mercato della *limited competition* si rinvia a W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 123: “*Limited competition has various appellations in other procurement systems. In the EU system, and under the UNCITRAL Model Law, it is referred to as ‘restricted tendering’ and described in the EU procurement directives as procedures in which any economic operator may request to participate in response to a call for a competition, but where only those economic operators invited by the contracting authority may submit a tender. Under the Bank’s regulations, a limited competitive approach to market ‘is by invitation only, without advertisement. It may be an appropriate method for selection where there are only a limited number of firms or there are other exceptional reasons that justify departure from open competitive procurement approaches’.*”

<sup>475</sup> Cfr. T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 147: “*Although the World Bank generally recommends international competitive bidding as the best method of procurement, it does allow some other methods [...]. Such exceptions, and the financial limits to them, will be stated in the loan agreement. One such procedure Limited International Bidding (LIB) is recognized, which is really ICB without open advertisement, and without allowances for domestic preference. This is allowed if the contract values are small, or if there are few suppliers or for ‘exceptional reasons’.*”

Cfr. Anche J. GORSKI, *The World Bank’s New Procurement Regulations*, op. cit., pp. 304-305.

discrezionalmente se ricercare il miglior contraente solo all'interno del mercato nazionale o anche nel mercato internazionale.

Quest'ultima opzione (*International Competitive Procurement*) è l'opzione preferita dalla WB in quanto oltre ad aumentare il numero dei concorrenti nella singola gara, tale approccio, necessariamente, influisce anche su un disegno più grande e generale: tramite il ricorso all'*international competitive procurement* infatti, in linea con quanto perseguito anche da altre importanti organizzazioni internazionali, permettendo anche ad imprese straniere di partecipare in più mercati esteri, si contribuisce a favorire la liberalizzazione globale del mercato dei contratti pubblici e ad aumentare lo sviluppo del commercio mondiale<sup>476</sup>.

Tale modalità di approccio al mercato, si è detto, è quella preferita dalla World Bank, ma non quella che deve essere necessariamente utilizzata in ogni caso, in quanto, all'opposto, un suo utilizzo di default e generalizzato potrebbe anche avere ripercussioni negative a livello della singola commessa e a livello commerciale internazionale<sup>477</sup>.

---

<sup>476</sup> Cfr. sul punto J. GORSKI, *The World Bank's New Procurement Regulations*, op. cit., p. 305: "Various purchasing procedures under Procurement Regulations need to be looked at along with their impact on the international liberalization of public procurement markets. This is because the approach to liberalization, since the introduction of the ICB, has always been a built-in feature of specific procurement methods, now renamed as market approach options ('MAO'). And this is all the more true given the attempts to align Procurement Regulations with the provisions of the GPA, the purpose of which has been to liberalize procurement markets. In very simple terms, the GPA opens 'covered' procurement (i.e. the procurement of listed goods and services by listed agencies or entities, and above high value-thresholds) to international competition by imposing requirements of national treatment, most-favored nations clause, a ban of offsets, and a ban on discrimination against foreign-owned local establishments. For covered procurement, the GPA favors open tendering and, only under certain conditions, allows less competitive or negotiated methods, including even direct sourcing whereby procurers might only covertly and *preter legem* prefer domestic to foreign content."

Cfr. anche K.V.S.K. NATHAN, *World Bank Procurement Sacred Cow or Case of Mad Cow Disease*, in *Journal of World Investment*, vo. 2, n. 4, dicembre 2001, p. 727, dove si legge che: "One of the express purposes of the World Bank is to 'promote the long-range balanced growth of international trade' by 'encouraging international investment for the development of the productive resources of its Members'. In plain practical terms, Bank loans and credits [...] finance the import of goods and services into the developing countries for the implementation of projects of high economic priority, meaning projects that generate a satisfactory return to the local economies."

<sup>477</sup> Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 123, dove per *International Competition* si intende: "As was mentioned above, international competitive bidding was the preferred procurement procedure under the 2011 procurement guidelines. The new procurement framework introduced flexibility into the Bank's approach and dropped the overriding emphasis on international competitive bidding. International competition is now appropriate where the participation of foreign firms will increase competition and assure the achievement of value for money and fit for purpose results. International competition requires mandatory international advertisement and is now stated to be the preferred approach for complex,

Per far fronte a queste evenienze l'art. 6.13 infatti stabilisce chiaramente che “*open international competitive procurement*” costituisce l'approccio preferibile<sup>478</sup> al mercato quando si prevede che la partecipazione di imprese straniere possa comportare degli effetti favorevoli all'amministrazione, quali un aumento della competizione e il raggiungimento degli obiettivi fondamentali del VfM e fit for purpose<sup>479</sup>.

La norma prosegue e successivamente consiglia anche che il ricorso ad una procedura competitiva internazionale può essere l'opzione più appropriata quando, in base al tipo di progetto, ci si trovi di fronte all'aggiudicazione di un contratto complesso, di alto rischio e/o di alto valore<sup>480</sup>.

Diversamente, ricorrere al solo mercato nazionale, e quindi limitare la concorrenza estera, non solo è possibile ma è auspicabile quando si ritiene che la gara pubblica non possa attirare competizione dall'esterno a causa delle dimensioni e condizioni del mercato, del valore del contratto, della natura delle attività da svolgere o quando i beni, lavori o servizi sono già disponibili a livello locale a prezzi inferiori rispetto al mercato internazionale<sup>481</sup>.

---

*high risk and or high value procurements. In addition, international competition is mandatory for contracts over a certain value. These thresholds are country specific and are determined on the condition of specific markets, the capacity of local industry and the country's level of risk.*”

<sup>478</sup> Come sottolineato anche da W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 93 e ss., anche nel previgente testo, ossia nelle Procurement Guidelines del 2011, vi era un generale *favor* nei confronti del metodo dell'International Competitive Bidding. A riguardo l'A. afferma che: “*As discussed in Chapter 2, international competitive bidding (ICB) is the default procurement method under the 2011 procurement guidelines. The objective of ICB, 'is to provide all eligible prospective bidders with timely and adequate notification of a Borrower's requirements and an equal opportunity to bid for the required goods, works and non-consulting services. For ICB, contracts are advertised outside the borrower country –on the Bank's website and on UN Development Business Online. In many cases, contract opportunities are also advertised in international newspaper and magazines, such as The Economist. Where ICB would not be 'the most economic or efficient method of procurement' or where the Bank has agreed to use the procurement system of the borrower, then other methods of procurement may be used.*”

<sup>479</sup> Nello specifico, l'art. 6.13 delle WB Procurement Regulations prevede che: “*Approaching the international market (international competitive procurement), is appropriate when the participation of foreign firms will increase competition and may assure the achievement of best VfM and fit-for-purpose results.*”

<sup>480</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.14.

<sup>481</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, artt. 6.15-6.18.

Cfr. anche W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 124: “[National Competition] is an approach that covers two related aspects. First national competition, as the name implies, refers to a procurement procedure that does not require international bidding, in other words, limits competition to domestic contractors. Further, this approach may also include a reliance on the country's own procurement arrangements. In other words, national competition also means a reliance on the borrower's domestic procurement framework if it is acceptable

In questo modo si evita un uso distortivo dell'*open international competitive procurement*, limitando casisticamente la partecipazione delle imprese straniere qualora, sulla base di determinati indici, si ritenga che lo Stato banditore possa concludere un contratto migliore solo con gli operatori economici nazionali.

In questi casi, in aggiunta, quando lo Stato approccia solamente il mercato nazionale, le WB Procurement Regulations prevedono anche che, previo accordo con la WB, possano essere utilizzate le norme e le procedure nazionali<sup>482</sup>.

Ad ogni modo, al fine di non fornire una facile elusione dei principi sanciti nelle WB Procurement Regulations, l'art. 5.3 prevede espressamente che le procedure nazionali da utilizzare "*shall be consistent with the Bank's Core Procurement Principles and ensure that the Bank's Anti-Corruption Guidelines and Sanctions Framework and contractual remedies set out in its Legal Agreement apply.*"

Dunque, anche quando vengono utilizzate le norme proprie dello Stato borrower, la gara rimane pur sempre sui binari già predisposti dalle regole della Banca Mondiale e continueranno a trovare applicazione i principi ivi contenuti.

#### **4.7 I Requisiti di partecipazione**

Una volta che il Borrower ha scelto la modalità di selezione del contraente e la modalità di approccio al mercato più adatta al caso di specie, è necessario che siano specificati anche i requisiti di partecipazione delle imprese.

Anche nel caso degli appalti finanziati dalla World Bank, dunque, non tutti gli operatori economici possono partecipare alla gara, ma tale possibilità è riservata solamente a coloro che, possedendo determinate caratteristiche, risultano essere -in teoria- i soggetti più idonei a svolgere in maniera efficiente il contratto.

---

*to the Bank. Thus, where national competition is the preferred approach, it makes sense to rely on domestic procurement arrangements and procedures, given that only domestic contractors are bidding. However, this does not take into account the fact that even if a contract is not advertised internationally, the widespread use of the internet means that non-domestic contractors will also be apprised of that procurement and may be interested in participating."*

<sup>482</sup> Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 124, in nota *supra*.

In questo scenario, oltre ad essere predisposti a garanzia della pubblica amministrazione, i requisiti di partecipazione svolgono anche un ruolo di garanzia a favore della World Bank: il grado di sicurezza nell'operazione di finanziamento della gara pubblica aumenta in quanto viene consentita la partecipazione solamente delle imprese più adatte per eseguire il contratto. Anche su questo punto l'approccio della World Bank è flessibile ed evita di stabilire in maniera tassativa e preventiva un elenco di requisiti che devono essere necessariamente posseduti dagli operatori economici al fine di partecipare alla gara.

Non essendo preclusa a priori l'eventualità di stabilirli negli accordi intervenuti con la World Bank o di rinvio al diritto nazionale, tali regole sono per lo più di carattere generale e stabiliscono solamente i criteri cui attenersi nella loro individuazione.

Oltre ad essere elastico, l'approccio seguito dalla World Bank è di tipo inclusivo e di non discriminazione tanto che in apertura si legge che *“the Bank permits eligible firms and individuals from all countries to offer goods, works, non-consulting services, and consulting services for Bank-financed projects.”*

Inoltre, si specifica, non può essere negata la partecipazione ad una gara, né l'aggiudicazione di un contratto, per ragioni che non siano connesse: in primo luogo, alla capacità dell'operatore economico di adempiere diligentemente il contratto o alle sue risorse; in secondo luogo, alle situazioni di conflitto di interesse previste nel corso della normativa.

Fermi restando tali riferimenti generali, si ha avuto modo di osservare nel paragrafo precedente che anche la modalità di accertamento dell'idoneità dei partecipanti può variare da caso a caso. Non è infatti obbligatorio svolgere per ciascuna gara una fase di selezione iniziale o di prequalificazione dei contraenti: la scelta di accertare tali idoneità in un momento precedente alla gara, oppure successivo, dipende essenzialmente dal Borrower e dal tipo di gara che intende svolgere.

Le World Bank Procurement Regulations, sul punto, consigliano solamente quando può essere più utile ricorrere ad una modalità anziché ad un'altra.

Infatti, si legge, le fasi di prequalificazione e di selezione iniziale *“are optional”* e dipendono dalla natura e complessità dei beni, lavori e servizi che si intende ottenere.

Sono consigliate in caso di contratti molto grandi o complicati (o in altre circostanze specificate ivi indicate)<sup>483</sup> e servono al Borrower, che dovrà utilizzare determinati documenti standard

---

<sup>483</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.20.

forniti dalla Banca<sup>484</sup>, al fine di permettere la partecipazione alla gara solamente alle imprese che hanno una adeguata capacità e sufficienti risorse per svolgere la commessa pubblica<sup>485</sup>.

Sempre in via generale, si stabilisce che, in tali procedimenti, l' idoneità di un concorrente possa essere valutata in relazione a criteri come “*eligibility, experience, technical capability and financial resources.*”<sup>486</sup>

Il ricorso a tali criteri è fortemente consigliato dalla World Bank in quanto in questo modo è possibile considerare in maniera oggettiva fattori come l'esperienza, lo svolgimento di altri lavori in passato, il grado di successo nell' esecuzione di tali lavori, la capacità di costruire e/o realizzare determinate opere o servizi, la situazione finanziaria ed altri<sup>487</sup>.

In questa valutazione, inoltre, è anche previsto che tale accertamento non dovrà tenere conto delle idoneità possedute, eventualmente, da altre imprese come le sussidiarie, affiliate, subappaltatori o in generale ogni altra entità diversa da quella che ha presentato l' offerta<sup>488</sup>.

Anche la fase di postqualificazione è opzionale e la relativa disciplina rimanda a quanto già previsto a proposito delle altre fasi ora analizzate<sup>489</sup>.

#### **4.8 La presentazione delle offerte e i criteri di valutazione**

Selezionata la platea dei partecipanti, le offerte devono essere presentate entro un termine preventivamente indicato dal Borrower nei documenti di gara<sup>490</sup> e che deve essere fissato tenendo in debita considerazione le particolari circostanze del progetto e della complessità dell' appalto<sup>491</sup>.

---

<sup>484</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.19.

<sup>485</sup> Cfr. T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 146: “*Pre-qualification is used for large or complex works, to make sure that bidders have the capacity to perform, and also to determine eligibility for domestic preference. There is a standard pre-qualification document available, which requires potential bidders to list their experience and past performance on similar contracts, their capabilities in personnel and facilities, and their financial position. The pre-qualification process has to be notified in much the same way as is required for the actual bidding, outlined above.*”

<sup>486</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.23.

<sup>487</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.23.

<sup>488</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.21.

<sup>489</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.27.

<sup>490</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.40.

<sup>491</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.36.

Le offerte presentate oltre tale data o che sono considerate “*non substantially responsive*” rispetto l’oggetto sostanziale dell’appalto non devono essere analizzate e devono essere rigettate<sup>492</sup>.

Inoltre, al fine di evitare discriminazioni e di rendere la procedura il più trasparente possibile, le WB Procurement Regulations prevedono che le offerte tempestivamente presentate debbano essere aperte in pubblico e tutte nel tempo e nel luogo preventivamente indicati nei documenti di gara<sup>493</sup>.

Per quanto riguarda nel dettaglio i criteri di valutazione delle offerte, l’art. 5.50, in via generale, stabilisce che tali criteri e la metodologia che sarà impiegata dovranno essere preventivamente indicati ed esplicitati nei documenti iniziali di gara e dovranno altresì essere “*appropriate to the type, nature, market conditions, and complexity of what is being procured.*”<sup>494</sup>

---

Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 88, dove, per quanto riguarda la fissazione del termine per presentare le offerte, l’A. ha sottolineato che le attuali World Bank Procurement Regulations presentano un approccio più flessibile e meno rigido rispetto a quanto previsto con la previgente disciplina: “*Once the bid documents are published, and bidders respond to the invitation to prequalify, requests for expressions of interests and invitation to bid, the next stage in the procurement process is the bid opening. There are differences in the time limit given for bid preparation between the 2011 procurement guidelines and the 2016 procurement regulations. Under the 2011 guidelines, for contracts subject to ICB, bidders are given a minimum of six week to prepare and submit their bids, and 12 weeks in the case of complex contracts. Under the 2016 procurement regulations, a more flexible approach is taken and the bid preparation time depends on the circumstances of the case and the ‘magnitude, risk and complexity of the procurement’. The minimum period allowed shall be 30 business days, where the procurement involves international competition. The time of bid opening will normally be stated to be the same as the deadline for the receipt of bids, or promptly afterwards.*”

<sup>492</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.49.

Sul punto, si vedano anche T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 147; W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 89.

<sup>493</sup> Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 88: “*The borrower is required to open all bids at the stipulated time. In addition, bids shall be opened in public, meaning that bidders or their representatives shall be allowed to be present at the bid opening.*”

<sup>494</sup> Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 89: “*The evaluation of bids is done by relying on evaluation criteria, which would have been specified in the PPSD, and in the standard procurement documents. The evaluation criteria included in these documents must be strictly adhered to. The overall aim of the evaluation criteria selected is to ultimately obtain value for money and achieve the development objectives of the project. The 2016 procurement regulations state that the evaluation criteria shall be proportionate and appropriate to all the circumstances of the project. Evaluation criteria should be quantifiable and should have been included in the bidding documents; only the evaluation criteria indicated in the bidding documents shall be applied, and applied consistently to all bids and proposals received.*”

Inoltre, sempre per mantenere intatto l'equilibrio concorrenziale anche in questa delicata fase di gara, i criteri di selezione delle offerte dovranno essere applicati in maniera eguale ad ogni offerta presentata da ciascun singolo concorrente<sup>495</sup>.

Ciò posto, l'art. 5.50 rimanda a quanto stabilito nell'allegato X il quale, all'art. 2.1, ribadisce in primo luogo che “[the evaluation criteria] shall be appropriate to the nature and complexity of the procurement” e successivamente specifica che ciò deve consentire al “Borrower to achieve VfM.”

Oltre a dover essere, in generale, appropriati e proporzionati in relazione alla natura e complessità dell'appalto, la WB specifica anche ulteriori requisiti che devono essere rispettati da tali criteri, i quali, in particolare<sup>496</sup>: devono essere proporzionati ed appropriati al tipo, natura, condizioni di mercato, complessità, rischio, valore e scopo del bene che si intende ottenere; devono essere quantificabili, ossia devono poter essere espressi in termini monetari; devono essere preventivamente inseriti nei documenti preliminari alla gara, ossia nell'invito a offrire dell'amministrazione, in cui oltre a stabilire i criteri di valutazione che saranno utilizzati dovrà essere anche specificato il modo in cui saranno applicati; come corollario del fatto che tali criteri devono essere già presenti nell'invito ad offrire, durante la gara potranno essere utilizzati solamente i criteri di valutazione ivi indicati; infine, i criteri di valutazione dovranno essere applicati in maniera eguale a tutti quanti i partecipanti<sup>497</sup>.

Secondo quanto stabilito nelle World Bank Procurement Regulations i criteri di valutazione delle offerte orientano l'azione dell'amministrazione nella scelta del contraente che offra non il solo prezzo più basso, bensì il miglior rapporto qualità prezzo<sup>498</sup>.

---

<sup>495</sup> Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 89, in nota *supra*.

<sup>496</sup> Sul punto si rinvia anche a T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 147.

<sup>497</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, Allegato X, art. 2.2

<sup>498</sup> Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 89-90: “Evaluation criteria fall into two broad categories—criteria that assess the technical merits or quality of the proposal and those that relate to the price or the cost. In particular, the criteria that are evaluated for the purposes of awarding a contract are the costs (the adjusted bid price and life cycle costs); quality of the goods/works (and the extent to which this quality meets the requirements stated in the bidding documents); sustainable procurement, which is the extent to which the bid or proposal takes into account economic, social and environmental benefits in support of project objectives; innovations, which permit bidders to exceed the requirements in the bidding documents; and risk, which is the ability of the bid or proposal to respond to unforeseen changes. A winning bid will essentially be one that is fully responsive to the contractual specification and where the bidder is simultaneously qualified to undertake the contract.”

Oltre al prezzo<sup>499</sup>, infatti, l'art. 2.3 dell'allegato X, stabilisce che nella valutazione delle offerte devono essere presi in considerazione anche fattori<sup>500</sup> come, in primo luogo, la qualità: in base a tale fattore l'amministrazione deve valutare in che grado i beni, lavori, servizi offerti soddisfino o eccedano i requisiti richiesti dal bando<sup>501</sup>.

Inoltre, l'amministrazione deve tenere in considerazione anche il fattore del rischio, ossia, un criterio in base al quale si stabilisce in che modo l'offerta possa far fronte ai principali rischi preventivati e non dall'amministrazione<sup>502</sup>.

L'offerta, inoltre, deve essere valutata anche in relazione al fattore sostenibilità: deve essere in grado di garantire i benefici economici, ambientali e sociali collegati allo svolgimento del progetto.<sup>503</sup>

---

<sup>499</sup> Nello specifico, ai sensi dell'art. 2.3, lett. a), dell'allegato X, il fattore prezzo comporta una *“evaluation of cost using a methodology that is appropriate to the nature of the procurement including: i. adjusted Bid price; or ii. adjusted Bid price plus the running/recurrent cost over the useful lifetime of the asset on net present cost basis (life-cycle costs)”*

<sup>500</sup> Cfr. T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 147: *“The subsequent commercial evaluation [of the bids] will take into account the price and other considerations.”*

<sup>501</sup> Ai sensi dell'art. 2.3, lett. b), dell'allegato X, il fattore qualità è misurato tramite una *“evaluation of quality using a methodology to determine the degree to which the Goods, Works, Non-consulting Services or Consulting Services meet or exceed the requirements.”*

Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 90.

<sup>502</sup> Come stabilito dall'art. 2.3, lett. c), dell'allegato X, il rischio è un *“criteria that mitigate the relevant assessed risk.”*

Sul punto cfr. J. GORSKI, *The World Bank's New Procurement Regulations*, op. cit., p. 308: *“Regarding evaluation criteria, the WB emphasizes allowing procurers to factor-in life-cost, risk or innovation on top of the initial cost of procurement. However, under the previous General Guidelines, procurers could similarly identify lowest-cost bids based on factors such as delivery time, operating costs, efficiency and compatibility of the equipment, availability of service and spare parts and related training or safety.”*

Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 90.

<sup>503</sup> L'art. 2.3, lett. d), dell'allegato X, prevede che la sostenibilità sia un *“criteria that take into account stated economic, environmental, and social benefits in support of the project objectives, and may include the flexibility of the Proposal to adapt to possible changes over the life-cycle.”*

In generale, sul tema del green public procurement funded by the World Bank si rinvia a WORLD BANK GROUP, *Green Public procurement: an overview of green reforms in country procurement systems*, World Bank Publications, Washington, 2021.

Sul punto cfr. J. GORSKI, *The World Bank's New Procurement Regulations*, op. cit., p. 307: *“The actual revolution in WB's procurement policies can be seen in the recognition of procurers' right to integrate non-commercial considerations (green, social) at various stages of the procurement process. The WB's staff was traditionally strongly reluctant to accept any such consideration but the reform had to embrace the developments in the EU directives and the GPA since the late 1990s. [...] Sustainability*

Infine, l'offerta deve essere valutata anche in base al fattore innovativo, il quale fa riferimento al grado di innovatività, ad esempio, nel design o nella consegna, dei beni, lavori o servizi richiesti.<sup>504</sup>

#### 4.9 La prevenzione dei conflitti di interesse e la lotta ai fenomeni corruttivi

Come regola generale, l'art. 3.14 impone che gli operatori economici e gli individui coinvolti negli appalti finanziati dalla WB non debbano trovarsi in situazioni di conflitto di interesse<sup>505</sup>. Nell'individuazione di tali ipotesi, oltre a rinviare alle fattispecie già delineate nei documenti delle singole gare, le WB Procurement Regulations prevedono che una impresa si trovi in una situazione di conflitto di interesse qualora, nelle gare per l'acquisto di beni, lavori o servizi non di consulenza, l'impresa stessa, incluso il suo personale, abbia uno stretto rapporto d'affari o di amicizia con il personale del Paese Borrower o della Banca Mondiale che: i) è direttamente o indirettamente coinvolto nella preparazione dei documenti di gara o delle specifiche contrattuali; ii) sarà coinvolto nella fase di esecuzione o supervisione del contratto<sup>506</sup>.

Ai sensi dell'art. 3.22, lett. b), qualora si verifichi una situazione di conflitto di interesse, il Borrower dovrà vietare la partecipazione di tale soggetto alla gara.

Oltre ad evitare il sorgere di tali fattispecie, le World Bank Procurement Regulations mirano anche alla repressione di episodi di frodi e corruzioni<sup>507</sup>, la cui disciplina è contenuta nell'allegato IV.

---

*requirements can be applied at various stages of procurement, including pre-qualifications of firms, functional/technical specification, evaluation criteria, or contract terms and conditions.”*

Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 90.

<sup>504</sup> L'art. 2.3, lett. e), dell'allegato X, stabilisce che la innovatività sia un “*criteria that allow assessment of innovation in the design and/or delivery of the Goods, Works, Non-consulting Services, or Consulting Services and that give Bidders/Proposers the opportunity to include, when appropriate, in their Bids/Proposals, solutions that exceed the requirements or alternative solutions that could deliver better VfM.*”

Cfr. J. GORSKI, *The World Bank's New Procurement Regulations*, op. cit., p. 308; W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 90.

<sup>505</sup> Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 194.

<sup>506</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 3.15.

<sup>507</sup> Cfr. F. BORSON, *Reforms under the World Bank Procurement and the Policy implications for Developing Countries*, op. cit., p. 151.

Tali norme, infatti, assicurano che i fondi concessi dalla WB al Borrower non siano distratti per altre finalità e siano utilizzati esclusivamente per svolgere la procedura di selezione del contraente in maniera efficiente e nel rispetto di quanto previsto dalle WB Procurement Regulations, tutelando in ultima analisi, sia le casse del soggetto finanziatore sia di chi riceve il finanziamento<sup>508</sup>.

Nel dettaglio, in base all'allegato IV, ogni soggetto coinvolto nello svolgimento della gara, quindi sia sul versante dell'amministrazione che sul versante dei partecipanti, è tenuto ad osservare i più alti standard etici durante tutta la procedura.

A tal fine, la WB si preoccupa di descrivere alcune fattispecie tipiche.

Ad esempio, per corruzione si intende l'offrire, dare, ricevere o sollecitare, direttamente o indirettamente, qualsiasi cosa di valore allo scopo di influenzare in maniera impropria le azioni di un'altra parte<sup>509</sup>.

Per condotta fraudolenta si intende qualsiasi azione o omissione, inclusa la falsa rappresentazione, che inganna, o induce all'inganno, una parte al fine di ottenere un beneficio economico o qualsiasi altro tipo di beneficio o al fine di evitare l'adempimento di una obbligazione<sup>510</sup>.

Per pratica collusiva si intende l'accordo di due o più parti realizzato al fine di raggiungere scopi diversi ed impropri, incluso quello di influenzare le azioni di un'altra parte<sup>511</sup>.

Per pratica coercitiva si intende quel comportamento con cui si danneggia o compromette, o si minaccia di danneggiare o compromettere, direttamente o indirettamente, uno soggetto o una sua proprietà al fine di influenzare le azioni di tale soggetto<sup>512</sup>.

Infine, si verifica una condotta ostruttiva quando: a) si distrugge, falsifica, altera o nasconde deliberatamente prove rilevanti per le indagini o si rendono false dichiarazioni agli investigatori al fine di ostacolare materialmente un'indagine della Banca Mondiale in relazione ad accuse di pratiche di corruzione, fraudolente, coercitive o collusive; oppure quando si minaccia, molesta o intimidisce una parte per impedirle di rivelare la sua conoscenza di questioni rilevanti per

---

<sup>508</sup> Cfr. A.M. BOCCHI e M. PIAZZA, *La Banca Mondiale*, op. cit., p. 64: “Anche la possibilità di una distrazione di fondi destinati allo sviluppo è un pericolo grave per la reputazione della Banca. Per controllare l'uso dei fondi nelle procedure d'appalto e d'acquisto di beni e servizi per i progetti della Banca esistono apposite politiche fiduciarie. Ogni sospetto di frode e corruzione è riferito a un Comitato di controllo. Se i sospetti sono fondati, la Banca licenzia i dipendenti coinvolti, sospende le imprese implicate, chiede al governo locale di fare altrettanto e cancella il contratto.”

<sup>509</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, Annex IV, art. 2.2, lett. a), n. i.

<sup>510</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, Annex IV, art. 2.2, lett. a), n. ii.

<sup>511</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, Annex IV, art. 2.2, lett. a), n. iii.

<sup>512</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, Annex IV, art. 2.2, lett. a), n. iv.

l'indagine o di proseguire l'indagine; b) vengono compiuti atti intesi a ostacolare materialmente l'esercizio dei diritti di ispezione e revisione propri della Banca<sup>513</sup>.

Sul versante dei rimedi, oltre a poter ricorrere anche all'utilizzo di altre sanzioni<sup>514</sup>, qualora la Banca accerti che un soggetto è incorso in una di queste fattispecie, essa può agire di concerto con lo Stato Borrower per impedire o cancellare l'aggiudicazione del contratto<sup>515</sup>.

#### 4.10 Conclusioni

Dall'analisi fin qui condotta, pare potersi affermare che le World Bank Procurement Regulations, le quali regolano la procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici finanziati dalla World Bank, si basano sugli stessi principi fondamentali su cui si fonda l'impianto della UNCITRAL Model Law on Public Procurement previamente analizzata, ossia sui principi di concorrenza, contabilità e anticorruzione<sup>516</sup>.

##### 4.10.1 L'emersione del principio di concorrenza

Quando un appalto pubblico viene finanziato con i fondi della World Bank, seguendo una linea di continuità con la previgente normativa, le World Bank Procurement Regulations si preoccupano innanzitutto di garantire che a tale gara partecipi il più ampio numero di operatori

---

<sup>513</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, Annex IV, art. 2.2, lett. a), n. v.

<sup>514</sup> Per un'analisi generale dei vari tipi di sanzioni che possono essere irrogate dalla World Bank in tali casi si rinvia a W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 200 e ss.

<sup>515</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, Annex IV, art. 2.2, lett. b), c), d).

<sup>516</sup> In dottrina, oltre ad evidenziare la sostanziale convergenza tra i principi ispiratori della UNCITRAL Model Law on Public Procurement e delle World Bank Procurement Regulations, si sostiene anche tali principi, in quanto accettati dalla stragrande maggioranza della comunità internazionale, e in quanto fatti propri da moltissimi ordinamenti giuridici, possano attualmente essere considerati anche come *international best practice procurement standards*.

Cfr. F. BORSON, *Reforms under the World Bank Procurement and the Policy implications for Developing Countries*, op. cit., p. 147, dove l'A. afferma che: "Indeed the Bank's core principles are widely accepted as international best practice procurement standards which have been adopted by many procurement regimes including developing countries that are often financed by the Bank and usually based on the UNCITRAL Model Law."

economici possibile, sia nazionali che esteri, e che tra tali soggetti non vi siano ingiustificate discriminazioni di trattamento basate sul solo requisito della nazionalità<sup>517</sup>.

Tale impianto, di natura chiaramente pro concorrenziale, si declina in molteplici disposizioni che sono state sopra esaminate<sup>518</sup>.

Come prima cosa, infatti, è obbligatorio che la *General Procurement Notice*, ossia uno dei primi atti con cui viene resa nota all'esterno l'esistenza di una gara pubblica finanziata dalla World Bank, sia pubblicata non solo a livello di Gazzetta ufficiale nazionale, ma essa deve essere anche debitamente pubblicata in appositi registri a livello internazionale proprio al fine di attrarre anche la concorrenza estera.

Ancora, l'obiettivo di massimizzazione della concorrenza è raggiunto anche tramite la normativa che disciplina il contenuto dei documenti di gara.

All'interno della gara pubblica finanziata dalla World Bank, infatti, non potranno essere utilizzati i documenti di gara che lo Stato banditore usualmente adotta per lo svolgimento delle proprie commesse interne: ciò potrebbe costituire un indebito aiuto nei confronti delle imprese locali le quali -in teoria- sono più solite interfacciarsi con questi standard.

---

<sup>517</sup> L'obiettivo fondamentale della massimizzazione della concorrenza, intesa soprattutto come pari opportunità di trattamento e di accesso a tali gare a favore sia di operatori locali che di operatori esteri è sempre stato presente nell'intenzione della World Bank, e la versione antecedente, così come l'attuale versione delle World Bank Procurement Regulations si fondano entrambe su tale principio.

Infatti, come sostenuto da T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 142: “[the] *World Bank policies and procedures* [aim] to give all qualified bidders from the Bank's eligible countries an equal opportunity to compete for Bank-assisted projects. Effectively this means a reliance on advertisement as a method of finding suppliers, as well as a refusal to grade suppliers for qualify or performance.”

Nello stesso senso anche W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., in particolare p. 107 e ss.

<sup>518</sup> Sebbene la maggioranza della dottrina, insieme alla World Bank stessa, sia dell'opinione che le World Bank Procurement Regulations siano ispirate e costituiscano attuazione del principio di concorrenza, per completezza, si deve comunque dare atto di un indirizzo minoritario, nato sotto la vigenza del testo previgente, secondo cui, al contrario, l'impianto previsto dalle regole della Banca Mondiale comporterebbe in ultima analisi effetti distorsivi della concorrenza.

Cfr. K.V.S.K. NATHAN, *World Bank Procurement Sacred Cow or Case of Mad Cow Disease*, op. cit., p. 716: “*The main problem with the Bank's procurement procedures, rules and Standard Documents is that they discourage foreign contractors, consultants, manufacturers and suppliers from establishing in the borrower countries and to push their local subsidiaries and agents already there to run down their operations. Establishment means a degree of permanence in the country and a base or bases from which the business or economic activity is conducted. Local consultants cannot compete with the massive supply of foreign technical assistance available at little or no real cost to governments. There is actually less competition, and prices are much higher than when the Bank and other development institutions did not intervene in a big way in the development process.*”

Al contrario, dovranno essere utilizzati documenti, per così dire “neutri” ossia gli *Standard Procurement Documents* previamente predisposti e forniti dalla World Bank, proprio al fine di evitare il sorgere di tali discriminazioni e/o favoritismi.

Allo stesso modo, agli *Standard Procurement Documents* è prescritto anche un contenuto sostanziale che non consente, almeno in principio, di effettuare discriminazioni.

Quando la gara si rivolge ad una platea internazionale, questi documenti dovranno essere redatti, oltre che nella lingua dello Stato banditore, anche in un'altra lingua internazionale a scelta tra inglese, francese e spagnolo.

Inoltre, anche le prescrizioni e i requisiti ivi contenuti (tra cui le norme riguardanti gli standard e le specifiche tecniche), seppur possano essere specifici e dettagliati, non devono essere formulati in maniera tale da creare preferenze nei confronti di un determinato gruppo di operatori.

Oltre tali disposizioni, la parte delle World Bank Procurement Regulations in cui si evince più chiaramente la natura pro concorrenziale delle medesime è da rintracciarsi nella sezione relativa alla scelta della procedura di selezione del contraente da seguire e dalla modalità di approccio al mercato.

La World Bank, come si è visto, a riguardo preferisce un approccio chiaramente inclusivo che consenta tanto alle imprese nazionali e tanto alle imprese estere di essere in grado di partecipare agli appalti da essa finanziati<sup>519</sup>.

Infatti, la metodologia di scelta del contraente preferita (ma non, si badi, obbligatoria) risulta essere la “*open international competitive procurement*”, ossia una gara aperta che consenta la partecipazione anche di operatori economici stranieri.

Ogni deviazione da tale scelta, poi, dovrà essere debitamente giustificata dal Borrower.

Ma tale approccio, e in ciò si percepisce anche la natura non inderogabile del principio di concorrenza, come detto, non è vincolante.

Al contrario, in alcuni casi il ricorso ad una procedura aperta anche alla concorrenza estera potrebbe danneggiare lo scopo perseguito dall'appalto e impedirebbe al Borrower di raggiungere un risultato efficiente, ossia il Best Value for Money.

---

<sup>519</sup> Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 122 e ss.; J. GORSKI, *The World Bank's New Procurement Regulations*, op. cit., pp. 304-305; K.V.S.K. NATHAN, *World Bank Procurement Sacred Cow or Case of Mad Cow Disease*, op. cit., p. 727.

Ci si riferisce alle ipotesi di appalti che per loro natura non sono in grado di suscitare interesse nelle imprese estere, come nel caso di piccole commesse di beni/servizi/lavori che sono usualmente offerti da imprese locali in un settore di mercato già standardizzato e predefinito.

Infine, un'altra applicazione significativa del principio di concorrenza si rinviene in punto dei requisiti di partecipazione dei concorrenti.

La World Bank infatti, nel rispetto di determinate idoneità, consente a tutte le imprese *from all countries* di offrire beni, lavori e servizi all'interno delle gare da essa finanziate.

I requisiti di partecipazione in primo luogo dunque non devono essere discriminatori, ossia non devono precludere l'accesso alla gara a determinate imprese utilizzando il solo elemento dell'appartenenza ad una giurisdizione diversa.

Allo stesso tempo, oltre a tutelare la concorrenza estera e dunque ad ampliare la platea dei concorrenti, come noto, i requisiti di partecipazione sono indirizzati anche al raggiungimento del Best Value for Money e dunque hanno anche lo scopo di restringere, in condizioni di parità tra le imprese nazionali e straniere, l'accesso alla gara solamente a favore di quei soggetti che posseggano determinati requisiti che li rendano idonei ad eseguire in maniera ottimale la commessa pubblica in questione e che non abbiano commesso determinati reati o non si trovino in situazioni di conflitto di interessi.

#### *4.10.2 L'emersione del principio di contabilità*

Dall'analisi svolta si evince che un altro principio fondamentale su cui si basano le WB Procurement Regulations è il principio contabilistico<sup>520</sup>.

Anche nel caso degli appalti aggiudicati secondo le norme previste dalla World Bank dunque l'azione amministrativa è volta essenzialmente alla ricerca del contraente che comporti la minor spesa di denaro possibile e ciò si evince in particolar modo dall'analisi delle norme che disciplinano i criteri di valutazione delle offerte.

In sede di esame delle offerte presentate dai concorrenti, infatti, bisognerà tenere in considerazione in primo luogo il prezzo e i costi complessivi dell'offerta proposti dall'operatore economico: l'offerta che presenti il prezzo più basso, di conseguenza, è da preferire rispetto alle offerte che prevedano maggiori esborsi di denaro.

---

<sup>520</sup> Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., in particolare p. 103 e ss.

Ma il prezzo, si è anche visto, non è l'unico elemento in grado di guidare l'azione dell'amministrazione, la quale, più nello specifico, è tesa al raggiungimento del Best Value for Money<sup>521</sup>.

A mente della definizione offerta dalla stessa World Bank, nell'allegato I delle World Bank Procurement Regulation<sup>522</sup>, per Best Value for Money si intende *“the effective, efficient, and economic use of resources, which requires the evaluation of relevant costs and benefits, along with an assessment of risks and of non-price attributes and/or life-cycle costs, as appropriate.”*<sup>523</sup>

Esso, dunque, non implica necessariamente che l'aggiudicazione del contratto debba essere fatta in relazione al prezzo più basso (ossia in base all' *“economic use of resources”*), tanto è vero che è la stessa World Bank che precisa che *“price alone may not necessarily represent VfM.”*

In questo caso entrano in gioco, tra gli altri, anche altri fattori diversi dal prezzo, altri *“non-price attributes”* che debbono essere tenuti in considerazione<sup>524</sup>.

In altre parole, l'offerta migliore non è più quella che presenti solamente il prezzo più basso, ma quella che presenti il miglior rapporto qualità/prezzo.

Sempre nell'ottica del raggiungimento del VfM sono fissate anche le norme relative all'accertamento dell'idoneità dei singoli contraenti.

---

<sup>521</sup> Anche per quanto riguarda tale principio si scorge una linea di continuità con il previgente testo normativo fornito dalla World Bank.

Come sottolineato da T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 142, lo scopo della normativa emanata dalla World Bank era (e rimane ad oggi) anche quello di *“ensure that the loan is used to buy only those goods and services needed to carry out the project, and that they are procured in the most efficient and economical manner possible.”*

Si veda anche W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., in particolare, pp. 89-90.

<sup>522</sup> Nello specifico, infatti, ai sensi dell'art. 2.3 dell'Allegato I delle WB PR, *“VfM is achieved through the application of the following: a. ensuring integrity throughout the Procurement Process; b. a clear statement of needs and procurement objectives; c. a procurement approach that is proportional to the risk, value, context, nature, and complexity of the procurement; d. appropriate specification of the requirements; e. selection of appropriate contractual arrangements; f. suitable evaluation criteria; g. selection of the firm that best meets the needs and objectives of the procurement; and h. effective contract management to ensure successful execution of the contract and ensure that the deliverables are met as agreed in the contract.”*

<sup>523</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, Allegato I, art. 2.2

<sup>524</sup> Cfr. T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 147: *“The subsequent commercial evaluation [of the bids] will take into account the price and other considerations.”*

La delimitazione del perimetro dei possibili contraenti, infatti, non viene effettuata solamente in ragione della loro capacità di offrire un prezzo competitivo all'amministrazione; al contrario, come accennato nel precedente paragrafo, potranno partecipare agli appalti finanziati dalla World Bank solamente gli operatori ritenuti idonei e affidabili.

Il che significa che eventualmente, tramite l'applicazione dei requisiti di partecipazione, potrebbero essere stati esclusi quegli operatori che, seppur carenti di specifiche idoneità, avrebbero offerto un prezzo più basso. posseggano determinati requisiti che li rendono idonei ad eseguire in maniera ottimale la commessa pubblica in questione e che non abbiano commesso determinati reati o non si trovino in situazioni di conflitto di interessi.

In conclusione, l'amministrazione, nell'allocazione efficiente delle risorse fornite dalla WB, è tenuta a scegliere il contraente che offra non solo il prezzo migliore (quale applicazione del principio di contabilità), ma anche il prodotto migliore valutato in relazione ad altri fattori non ricollegati al prezzo (quale applicazione del più generale principio di VfM).

#### *4.10.3 L'emersione del principio di anticorruzione*

Infine, mantenendo l'approccio seguito anche dalla precedente versione del testo, le WB Procurement Regulations risultano essere ispirate anche al principio di trasparenza e di contrasto ai fenomeni corruttivi<sup>525</sup>.

---

<sup>525</sup> Anche sotto tale aspetto i due testi normativi (la versione attuale delle WB Procurement Regulations e la sua precedente versione) si basano sullo stesso principio di trasparenza e di contrasto ai fenomeni corruttivi, il quale è rimasto uno degli obiettivi cardine perseguiti dalla World Bank.

Cfr. F. BORSON, *Reforms under the World Bank Procurement and the Policy implications for Developing Countries*, op. cit., p. 151; W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 171 e ss.

Nello specifico, come evidenziato da T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 142, le regole fornite dalla World Bank hanno lo scopo di “*promote transparency. This is a fundamental issue in all World bank-financed procurement. It is too easy to believe that the production of an open paper trail is all that matters to the Bank’s task managers. A perfectly transparent paper trail can conceal corruption, suppress awkward evidence and even protect the guilty. The world transparency often goes together with objectivity, another noble aim. However, just as transparency tends to degenerate into a smokescreen of documentation, so objectivity becomes a refusal to accept any evidence that is tainted with the slightest whiff of subjectivity. The success of a World bank project therefore is not judged by whether it performs well, as that judgment must contain a subjective element.*”

Due ragioni fondamentali che, come si ha avuto modo di analizzare in precedenza, sono strettamente collegate tra di loro in quanto la prima costituisce uno degli strumenti più importanti per prevenire e combattere eventuali episodi di corruzione.

La gara per l'aggiudicazione degli appalti finanziati dalla World Bank deve svolgersi in maniera chiara e trasparente, il che, tra le altre cose, implica che i soggetti coinvolti debbano conoscere in anticipo e con certezza le regole che verranno utilizzate: ciò costituisce, infatti, il primo argine al verificarsi di episodi arbitrari di corruzione tramite la predisposizione di regole, anche in via successiva, *ad hoc* per favorire uno o più partecipanti.

Si prendano in considerazione le norme con cui la World Bank disciplina la pubblicazione e il contenuto dei documenti di gara.

In questo senso gli atti con cui l'amministrazione rende nota la propria intenzione di aggiudicare l'appalto, oltre a favorire la concorrenza, si profilano anche come applicazione del principio di trasparenza in quanto non solo viene resa pubblica la volontà di svolgere una commessa pubblica, ma vengono anche fissate alcune delle regole fondamentali che governeranno lo svolgimento della gara.

Tra i tanti, nei documenti preliminari alla gara, il Borrower dovrà indicare in maniera chiara e precisa quali sono i requisiti di partecipazione, oppure, ancora, quali sono i requisiti di selezione delle offerte e le relative metodologie impiegate, in tal modo consentendo ai partecipanti di conoscere anticipatamente in base a quali parametri si muoverà l'amministrazione.

Ma la garanzia dei concorrenti alla trasparenza dell'agire della PA si declina in molteplici forme all'interno delle World Bank Procurement Regulations.

Oltre agli esempi appena citati, è opportuno fare riferimento, tra i molti, anche alla categoria degli *Standard Procurement Documents*.

L'utilizzo di tali documenti di gara, predefiniti a monte dalla World Bank, consente ai concorrenti di conoscere in anticipo e in maniera certa con quali strumenti dovranno partecipare alla procedura di evidenza pubblica.

Inoltre, a rafforzamento di tale garanzia, è anche espressamente previsto che, in caso di dubbio, ciascun partecipante possa richiedere, per iscritto, delucidazioni riguardo tutti i documenti utilizzati dall'amministrazione.

A fronte di tali richieste di chiarificazioni, poi, l'amministrazione è obbligata a rispondere, sempre per iscritto, a ciascuna domanda pervenuta e tali risposte non dovranno essere formulate in maniera tale da favorire alcun concorrente.

In maniera più diretta, vi sono anche varie disposizioni all'interno delle World Bank Procurement Regulations che contrastano in maniera specifica il sorgere di fenomeni corruttivi.

La lotta al verificarsi di tali fenomeni, oltre a costituire una importantissima garanzia nei confronti del Borrower nel raggiungimento del Best Value for Money, costituisce anche una fondamentale garanzia a favore della World Bank a che i fondi da questa elargiti per lo svolgimento della gara pubblica siano utilizzati esclusivamente per il raggiungimento degli obiettivi concordati e non siano distratti per altri scopi<sup>526</sup>.

Come prima cosa è previsto che ogni soggetto coinvolto nella procedura osservi i più alti standard etici durante tutta la gara.

Inoltre, l'accertamento del compimento di episodi di corruzione comporta l'automatica esclusione del concorrente dalla gara.

Così come, allo stesso modo, deve essere escluso dalla gara quel concorrente che si trovi in una situazione di conflitto di interessi.

---

<sup>526</sup> Cfr. F. BORSON, *Reforms under the World Bank Procurement and the Policy implications for Developing Countries*, op. cit., p. 151: “As part of its anti-corruption agenda, the Bank does not only seek to prevent corruption in its funded projects. The Bank contributes to an international effort against corruption including arrangements on cross debarment as will be explained below. The Bank also supports borrower States in the fight against corruption in their national systems. The support provided for States in the fight against corruption is important not only in reinforcing the international fight against corruption but it also promotes home-grown anti-corruption strategy and implementation capacity with the required enforcement authority, which improves chances of sustainability.”

Cfr. anche WORLD BANK, *World Bank Group and Public Procurement: An Independent Evaluation*, op. cit., p. 2.

## CAPITOLO 5

### IL GOVERNMENT PROCUREMENT AGREEMENT

**Sommario:** 5.1 Da L’Avana a Marrakech: creazione, profili istituzionali e funzioni del WTO; 5.2 Il sistema delle fonti previsto dal WTO e la loro natura giuridica; 5.3 L’aggiudicazione dei contratti pubblici secondo la WTO law: il Government Procurement Agreement (GPA). Natura giuridica del GPA e principi generali; 5.4 Ambito di Applicazione; 5.5 Preparazione della gara e documenti di gara; 5.6 Le procedure di gara: flessibilità, *open tendering*, *selective tendering* e *limited tendering*; 5.7 I requisiti di qualificazione; 5.8 La presentazione dell’offerta e i criteri di valutazione; 5.9 La clausola generale della non discriminazione; 5.10 Il trattamento speciale e differenziato per i Paesi in via di sviluppo; 5.11 Il rafforzamento degli obblighi di trasparenza per prevenire conflitti di interesse e per contrastare la corruzione; 5.12 Conclusioni; 5.12.1 L’emersione del principio di concorrenza; 5.12.2 L’emersione del principio di contrasto ai fenomeni corruttivi e di trasparenza; 5.12.3 L’emersione del principio di contabilità

#### 5.1 Da L’Avana a Marrakech: creazione, profili istituzionali e funzioni del WTO.

La World Trade Organization (WTO) fu istituita con la firma degli accordi di Marrakech, in Marocco, il 15 aprile 1994, al termine di un ciclo di negoziati commerciali bilaterali tenutisi in sede di GATT, meglio noti come Uruguay Round, di cui ne raccoglie l’eredità, sostituendolo<sup>527</sup>. Per quanto riguarda la sua natura giuridica, può essere inquadrata come una organizzazione internazionale universale<sup>528</sup>, in quanto i suoi membri rappresentano circa il 99% della

---

<sup>527</sup> Nel dettaglio, sulla storia dei negoziati che hanno condotto alla nascita del WTO si rinvia a H. PAEMEN e A. BENSCH, *Du Gatt à l’Omc. La Communauté européenne dans l’Uruguay Round*, Leuven University Press, Leuven, 1995.

<sup>528</sup> Cfr. P. VAN DE BOSSCHE e D. PRÉVOST, *Essentials of WTO Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, dove, a proposito della sua importanza a livello mondiale, sia per quanto riguarda la percentuale di popolazione rappresentata, sia per quanto riguarda la percentuale di traffici commerciali regolamentati, si sottolinea che: “*Since the accession of the People’s Republic of China in December 2001, the WTO can be regarded as a universal organization. Its 162 Members [ad oggi, invece, 164] account for 99.5 per cent of the world’s population and about 98 per cent of all international trade.*”

popolazione mondiale, e di tipo aperto<sup>529</sup>, considerato che è sempre ammessa la possibilità di accogliere nuovi iscritti.

Possono essere membri del WTO non solo, come di consueto, gli Stati sovrani ma anche, in via del tutto peculiare, i territori doganali autonomi, come nel caso di Hong Kong, Macau e Taipei<sup>530</sup>.

Come è noto, la WTO costituisce una delle istituzioni internazionali più importanti nell'ambito della regolamentazione del commercio internazionale e all'interno di questo settore svolge una molteplicità di funzioni.

Nello specifico, le funzioni della WTO sono esplicitate nel preambolo del suo trattato istitutivo dove si legge che, tramite la regolamentazione del commercio internazionale, essa mira a: *“raising standards of living”, “ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand”, “expanding the production of and trade in goods and services”,* in una maniera tale che consenta *“the optimal use of the world’s resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve*

---

<sup>529</sup> Cfr. artt. XI e XII degli Accordi di Marrakech.

In base all'art. XI le parti allora contraenti del GATT che accettano gli Accordi di Marrakech e i loro allegati, diventano membri originari della WTO. Ai sensi dell'art. XII, invece, è prevista la possibilità per gli altri Stati di aderire anche successivamente alla WTO.

Come si legge in P. VAN DE BOSSCHE e D. PRÉVOST, *Essentials of WTO Law*, op. cit., p. 248: *“The WTO Agreement initially provided for two ways to become a WTO Member. First, Contracting Parties to the GATT 1947 could become ‘original’ Members of the WTO by accepting the terms of the WTO Agreement and the multilateral trade agreements and by making concessions and commitments for trade in goods and trade in services, respectively (article XI:1 of the WTO Agreement). This method was only available at the time of and shortly after the establishment of the WTO. Second, a state or separate customs territory can negotiate accession to the WTO by accepting the terms of the WTO Agreement and the multilateral trade agreements and negotiating the terms of accession with the current WTO Members. This way of becoming a Member is open indefinitely.”*

Nello specifico, sull'accessione come metodo di ingresso all'interno del WTO si rinvia a L. TOOHEY, *Accession as dialogue: epistemic communities and the World Trade Organization*, in *Leiden Journal of International Law*, Leiden, 27, pp. 397-418.

<sup>530</sup> Per quanto riguarda la Membership all'interno della WTO, P. VAN DE BOSSCHE e D. PRÉVOST, *Essentials of WTO Law*, op. cit., p. 247, sottolineano che: *“It is noteworthy that not only States but also separate customs territories with full autonomy in the conduct of their external commercial relations – such as Hong Kong, China; Macau, China; and Chinese Taipei – can be, and are, Members of the WTO. Equally noteworthy is that both the European Union (before 2010 referred to as the European Communities) and all twenty-eight Member States of the European Union are Members of the WTO. In practice, it is the European Commission that speaks and acts for the European Union and all its Member States in WTO matters (except in the Budget Committee).”*

*the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development*”<sup>531</sup>.

Nel raggiungimento di questi obiettivi, prosegue il preambolo, bisogna anche tenere in considerazione e predisporre piani adeguati a consentire ai Paesi in via di sviluppo, e in particolare ai più arretrati tra questi, di beneficiare e di essere inclusi all’interno delle relazioni commerciali internazionali in maniera proporzionata con le loro esigenze di sviluppo<sup>532</sup>.

A ben vedere dall’analisi del testo del Trattato, contrariamente a quanto comunemente si può credere, l’obiettivo ultimo del WTO non è quello di raggiungere la liberalizzazione del commercio internazionale<sup>533</sup>.

Al contrario, come correttamente sottolineato dalla dottrina, la liberalizzazione, insieme alla regolamentazione, del commercio tra gli Stati costituisce un mezzo grazie al quale si possono raggiungere gli obiettivi stabiliti ed elencati nel preambolo<sup>534</sup>.

Diversamente dal suo predecessore, il GATT -provvisoriamente operativo a partire dagli anni di Bretton Woods a seguito del mancato tentativo di istituire una vera e propria organizzazione internazionale deputata a regolamentare il commercio internazionale-, il WTO presenta una struttura istituzionale e operativa fissa: ciò vuol dire che al suo interno troviamo sia organi

---

<sup>531</sup> Cfr. Accordi di Marrakech, Preambolo, primo considerando.

<sup>532</sup> Cfr. Accordi di Marrakech, Preambolo, secondo considerando

<sup>533</sup> In maniera speculare con quanto avveniva sotto la vigenza del GATT, B.M. HOEKAMN e P.C. MAVROIDIS, *World Trade Organization – Law, Economics and politics*, Routledge, New York, 2016, p. 17, hanno evidenziato che non vi è stato un radicale cambio di obiettivi, ma anzi, dall’analisi del preambolo e delle disposizioni di entrambi i Trattati, questi sembrano essere rimasti gli stessi. Così come è rimasto immutato il fatto che la regolamentazione del commercio internazionale e la sua liberalizzazione non costituisca un fine a sé stante, quanto più un mezzo al fine di raggiungere altri obiettivi.

Secondo gli AA. infatti: *“Indeed there was no change in objectives associated with the passage from the GATT to the WTO. The Preamble of the GATT 1947 lists among its objectives raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, developing the full use of the resources of the world and expanding the production and exchange of goods. It goes on to say that reciprocal and mutually advantageous arrangements involving a substantial reduction of tariffs and other barriers to trade, as well as the elimination of discriminatory treatment in international trade, will contribute to the realization of these objectives.”* In entrambi i casi, concludono gli AA., la liberalizzazione del commercio internazionale costituisce uno strumento per raggiungere gli scopi prefissati nei preamboli.

<sup>534</sup> Cfr. B.M. HOEKAMN e P.C. MAVROIDIS, *World Trade Organization – Law, Economics and politics*, op. cit., p. 18: *“Nowhere is any mention made of free trade as an ultimate goal. This continues to be the case under the WTO. Thus, contrary to popular belief, the formal objective of the WTO is not global free trade. Trade is a mean to achieve the objectives listed in the Preamble, not an end in itself.”*

permanenti che temporanei<sup>535</sup>. Senza scendere troppo nel dettaglio del complesso scheletro istituzionale della WTO, in questa sede basta solo ricordare che tra gli organi più importanti troviamo, sul gradino più alto, la Conferenza Ministeriale<sup>536</sup>.

La Conferenza Ministeriale, composta dai rappresentanti a livello ministeriale di tutti i membri del WTO, si riunisce almeno una volta ogni due anni e le sono attribuiti sia poteri generali, considerato che può prendere decisioni in tutte le materie per tutti i membri dell'organizzazione,

---

<sup>535</sup> Sugli aspetti generali del WTO, nell'ambito di una vastissima letteratura si rinvia, *ex multis*, a J. JACKSON, op. cit.; B. H. HOEKMAN e M. M. KISTECKI, *The Political Economy of the World Trading System*, Oxford University Press, Oxford, 2001; A. PARENTI, *Il Wto – tra l'ingresso della Cina e la crisi economica*, Il Mulino, Bologna, 2011; P. VAN DE BOSSCHE e D. PRÉVOST, *Essentials of WTO Law*, op. cit.; M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM, P. C. MAVROIDIS, M. HAHN, *The World Trade Organization: law, practice and policy*, Oxford University Press, Oxford, 2015; B.M. HOEKAMN e P.C. MAVROIDIS, *World Trade Organization – Law, Economics and politics*, op. cit.; A. MAZZONI e M.C. MALAGUTI, *Diritto del Commercio Internazionale*, op. cit.

<sup>536</sup> Merita di essere sottolineato che, in linea di continuità con quanto avveniva precedentemente con il GATT le decisioni all'interno della WTO, con particolare riferimento alla Conferenza Ministeriale ed al Consiglio Generale, vengono prese tramite il procedimento del consenso, che costituisce una garanzia fondamentale di democraticità all'interno del procedimento decisionale della WTO. Nello specifico, il consenso si intende raggiunto quando nessun membro che partecipa alla votazione si oppone: non è dunque necessario che tutti i partecipanti approvino una determinata mozione, quanto piuttosto è fondamentale che nessuno si opponga. Sull'utilizzo del consenso come garanzia di democraticità della votazione, si veda punto cfr. P. VAN DE BOSSCHE e D. PRÉVOST, *Essentials of WTO Law*, op. cit., p. 255 e ss.

Nello specifico, sull'argomento, si rinvia a P. DELIMATISIS, *Transparency in the WTO's decision-making*, in *Leiden Journal of International Law*, Leiden, 2014, 27, pp. 701-726; N. E. HANNAH, *The quest for accountable governance: embedded NGOs and demand driven advocacy in the international trade regime*, *Journal of World Trade*, 2014, 48 (3), pp. 457-480.

Quanto detto non vuol dire che all'interno del WTO si debba votare sempre e solamente tramite la tecnica del consenso. Infatti, solo quando non si raggiunge il consenso sulla singola proposta allora si passa ad una votazione per maggioranza; così come sono previste procedure particolari di votazione in determinate e specifiche materie.

Come evidenziato anche da A. PARENTI, *Il Wto – tra l'ingresso della Cina e la crisi economica*, op. cit., p. 53: “Durante la vigenza del solo accordo GATT si era stabilita la pratica che le decisioni dovessero essere prese con il consenso di tutti i suoi membri. L'accordo istitutivo del WTO richiama espressamente tale pratica stabilendo che deve essere seguita altresì per tutte le decisioni da prendersi in seno al WTO e che solo laddove non si riesca a raggiungere il consenso è allora possibile ricorrere al voto. In questo caso le decisioni possono essere prese a maggioranza semplice o rinforzata (generalmente i tre quarti dei membri), a seconda del soggetto. Ad ogni membro del WTO è attribuito un singolo voto, indipendentemente dal peso commerciale o demografico del paese. Fa eccezione l'Unione europea, che vale 27 voti, cioè un voto per ogni membro dell'Unione ma nessuno per l'Unione in sé, pur essendo un membro dell'organizzazione. [...] Nonostante questa espressa possibilità, nella storia prima del GATT e poi del WTO non si è praticamente mai giunti ad un voto, preferendo dunque dilatare i negoziati per la formazione del consenso o addirittura rinunciare ad una decisione piuttosto che rischiare le incertezze di un voto segreto.”

che speciali, come nel caso di adozione di interpretazioni autentiche degli accordi del WTO o di concessione di apposite eccezioni all'applicazione dei trattati ivi contenuti; anche se, solitamente, quando si riunisce si occupa principalmente di affrontare questioni di particolare rilevanza politica per il regolare svolgimento dell'organizzazione<sup>537</sup>.

Un gradino più basso troviamo il Consiglio Generale: composto dagli ambasciatori dei membri del WTO, si riunisce con più frequenza rispetto la Conferenza Ministeriale, di solito ogni tre mesi, a Ginevra, ed ha il compito di esercitare i poteri attribuiti alla Conferenza Ministeriale<sup>538</sup>.

A seconda della materia in cui opera, il Consiglio Generale è affiancato di volta in volta da consigli e comitati specializzati che hanno il compito di preparare i lavori e di aiutarlo nella soluzione delle questioni più tecniche e particolari del caso<sup>539</sup>.

Solamente in due materie particolari, ossia quando si tratta di risolvere controversie commerciali sorte in sede di WTO e quando si tratta di riesaminare le politiche commerciali dei suoi membri, gli stessi componenti del Consiglio Generale si riuniscono in due diversi organi che sono, rispettivamente, il Dispute Settlement Body ed il Trade Policy Review Body<sup>540</sup>.

---

<sup>537</sup> Cfr. Art. IV, co. 1, degli Accordi di Marrakech

<sup>538</sup> Cfr. Art. IV, co. 2, 3 e 4 degli Accordi di Marrakech

<sup>539</sup> Per dare un'idea della molteplicità dei soggetti coinvolti e che coadiuvano l'azione del Consiglio Generale, in virtù degli Accordi di Marrakech (art. IV, co. 5), sono istituiti anche un Consiglio per gli scambi di merci, un Consiglio per gli scambi di servizi ed un Consiglio per gli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio, i quali operano sotto l'indirizzo generale del Consiglio Generale e sulla base delle funzioni attribuite loro dai rispettivi accordi e regolamenti interni (i quali vengono approvati anche con la partecipazione del Consiglio Generale).

Ciascuno di questi tre Consigli specializzati, a sua volta, opera qualora ne rinvengano la necessità, tramite ulteriori organismi sussidiari: tra i tanti, si possono ricordare, il comitato sull'accesso ai mercati, il comitato sull'agricoltura, il comitato per la sanità, il comitato per le barriere tecniche al commercio, il comitato per le pratiche antidumping, il comitato per la valutazione delle dogane, il comitato per le regole d'origine, il comitato per le licenze all'importazione, il comitato per le misure relative agli investimenti commerciali ed il comitato per le misure di salvaguardia.

<sup>540</sup> In generale, sul meccanismo di risoluzione delle controversie del WTO, si rinvia, *ex multis*, a WTO SECRETARIAT, *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017; A. DO AMARAL JUNIOR, L. M. DE OLIVEIRA SÁ PIRES, C. L. CARNEIRO, *The WTO Dispute Settlement Mechanism – A developing country perspective*, Springer, Berlino, 2019; P. VAN DE BOSSCHE e D. PRÉVOST, *Essentials of WTO Law*, op. cit., p. 259 e ss.; W. ALSCHNER, *Amicable settlements of WTO disputes: bilateral solution in a multilateral system*, *World Trade Review*, 2014, 13, pp. 65-102; L. BARTELS, *Jurisdiction and applicable law in the WTO*, University of Cambridge Faculty of law Research Paper No. 59/2014, 1 ottobre 2014; J. W. DAVEY, *The WTO and rules-based dispute settlement: historical evolution, operational success and future challenges*, *Journal of International Economic Law*, 2014, 17, pp. 679-700.

Infine, se si escludono i vari organi temporanei che possono coadiuvare nelle specifiche materie i lavori della Conferenza Generale e del Consiglio Generale, la struttura istituzionale permanente del WTO si completa con un Segretariato, con sede a Ginevra, che è responsabile del corretto funzionamento dell'intera organizzazione<sup>541</sup>.

Esso gode di piena autonomia nei confronti dei vari Stati, organizzazioni e soggetti esterni al WTO, e in una certa misura è anche ribadito che gli stessi organi del WTO devono cercare di non influenzarlo nell'esercizio delle proprie funzioni<sup>542</sup>.

I suoi compiti, tra gli altri, comprendono quello di fornire assistenza tecnica e supporto professionale ai vari organi del WTO, monitorare sulla base dei dati raccolti il corretto e fluido svolgimento del commercio internazionale, gestire le relazioni con il pubblico e con i media<sup>543</sup>.

## 5.2 Il sistema delle fonti previsto dal WTO e la loro natura giuridica.

Oltre a presentare una articolata struttura istituzionale, il WTO presenta anche un quadro normativo complesso<sup>544</sup>.

---

<sup>541</sup> Cfr. Art. VI degli Accordi di Marrakech.

<sup>542</sup> Cfr. Art. VI, co. 4, degli Accordi di Marrakech.

<sup>543</sup> Cfr. P. VAN DE BOSSCHE e D. PRÉVOST, *Essentials of WTO Law*, op. cit., p. 245 e ss.

<sup>544</sup> In relazione alla complessità della normativa del WTO, alcuni AA. sono soliti parlare a proposito di una struttura "a matrioska." In questo modo il trattato istitutivo dell'organizzazione viene paragonato ad un grande contenitore che contiene al suo interno tanti altri e diversi trattati, i quali, a loro volta, possono contenerne di ulteriori.

Sul punto si rinvia *ex multis* a A. PARENTI, *Il Wto – tra l'ingresso della Cina e la crisi economica*, op. cit., p. 44: "*Il Wto assomiglia ad una matrioska, quelle bambole russe che contengono altre bambole sempre più piccole, con la differenza che la matrioska Wto ha al suo interno tante bambole (accordi) della stessa grandezza, alcune delle quali contengono a loro volta altre bambole (accordi). La bambola più grande, il Trattato di Marrakech che istituì il Wto, non regola alcun aspetto del commercio internazionale. Esso si limita a definire le regole concernenti il funzionamento del Wto stesso, tra cui quella che sancisce che i suoi membri devono rispettare gli accordi multilaterali allegati al trattato del Wto e che contengono le regole vere e proprie del commercio internazionale, cioè le altre bambole. La prima bambola è rappresentata dall'accordo Gatt 1994, così denominato perché contiene, oltre all'originario accordo del 1947, tutte le modifiche e gli accordi complementari. [...] La seconda bambola è l'accordo Gats [...]. La terza bambola è l'accordo Trips [...]. La quarta bambola è l'accordo Tprm [...]. La quinta bambola è l'accordo per la soluzione delle dispute commerciali che possono insorgere tra i membri del Wto. [...] [Vi sono infine] i due accordi cosiddetti plurilaterali, che pur facendo parte del Wto obbligano soltanto i membri che li hanno firmati: si tratta di quelli in materia di commercio di aerei civili e di appalti pubblici.*"

Il necessario punto di partenza per analizzare il sistema di fonti del diritto creato dal WTO non può che essere il suo trattato istitutivo, ossia gli accordi di Marrakech del 15 aprile 1994.

A ben vedere, tali accordi non disciplinano alcun aspetto specifico del commercio internazionale, ma si limitano a fissare alcune regole generali di funzionamento dell'organizzazione, come le funzioni generali del WTO, il suo statuto, l'istituzione dei suoi organi più importanti, la loro sfera di competenza, le procedure di votazione e l'utilizzo del meccanismo di voto per consenso, le procedure di adesione di nuovi membri, le procedure di recesso, le regole generali sul bilancio e via dicendo<sup>545</sup>.

Il cuore della disciplina regolante il commercio internazionale è situato, invece, nei numerosi allegati al trattato istitutivo del WTO che ne costituiscono parte integrale<sup>546</sup>.

A riguardo si è soliti distinguere tali allegati in due grandi gruppi: da una parte, gli accordi multilaterali che sono vincolanti nei confronti di tutti quanti i membri del WTO<sup>547</sup>; dall'altra, gli accordi plurilaterali che invece obbligano solamente i membri del WTO che hanno espressamente deciso di aderirvi<sup>548</sup>.

Nella prima categoria, ossia tra gli accordi multilaterali obbligatori nei confronti di tutti i membri del WTO, rientrano: il GATT 1994 che, a sua volta, ricomprende al suo interno l'originario GATT 1947, tutte le sue modifiche e gli accordi complementari che vi si sono aggiunti nel corso del tempo<sup>549</sup>; il GATS, regolante il commercio internazionale di servizi; il

---

<sup>545</sup> Cfr. P. VAN DE BOSSCHE e D. PRÉVOST, *Essentials of WTO Law*, op. cit., p. 5.

<sup>546</sup> Cfr. P. VAN DE BOSSCHE e D. PRÉVOST, *Essentials of WTO Law*, op. cit., p. 5.

<sup>547</sup> Cfr. Accordi di Marrakech, art. 2, co. 2.

Si parla, a proposito, di “*single undertaking approach*”: quando uno Stato aderisce al Trattato di Marrakech, non solo è vincolato al rispetto delle disposizioni ivi contenute, ma allo stesso tempo diventano obbligatori nei suoi confronti anche tutti gli allegati di cui è composto il Trattato. Questa nuova formulazione serviva a risolvere lo storico problema che ha afflitto storicamente il GATT: al momento dell'adesione al GATT, ciascuno Stato era libero di indicare a quali degli allegati al GATT avrebbe aderito, e quali, di conseguenza, non avrebbero avuto efficacia vincolante nei suoi confronti (questo meccanismo particolarmente flessibile ha portato la dottrina a rinominare tale trattato come “GATT à la carte”).

Sul punto cfr. M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM, P. C. MAVROIDIS, M. HAHN, *The World Trade Organization: law, practice and policy*, op. cit., p. 10.

Si veda anche B.M. HOEKAMN e P.C. MAVROIDIS, *World Trade Organization – Law, Economics and politics*, op. cit., p. 18.

<sup>548</sup> Cfr. Accordi di Marrakech, art. 2, co. 3.

Cfr. M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM, P. C. MAVROIDIS, M. HAHN, *The World Trade Organization: law, practice and policy*, op. cit., p. 11: “*The plurilateral agreements are binding only on the parties that have accepted them.*”

<sup>549</sup> Cfr. Accordi di Marrakech, art. 2, co. 4.

TRIPS (Agreement on Trade -Related Aspects of Intellectual Property Rights) regolante alcuni aspetti in materia di protezione dei diritti della proprietà intellettuale in relazione al settore del commercio; il DSU (the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes) regolante la soluzione delle controversie che possono sorgere tra i membri dell'organizzazione; ed infine, il TPRM (Trade Policy Review Mechanism), un accordo che prevede che le politiche commerciali dei membri del WTO vengano riviste e discusse all'interno dell'organizzazione a scadenze periodiche.

Nella seconda categoria di allegati al trattato istitutivo del WTO, dunque gli accordi plurilaterali che vincolano solamente quegli Stati che li sottoscrivono specificamente, ritroviamo due accordi: un trattato che regola il commercio di aerei civili ed un altro trattato che regola lo svolgimento degli appalti pubblici, quest'ultimo meglio noto come AAP (Accordo sugli Appalti Pubblici) o GPA (Government Procurement Agreement)<sup>550</sup>.

Per completezza è opportuno precisare che, oltre le fonti ora individuate che costituiscono la disciplina principale dettata dal WTO nella materia del commercio internazionale, il quadro normativo complessivo ricomprende anche altre fonti, di grado minore, carenti del requisito della obbligatorietà, che svolgono per lo più una funzione sussidiaria<sup>551</sup>.

In quest'ultimo caso si fa riferimento principalmente agli atti adottati, sempre all'interno del WTO, con funzione di chiarificazione della normativa principale; oppure, ancora, alle decisioni adottate dal Dispute Settlement Body che, sebbene abbiano efficacia vincolante nei confronti

---

Come detto l'accordo GATT 1994 allegato al trattato istitutivo del WTO ricomprende al suo interno i vari accordi e allegati che nel tempo sono stati aggiunti al testo originario (noto come GATT 1947). Questi ultimi, nel dettaglio, sono: Accordo sui prodotti agricoli; Accordo sull'applicazione delle misure sanitarie e fitosanitarie; Accordo sui prodotti tessili e dell'abbigliamento; Accordo sugli ostacoli tecnici agli scambi; accordo sulle misure commerciali attinenti agli investimenti; Accordo antidumping; Accordo sulla valutazione doganale; Accordo sull'ispezione prima dell'imbarco; Accordo sulle regole d'origine; Accordo sulle procedure relative alle licenze d'importazione; Accordo sulle sovvenzioni e misure compensative; Accordo sulle misure di salvaguardia.

Cfr. M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM, P. C. MAVROIDIS, M. HAHN, *The World Trade Organization: law, practice and policy*, op. cit., p. 11: “*The WTO Agreement formally replaced the GATT 1947 with the GATT 1994, which is a new and legally distinct agreement. The GATT 1994 consists of the GATT 1947, excluding the Protocol of Provisional Application, as amended by all legal instruments that entered into force under the GATT before 1 January 1995, the date of the entry into force of the WTO Agreement. Such legal instruments include various protocols, decisions on waivers, other decisions and understandings, and the Marrakesh Protocol to the GATT 1994. Thus, the WTO Agreement incorporates the GATT as it existed in 1994 rather than the original GATT.*”

<sup>550</sup> In origine tra tali accordi plurilaterali erano inclusi anche due altri trattati: l'International Dairy Agreement e l'International Bovine Meat Agreement. Questi ultimi due accordi, tuttavia, furono terminati a pochi anni dall'entrata in vigore del WTO, nel 1997.

<sup>551</sup> Cfr. P. VAN DE BOSSCHE e D. PRÉVOST, *Essentials of WTO Law*, op. cit., p. 7.

dei membri interessati, possono produrre anche importanti effetti di chiarificazione della normativa principale<sup>552</sup>.

### 5.3 L'aggiudicazione dei contratti pubblici secondo la WTO law: il Government Procurement Agreement (GPA). Natura giuridica del GPA e principi generali.

Storicamente, con l'istituzione della WTO venne alla luce anche la prima normativa sovranazionale, vincolante e completa, in materia di appalti pubblici, ossia il Government Procurement Agreement del 1994<sup>553</sup>.

Dopo vari e molteplici negoziati il testo originale è stato rivisto ed aggiornato: attualmente, dunque, si fa riferimento alla versione del GPA del 2012, che entrò in vigore due anni più tardi, nel 2014<sup>554</sup>.

---

<sup>552</sup> Cfr. sempre P. VAN DE BOSSCHE e D. PRÉVOST, *Essentials of WTO Law*, op. cit., p. 7, dove gli AA. specificano che: “*The WTO Agreement is not the only source of WTO law. There are other sources, but they are not of the same nature or legal status as the WTO Agreement. Most of the other sources do not, in and of themselves, provide for specific, enforceable rights or obligations. They do however, assist in ‘clarifying’ or ‘defining’ the law that applies between WTO Members on WTO matters. Most important among other sources of WTO law is WTO case law. Rulings of WTO dispute settlement panels and the WTO appellate body are, in principle, only legally binding on the parties to the dispute in question. However, the clarifications of WTO law contained in dispute settlement reports have legal relevance beyond the dispute at issue. Especially the rulings of the Appellate Body have great authority and are, in practice, followed in later disputes on the same matter.*”

<sup>553</sup> Per l'analisi degli aspetti generali del GPA del 1994, si rinvia, *ex multis*, a G. DE GRAAF e P. TREPTE, *The Revised GATT Procurement Agreement*, *Public Procurement Law Review*, 1994, 3, CS70; G. DE GRAAF e M. KING, *Towards a More Global Government Procurement Market: the Expansion of the GATT Government Procurement Agreement in the Context of the Uruguay Round*, *International Lawyer*, 1995, 29, 435; B. HOEKMAN e P. C. MAVROIDIS, *The WTO's Agreement on Government Procurement: Expanding Disciplines, Declining Membership?*, *Public Procurement Law Review*, 1995, 4, 63.

<sup>554</sup> In sede di revisione sono intervenute importanti modifiche su aspetti sia generali, che specifici. Tra le tante, in particolare, merita di essere segnalato il fatto che nella nuova versione del GPA hanno assunto un ruolo di primaria importanza gli appalti c.d. “green.” Nello specifico si fa riferimento agli artt. 10, co. 6 e 10, co. 9 del GPA, relativi, rispettivamente alle specifiche tecniche e ai criteri di valutazione delle offerte. Per una panoramica generale delle novità più importanti introdotte in sede di revisione del 2012, si rinvia a R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, Springer, Berlino, 2020, p. 66, dove l'A. dopo aver ricordato che tra le più rilevanti modifiche troviamo una maggiore attenzione al contrasto dei fenomeni corruttivi, l'utilizzo di procedure più flessibili e più adatte alle recenti innovazioni tecnologiche, una maggiore attenzione alla possibilità di far valere anche sul piano nazionale eventuali violazioni del trattato, sottolinea che: “*One*

Come si ha già avuto modo di osservare, all'interno del sistema delle fonti previsto dal WTO, il GPA è un accordo plurilaterale che, costituendo una deroga al principio del “*single undertaking*” alla base del WTO, ai sensi dell'art. 2, co. 3, degli accordi di Marrakech, vincola solamente quegli Stati, membri del WTO, che lo hanno specificatamente sottoscritto<sup>555</sup>.

La scelta di ricorrere ad un accordo plurilaterale, anziché multilaterale, non è stata casuale: si è cercato, fin dall'origine, quindi a partire dal GPA del 1994, di cercare un compromesso, economico-politico, tra gli Stati (che potremmo definire) sviluppati e quelli in via di sviluppo<sup>556</sup>.

I primi, erano più inclini a liberalizzare tale settore, sul presupposto principale che le proprie imprese (in teoria) disponendo di più risorse e di migliore tecnologia, avrebbero potuto reggere meglio il confronto con la concorrenza estera; i secondi, invece, avevano una visione diametralmente opposta: essendo comparativamente più arretrati, non solo in ambito

---

*of the most significant changes introduced in the 2012 revision is the explicit recognition of GPP as a viable instrument to promote the conservation of natural resources and to protect the environment: firstly, in Article X.6 GPA on technical specifications and secondly, in Article X.9 GPA on evaluation criteria. The background to this ‘revolutionary’ change is the increasing acknowledgment of the pressing environmental problems and the role of public procurement policies in the overall effort to address it. These new GPP provision are an important acknowledgment for environmental protection. Whereas under the GPA 1994 it was not clear whether GPP was a permissible practice, the GPA 2012 now removes legal uncertainty and open the scope for GPA Parties to apply GPP policies an measures. Nevertheless, the wording of the GPP provisions remains vague and the exact extent to which they provide increased flexibilities remains ‘far from clear’.”*

<sup>555</sup> Cfr. P. C. MAVROIDIS, *Trade in Goods*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 801; M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM, P. C. MAVROIDIS, M. HAHN, *The World Trade Organization: law, practice and policy*, op. cit., p. 11, in nota *supra*.

<sup>556</sup> R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., p. 67: “*Thereby, plurilateral [agreements] are the exception to the ‘single undertaking’, namely the idea that WTO law constitutes one cohesive set of rules that impose equal rights and obligations on all Member States. Plurilateral agreements, however, are only binding upon Signatory States, while multilateral agreements are binding on all WTO Member States and form a conditione sine qua non for membership. Plurilateral agreements are mostly negotiated in areas in which some WTO Member States (typically developed countries) wish to achieve deeper liberalization while others, typically developing countries, want to protect the sector from foreign competition. The fact that plurilateral agreements are usually concluded by a majority of developed countries reflects the gap that is commonly referred to as the ‘north-south divide’. This divide becomes apparent also in the case of the GPA with a vast majority of its Signatory States being developed economies. [...] Plurilateral agreements are not without controversy. On the one side, they run counter to the idea of the WTO as a platform with a common understanding of the rules for world trade. On the other side, however, they provide additional flexibility to WTO Member States. Given the situation of political stalemate, plurilateral agreements are often viewed as an alternative to keep the WTO in peace with the changing realities of the market.*”

tecnologico, ma anche economico, erano certi che soprattutto nel breve periodo le proprie non avrebbero retto il confronto con la concorrenza estera, in particolare quella proveniente dai paesi più avanzati, e questo li portava a voler evitare che il GPA fosse concluso come accordo multilaterale, dunque come obbligatorio nei confronti di tutti i membri del WTO<sup>557</sup>.

Il compromesso che si decise di raggiungere, dunque, fu quello di adottare un approccio più soft e si preferì optare per un accordo plurilaterale, rimettendo ai singoli Stati la scelta finale di aderirvi o meno.

Così inquadrato, al fine di individuare le ragioni alla base della disciplina prevista dal GPA, è opportuno iniziare dall'analisi del preambolo.

In linea di continuità con i principi generali stabiliti nel trattato istitutivo del WTO, innanzitutto, si ribadisce che una normativa sovranazionale multilaterale ed effettiva che copra anche l'ambito dei contratti pubblici internazionali sia necessaria per raggiungere “*greater liberalization and expansion of, and improving the framework for, the conduct of international trade.*”<sup>558</sup>

Nella realizzazione di questo obiettivo, si precisa, devono essere tenute in debita considerazione anche “*the development, financial and trade needs of developing countries, in particular the least developed countries.*”<sup>559</sup>

Inoltre, considerata la natura giuridica del GPA che, essendo uno dei due accordi multilaterali allegati al WTO, vincola solamente quegli Stati che lo hanno specificamente firmato, si ribadisce anche la necessità di espandere costantemente il suo ambito di applicazione e, dunque,

---

<sup>557</sup> Cfr. M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM, P. C. MAVROIDIS, M. HAHN, *The World Trade Organization: law, practice and policy*, op. cit., p. 676, dove gli AA. evidenziano, oltre la generale ritrosia dei Paesi in via di sviluppo ad aprire il proprio mercato dei contratti pubblici alla concorrenza estera, che visioni protezionistiche in tal senso non mancano anche nei Paesi già sviluppati. Si legge infatti: “*There are divergent views on government procurement among WTO members with regard to how open this sector should be to foreign commodities and services. Some developing country members regard government procurement as an important market for the domestic industries and are reluctant to open this sector to foreign commodities and enterprises. Even among developed country members, there are different opinions on the question of how much this sector should be open to foreign commodities and enterprises. We have seen instances in history when developed countries resorted to ‘buy national policies’ when the economy slowed down. In light of this situation, the framers of WTO agreements decided to put government procurement into Annex 4 of the Marrakesh Agreement (the Plurilateral Agreement) under which WTO members have the option of whether to join it or not.*”

<sup>558</sup> Cfr. GPA, Preambolo, considerando n. 1.

<sup>559</sup> Cfr. GPA, Preambolo, considerando n. 5.

a tal fine le parti firmatarie si impegnano a “*encourage the acceptance of and accession to this Agreement by WTO Members not party to it.*”<sup>560</sup>

Oltre a tali disposizioni che costituiscono una diretta applicazione degli obiettivi principali perseguiti dal WTO e che riguardano, per lo più, il ruolo giocato dagli appalti pubblici nell’ambito del commercio internazionale, vi sono anche una serie di disposizioni maggiormente tecniche e più inerenti allo svolgimento della gara pubblica.

Le norme contenute nel GPA non devono avere carattere discriminatorio, nello specifico: non devono essere applicate al fine di favorire imprese, beni o servizi domestici e, allo stesso tempo, non devono discriminare tra imprese, beni o servizi stranieri<sup>561</sup>.

Tali norme, prosegue il preambolo, devono anche garantire l’integrità ed affidabilità della pubblica amministrazione e del sistema di aggiudicazione dei contratti pubblici, due requisiti essenziali per far sì che il denaro e le risorse pubbliche siano utilizzate in maniera efficiente<sup>562</sup>. Inoltre, si sottolinea anche la necessità di adottare misure trasparenti all’interno della gara, in quanto in questo modo si riesce meglio a contrastare, tra le altre cose, conflitti di interessi ed episodi di corruzione<sup>563</sup>.

Infine, nel preambolo viene anche ribadito il fatto che le regole procedurali e le procedure che devono essere seguite dall’amministrazione durante l’evidenza pubblica devono essere flessibili<sup>564</sup>, nel senso che: non devono imporre alla PA l’utilizzo di un solo metodo, predefinito ed immutabile, per l’acquisto di ogni sua necessità; al contrario, alla pubblica amministrazione deve essere data la possibilità di scegliere e di optare per il metodo migliore per ottenere un determinato, bene, servizio o lavoro<sup>565</sup>.

---

<sup>560</sup> Cfr. GPA, Preambolo, considerando n. 8.

<sup>561</sup> Cfr. GPA, Preambolo, considerando n. 2: “*Recognizing that measures regarding government procurement should not be prepared, adopted or applied so as to afford protection to domestic suppliers, goods or services, or to discriminate among foreign suppliers, goods or services.*”

<sup>562</sup> Cfr. GPA, Preambolo, considerando n. 3: “*Recognizing that the integrity and predictability of government procurement systems are integral to the efficient and effective management of public resources, the performance of the Parties’ economies and the functioning of the multilateral trading system.*”

<sup>563</sup> Cfr. GPA, Preambolo, considerando n. 6: “*Recognizing the importance of transparent measures regarding government procurement, of carrying out procurements in a transparent and impartial manner and of avoiding conflicts of interest and corrupt practices, in accordance with applicable international instruments, such as the United Nations Conventions Against Corruption.*”

<sup>564</sup> Cfr. GPA, Preambolo, considerando n. 4.

<sup>565</sup> Cfr. S. ARROWSMITH, *The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions*, in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform* (editori S. ARROWSMITH e R. D. ANDERSON), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 286: “*The framers of the Agreement on Government Procurement have*

## 5.4 Ambito di applicazione

L'ambito di applicazione del GPA è delineato principalmente dagli artt. 2 e 3 dell'accordo.

Il Government Procurement Agreement non si applica in maniera indifferenziata ad ogni singolo appalto svolto dal Paese firmatario dell'accordo<sup>566</sup>, al contrario, dal disposto combinato degli artt. 2 e 3 nasce un meccanismo altamente flessibile che, in sintesi, consente ad ogni singolo Stato di decidere liberamente e discrezionalmente quali saranno le commesse pubbliche governate dall'accordo (c.d. *covered procurements*) tramite la compilazione di una serie di liste predefinite<sup>567</sup>.

Ogni Stato, infatti, al momento della sua adesione al GPA è tenuto a compilare l'Appendice I in cui deve specificare, tra le altre cose, quali sono le amministrazioni nei cui confronti si applicherà il GPA; la soglia di valore minima per l'applicazione del GPA; quali appalti di

---

*accepted that its procedural requirements, while important, should not create or impose undue rigidity in the operation of Parties' procurement systems. This is now recognized explicitly in the preamble of the revised Agreement which states, in the fourth recital, 'the procedural commitments under this Agreement should be sufficiently flexible to accommodate the specific circumstances of each Party' [...] In accordance with this approach, the revised text of the GPA now provides, as we will see, for more flexibility in a number of respects – for example, over types of procurement methods and through reduction in time periods to take account of particular circumstances."*

<sup>566</sup> Cfr. R. D. ANDERSON e K. OSEI-LAH, *The coverage negotiation under the Agreement on Government Procurement: context, mandate, process and prospects*, in "The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform" (editori S. ARROWSMITH e R. D. ANDERSON), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 152: "Nonetheless, the coverage of the GPA is a particularly acute example of 'the devil [being] in the details'. The actual coverage of the Agreement is defined by details that are included in the Parties' schedules (Appendix I annexes) in addition to the substantive provision of the Agreement. In order to appreciate the significance of the ongoing coverage negotiations it is necessary to have some understanding of these matters. [...] Parties specify their coverage commitments, together with a separate section called General Notes in which are set out general derogations applicable to all of a Party's coverage commitments in its annexes to Appendix I." Cfr. anche P. C. MAVROIDIS, *Trade in Goods*, op. cit., p. 803.

<sup>567</sup> R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., p. 70: "The GPA applies to 'covered procurement' (Article II:1 GPA). However, the question of what is covered or not depends from country to country, as Signatories can negotiate coverage as specified in their individual schedules (listed in Appendix I). Therefore, the analysis of whether or not a certain public contract falls within the scope of the GPA requires an individual analysis of the respective Signatory State's schedule."

servizi sono coperti dal GPA; quali appalti di costruzioni sono coperti dal GPA; quali appalti di beni sono coperti dal GPA<sup>568</sup>.

Oltre a prevedere la possibilità per ciascuno Stato firmatario del GPA di individuare discrezionalmente il perimetro di operatività del GPA, il testo dell'accordo prevede anche alcune eccezioni, ossia alcuni casi in cui la sua operatività, per scelta dello Stato o per espressa disposizione del trattato, questo non si applichi.

A tal fine, in primo luogo è prevista nell'Appendice I una apposita sezione, denominata "General Notes", in cui gli Stati possono essere liberamente inserite alcune deroghe specifiche all'applicazione del GPA oppure anche alcune condizioni specifiche<sup>569</sup>.

A meno che una Parte non abbia indicato diversamente nella predisposizione dell'Appendice I, l'art. 2 prevede espressamente che il GPA non si applichi in una serie di casi, quali: acquisizione o affitto di terreni; acquisizione o affitto di immobili; contratti di pubblico impiego; appalti svolti con il fine specifico di fornire assistenza internazionale, inclusi gli aiuti per lo sviluppo; appalti svolti secondo la procedura prevista da un accordo internazionale e relativi allo stazionamento di truppe; appalti svolti secondo la procedura di una organizzazione internazionale o finanziati tramite fondi internazionali qualora tale specifica procedura sia incompatibile con il GPA<sup>570</sup>.

---

<sup>568</sup> Come precisato dall'art. 2, co. 4, l'Appendice 1 è composta in totale da 7 allegati in cui vanno specificate le informazioni sopra elencate. Nello specifico ogni Stato deve specificare "a) in Annex 1, the central government entities whose procurement is covered by this Agreement; b) in Annex 2, the sub-central government entities whose procurement is covered by this Agreement; c) in Annex 3, all other entities whose procurement is covered by this Agreement; d) in Annex 4, the goods covered by this Agreement; e) in Annex 5, the services, other than construction services covered by this Agreement; f) in Annex 6, the construction services covered by this Agreement; and g) in Annex 7, any General Notes." Inoltre, l'art. 2, co. 6, prevede anche il divieto per la stazione appaltante di dividere l'appalto in lotti più piccoli, di valore complessivamente più basso, al fine di eludere la soglia di applicazione prescelta per l'applicazione del GPA.

Sul punto Cfr. M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM, P. C. MAVROIDIS, M. HAHN, *The World Trade Organization: law, practice and policy*, op. cit., p. 680: "Article II:6 provides that a procuring entity shall not divide a procurement into separate procurements nor select or use a particular valuation method for estimating the value of a procurement with the intention of totally or partially excluding it from the application of the Agreement. This is to prevent members from dividing a single procurement into a number of procurements or otherwise manipulating the valuation of the procurement so that each is below the threshold and therefore not subject to the disciplines of the Agreement."

<sup>569</sup> Cfr. R. D. ANDERSON e K. OSEI-LAH, *The coverage negotiation under the Agreement on Government Procurement: context, mandate, process and prospects*, op. cit., p. 153: "In addition, any derogations or other conditions attached to coverage may be specified in the individual annexes, or in the General Notes to Appendix I."

<sup>570</sup> Cfr. GPA, art. 2, co. 3.

Infine, ai sensi dell'art. 3 sono previste ulteriori eccezioni che consentono agli Stati firmatari di non rispettare le previsioni dell'accordo al ricorrere di determinate circostanze<sup>571</sup>.

In questo caso la norma fa riferimento alle ipotesi in cui l'interesse all'applicazione del GPA deve essere contemperato e bilanciato insieme ad altri interessi, evidentemente, di pari grado o addirittura superiori, che possono prevalere sul GPA stesso<sup>572</sup>.

Nello specifico, l'art. 3, comma 1, prevede che gli Stati firmatari possano (dunque, secondo una piana lettura del testo, non ci si riferisce ad un obbligo quanto più ad una facoltà) adottare misure contrastanti a quanto previsto nel GPA qualora siano necessarie *“for the protection of its essential security interests relating to the procurement of arms, ammunition or war*

---

<sup>571</sup> Cfr. R. D. ANDERSON e K. OSEI-LAH, *The coverage negotiation under the Agreement on Government Procurement: context, mandate, process and prospects*, op. cit., p. 156: *“To begin with, as discussed above, the scope of Parties’ coverage commitments is limited to that is specified in the text of the Agreement and in Appendix I. A second basic factor limiting the application of the Agreement is the thresholds that are written into Parties’ schedules. A third aspect concerns the variations in coverage of service and construction services. A fourth aspect of coverage that is being addressed in the GPA coverage negotiations concerns discriminatory measures and derogations. Such measures include: (i) general and national security exceptions set out in the text of the Agreement; (ii) derogations or notes in Appendix I designed to provide clarity or precision to a Party’s coverage commitments; (iii) derogations relating to a specific entity, product, services sector or other item; (iv) bilateral/reciprocal market opening; (v) linkage to GATS specific commitments (with respects to services and construction services coverage); (vi) derogations relating to certain domestic policy considerations; and (vii) country-specific derogations.”*

Cfr. anche M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM, P. C. MAVROIDIS, M. HAHN, *The World Trade Organization: law, practice and policy*, op. cit., p. 681.

<sup>572</sup> Tale meccanismo delle c.d. *“exception clause”* che giustifica la violazione delle previsioni del GPA al ricorrere di interessi pubblici sovraordinati o di pari grado, era già presente anche nel GATT, nello specifico all'art. 20, e nel GATS, all'art. 16. Detto sistema viene sostanzialmente mantenuto a livello generale all'interno della WTO law, e, in maniera specifica, anche a livello specifico nel GPA stesso. A proposito si rinvia a R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., p. 99: *“Under general WTO law, the violation of an obligation through a domestic measure can be justified, if prevailing reasons of public interests call for the protection of political, social or cultural objectives. These exemptions clauses are enshrined in Article XX GATT (and Article XV GATS respectively). Like general WTO law, the GPA also contains an exception catalogue: Article III GPA (Security and General Exceptions) contains a list of policy reasons that reflect a prevailing public interest which can, if applied correctly, ‘remedy’ a violation of the GPA. [...] For a measure to be justified under Article XX GATT and Article III GPA respectively, the party invoking the respective provision first needs to establish that the policy objective of the measure to be justified falls within one of the policy objectives enumerated in the exception-catalogue. Secondly, the party needs to prove that the measure at issue is necessary to fulfill the respective objective. Thirdly, the measure at issue has to be in conformity with the so-called Chapeau [...]”*

*materials, or to procurement indispensable for national security or for national defense purposes.*<sup>573</sup>

L'art. 3, comma 2, si basa sullo stesso meccanismo del comma 1 stabilendo che possano essere adottate misure contrastanti il GPA quando ciò sia necessario per: lett. a) proteggere la pubblica morale, l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale; lett. b) proteggere la salute umana, la salute animale o quella ambientale; lett. c) proteggere la proprietà intellettuale; lett. d) quando ci si riferisca a beni o servizi per persone con disabilità, istituzioni filantropiche o nel caso del lavoro in prigione<sup>574</sup>.

## 5.5 La preparazione della gara ed i documenti di gara

Quando sono soddisfatti tutti i requisiti per l'applicazione del GPA, ossia, quando si è in presenza di un *covered procurement*, uno dei primi adempimenti cui è tenuta la stazione appaltante è la redazione di una *Notice of Intended Procurement*<sup>575</sup>.

Ciò rappresenta un passaggio di fondamentale importanza: tramite l'elaborazione di questo atto, la PA inizia la propria ricerca del miglior contraente e rende nota all'esterno la sua volontà di svolgere una determinata commessa pubblica<sup>576</sup>.

Il GPA, nella disciplina di questo passaggio, si preoccupa in particolar modo di far sì che tale notizia, non sia solo un mero *pro forma*, ma sia invece effettivamente efficiente raggiungendo

---

<sup>573</sup> Cfr. R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., p. 100.

<sup>574</sup> Cfr. R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., p. 101.

Per un'analisi dettagliata di tali *exception clause*, anche con riferimento al previgente testo del GPA del 1994, si rinvia a R. D. ANDERSON e K. OSEI-LAH, *The coverage negotiation under the Agreement on Government Procurement: context, mandate, process and prospects*, op. cit., p. 158 e ss.

<sup>575</sup> Cfr. GPA, art. 7.

Inoltre, in un'ottica comparata, per un'analisi approfondita delle norme procedurali anche in relazione al previgente regime del GPA del 1994, si veda, *ex multis*, A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, Nomos, Baden, 2017; S. ARROWSMITH, *Government Procurement in the WTO*, Kluwer Law International, The Hague, 2003; A. REICH, *International Public Procurement Law: the evolution of international regimes on public purchasing*, Kluwer Law International, Londra, 1999; D. WALLACE e S. SAHAYADACHNY, *Opening Government Procurement Markets*, in *Trade Rules in the Making* (editori M. MENDOZA, P. LOW, B. KOTSCHWAR), Brookings Institution Press, Washington, 1999.

<sup>576</sup> Cfr. P. C. MAVROIDIS, *Trade in Goods*, op. cit., p. 807.

il massimo numero di operatori e fornendogli tutte le informazioni basilari e necessarie per valutare l'opportunità di contrattare con la Pubblica Amministrazione<sup>577</sup>.

Nel dettaglio, come prima cosa<sup>578</sup>, la *Notice of Intended Procurement* deve essere pubblicata nell'appropriata gazzetta ufficiale dello Stato banditore e/o nei mezzi elettronici più opportuni tra quelli individuati nell'Appendice III<sup>579</sup>.

Tale pubblicazione deve essere “*widely disseminated*” e deve rimanere accessibile al pubblico almeno fino al termine del periodo di tempo indicato nella *Notice of Intended Procurement* stessa<sup>580</sup>.

Oltre al perseguimento dell'obiettivo di raggiungere un'ampia platea di destinatari, come detto, questi devono essere messi in una condizione tale da conoscere le informazioni essenziali dell'appalto, al fine di decidere se parteciparvi o meno.

Per soddisfare quest'ultimo scopo la *Notice of Intended Procurement* deve contenere una serie di informazioni stabilite dal GPA stesso<sup>581</sup>. Essa deve indicare: il nome e l'indirizzo della stazione appaltante ed ogni altra informazione necessaria per contattarla; la descrizione dell'appalto, inclusa la natura e la quantità dei beni o servizi da ottenere o, se la quantità non è ancora conosciuta, una sua stima; la durata del contratto; il metodo di scelta del contraente che sarà utilizzato; se applicabile al caso concreto, l'indirizzo e la data finale per presentare le richieste di partecipazione alla gara; l'indirizzo e la data finale per la presentazione delle offerte; la lingua o le lingue in cui devono essere redatte le offerte o le richieste di partecipazione; l'elenco ed una breve descrizione dei requisiti di partecipazione dei concorrenti; l'indicazione che l'appalto è governato dal GPA e che ci si trovi di fronte ad un *covered procurement*<sup>582</sup>.

---

<sup>577</sup> Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 137 e ss.

<sup>578</sup> Cfr. GPA, art. 7, co. 1.

<sup>579</sup> Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 138: “*Any notice of intended procurement falling under the scope of the GPA has to be published in an appropriate paper or electronic medium utilized by the parties to the agreement. Further requirements are that the medium is widely disseminated and that the information is accessible to the public at least until the expiry of the time-period indicated in the notice. The publication requirements differ for procuring entities covered under Annex 1 and the ones under Annex 2 and 3. Notices of the former have to ‘be accessible by electronic means free of charge through a single point of access’. Notices of the latter are required to be, if accessible by electronic means, accessible ‘through links in a gateway electronic site that is accessible free of charge’.*”

<sup>580</sup> Cfr. GPA, art. 7, co. 1.

<sup>581</sup> Cfr. GPA, art. 7, co. 2.

<sup>582</sup> Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 139: “*As mentioned above, comprehensive information and requirements in regard to the subject matter have to be included in the tender documentation.*”

Dalla Notice of Intended Procurement deve essere tenuta distinta la Notice of Planned Procurement<sup>583</sup>.

Quest'ultima, sebbene si basi sugli stessi principi alla base della Notice of Intended Procurement, assolve una funzione diversa: con la Notice of Planned Procurement l'amministrazione non invita gli operatori economici a presentare un'offerta<sup>584</sup>, ma rende solamente noto il piano delle commesse pubbliche che intende aggiudicare nel corso dell'anno fiscale<sup>585</sup>.

In secondo luogo, la Notice of Planned Procurement è un passaggio che il GPA considera facoltativo laddove si legge che le amministrazioni sono solamente incoraggiate a pubblicarla (*"procuring entities are encouraged to publish [...] a notice regarding their future procurement plans"*), non sono, invece, obbligate come nel caso della Notice of Intended Procurement<sup>586</sup>.

Una volta che siano state pubblicate (eventualmente) la Notice of Planned Procurement e (obbligatoriamente) la Notice of Intended Procurement, la stazione appaltante deve anche predisporre e fornire ai concorrenti una appropriata documentazione di gara<sup>587</sup>.

La documentazione di gara<sup>588</sup>, si sottolinea nel GPA, deve essere appropriata nel senso che deve contenere *"all information necessary to permit suppliers to prepare and submit responsive*

---

*Moreover, the tender documentation has to include the qualification criteria and their relative importance. As has been emphasized in the chapter on transparency in the first part (Chapter 2), the public availability of tender invitations, all criteria regarding the tender and the evaluation method is of utmost importance for the effective and efficient functioning of public procurement systems and should be implemented in any national procurement system."*

<sup>583</sup> Cfr. GPA, art. 7, co. 4.

<sup>584</sup> L'art. 7, co. 5, del GPA, infine, specifica anche che in alcuni casi la stazione appaltante può utilizzare la Notice of Planned Procurement come vera e propria Notice of Intended Procurement, e quindi come invito a presentare un'offerta, ma solamente nel caso in cui contenga tutti i requisiti di contenuto previsti nell'art. 7, co. 2.

<sup>585</sup> Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 141: *"Apart from the requirement to publish any notice of intended procurement, Article VII(4) of the GPA encourages entities to publish planned procurements. This refers to notices regarding the future procurement plans of procuring entities for the current fiscal year. In contrast to intended procurement notes published in regard to all actual procurements that are announced for open or selective tendering, planned procurement describes procurement which is planned for the future and cannot be understood as an invitation for bids yet."*

<sup>586</sup> Cfr. GPA, art. 7, co. 4.

Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 141 e ss.

<sup>587</sup> Cfr. GPA, art. 10.

<sup>588</sup> Il contenuto dei documenti di gara è disciplinato essenzialmente dall'art. 10 del GPA.

*tenders*.”<sup>589</sup> Pertanto, per raggiungere questo obiettivo, laddove determinate informazioni essenziali non siano già state previamente esplicitate nella Notice of Intended Procurement, i documenti di gara dovranno contenere la completa descrizione di una serie di elementi, quali: l'appalto da aggiudicare, inclusa la natura, la quantità, la qualità e i requisiti tecnici dei beni o servizi per cui vi è gara; i requisiti di partecipazione dei concorrenti (in aggiunta, la stazione appaltante deve anche specificare quali informazioni e documenti devono esserle forniti al fine di verificare e valutare la loro affidabilità); tutti i criteri di valutazione dell'offerta (i quali, specifica il testo dell'accordo, possono includere oltre al tradizionale criterio del prezzo più basso, anche altri elementi, tra cui, a titolo di esempio secondo il GPA, anche qualità, il merito tecnico, caratteristiche ambientali e termini di consegna<sup>590</sup>); in caso di apertura pubblica delle offerte, la data, il tempo e il posto per l'apertura, nonché le persone autorizzate ad essere presenti; ogni altro termine o condizione del contratto, inclusi i termini di pagamento; le date per la consegna dei beni o servizi (tali date, si sottolinea nel GPA<sup>591</sup>, devono essere calcolate tenendo in considerazione la complessità generale dell'appalto ed i tempi realistici dell'esecuzione del contratto).

Oltre ad essere vincolata nella predisposizione del contenuto della documentazione di gara, la stazione appaltante è anche tenuta a rendere immediatamente disponibile detta documentazione al fine di consentire ai partecipanti di visionarla ed avere tempo sufficiente per presentare “*responsive tenders*”<sup>592</sup>.

Inoltre, sempre al fine di facilitare la partecipazione dei concorrenti, l'amministrazione è anche obbligata, su richiesta di ciascun concorrente interessato all'appalto, a fornire a quest'ultimo la documentazione di gara richiesta<sup>593</sup>.

Allo stesso modo, quando un concorrente richiede alcune ragionevoli chiarificazioni circa i documenti di gara, l'amministrazione è tenuta a rispondere a tali richieste, e tale risposta, si sottolinea, nel rispetto della *par conditio*, non deve essere formulata in maniera tale da fornire al richiedente un ingiusto vantaggio competitivo a danno degli altri concorrenti<sup>594</sup>.

---

<sup>589</sup> Cfr. GPA, art. 10, co. 7.

Cfr. sul punto R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., p. 87.

<sup>590</sup> Cfr. GPA, art. 10, co. 9.

<sup>591</sup> Cfr. GPA, art. 10, co. 8.

<sup>592</sup> Cfr. GPA, art. 10, co. 10, lett. a).

<sup>593</sup> Cfr. GPA, art. 10, co. 10, lett. b).

<sup>594</sup> Cfr. GPA, art. 10, co. 10, lett. c).

Cfr. R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., p. 87: “Furthermore, tenderers have to be given the opportunity to address

La disciplina dei documenti di gara si completa anche con varie disposizioni riguardanti le specificazioni tecniche<sup>595</sup>.

La norma fondamentale a riguardo impone alla stazione appaltante il divieto di utilizzare specificazioni tecniche con lo scopo di creare “*unnecessary obstacles to international trade.*”<sup>596</sup>

La previsione delle specifiche tecniche da parte dell’amministrazione, infatti, deve rispondere solamente alle esigenze proprie ed effettive della commessa pubblica, e non devono essere usate come “*invisible barriers to trade*” al fine di favorire ingiustamente alcune imprese a danno di altre<sup>597</sup>.

L’indicazione di una particolare caratteristica del prodotto da acquistare, come nel caso, ad esempio, in cui la PA faccia riferimento alla volontà di acquistare solamente beni che presentino un determinato e specifico marchio, potrebbe non rispondere alle esigenze effettive dell’appalto e potrebbe avere l’obiettivo ultimo di favorire solamente una determinata categoria di concorrenti, piuttosto che altri.

---

*questions or requests concerning technical specifications to the procuring authority provided that this does not give that supplier an advantage over other suppliers.”*

<sup>595</sup> Cfr. GPA, art. 10.

In generale si veda M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM, P. C. MAVROIDIS, M. HAHN, *The World Trade Organization: law, practice and policy*, op. cit., p. 683.

<sup>596</sup> Cfr. GPA, art. 10, co. 1.

Per un’analisi dettagliata della disciplina del GPA in materia di specifiche tecniche si rinvia a Cfr. Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 128 e ss.; cfr. anche R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., p. 74 e ss.

<sup>597</sup> Cfr. R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., p. 83, dove nello specifico l’A. ribadisce che l’art. 10, co. 1, del GPA, per espressa disposizione, non si occupa solo di specifiche tecniche, ma anche del procedimento di verifica di tali caratteristiche, che al pari di queste ultime non deve essere utilizzato al fine di ostacolare la concorrenza, soprattutto quella estera. Si legge infatti che: “*However, Article X:1 GPA does not only refer to technical specifications; also ‘conformity assessment procedures’ may not amount to unnecessary barriers to trade. These are defined in Annex 1.3 TBT Agreement as: ‘Any procedure used, directly or indirectly, to determine that relevant requirements in technical regulations or standards are fulfilled (...).’ In other words, conformity assessment procedures are regulated procedures used to verify that the pertinent technical regulation (or in the case of public procurement technical specification) is fulfilled by the producer or supplier. [...] Conformity assessment procedures are relevant for public procurement, since technical specifications often call for verification. If verification comes in the form of a conformity assessment, these procedures can de facto be a competitive disadvantage for foreign supplier, since it can mean the double burden of having to undergo conformity assessment procedures in two countries (for the same product or service). Therefore, Article X:1 GPA sets forth that conformity assessment procedures as well as technical specifications should not put unnecessary obstacles to international trade.*”

Ciò costituirebbe una ingiustificata restrizione della platea dei concorrenti e, per l'effetto (come nel caso di scuola in cui si favoriscano solamente le imprese nazionali, penalizzando quelle estere) ostacolerebbe il corretto svolgimento del commercio internazionale.

A riguardo, il GPA prevede una serie di disposizioni, alcune obbligatorie, altre facoltative, che guidano l'agire della stazione appaltante nel momento in cui si trova a dover descrivere le caratteristiche tecniche dei beni o servizi richiesti.

Quando l'amministrazione deve descrivere le caratteristiche tecniche dei beni o servizi che intende acquistare, laddove sia possibile, il GPA prevede che debbano essere utilizzati alcuni parametri di riferimento che consentano la più ampia partecipazione possibile alla gara: in primo luogo, la PA dovrebbe indicare le specifiche tecniche in termini di requisiti di performance o di funzionamento, piuttosto che fare riferimento al design o alla descrizione delle singole caratteristiche<sup>598</sup>; in secondo luogo, laddove esistenti, la PA dovrebbe riferirsi agli standard internazionali in vigore (maggiormente ampliativi della concorrenza), mentre il riferimento a standard nazionali sarebbe più opportuno solo in caso di loro assenza<sup>599</sup>.

Sempre nel momento di descrizione delle caratteristiche tecniche e sempre per garantire la partecipazione ad un elevato numero di concorrenti, la stazione appaltante, laddove appropriato,

---

<sup>598</sup> Cfr. GPA, art. 10, co. 2, lett. a).

Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 128, dove si legge che: “*Technical specifications are to be set out in terms of performance and functional requirements. The use of design ore descriptive characteristics shall generally be avoided. If possible, technical specifications shall be based on international standards, otherwise on national standards. In order to ensure the use of fair and objective rather than subjective criteria, the GPA provides for a list of tender requirements that can be used to describe a subject matter as well as further instruction about their contents. The use of international standards in tender specification, for example, fosters competition as it facilitates the participation of foreign bidders.*”

Cfr. anche M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM, P. C. MAVROIDIS, M. HAHN, *The World Trade Organization: law, practice and policy*, op. cit., p. 683.

Cfr. R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., pp. 83-84.

<sup>599</sup> Cfr. GPA, art. 10, co. 2, lett. b).

Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p.128-129, dove l'A. sottolinea l'impianto pro concorrenziale di tali previsioni che tendono, in ultima analisi, oltre a tutelare le esigenze dell'amministrazione anche a garantire una maggiore partecipazione alla gara. Si legge infatti che: “*The requirement that technical specifications are to be set out in terms of performance and functional requirements is beneficial in two ways. It not only increases the number of potential bids as products or services can differ to quite an extent in regard to design while fulfilling the same function but can also have a positive effect on research and innovation. In particular the use of functional requirements can stimulate several different proposals or solutions.*”

deve indicare anche il margine di ammissibilità di beni o servizi equivalenti<sup>600</sup> e non deve fare riferimento a marchi, brevetti, patenti, copyright, tipologie, produttori, origini specifiche<sup>601</sup>.

Inoltre, è previsto espressamente che nella preparazione delle specifiche tecniche la PA non debba accettare o richiedere consigli da soggetti interessati a partecipare alla gara e che abbiano l'effetto di restringerne la concorrenza<sup>602</sup>.

Oltre ad indicare le modalità che la PA deve seguire nella preparazione dei documenti di gara, il GPA prevede anche la possibilità di effettuare modifiche successive di tali documenti, ma sempre nel rispetto di determinate garanzie che non alterino l'effettività della gara<sup>603</sup>.

In questo caso, l'accento è posto sulla necessaria esigenza di rendere note le modifiche a tutti i partecipanti e di consentirgli, allo stesso tempo, di rimanere in gara anche a seguito delle modifiche introdotte successivamente dall'amministrazione.

---

<sup>600</sup> Cfr. GPA, art. 10, co. 3.

Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p.129.

<sup>601</sup> Cfr. GPA, art. 10, co. 4.

Cfr. R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., p. 85.

Come sottolineato da A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 129, una eventuale deroga al divieto ex art. 10, co. 4, GPA, vi è quando detti riferimenti rappresentino l'unico modo necessario per descrivere l'oggetto sostanziale dell'appalto. Si legge infatti che: “*A deviation from this prohibition is permissible only when there is no other possibility of describing the product or service and provided that the tender document states that the reference is solely used to describe the product and that suppliers or contractors of any equivalent product can participate.*”

<sup>602</sup> Cfr. GPA, art. 10, co. 5.

Cfr. M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM, P. C. MAVROIDIS, M. HAHN, *The World Trade Organization: law, practice and policy*, op. cit., p. 683, dove si legge che: “*A procuring entity shall not seek or accept, in a manner that would have the effect of precluding competition, advice that may be used in the preparation or adoption of any technical specification for a specific procurement from a person that may have a commercial interest in the procurement.*”

Per un'analisi approfondita dell'istituto del dialogo tra la stazione appaltante ed altri soggetti al fine dell'elaborazione delle specifiche tecniche, si rinvia a R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., p. 86 e ss.

<sup>603</sup> Cfr. GPA, art. 10, co. 11.

Cfr. R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., p. 87: “*Moreover it is important to note that the GPA does not generally prohibit modifications of technical specifications. The only precondition is that such changes are transparently published or communicated to all interested parties (Article X:11 GPA). However, any transparency obligations are useless, except if tenderers are given 'adequate time' to allow tenderers to adapt the published information (Article X:8 GPA and Article X:11 GPA).*”

In primo luogo è previsto che le modifiche ai criteri o requisiti indicati nella Notice of Intended Procurement o nei documenti di gara possano essere effettuate solo prima dell'aggiudicazione del contratto.

Successivamente, poi, la stazione appaltante è tenuta a inviare, per iscritto, i nuovi documenti di gara a tutti quanti i partecipanti, con la doverosa sottolineatura che ciò deve essere fatto in un lasso di tempo adeguato tale da consentire a questi ultimi di modificare o di presentare una nuova offerta, laddove possibile.

## **5.6 Le procedure di gara: flessibilità, open tendering, selective tendering e limited tendering**

Diversamente da quanto avveniva sotto la vigenza dell'originario GPA del 1994, l'attuale versione dell'accordo, in applicazione del principio di flessibilità stabilito nel preambolo, non vincola le Parti firmatarie ad usare obbligatoriamente una delle procedure stabilite nel Trattato<sup>604</sup>.

Al contrario, secondo la nuova formulazione, nell'art. 4, co. 4, lett. a) del GPA si legge che le stazioni appaltanti “*shall conduct covered procurement in a transparent and impartial manner that is consistent with this Agreement, using methods such as open tendering, selective tendering and limited tendering.*”<sup>605</sup>

L'introduzione della locuzione “*such as*”, secondo una piana interpretazione avvallata dalla maggioranza della dottrina, infatti, comporta una lettura della norma per cui la stazione appaltante, purché utilizzi una procedura (che sia, tra le altre cose) trasparente, imparziale e conforme alle prescrizioni sancite nel GPA, possa utilizzare un qualsiasi metodo di selezione

---

<sup>604</sup> A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 124: “*A very important improvement in regard to the flexibility of the agreement is that it offers room for the application of other methods of procurement than the three that are explicitly mentioned (open tendering, selective tendering and limited tendering) as long as they comply with the requirements of the agreement.*”

<sup>605</sup> Sull'applicazione del principio di flessibilità all'interno del GPA, con particolare riferimento alle modalità di scelta del contraente utilizzabili, si rinvia a S. ARROWSMITH, *The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions*, op. cit., p. 294 e ss.

del contraente e tra questi, a titolo esemplificativo, si può optare anche per una procedura aperta, ristretta o negoziata<sup>606</sup>.

Fatta tale precisazione, è stato altresì evidenziato che, sebbene in teoria sia possibile, è comunque difficile ipotizzare l'utilizzo di una procedura che rispecchi i principi e le regole stabilite dal GPA e che, allo stesso tempo, non rientri in nessuno dei modelli appena elencati<sup>607</sup>. Dunque, le procedure di scelta del contraente disciplinate dal GPA sono tre: *open tendering*, *selective tendering* e *limited tendering*<sup>608</sup>.

La procedura di *open tendering* è quella che più si avvicina alla procedura aperta prevista dal D. Lgs. 50/2016 ed è definita dallo stesso trattato internazionale come quella procedura per cui tutti gli operatori economici interessati possono presentare un'offerta, a prescindere dall'accertamento delle loro idoneità<sup>609</sup>.

---

<sup>606</sup> Cfr. S. ARROWSMITH e R. D. ANDERSON, *The WTO Regime on government procurement: past, present and future*, in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform* (editori S. ARROWSMITH e R. D. ANDERSON), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 31, dove si legge che: “*In addition, there is a potentially interesting change to the general principle on procurement methods: instead of requiring use of one of the three methods of procurement stated in the current text, namely open tendering, selective tendering and limited tendering, the revised text states that an entity shall conduct procurement in a manner that is consistent with the Agreement using methods such as open tendering, selective tendering and limited tendering. This seems to contemplate use of other methods of procurement provided that these are consistent with the Agreement’s more specific rules. However, the implications of this change are not clear since, as chapter 10 explains in section 3, it is not easy to envisage a method of procurement that would comply with these specific rules but would not fall within the definitions given for open tendering, selective tendering and limited tendering.*”

<sup>607</sup> Cfr. S. ARROWSMITH e R. D. ANDERSON, *The WTO Regime on government procurement: past, present and future*, op. cit., in nota *supra*.

Cfr. anche A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 124.

<sup>608</sup> Invece, per un'analisi generale delle varie modalità procedurali di selezione del contraente durante la vigenza della versione originaria del GPA del 1994, si rinvia *ex multis* a S. ARROWSMITH, *The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions*, op. cit.

<sup>609</sup> Cfr. GPA, art. 1, lett. m), dove si offre la definizione di *open tendering*: “*open tendering means a procurement method whereby all interested suppliers may submit a tender.*”

Sul punto anche S. ARROWSMITH, *The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions*, op. cit., p. 293: “*The revised text of the GPA makes reference to the same three methods, defining each in Article I. As under the 1994 text open tendering is defined simply as a procedure where all interested suppliers may submit a tender.*”

Cfr. anche A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 125; Cfr. P. C. MAVROIDIS, *Trade in Goods*, op. cit., p. 806.

Per *selective tendering*, invece, il GPA intende una procedura dove possono partecipare solamente quegli operatori economici qualificati, ossia quei soggetti che abbiano il possesso di determinate idoneità<sup>610</sup>.

Infine, per *limited tendering* si intende quella procedura dove è la stessa stazione appaltante che contatta e invita solo gli operatori economici da lei scelti<sup>611</sup>. Il ricorso a quest'ultimo metodo, inoltre, consente all'amministrazione di derogare ad una importante serie di disposizioni del GPA, nel rispetto sempre di determinate garanzie<sup>612</sup>.

In generale anche in sede di GPA vi è un generale *favor* per l'utilizzo dei metodi di *open tendering* e di *selective tendering*<sup>613</sup>.

---

<sup>610</sup> Cfr. GPA, art. 1, lett. q), in base al quale per *selective tendering* si intende: “*a procurement method whereby only qualified suppliers are invited by the procuring entity to submit a tender.*”

Sul punto anche S. ARROWSMITH, *The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions*, op. cit., p. 293: “*Selective tendering is defined slightly differently from the way it is defined in the 1994 Agreement as ‘a procurement method where only suppliers satisfying the conditions for participation are invited by the procuring entity to submit a tender [...]. This new definition now clearly indicates that in selective procedures only qualified suppliers may be invited, which is possibly a change from the 1994 text: the latter arguably contemplates that even in selective tendering where numbers of tenderers are limited for reasons such as the high cost of assessing tenders, the procuring entity may (if permitted under national rules) look at tenderers’ qualifications (and exclude those that do not meet the basic conditions for participation) only after tenders are submitted. However, other than this arguable change there are no substantive changes in the nature of the method.*”

Cfr. anche A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 125; Cfr. P. C. MAVROIDIS, *Trade in Goods*, op. cit., p. 806.

<sup>611</sup> Cfr. GPA, art. 1, lett. h), dove si legge che: “*limited tendering means a procurement method whereby the procuring entity contacts a supplier or suppliers of its choice.*”

Sul punto anche S. ARROWSMITH, *The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions*, op. cit., p. 293-294: “*Limited tendering is defined as a method where the procuring entity contacts a supplier or suppliers of its choice [...].*”

Cfr. anche A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 125-126.

<sup>612</sup> Cfr. S. ARROWSMITH, *The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions*, op. cit., p. 294: “*When limited tendering applies the procuring entity is exempt from following most of the procedural rules in the Agreement, provided that the relevant conditions of using this procurement method are met (Article XIII.1).*”

Cfr. anche P. C. MAVROIDIS, *Trade in Goods*, op. cit., p. 807.

<sup>613</sup> Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 125: “*Open and selective tendering are the prescribed procedures which have to be applied in general circumstances not falling under one of the exceptions laid out in the agreement.*”

Nello stesso senso anche M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM, P. C. MAVROIDIS, M. HAHN, *The World Trade Organization: law, practice and policy*, op. cit., p. 681.

Come regola generale, dunque, la stazione appaltante dovrebbe in primo luogo ricorrere a queste due tipologie e la ragione alla base di questa preferenza sta nel fatto che entrambe le procedure consentono, in teoria, la più ampia partecipazione possibile di operatori economici, nazionali ed internazionali<sup>614</sup>.

Il terzo metodo di scelta del contraente indicato dal GPA, ossia il *limited tendering*, invece, può essere utilizzato solamente in casi eccezionali e al rispetto di alcune condizioni<sup>615</sup>.

La procedura di *limited tendering* è disciplinata principalmente dall'art. 13 del GPA, il quale, in apertura, prevede una prima importante condizione per il ricorso a tale metodo di scelta del contraente: il ricorso alla procedura di *limited tendering*, infatti, non deve essere utilizzato con il solo scopo di alterare la concorrenza tra gli operatori economici o in una maniera tale da creare ingiustificate discriminazioni avverso gli operatori economici degli altri Stati firmatari del GPA o, ancora, al fine di proteggere le imprese domestiche dello Stato banditore<sup>616</sup>.

Quando una stazione appaltante decide di ricorrere al metodo di *limited tendering*, allora, può decidere di non applicare una serie di articoli del GPA e, nello specifico, può derogare alle previsioni ivi presenti e riguardanti: la Notice of Intended Procurement (Art. 7); la Notice of Planned Procurement (Art. 7); le disposizioni relative alle condizioni per la partecipazione e qualificazione dei concorrenti (Artt. 8 e 9); le disposizioni relative ai documenti di gara (Art. 10) (con la sola eccezione delle norme in tema di specificazioni tecniche: queste troveranno comunque applicazione anche in caso di *limited tendering*); le disposizioni regolanti i termini della gara (Art. 11); le disposizioni riguardanti le ipotesi di negoziazioni dirette (Art. 12); le

---

<sup>614</sup> Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 126: “Open as well as selective tendering (including a prequalification procedure) under the GPA allow for a high degree of competition. Given that the GPA covers only procurements above a certain monetary threshold, it is not necessary to consider whether the cost and time expended for a particular procurement under the GPA are disproportionate in regard to the value of the procurement. The approach to generally requiring the use of the most competitive procurement methods while at the same time having due regard to specific considerations that might justify limited tendering procedures can be deemed to be reasonable and adequate. As there are no detailed procedural rules laid down, the GPA member states are provided with enough flexibility to keep or enact rules and regulations that are tailored to the specific local context.”

<sup>615</sup> Cfr. M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM, P. C. MAVROIDIS, M. HAHN, *The World Trade Organization: law, practice and policy*, op. cit., p. 682.

<sup>616</sup> Cfr. GPA, art. 13, co. 1.

disposizioni in materia di aste elettroniche (Art. 14); le disposizioni in materia di valutazione delle offerte (Art. 15); le disposizioni in materia di aggiudicazione del contratto (Art. 15)<sup>617</sup>.

I casi in cui la stazione appaltante può ricorrere alla *limited tendering* sono indicati nei commi successivi dell'art. 13 del GPA e, data la formulazione della norma, sembrano essere tassativi<sup>618</sup>.

In generale, la stazione appaltante può utilizzare la procedura di *limited tendering* quando: in una precedente gara, non sono state presentate offerte o non è stata presentata alcuna richiesta di partecipazione; non sono state presentate offerte che rispondono agli elementi essenziali richiesti dall'amministrazione ed esplicitati nei documenti di gara; nessun partecipante possiede le condizioni per partecipare alla gara; le offerte presentate sono oggetto di accordi collusivi<sup>619</sup>. Altre fattispecie particolari che possono giustificare il ricorso a tale procedura sono le seguenti: quando i beni o servizi da acquistare possono essere ottenuti solo da un determinato soggetto e non vi sono alternative valide sul mercato<sup>620</sup>; quando la stazione appaltante ha bisogno di ulteriori beni o servizi che possono essere forniti solamente dall'impresa già aggiudicataria di un contratto (sia per ragioni tecniche o anche economiche) e che non erano inclusi nell'appalto originale<sup>621</sup>; ragioni di estrema urgenza<sup>622</sup>; per beni acquistati nel mercato delle materie prime<sup>623</sup>; per l'acquisto di prototipi di beni o servizi sviluppati appositamente per l'amministrazione sulla scorta di un contratto di ricerca, esperimento o studio<sup>624</sup>; per acquisti fatti in presenza di condizioni temporanee, eccezionali ed estremamente vantaggiose<sup>625</sup>; quando il contratto è aggiudicato al vincitore di un concorso di progettazione<sup>626</sup>.

---

<sup>617</sup> Cfr. S. ARROWSMITH, *The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions*, op. cit., p. 294;

<sup>618</sup> Nel testo dell'art. 13, co. 1, GPA, infatti che “*a procuring entity may use limited tendering [...] only under any of the following circumstances*”.

Cfr. M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM, P. C. MAVROIDIS, M. HAHN, *The World Trade Organization: law, practice and policy*, op. cit., p. 682.

<sup>619</sup> Cfr. GPA, art. 13, co. 1, lett. a).

<sup>620</sup> Cfr. GPA, art. 13, co. 1, lett. b).

<sup>621</sup> Cfr. GPA, art. 13, co. 1, lett. c).

<sup>622</sup> Cfr. GPA, art. 13, co. 1, lett. d).

<sup>623</sup> Cfr. GPA, art. 13, co. 1, lett. e).

<sup>624</sup> Cfr. GPA, art. 13, co. 1, lett. f).

<sup>625</sup> Cfr. GPA, art. 13, co. 1, lett. g).

<sup>626</sup> Cfr. GPA, art. 13, co. 1, lett. h).

## 5.7 I requisiti di qualificazione

I requisiti di qualificazione, ossia l'insieme delle idoneità che devono essere possedute dai concorrenti al fine di partecipare alla gara pubblica, sono disciplinati principalmente dagli artt. 8 e 9 del GPA<sup>627</sup>.

Come regola generale<sup>628</sup> è previsto che i requisiti di qualificazione si riferiscano, oltre che alla capacità legale dell'impresa di sottoscrivere il contratto, anche e soprattutto alla capacità finanziaria, commerciale e tecnica del soggetto, che devono risultare adeguate a svolgere correttamente l'aggiudicando contratto<sup>629</sup>.

---

<sup>627</sup> Sulla disciplina dei requisiti di qualificazione all'interno del GPA si rinvia, *ex multis*, a Cfr. S. ARROWSMITH, *The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions*, op. cit., p. 308 e ss.; R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., p. 95 e ss.

<sup>628</sup> Cfr. GPA, art. 8, co. 1.

Come evidenziato in R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., p. 95, le regole del GPA in punto di requisiti di qualificazione, probabilmente proprio al fine di non prevedere requisiti eccessivamente limitativi della concorrenza, sono altamente generiche e in grado di ricomprendere una varietà di requisiti che vengono stabiliti di volta in volta dalla stazione appaltante. Come specificato dall'A., infatti: “*Neither Article VIII GPA, nor Article IX GPA contain examples of what could be possible qualification criteria (as in the case with evaluation technical specifications and evaluation criteria). Therefore, the scope for using qualification criteria as a tool for GPP has to be defined in the negative, based on assessing its limits. Qualification criteria, as any supplier-related criteria, are mandatory and determine the sine qua non conditions for participation in the evaluation process. Therefore, they cannot be overly restrictive, in order not to unduly limit a supplier’s right to participate.*”

<sup>629</sup> Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 127: “*The criteria that can be used in qualification procedures under the GPA include financial, commercial as well as technical aspects regarding potential suppliers or contractors. In other words, the financial capacity and the commercial and technical abilities of a supplier will be evaluated in order to determine whether or not they are qualified to take part in the bidding. [...] Criteria not falling under financial, commercial or technical matters cannot be used in qualification procedures. This approach prevents the application of subjective criteria not strictly related to the essential capability of suppliers or contractor and, hence, also restricts the application of secondary objectives.*”

Cfr. anche M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM, P. C. MAVROIDIS, M. HAHN, *The World Trade Organization: law, practice and policy*, op. cit., p. 682: “*In principle, procuring entities should impose only those conditions that are essential to ensure that a supplier has the legal and financial capacities, and the commercial and technical abilities, to undertake the relevant procurement (Article VIII:1).*”

Sulla scorta di quanto avveniva con il previgente testo, dunque, l'attuale GPA prevede che l'idoneità dei partecipanti possa essere accertata solamente in relazione alle *essential conditions* necessarie per svolgere il contratto<sup>630</sup>.

Nella determinazione di queste idoneità, è anche specificato che la stazione appaltante non deve imporre come condizione di partecipazione il fatto che un soggetto sia stato precedentemente aggiudicatario di uno o più contratti presso la PA di un determinato Stato membro del GPA: ciò avrebbe un chiaro effetto distorsivo della concorrenza, in quanto potrebbero partecipare alla procedura di evidenza, non tutte le imprese indipendentemente dalla loro nazionalità, ma solamente quelle imprese che hanno vinto uno o più contratti con la PA di un certo Stato<sup>631</sup>.

Sempre nel momento relativo alla predisposizione dei requisiti di partecipazione, l'amministrazione può anche inserire, come elemento per meglio valutare l'affidabilità del contraente sotto il profilo tecnico, la condizione di aver una "*relevant prior experience*" nello svolgimento di determinati contratti<sup>632</sup>.

Il GPA, oltre a indicare su quali basi debba essere accertata l'idoneità dei concorrenti, prevede anche alcune regole, essenzialmente a tutela di questi ultimi, che devono essere seguite dall'amministrazione nel momento di valutazione delle idoneità degli operatori economici.

---

<sup>630</sup> Cfr. S. ARROWSMITH, *The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions*, op. cit., p. 308: "Article VIII of the revised GPA text sets out the conditions under which a procuring entity may determine the eligibility of a supplier to participate in a procurement, or otherwise exclude a supplier from participation. Article VIII.1 first states that the entity is to limit its consideration to those factors that are essential to ensure that a supplier has the legal, commercial, technical and financial abilities to undertake the relevant procurement. This is similar to Article VIII(b) of the 1994 text stating that qualification conditions are to be limited to those essential to the firm's capability to fulfill the contract in question. As under the 1994 text (Article VIII.(b)), the procuring entity is required to base its decision solely on the conditions specified in advance in the notices and tender documentations, taking into account the supplier's total business activities both inside and outside the territory of the procuring entity."

<sup>631</sup> Cfr. GPA, art. 8, co. 2, lett. a).

Cfr. S. ARROWSMITH, *The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions*, op. cit., p. 308: "Under the revised text of the GPA, there have been a few amendments worth noting. First, a procuring entity is ordinarily barred from stipulating as a condition the award of a previous contract to a supplier."

<sup>632</sup> Cfr. GPA, art. 8, co. 2, lett. b).

Cfr. S. ARROWSMITH, *The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions*, op. cit., p. 309: "Another provision that is new to the revised GPA text, however, expressly indicates some flexibility by permitting entities to include the condition that suppliers have relevant prior experience 'where essential to meet the requirements of the procurement'."

Come regola generale, per garantire in primo luogo l'affidamento dei concorrenti in punto di certezza delle regole che saranno usate durante la competizione, quando la PA deve valutare le condizioni di partecipazione allegate dai partecipanti è espressamente previsto che la stazione appaltante debba basare la propria valutazione solamente sulla base dei criteri e delle condizioni che ha specificato, in anticipo, negli inviti ad offrire o nella documentazione di gara<sup>633</sup>.

Inoltre, quando bisogna valutare la capacità finanziaria, commerciale e tecnica dei concorrenti (soprattutto di quelli esteri) è necessario effettuare una doppia valutazione. L'amministrazione, in questa valutazione, è tenuta a prendere in considerazione sia l'attività che gli esaminandi concorrenti hanno svolto all'interno del Paese in cui si svolge la gara, sia l'attività che hanno svolto all'estero<sup>634</sup>.

In questo modo si evita, tra le altre cose, una ingiustificata discriminazione contro i concorrenti stranieri: senza questa norma, infatti, la PA avrebbe potuto prendere in considerazione solamente le attività imprenditoriali compiute a livello domestico, avvantaggiando gli operatori locali, e avrebbe potuto escludere le attività compiute all'estero, che, nel caso di imprese straniere o comunque transnazionali rappresentano -in teoria- la maggioranza dell'attività svolta, ponendo queste ultime in una posizione di chiaro svantaggio in quanto non si vedrebbero riconosciuto nel momento valutativo della loro idoneità la gran parte del loro operato.

Infine, per tutelare anche l'interesse dell'amministrazione nella ricerca del contraente più affidabile, il GPA prevede che in una serie di casi la PA possa escludere un operatore dal partecipare ad una gara<sup>635</sup>.

---

<sup>633</sup> Cfr. GPA, art. 8, co. 3, lett. b).

Sul punto si rinvia a S. ARROWSMITH, *The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions*, op. cit., p. 308; R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., p. 96.

<sup>634</sup> Cfr. GPA, art. 8, co. 3, lett. a).

<sup>635</sup> Come evidenziato da R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., p. 97, anche le ipotesi di esclusione, al pari dei requisiti di qualificazione, sono formulate in maniera volutamente generica o quanto meno non eccessivamente restrittiva con l'espresso fine, appunto, di non limitare eccessivamente il diritto di ciascun operatore economico di partecipare alla gara pubblica. Sul punto l'A. afferma che: "*Exclusion criteria specify the characteristics or past performances of a supplier are deemed not acceptable. Economic actors who meet these criteria are excluded from the procurement/evaluation process ab initio. Like qualification criteria, exclusion criteria are also supplier-related and mandatory criteria and thus should not be overly restrictive in ways that could unduly limit a potential supplier's right to participation.*"

In generale, si rinvia anche a Cfr. S. ARROWSMITH, *The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions*, op. cit., p. 309 e ss.

La stazione appaltante può escludere un operatore economico che si trovi, ad esempio<sup>636</sup>, in una delle seguenti situazioni: bancarotta; abbia reso false dichiarazioni; si sia reso inadempiente nello svolgimento di uno o più contratti precedentemente affidati; sia stato condannato in via definitiva per gravi reati; abbia tenuto condotte non professionali; non sia in regola con il pagamento di tasse e contributi<sup>637</sup>.

Oltre a garantire alle stazioni appaltanti di valutare su base casistica l'idoneità dei concorrenti, il GPA, all'art. 9, prevede anche la possibilità di utilizzare un sistema di qualificazione.

A tal fine è previsto che le Parti firmatarie dell'accordo e le rispettive amministrazioni possano utilizzare e conservare un sistema di qualificazione in cui eventuali aspiranti contraenti siano tenuti a registrarsi e a fornire determinate informazioni<sup>638</sup>.

Tale norma, al fine di garantire la piena efficacia della procedura di evidenza pubblica che si svolga tramite l'ausilio del sistema di qualificazione, prevede anche puntuali obblighi direttamente nei confronti degli Stati membri.

Questi ultimi, infatti, sono tenuti a garantire che le proprie amministrazioni riducano al minimo le differenze nelle procedure di iscrizione in tali sistemi e che riducano al minimo anche le differenze nella gestione e conservazione di tali elenchi<sup>639</sup>.

Sempre rivolgendosi nei confronti degli Stati membri, il GPA prevede anche che, al fine di mantenere la competizione il più aperta possibile, il sistema di qualificazione e le relative procedure di iscrizione non siano adottati con lo scopo di *“creating unnecessary obstacles to the participation of suppliers of another Party in its procurement.”*<sup>640</sup>

---

<sup>636</sup> Come espressamente sancito anche dalla norma stessa, i casi di esclusione dei concorrenti elencati dal GPA hanno valore meramente esemplificativo.

Cfr. R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., p. 97: *“Exclusion criteria are also addressed in Article VIII GPA (‘Conditions of Participation’). This provision contains a (non-exhaustive) list, enumerating possible reasons that would justify the exclusion of the respective supplier; listed reasons include bankruptcy, fraud or failure to pay taxes.”*

<sup>637</sup> Cfr. GPA, art. 8, co. 4, lett. a), b), c), d), e), f).

Cfr. M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM, P. C. MAVROIDIS, M. HAHN, *The World Trade Organization: law, practice and policy*, op. cit., p. 683: *“However, where there is supporting evidence, procuring entities can exclude a supplier on grounds such as bankruptcy, false declarations, significant or persistent deficiencies in performance of any substantive requirement or obligation under a prior contract or contracts, final judgments in respect of serious crimes or other serious offences, professional misconduct or acts or omission that adversely reflect on the commercial integrity of the supplier, or failure to pay taxes (Article VIII:4(a)–(f)).”*

<sup>638</sup> Cfr. GPA, art. 9, co. 1.

<sup>639</sup> Cfr. GPA, art. 9, co. 2, lett. a), b).

<sup>640</sup> Cfr. GPA, art. 9, co. 3.

## 5.8 La presentazione delle offerte e i criteri di valutazione

Bandita la gara e scelta la procedura da seguire, i concorrenti ammessi devono presentare le loro offerte.

In vista della presentazione delle offerte, il GPA prevede che la stazione appaltante, tenendo in ragionevole considerazione le necessità dell'approvvigionamento di beni e/o servizi, dia sufficiente tempo ai concorrenti per preparare e per inoltrare le proprie offerte (o, in alternativa, le proprie richieste di partecipazione)<sup>641</sup>.

Nell'elaborazione del tempo necessario e sufficiente a trasmettere le offerte, il GPA offre alcuni parametri che devono essere tenuti in considerazione dalla stazione appaltante: la natura e la complessità dell'appalto; l'eventuale presenza e ampiezza dei contratti di subappalto; il tempo necessario per trasmettere offerte tramite strumenti non elettronici da parte di operatori stranieri.

Inoltre è anche espressamente previsto che tali termini<sup>642</sup>, così come le loro eventuali estensioni o modifiche, al fine di non avvantaggiare solo alcuni operatori, devono essere uguali per tutti i partecipanti<sup>643</sup>.

Al fine di essere tenuta in considerazione per l'aggiudicazione del contratto, l'offerta, oltre che essere presentata tempestivamente<sup>644</sup>, deve soddisfare anche altre condizioni: deve essere presentata per iscritto, deve contenere tutti i requisiti essenziali indicati negli inviti a offrire e

---

Cfr. R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., p. 97: “The principle of non discrimination is also reinforced in Article IX.3 GPA. It states that registration systems or qualification procedures should not be adopted or applied with the purpose or the effect of creating unnecessary obstacle to international procurement.”

<sup>641</sup> Cfr. GPA, art. 10, co. 1.

<sup>642</sup> Cfr. GPA, art. 11, co. 1, ultimo periodo.

<sup>643</sup> Nel dettaglio, poi, le *deadlines* minime per ciascun tipo di gara sono stabilite nel dettaglio nei commi 2 e ss. dell'art. 11 del GPA.

<sup>644</sup> Fermo restando che al fine di essere tenute in considerazione le offerte devono essere presentate entro la *deadline* fissata dall'amministrazione nel rispetto delle previsioni sopra esaminate, in alcuni casi è lo stesso GPA che ammette che le offerte tardive possano essere esaminate lo stesso. È questo il caso, regolato dall'art. 15, co. 2, del GPA, in cui il ritardo nella presentazione dell'offerta non è ascrivibile al concorrente, ma all'incorretto operare della stazione appaltante.

nella documentazione di gara e, infine, deve provenire da un concorrente che possieda tutti i requisiti di partecipazione per essere ammesso alla gara<sup>645</sup>.

Successivamente, il GPA fissa alcuni criteri e principi generali che devono essere seguiti dalla stazione appaltante nel momento in cui riceve le offerte presentate secondo la procedura sopra illustrata.

In primo luogo è previsto che ciascuna stazione appaltante riceva, apra e tratti tutte le offerte secondo procedure eque e imparziali, in modo da non creare favoritismi o vantaggi ingiustificati nei confronti di una o più imprese a discapito della restante concorrenza.

Se l'amministrazione rinviene alcuni errori formali nell'offerta, purché non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione del contratto, può concedere all'operatore economico che ha presentato tale offerta incorretta la possibilità di correggerla.

In tal caso, comunque, per non creare effetti distorsivi della concorrenza, la PA deve concedere tale possibilità anche a tutti gli altri operatori economici che richiedono la correzione di errori formali nelle loro offerte<sup>646</sup>.

Per quanto riguarda più da vicino la disciplina dei criteri di valutazione dell'offerta il GPA prevede come regola generale che la stazione appaltante non sia obbligata ad aggiudicare il contratto esclusivamente al concorrente che abbia presentato l'offerta più bassa, ma, al contrario, è espressamente previsto che possa riferirsi al criterio dell'offerta più vantaggiosa o, anche, solamente al criterio del prezzo più basso<sup>647</sup>.

Una delle innovazioni principali del GPA del 2014 rispetto al suo predecessore, infatti, è che nel testo dell'accordo, oltre al canonico criterio di valutazione del prezzo più basso, sono esplicitati a titolo esemplificativo anche alcuni parametri in base ai quali valutare quando un'offerta è più vantaggiosa delle altre<sup>648</sup>.

In questo caso viene fornito un elenco, esemplificativo appunto, dal quale si ricava che oltre al criterio del prezzo, l'amministrazione possa anche riferirsi a “*other cost factors, quality, technical merit, environmental characteristics and terms of delivery.*”<sup>649</sup>

---

<sup>645</sup> Cfr. GPA, art. 15, co. 4.

<sup>646</sup> Cfr. GPA, art. 15, co. 3.

<sup>647</sup> Cfr. GPA, art. 15, co. 5.

<sup>648</sup> Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 130, dove l'A. sottolinea che “*Whereas the 1994 GPA did not specify what other criteria beyond the price and other cost factors might be considered in the evaluation of tenders, the new GPA suggests quality, technical merit, environmental characteristics and terms of delivery as evaluation criteria.*”

<sup>649</sup> Cfr. GPA, art. 10, co. 9.

Sul punto il GPA non è vincolante: l'amministrazione non è obbligata ad aggiudicare necessariamente il contratto a favore del concorrente che ha presentato l'offerta più bassa; al contrario, può liberamente decidere di non ricorrere solamente al prezzo come unico criterio di valutazione, ma anche altri criteri, e, conseguentemente, è libera di aggiudicare la commessa pubblica al concorrente che ha presentato l'offerta complessivamente più vantaggiosa rispetto la commessa pubblica da aggiudicare<sup>650</sup>.

In ogni caso, anche in applicazione del principio di trasparenza in base al quale -come si è visto- l'amministrazione ha l'obbligo di indicare nei documenti di gara tutte le informazioni utili e necessarie al fine di presentare l'offerta, la stazione appaltante deve espressamente specificare nei documenti di gara quali criteri di valutazione intende usare<sup>651</sup>.

---

Cfr. R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., p. 94: “*The GPA requires procuring authorities to award the contract, based on the evaluation criteria, either to the ‘most advantageous tenderer’ or to the tenderer with the ‘lowest price’, in cases where price is the sole evaluation criterion (Article XV:5 GPA). The term ‘most advantageous’ is not defined or further specified in the GPA. However, as illustrated above, the new enumeration in Article X.9 GPA provides some guidance on how the most-advantageous tender could be identified. The wording indicates that ‘price and other cost factors, quality, technical merit, environmental characteristics and terms of delivery are valuable criteria.’*”

<sup>650</sup> Cfr. S. ARROWSMITH, *The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions*, op. cit., p. 315: “*These rules [governing the treatment of tenders and the award of contracts] are for the most part the same as those in Article XIII of the 1994 GPA, including the basic principle that the award must be made to the lowest tender or the tender deemed the most advantageous in terms of the pre-specified evaluation criteria.*”

Cfr. anche P. C. MAVROIDIS, *Trade in Goods*, op. cit., p. 808: “[Procurring entities] *They do not necessarily have to award the contract to the lowest bidder; they could very well award it to the supplier who, in their judgment, tabled the most advantageous offer: consequently, procuring entities retain substantial authority when deciding on the winning party and their decisions can hardly, assuming no arbitrariness is involved, be put into question. In the absence of case law on this specific issue, we can safely presume that WTO adjudicating bodies will adopt a standard similar to that adopted in contingent protection instruments, that is, neither de novo review nor total deference.*”

Cfr. anche A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 130: “*The contract award method prescribed by the GPA does not solely focus on price but grants the possibility of awarding tenders according to specific evaluation criteria. The award shall be made to the lowest tender, if price is the sole criterion, or to the tender that in terms of the specific evaluation criteria set forth in the notices or tender documentation is determined or be the most advantageous. The choice of tenders can, hence, follow the principle of lowest price or, if predetermined in the notices or tender documentation, the specific alternative or additional evaluation criteria.*”

<sup>651</sup> Cfr. GPA, art. 10, co. 7.

Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 130.

Oltre a ciò, il GPA impone anche che l'amministrazione indichi in maniera chiara anche la loro importanza: non è sufficiente dunque indicare quali e quanti criteri di valutazione saranno usati in corso di gara, ma bisogna anche specificare ai concorrenti quale sarà il peso di ciascun criterio di valutazione che viene utilizzato<sup>652</sup>.

## 5.9 La clausola generale della non discriminazione

L'art. 4 del GPA, rubricato "principi generali", costituisce una norma di fondamentale importanza all'interno della costruzione della procedura di evidenza pubblica prevista dal trattato internazionale.

Fermo restando che tale disposizione ha un ambito di applicazione molto vasto (si riferisce al divieto di discriminazioni tra le parti, all'utilizzo di mezzi elettronici, all'adozione di un codice di condotta per le stazioni appaltanti e via dicendo), in questo paragrafo è opportuno soffermarsi solamente sugli aspetti che riguardano più da vicino il principio di concorrenza, che costituisce una delle applicazioni più importanti della norma<sup>653</sup>.

Con una formulazione che ricalca quanto già previsto in sede di GATT e GATS<sup>654</sup>, l'art. 4, co. 1, del GPA prevede che ciascuna Parte debba concedere "*immediately and unconditionally*" alle altre Parti (dunque, ai beni, servizi e operatori economici appartenenti alla giurisdizione di un Paese membro del GPA) un trattamento "*no less favourable*" / non meno favorevole di quello che viene offerto ai beni, servizi e operatori economici domestici (art. 4, co. 1, lett. a) e che allo stesso tempo sia anche "*no less favourable*" / non meno favorevole del trattamento che viene

---

<sup>652</sup> Cfr. R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., p. 93: "As indicated earlier, Article X.9 GPA sets forth that (green) evaluation criteria have to be 'set out in the notice of intended procurement or tender documentation'. This is further reiterated in Article X.7(c) GPA: accordingly, not only the evaluation criteria per se have to be clearly indicated, but also their 'relative importance', i.e. the weight that is attributed to them. This is usually indicated in the form of percentages, formulas or even matrixes."

<sup>653</sup> Ci si riferisce dunque all'art. 4, co. 1, 2, 5, e 6 del GPA.

<sup>654</sup> Cfr. R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., p. 72: "Article IV:1 GPA contains the general non-discrimination principle, reflecting the wording of the national treatment and MFN provisions of the GATT/GATS [...]. While 'treatment no less favourable' is adopted from the GATT/GATS national treatment provision in Articles III GATT and XVII:1 GATS, 'immediately and unconditionally' is derived from the MFN provisions in Articles I:1 GATT and II:1 GATS. In the same line, Subparagraph a expressly refers to national treatment (foreign vs. domestic goods, services and suppliers), while subparagraph b contains the MFN element (goods, services and suppliers of various GPA Parties)."

offerto ai beni, servizi e operatori economici provenienti dalle altre Parti del GPA (art. 4, co. 1, lett. b)<sup>655</sup>.

Come il GATT ed il GATS, dunque, anche il GPA si basa sul principio fondamentale del *National Treatment* (NT rule), in base al quale ai beni/servizi/operatori economici delle altre Parti del GPA deve essere concesso un trattamento non meno favorevole di quello che viene offerto ai beni/servizi/operatori economici nazionali (art. 4, co. 1, lett. a) del GPA); ed anche sulla regola fondamentale della *Most Favoured Nation* (MFN rule) in base alla quale ai beni/servizi/operatori economici provenienti, ad esempio, dallo Stato A membro del GPA deve essere concesso un trattamento non meno favorevole di quello che viene offerto ai beni/servizi/operatori economici provenienti dallo Stato B membro del GPA (art. 4, co. 1, lett. b) del GPA)<sup>656</sup>.

Per quanto riguarda la definizione dei termini impiegati dalla norma, mentre non sono quasi mai sorti problemi in merito all'interpretazione della locuzione "*immediately and unconditionally*"<sup>657</sup>, maggiori problemi interpretativi, come è noto, sono sorti in punto di definizione di trattamento non meno favorevole/ "*no less favourable treatment*".

Per trattamento non meno favorevole, oggi, secondo costante interpretazione fornita dai Panels e dall'Appellate Body del WTO, si intende l'adozione di misure che consentano a tutti i partecipanti "*equal competitive conditions*" e, per converso, ci si trova di fronte un trattamento

---

<sup>655</sup> Cfr. P. C. MAVROIDIS, *Trade in Goods*, op. cit., p. 805.

<sup>656</sup> Cfr. M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM, P. C. MAVROIDIS, M. HAHN, *The World Trade Organization: law, practice and policy*, op. cit., p. 681: "*The general principle in procurement is non-discrimination and Article IV:1 and :2 prohibits discrimination between domestic and foreign suppliers supplying like products or services between locally established suppliers with foreign affiliation or ownership and suppliers without such affiliation and between local suppliers which supply goods or services of any other members.*"

Cfr. anche Cfr. S. ARROWSMITH, *The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions*, op. cit., p. 288.

Nello stesso senso anche R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., p. 72, in nota *supra*.

<sup>657</sup> Come specificato anche da R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., p. 72: "*The word 'immediately' has so far never given rise to controversies and can thus be interpreted according to its dictionary meaning as 'without any intervening time or space'. However, the exact meaning of the term 'unconditional' is less clear. In various disputes the WTO adjudicatory bodies interpreted it in a broad way. Accordingly WTO Member States may generally attach conditions to the granting of an advantage, but not base these conditions on the origin of the respective goods.*"

meno favorevole quando si è in presenza di misure che anche potenzialmente sono in grado di incidere sulle “*equal competitive conditions*.”<sup>658</sup>

Il secondo comma dell’art. 4 del GPA, al fine di bloccare scorciatoie per aggirare le previsioni ivi contenute, estende esplicitamente il divieto di discriminazione sopra esaminato anche nei confronti dei “*locally established suppliers*”, ossia nei confronti di quelle imprese straniere che si siano stabilite in altri Paesi membri del GPA<sup>659</sup>.

Nello specifico la norma prevede che nei loro confronti non possa essere adottato un trattamento meno favorevole/ “*less favorably treatment*” sulla sola base del loro “*foreign affiliation or ownership*”<sup>660</sup> o sulla base del fatto che i beni o servizi forniti siano originati nel territorio di un altro membro del GPA<sup>661</sup>.

Le norme previste dall’art. 4 del GPA in materia di concorrenza si chiudono con alcune disposizioni in merito all’applicazione delle regole d’origine e all’utilizzo delle clausole di offset.

Per quanto riguarda la prima, è previsto che nell’ambito dei *covered procurement* una Parte non possa utilizzare regole d’origine su beni e servizi derivanti da un’altra Parte del GPA che siano diverse da quelle che solitamente usa nel normale svolgimento dei traffici commerciali con quest’ultima<sup>662</sup>.

Infine, quando si verte in una ipotesi di *covered procurement* il GPA prevede espressamente che non possano essere usate o applicate clausole di *offset*<sup>663</sup>.

---

<sup>658</sup> Cfr. R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., p. 72: “The key term ‘no less favourable treatment’ has been subject to numerous disputes in the GATT/GATS context: Panels and the Appellate Body have consistently interpreted it as the requirement to ensure equal competitive conditions. Less favourable treatment is thus conferred, when the measure potentially ‘modifies the conditions of competition in the relevant market to the detriment of imported products’.”

Cfr. anche, ex multis, Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef, Appellate Body Report, 10 Gennaio 2001 (Korea – Various Measures on Beef).

<sup>659</sup> Come evidenziato da R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., p. 73, infatti: “The reference to locally established foreign suppliers in Article IV:2(a) GPA is an important anti-circumvention provision. It clearly extends the non-discrimination obligation to suppliers that are neither entirely domestic, nor foreign. This often becomes relevant in the case of firms that are owned by various stakeholders, or locally established firms that are owned by foreign nationals. In today’s globalized and interlinked economy with cross-border equity ownership, such specifications are increasingly important to avoid legal uncertainty.”

<sup>660</sup> Cfr. GPA, art. 4, co. 2, lett. a).

<sup>661</sup> Cfr. GPA, art. 4, co. 2, lett. b).

<sup>662</sup> Cfr. GPA, art. 4, co. 5.

<sup>663</sup> Cfr. GPA, art. 4, co. 6.

## 5.10 Il trattamento speciale e differenziato per i Paesi in via di sviluppo

Come visto, uno degli scopi fondamentali del GPA -in via di estrema sintesi- è quello di consentire alle imprese degli Stati firmatari di partecipare su delle basi di parità alle gare pubbliche bandite da ciascuno di questi Stati, a condizione di reciprocità.

La regola fondamentale della reciprocità subisce una importante eccezione quando ci si riferisce ad i Paesi in via di sviluppo, i quali possono godere -temporaneamente- di una disciplina particolare che consenta loro di ricevere un trattamento di maggior favore rispetto a quello accordato agli altri membri del GPA<sup>664</sup>.

Infatti, uno dei punti cardine su cui ruota l'impianto del GPA è proprio il trattamento speciale e differenziato che deve essere offerto ai Paesi in via di sviluppo<sup>665</sup>.

Di ciò, come si è visto, è dato atto già nel Preambolo del trattato dove, oltre alle varie disposizioni di respiro generale, vi sono anche previsioni rivolte essenzialmente a tali Paesi: ci si riferisce in particolare al considerando n. 5, in base al quale le parti devono tenere in considerazione “*the development, financial and trade needs of developing countries, in particular the least developed countries.*”<sup>666</sup>

---

<sup>664</sup> In generale, sul trattamento speciale e differenziato dei Paesi in via di sviluppo all'interno del GPA si rinvia a A. C. MÜLLER, *Special and differential treatment and other measures for developing countries under the Agreement on Government Procurement: the current text and new provisions*, in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform* (editori S. ARROWSMITH e R. D. ANDERSON), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 339 e ss.

Per un'analisi comparata della disciplina relativa al trattamento dei Paesi in via di sviluppo nella versione originaria del GPA del 1994 e nella sua versione attuale del 2012, si rinvia *ex multis* a A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 131 e ss.

<sup>665</sup> Cfr. S. ARROWSMITH e R. D. ANDERSON, *The WTO Regime on government procurement: past, present and future*, op. cit., p. 28.

<sup>666</sup> Cfr. A. C. MÜLLER, *Special and differential treatment and other measures for developing countries under the Agreement on Government Procurement: the current text and new provisions*, op. cit., p. 340, dove l'A. sottolinea che il ruolo centrale dei Paesi in via di sviluppo e la necessità di garantire loro un trattamento speciale e differenziato, occupa un posto importante anche a livello di indirizzo generale del WTO stesso. Anche nel preambolo degli accordi di Marrakech infatti non sono poche le disposizioni indirizzate a tali Paesi: tra le tante, si fa in particolare riferimento al fatto che tra gli obiettivi del WTO rientra quello di promuovere lo sviluppo economico sostenibile ed anche quello di garantire che i Paesi in via di sviluppo possano beneficiare e giocare un ruolo importante anche all'interno del commercio internazionale. Si legge infatti che: “*S&D [Special and differential] provisions are, of course, a feature*

La *ratio* alla base delle disposizioni di trattamento speciale e differenziato a favore dei Paesi in via di sviluppo, in conformità con quanto stabilito a livello generale nel preambolo del GPA ed anche nel preambolo del trattato istitutivo del WTO, consiste nel promuovere la partecipazione di tali Paesi all'interno del commercio internazionale tramite la loro adesione, nel caso di specie, al WTO e al GPA<sup>667</sup>.

Infatti, se si considera che nei primi anni di vita del WTO e del GPA la stragrande maggioranza dei Paesi in via di sviluppo aveva deciso di non prendere parte a tali Trattati, e che -soprattutto- la loro eventuale adesione avrebbe accelerato lo sviluppo del benessere globale e avrebbe mantenuto fluido lo svolgimento del commercio internazionale, si rese immediatamente doverosa la ricerca di un modo tramite cui rendere appetibile tale adesione anche ai Paesi in via di sviluppo<sup>668</sup>.

Per raggiungere tale obiettivo si è deciso di ricorrere alle misure di trattamento speciale e differenziato la cui formula, in sintesi, consiste nel fornire gli stessi diritti accordati ai Paesi già sviluppati a fronte di un numero minore obblighi ed adempimenti derivanti da tali Trattati. Il tutto per un periodo di tempo limitato durante il quale i beneficiari, ossia i Paesi in via di sviluppo, godendo di maggiori opportunità commerciali, si devono parallelamente impegnare

---

*of virtually all WTO Agreements. In assessing the S&D provisions of the GPA, it is important to consider the general role of S&D in the WTO in addition to its specific relevance with respect to government procurement. The Agreement Establishing the World Trade Organization (also known as the WTO Agreement) in its preamble cites sustainable economic development as one of the objectives of the WTO. It also specifies that international trade should benefit the economic development of developing and least developed countries. S&D provisions are intended to translate these goals to more specific rights and obligations of WTO Members."*

<sup>667</sup> Cfr. A. C. MÜLLER, *Special and differential treatment and other measures for developing countries under the Agreement on Government Procurement: the current text and new provisions*, op. cit., p. 342: "The aim of S&D provisions is to promote an active participation of developing countries in international trade, as well as to alleviate the difficulties developing countries might encounter in joining and/or implementing WTO trade agreements, i.e. by requiring less onerous commitments. In other words, S&D aims at reducing the unequal capacity of developing countries to participate in international trade by going beyond formal guarantees of equality and authorizing positive measures."

<sup>668</sup> In generale, per un'analisi più dettagliata del tema dell'adesione dei Paesi in via di sviluppo al GPA si rinvia ad A. LA CHIMIA, *Untying aid through the Agreement on Government Procurement: a means to encourage developing countries' accession to the Agreement and to improve aid effectiveness?*, in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform* (editori S. ARROWSMITH e R. D. ANDERSON), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 390 e ss.

ad adottare le misure necessarie per adattare ed aggiornare il proprio sistema nazionale alla concorrenza internazionale<sup>669</sup>.

Dunque, tenendo a mente anche quanto previsto nel testo del Preambolo del GPA, la disciplina in materia di trattamento speciale e differenziato dei Paesi in via di sviluppo è contenuta principalmente nell'art. 5 del GPA il quale, riprendendo proprio quanto stabilito nel considerando n. 5, come regola generale prevede che nel corso dei negoziati per l'adesione di nuovi Paesi in via di sviluppo, o anche durante l'esecuzione ed amministrazione dell'accordo (dunque quando un Paese in via di sviluppo ha già aderito al trattato), le Parti già firmatarie del GPA debbano tenere in adeguata considerazione le esigenze di sviluppo, finanziarie e commerciali di tali Paesi, riconoscendo altresì che tali esigenze non sono le stesse per ciascun Paese in via di sviluppo, ma possono variare da caso a caso<sup>670</sup>.

Sulla base di queste considerazioni il GPA prevede che gli Stati firmatari debbano accordare un trattamento speciale e differenziato a favore dei Paesi più arretrati tra quelli in via di sviluppo<sup>671</sup> ed anche a favore di ogni altro Paese in via di sviluppo nella misura in cui tale trattamento differenziato si incontra con le sue esigenze di sviluppo<sup>672</sup>.

Il trattamento speciale e differenziato che l'attuale versione del GPA accorda ai Paesi in via di sviluppo si articola su più punti e si riferisce in generale a: maggiori possibilità per i Paesi in via di sviluppo di accedere al mercato estero senza condizione di reciprocità<sup>673</sup>; possibilità di mantenimento temporaneo di determinate misure provvisorie a protezione del mercato interno dei Paesi in via di sviluppo<sup>674</sup>; possibilità di differire provvisoriamente l'entrata in vigore di alcune disposizioni del trattato stesso<sup>675</sup>.

In primo luogo, dunque, quando un Paese in via di sviluppo aderisce al GPA è previsto che ciascuna Parte “*shall provide immediately to the goods, services and suppliers of that country the most favorable coverage that the Party provides [...] to any other Party of this Agreement.*”<sup>676</sup>

---

<sup>669</sup> Per un'analisi generale dei vari benefici di cui potrebbe godere un Paese in via di sviluppo tramite l'adesione al GPA si rinvia a C. FA LO, *The benefits for developing countries of accession to the Agreement on Government Procurement: the case of Chinese Taipei*, op. cit., p. 390 e ss.

<sup>670</sup> Cfr. GPA, art. 5, co. 1.

<sup>671</sup> Cfr. GPA, art. 5, co. 1, lett. a).

<sup>672</sup> Cfr. GPA, art. 5, co. 1, lett. b).

<sup>673</sup> Cfr. GPA, art. 5, co. 2.

<sup>674</sup> Cfr. GPA, art. 5, co. 3.

<sup>675</sup> Cfr. GPA, art. 5, co. 4, 5, 6.

<sup>676</sup> Cfr. M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM, P. C. MAVROIDIS, M. HAHN, *The World Trade Organization: law, practice and policy*, op. cit., p. 681.

In questo modo, al fine di favorire l'integrazione all'interno della WTO law con particolare riferimento al GPA, ed al fine di aumentare i traffici commerciali del Paese in via sviluppo, a quest'ultimo vengono concesse da parte degli altri Stati firmatari del GPA le migliori condizioni di accesso ai propri mercati che tali altri Stati hanno precedentemente negoziato tra di loro; sempre tenendo in considerazione eventuali altri accordi specifici a riguardo che il Paese in via di sviluppo può aver negoziato con ciascuno dei membri del GPA<sup>677</sup>. Il tutto senza condizione di reciprocità.

Inoltre, è consentito ai Paesi in via di sviluppo di adottare o mantenere una o più misure provvisorie (come l'utilizzo di soglie di rilevanza più alte; clausole di offset o un programma di prezzi preferenziale) per un periodo di transizione, fino a quando l'adattamento al sistema previsto dal GPA non è completo<sup>678</sup>.

Lo scopo di tali misure è quello di tutelare e proteggere le imprese domestiche o alcuni settori interni particolarmente sensibili dalla maggiore forza della concorrenza estera<sup>679</sup>.

Inoltre, come è espressamente previsto dallo stesso testo del trattato, l'applicazione di tali misure non deve avere effetti discriminatori tra le altre parti firmatarie del GPA.

Oltre a questi due grandi vantaggi, è anche possibile che durante le negoziazioni per l'accesso di un Paese in via di sviluppo al GPA le parti si accordino per ritardare, o meglio, posticipare l'applicazione di una o più specifiche clausole del GPA proprio nei confronti del Paese in via di sviluppo<sup>680</sup>.

---

<sup>677</sup> Cfr. A. C. MÜLLER, *Special and differential treatment and other measures for developing countries under the Agreement on Government Procurement: the current text and new provisions*, op. cit., p. 355 e ss.

<sup>678</sup> Cfr. A. C. MÜLLER, *Special and differential treatment and other measures for developing countries under the Agreement on Government Procurement: the current text and new provisions*, op. cit., p. 358 e ss.

Cfr. anche M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM, P. C. MAVROIDIS, M. HAHN, *The World Trade Organization: law, practice and policy*, op. cit., p. 681: "In light of this, developing country members are allowed to adopt: (a) a price preference programme (giving preferential prices to domestic supplies as necessary), (b) an offset (measures that encourage local development such as use of domestic content and similar actions), (c) the phased-in addition of specific entities or sectors, and (d) a threshold that is higher than its permanent threshold during the transition period (Article 5:3(a)-(d))."

<sup>679</sup> Cfr. A. C. MÜLLER, *Special and differential treatment and other measures for developing countries under the Agreement on Government Procurement: the current text and new provisions*, op. cit., p. 359."

<sup>680</sup> Cfr. A. C. MÜLLER, *Special and differential treatment and other measures for developing countries under the Agreement on Government Procurement: the current text and new provisions*, op. cit., p. 363 e ss.

Sulla base del testo del trattato, sembra che possano essere sospese tutte le disposizioni del GPA, ad eccezione dell'art. 4, co. 1, lett. b): infatti, è espressamente previsto che l'applicazione di tale norma non possa essere sospesa, neanche temporaneamente.

Tale regime che comporta la non applicazione pattizia di alcune clausole (noto come *implementation period*), tuttavia, non ha durata indeterminata e può essere di 5 anni per i Paesi in via di sviluppo più arretrati, e di massimo 3 anni per gli altri Paesi in via di sviluppo<sup>681</sup>.

Questa norma rappresenta una delle innovazioni più importanti rispetto al previgente GPA del 1994.

Con tale disposizione, infatti, in teoria, un Paese in via di sviluppo può derogare a qualsiasi disposizione prevista dal GPA ad eccezione della *MFN rule*: il Paese in via di sviluppo rimane comunque obbligato a non effettuare discriminazioni solo tra beni, servizi e operatori economici provenienti dagli altri Stati firmatari del GPA; in altre parole, non possono essere perseguite politiche preferenziali solamente nei confronti di alcuni membri del GPA rispetto ad altri, tutti i membri del GPA, nel rispetto delle misure protezionistiche eventualmente e legittimamente adottate, avranno eguali opportunità di competere all'interno del mercato straniero del Paese in via di sviluppo<sup>682</sup>.

Ciò che invece può essere derogato è invece, tra le altre cose, la *NT rule*: in questo modo il Paese in via di sviluppo non è obbligato ad estendere il trattamento che offre agli operatori economici anche agli operatori stranieri, ma può negoziare con gli altri membri del GPA politiche, clausole e condizioni che avvantaggino le sole imprese nazionali del Paese in via di sviluppo, lasciando comunque gli altri membri del GPA nella condizione di partecipare in condizione di parità esclusivamente tra di loro.

---

<sup>681</sup> Cfr. M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM, P. C. MAVROIDIS, M. HAHN, *The World Trade Organization: law, practice and policy*, op. cit., p. 681.

<sup>682</sup> Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 136: "A radical modification in regard to the special and differential treatment for developing countries is also the inclusion of an opportunity of delayed application of any specific obligation of the GPA, except the prohibition of discrimination between foreign products or services from parties to the agreement, i.e. the principle of most-favoured-nation treatment. A delayed application of the national treatment principle and, therefore, the application of preferential practices can be negotiated as well as any other delayed application of the provision of the GPA."

Lo scopo delle innovazioni portate con la revisione del GPA è, infatti, proprio quello di rendere ancora più appetibile a tali Paesi l'adesione a tali trattati, considerato che da tali adesioni, in ultima analisi, ne può beneficiare l'intero svolgimento globale del commercio tra gli Stati.<sup>683</sup>

Infine, è anche previsto che su richiesta della Parte interessata, possano essere introdotte delle modifiche successive al regime speciale concesso a favore dei Paesi in via di sviluppo: può essere estesa la durata per l'applicazione delle misure provvisorie; può essere concessa l'adozione di altre misure provvisorie non adottate all'inizio; può essere esteso il periodo *l'implementation period* comportante la non applicabilità di alcune disposizioni del GPA.

Al termine di questo periodo, sia se è stata richiesta l'applicazione di misure provvisorie ex art. 5, co. 3, sia se è stata pattuita la temporanea applicazione di alcune disposizioni del trattato, il Paese in via di sviluppo deve aver predisposto tutte le misure necessarie per essere in regola con l'intero impianto del GPA, non potendo tali misure avere durata indeterminata<sup>684</sup>.

### **5.11 Il rafforzamento degli obblighi di trasparenza per prevenire conflitti di interesse e per contrastare la corruzione**

Una delle innovazioni più importanti dell'attuale testo del GPA del 2014 riguarda il rafforzamento del principio di trasparenza e di contrasto ai fenomeni corruttivi, due principi che, come si ha avuto modo di vedere anche precedentemente, sono strettamente legati tra di loro.

---

<sup>683</sup> Cfr. M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM, P. C. MAVROIDIS, M. HAHN, *The World Trade Organization: law, practice and policy*, op. cit., p. 681: "One of the purposes of the revision of the Agreement in 2011 was to induce more developing country members to join the WTO regime on government procurement and thus preferential treatment is accorded to developing countries."

Nello stesso senso anche A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 136, infatti: "This accounts for the special circumstances in developing countries and can certainly be attributed to the effort to make accession more attractive to developing countries. It grants developing countries full and equal access to procurement covered by the other parties without requiring full reciprocal rights to suppliers of other parties, which is the major difference to the 1994 GPA. This responds to the fact that implementation might constitute a major challenge for developing countries."

<sup>684</sup> Cfr. GPA, art. 5, co. 7.

Cfr. anche A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 136-137.

Il previgente GPA, infatti, non regolava in maniera diretta e specifica i conflitti di interessi o gli episodi di corruzione, né tali problematiche erano adeguatamente sottolineate nel testo del preambolo. Come è stato sottolineato dalla dottrina, sotto il precedente regime, che mirava quasi esclusivamente all'apertura dei mercati tramite l'applicazione del principio di concorrenza, la regolamentazione dei fenomeni relativi ai conflitti di interesse e di corruzione era per lo più incidentale<sup>685</sup>.

Con l'attuale GPA, invece, cambia radicalmente la prospettiva, e il perseguimento della finalità anticorruptiva viene inteso come uno degli obiettivi fondamentali del trattato ed acquisisce più spazio sia nel preambolo che nelle disposizioni nel testo dell'accordo<sup>686</sup>.

Nella nuova versione del preambolo dell'accordo, infatti, si sottolinea espressamente che *“integrity and predictability of procurement systems”* costituiscono un elemento essenziale e fondamentale per garantire l'efficacia e l'efficienza della spendita di denaro pubblico, per migliorare lo sviluppo dell'economia delle Parti e per consentire il corretto svolgimento del commercio tra queste ultime<sup>687</sup>.

Ancora, nel preambolo, si ribadisce che l'adozione di *“transparent measures regarding government procurement”*, oltre che a consentire la gara si svolga in maniera trasparente ed imparziale, è funzionale ad *“avoiding conflicts of interests and corrupt practices, in accordance with applicable international instruments, such as the United Nations Convention Against Corruption.”*<sup>688</sup>

Come sottolineato anche dalla dottrina, l'incremento degli obblighi di trasparenza costituisce un importante fattore per la riduzione e prevenzione dei fenomeni di corruzione e, di conseguenza, l'eliminazione di tali episodi, comporta in ultima analisi un miglior

---

<sup>685</sup> Cfr. S. ARROWSMITH, *The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions*, op. cit., p. 289: *“Nevertheless, up to now addressing conflicts of interests and corruption was not per se an objective of the GPA, even as a means of promoting market access, but merely one consequence of it.”*

<sup>686</sup> Cfr. S. ARROWSMITH, *The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions*, op. cit., p. 289: *“The new provision and recital, however, recognize not only that conflict of interests and corruption may impact upon access to markets but also suggests that the GPA aims to address corruption quite apart from any impact on market access – in particular, to ensure more efficient and effective management of resources and to improve the general functioning of Parties' economies.”*

<sup>687</sup> Cfr. GPA, preambolo, considerando n. 3.

<sup>688</sup> Cfr. GPA, preambolo, considerando n. 6.

raggiungimento dell'obiettivo (del GPA e del WTO) di liberalizzazione dei mercati pubblici internazionali e di raggiungimento del *best value for money*<sup>689</sup>.

Sulla base di questo nuovo indirizzo, una delle principali novità in tema di disciplina sostanziale fornita dal GPA<sup>690</sup>, riguarda l'introduzione di una norma che prevede espressamente l'obbligo per le stazioni appaltanti di condurre i *covered procurement* in una maniera trasparente ed imparziale, in modo tale da evitare il sorgere di conflitti di interesse e prevenire fenomeni di corruzione.

Se da un lato è stato sottolineato il pregio di tale nuova introduzione, per i motivi di cui sopra, dall'altro, è stato anche sottolineato che tale norma presenta anche una importante criticità.

La disposizione ora in esame, che può essere inquadrata come una disposizione "*soft*", infatti, essa è fortemente generica: non viene definito in maniera puntuale cosa si intenda, ai sensi del GPA, per corruzione o per conflitto di interessi; così come non vengono indicate, neanche a livello esemplificativo, quali sarebbero le misure che le Parti potrebbero e dovrebbero adottare nei propri ordinamenti.

In maniera analoga con quanto avveniva sotto il regime del previgente testo del GPA, anche nel GPA del 2014 viene lasciata grandissima discrezionalità in capo alle Parti nell'elaborazione di misure di prevenzione e di risoluzione adeguate di questi due fenomeni<sup>691</sup>.

Da tanto discende che la legittimità delle misure adottate dalle Parti non può essere valutata in astratto paragonandola a specifici parametri predefiniti dal GPA, ma il giudice nazionale o eventualmente il panel arbitrale all'interno del WTO dovrà procedere ad un'analisi casistica che dovrà tenere in considerazione una molteplicità di fattori diversi per verificare se la norma

---

<sup>689</sup> Cfr. S. ARROWSMITH, *The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions*, op. cit., p. 289: "[...] *this recital and the new substantive provisions are highly innovative in providing for a new objective of GPA rules. As elaborated in chapter 1, the original GPA appeared to be concerned with transparency as a means to support access to foreign procurement markets. As also explained there, transparency rules similar to those of the GPA are included in many procurement systems with the specific aim of addressing corruption. Further, the fact that such rules are included in the GPA can have an impact in preventing corruption in Parties to the Agreement and the fact that GPA accession can help states implement such rules against domestic vested interests and lock them into their systems means that in practice the GPA can assist states in addressing the problem of corruption. Reducing corruption can itself enhance the GPA's unarguable objective of liberalization of markets.*"

<sup>690</sup> Cfr. GPA, art. 4, co. 4.

<sup>691</sup> Cfr. S. ARROWSMITH e R. D. ANDERSON, *The WTO Regime on government procurement: past, present and future*, op. cit., p. 25: "*In this respect, the revised text, like its predecessor, continues to leave broad discretion to Parties to define the specific content of their procurement systems so long as they are consistent with the minimum standards that are defined in the Agreement.*"

statuale che ne costituisce applicazione riesca in concreto a prevenire conflitti di interesse e i fenomeni corruttivi<sup>692</sup>.

Oltre a questa norma specificamente indirizzata alla risoluzione degli episodi di corruzione e dei conflitti di interessi, vi sono molteplici disposizioni del GPA che si preoccupano di garantire che la gara si svolga nella maniera più trasparente possibile<sup>693</sup>.

Alcune di queste disposizioni sono già state analizzate precedentemente e riguardano, principalmente, il contenuto e gli obblighi di pubblicazione degli avvisi di gara (*Notice of Intended Procurement*, ma anche la *Notice of Planned Procurement*), così come il contenuto e la diffusione dei documenti di gara.

In aggiunta a ciò, ciascuna Parte è tenuta a pubblicare, nella propria gazzetta ufficiale o in altri mezzi che siano ampiamente diffusi, ogni legge, regolamento, sentenza, decisione amministrativa e clausole standard riguardanti i *covered procurements*<sup>694</sup>.

Anche le eventuali modifiche agli elementi sopra indicati sono soggette allo stesso obbligo di pubblicazione e devono essere anche comunicate ad un apposito comitato<sup>695</sup>.

Con specifico riferimento allo svolgimento della gara, invece, il GPA prevede come regola generale che ciascuna stazione appaltante debba informare tutti i partecipanti della sua decisione di aggiudicare il contratto<sup>696</sup>.

Inoltre si specifica anche che la stazione appaltante, non oltre 72 giorni dall'aggiudicazione, è obbligata a pubblicare tale decisione nell'apposita gazzetta o negli appositi mezzi elettronici. Questa pubblicazione deve rimanere visibile per un "*reasonable period of time*" e deve contenere una serie di informazioni, come: la descrizione dei beni o servizi acquistati; il nome

---

<sup>692</sup> Cfr. S. ARROWSMITH, *The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions*, op. cit., p. 291: "However, the provision is vague and probably contemplates a broad discretion on the part of GPA Parties in dealing with these matters – a vast range of different types of measures might be adopted in pursuit of the objectives mentioned, ranging from various types of detailed transparency rules, through specific procedural mechanism such as multi-member evaluation panels, to structural measures concerning organization of the procurement system and training of procurement officers; and suitable measures may vary greatly between Parties. Any attempt by a national review body or WTO panel to determine whether measures set up by a specific state in all these areas are sufficient to fulfil such an obligation, and even whether a good faith effort had been made to address the requirement, would be fraught with extreme practical and political difficulties. This might indicate that the provision is a 'soft' provision in the sense that is not in general intended to be legally enforceable and possibly does not even have any binding quality."

<sup>693</sup> Cfr. S. ARROWSMITH e R. D. ANDERSON, *The WTO Regime on government procurement: past, present and future*, op. cit., p. 29.

<sup>694</sup> Cfr. GPA, art. 6, co. 1.

<sup>695</sup> Cfr. GPA, art. 6, co. 3.

<sup>696</sup> Cfr. GPA, art. 16, co. 1.

e l'indirizzo della stazione appaltante; il nome e l'indirizzo dell'aggiudicatario; il valore dell'offerta vincitrice; la data dell'aggiudicazione; il tipo di procedura di selezione del contraente utilizzata<sup>697</sup>.

Inoltre, a favore dei concorrenti risultati non aggiudicatari è previsto il diritto di richiedere alla PA le ragioni del rigetto della loro offerta e, parallelamente, le ragioni dell'accoglimento dell'offerta dell'impresa vincitrice<sup>698</sup>.

Sempre al fine di rendere trasparente l'operato dell'amministrazione, le stazioni appaltanti sono obbligate a conservare la documentazione di gara per un periodo di almeno tre anni a partire dall'aggiudicazione del contratto<sup>699</sup>.

Infine, sono previsti anche alcuni obblighi nei confronti degli Stati membri.

In primo luogo il GPA stabilisce che ciascuna Parte debba consegnare ad un apposito un report annuale contenente i dati e le statistiche dei *covered procurements* aggiudicati dalle Parti<sup>700</sup>.

Inoltre, su espressa richiesta delle Parti, ciascuna Parte deve rendere immediatamente disponibili le informazioni necessarie per determinare se un *covered procurement* si sia svolto in maniera conforme al GPA<sup>701</sup>.

Se la comunicazione di tali informazioni può pregiudicare la competizione all'interno della gara, allora, la Parte che riceve l'informazione non può divulgarla a meno che non abbia ricevuto l'assenso anche della Parte che ha fornito l'informazione.

## 5.12 Conclusioni

Da quanto finora esposto pare potersi affermare che le procedure di evidenza pubblica disciplinate dal Government Procurement Agreement, in maniera speculare con quanto avviene con il D. Lgs. 50/2016, si basino anch'esse sui principi fondamentali di concorrenza, anticorruzione e di contabilità.

---

<sup>697</sup> Cfr. GPA, art. 16, co. 2.

<sup>698</sup> Cfr. GPA, art. 16, co. 1.

<sup>699</sup> Cfr. GPA, art. 16, co. 3.

<sup>700</sup> Cfr. GPA, art. 16, co. 4.

<sup>701</sup> Cfr. GPA, art. 17, co. 1.

### 5.12.1 *L'emersione del principio di concorrenza*

Il principio di concorrenza costituisce uno dei principi cardine non solo dell'attuale versione del GPA del 2014, ma anche della prima versione dello stesso, ossia il GPA del 1994<sup>702</sup>.

Ciò sulla base del presupposto, affermato tanto a livello generale della WTO law, che a livello speciale del trattato del Government Procurement Agreement, che le limitazioni che si basino solo sulla mera nazionalità dei concorrenti costituiscano una barriera (invisibile) al corretto svolgimento del commercio internazionale.

Fin dalla lettura del preambolo del GPA, infatti, si intravede che la base su cui si poggia il trattato è di natura pro concorrenziale: “*measures regarding government procurement should not be prepared, adopted or applied so as to afford protection to domestic suppliers, goods or services, or to discriminate among foreign suppliers, goods or services.*”<sup>703</sup>

Si anticipa, in altre parole, che le procedure di evidenza pubblica disciplinate dal GPA si baseranno sulle regole fondamentali della *NT rule* e della *MFN rule*, già sancite in sede di GATT e GATS e storicamente escluse dall'applicazione nella materia degli appalti pubblici.

Tale precetto trova applicazione in particolare nell'art. 4 del GPA, norma di applicazione generale che, come visto, cristallizza l'applicazione della *NT rule* e della *MFN rule* all'interno di tutta la procedura di scelta del contraente.

Anche dall'analisi delle disposizioni che regolano in maniera dettagliata i vari aspetti procedurali della gara si può notare come l'obiettivo perseguito dal GPA sia espressamente quello di garantire la massima partecipazione possibile alla gara, indipendentemente dalla nazionalità dei concorrenti.

Infatti, quando la stazione appaltante di uno Stato membro decide di aggiudicare una commessa pubblica relativa ad un *covered procurement*, innanzitutto, la scelta della procedura da utilizzare deve ricadere in prima battuta su una procedura di *open tendering* o di *selective tendering*.

Queste due procedure infatti sono quelle che consentono la massima partecipazione possibile alla gara pubblica.

---

<sup>702</sup> Cfr. M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM, P. C. MAVROIDIS, M. HAHN, *The World Trade Organization: law, practice and policy*, op. cit., p. 681; Cfr. P. C. MAVROIDIS, *Trade in Goods*, op. cit., p. 798 e ss.;

<sup>703</sup> Cfr. GPA, preambolo, considerando n. 2.

Solo se ricorrono determinate circostanze, tassativamente indicate dal GPA, è allora possibile ricorrere ad un metodo di ricerca del contraente che offre minore partecipazione (*limited tendering*) laddove i concorrenti possono partecipare solo se invitati dalla PA.

In questo caso il principio di concorrenza deve essere bilanciato con altri interessi contingenti dell'amministrazione e che impongono, al fine di una riuscita ottimale della gara pubblica, di ricorrere ad un approccio più selettivo e meno concorrenziale, laddove l'utilizzo di quest'ultimo, paradossalmente, cagionerebbe solo un danno all'amministrazione.

Ad esempio, nel caso in cui è noto che un determinato bene o servizio possa essere offerto solamente da uno specifico operatore economico, risulterebbe controproducente ricorrere ad una procedura di *open tendering*: si dovrebbe seguire tutto l'iter procedurale previsto dal GPA, esaminare le idoneità e le offerte presentate da ogni singolo concorrente, per poi aggiudicare il contratto nei confronti di quell'impresa che, fin da principio si sapeva, era l'unica che avrebbe potuto rispondere in maniera concreta alle esigenze dell'amministrazione.

Al fine di evitare le lungaggini tipiche di una procedura aperta e competitiva, ed inutili sprechi di denaro, in un caso del genere risulta più opportuno ricorrere ad un approccio diretto, eventualmente negoziale, con quest'ultima impresa.

Oltre che nella scelta della modalità di gara da seguire, anche le disposizioni del GPA che regolano la redazione degli inviti ad offrire e dei documenti di gara hanno natura chiaramente pro concorrenziale.

La *Notice of Intended Procurement*, oltre rispondere ad esigenze di trasparenza anticipando ai concorrenti quale sarà la *lex specialis* che governerà la gara, persegue anche l'obiettivo di rendere noto a più operatori economici possibili la presenza e lo svolgimento di una gara pubblica.

Questo invito ad offrire infatti deve avere una importante visibilità: deve essere pubblicato, tra le altre cose, nella Gazzetta ufficiale dello Stato banditore e sui siti internet delle stazioni appaltanti.

Inoltre, è esplicitamente richiesto che sia "*widely disseminated*" e che rimanga pubblicato almeno fino al termine del periodo indicato nell'invito ad offrire stesso.

Anche i documenti di gara che devono essere predisposti dall'amministrazione rispondono ad esigenze concorrenziali e ciò è particolarmente apprezzabile in punto di descrizione dell'oggetto sostanziale dell'appalto.

A proposito, le norme che regolano il modo di redazione delle specifiche tecniche prevedono espressamente che questi ultimi non siano introdotti con lo scopo di creare

*“unnecessary obstacles to international trade”* limitano in questo modo ingiustamente la concorrenza.

Non a caso, è previsto che queste specificazioni debbano essere redatte utilizzando per lo più parametri di riferimento oggettivi e riferendosi a standard internazionali laddove presenti.

Da ciò discendono anche un generale divieto di riferirsi a specifici marchi, brevetti, patenti, copyright e simili e l’obbligo di indicare eventuali margini di ammissibilità di beni o servizi equivalenti.

Tali norme, dunque, evitano che tramite la descrizione dell’oggetto sostanziale dell’appalto la stazione appaltante consenta la partecipazione effettiva solo di una o poche imprese presenti sul mercato, in quanto le uniche in grado di fornire quel prodotto con quelle caratteristiche, escludendo a priori tutte le altre concorrenti.

Inoltre, anche le norme del GPA che disciplinano il sistema di qualificazione dei concorrenti hanno esplicitamente lo scopo di favorire la massima partecipazione possibile alla gara e di evitare discriminazioni basate sulla nazionalità dei concorrenti.

In primo luogo infatti è previsto un impianto tipicamente improntato su requisiti oggettivi, piuttosto che soggettivi, laddove questi ultimi risulterebbero più inclini a creare discriminazioni all’interno della gara.

Da ciò deriva che i requisiti di qualificazione che possono essere utilizzati si devono riferire esclusivamente alla capacità economica, commerciale e tecnica dell’impresa: in questo modo si può valutare su basi oggettive l’idoneità di un concorrente ai fini dell’affidamento di una commessa pubblica.

Inoltre, per quanto riguarda la loro definizione, oltre al generale riferimento ai parametri oggettivi sopra ricordati, il GPA rimane volutamente generico o, quanto meno, non eccessivamente restrittivo: in questo modo si evita di restringere ancora di più a priori l’eventuale platea di concorrenti, lasciando il delicato compito alle singole amministrazioni di determinare gara per gara i requisiti di partecipazione necessari nei limiti delle regole generali e dei principi stabiliti dal GPA.

È altresì ammessa la possibilità per le amministrazioni di dotarsi di un sistema di qualificazione evitando le lungaggini derivanti dall’accertamento concreto e su base casistica dell’idoneità dei singoli concorrenti.

Ma anche in questo caso, l'introduzione di un sistema di qualificazione, così come delle relative procedure per l'iscrizione nei vari elenchi ivi presenti non deve essere utilizzato con il solo fine di avvantaggiare determinate categorie di imprese a danno di altre<sup>704</sup>.

Anche nel momento di valutazione delle offerte è chiaro che l'impianto seguito dal GPA abbia una impronta chiaramente concorrenziale.

Ciò si evince non solo dai principi generali ivi richiamati, ossia *fairness*, *impartiality* e *confidentiality*, ma anche dalle regole più tecniche a tal proposito dettate.

La regola generale<sup>705</sup> infatti vuole che la PA sia obbligata a valutare tutte le offerte presentate nello stesso modo: così facendo si mantiene l'equilibrio concorrenziale all'interno della gara e si evita che siano avvantaggiati solamente alcuni operatori economici al contrario di altri.

Tramite tale norma, in teoria, risulterebbero vietate, perché in contrasto con il diritto internazionale, quelle previsioni nazionali che prevedano criteri di valutazione dell'offerta più vantaggiosi per le imprese domestiche o più vantaggiosi solo per determinati Stati stranieri.

Nel disegno previsto dal GPA, le offerte proposte da tutti gli operatori economici, indipendentemente dalla loro nazionalità, devono essere trattate allo stesso modo e secondo gli stessi criteri.

Ciò si riflette anche nel momento della fissazione dei termini per la presentazione delle offerte<sup>706</sup>: tali termini devono essere gli stessi per tutti quanti i concorrenti.

Sempre in questa fase, lo stesso principio di concorrenza è presente anche in un altro momento e istituto fondamentale, ossia: il momento -facoltativo- di correzione dell'offerta.

È espressamente previsto dal GPA, come regola altrettanto generale, che la stazione appaltante possa in teoria consentire ad alcuni concorrenti di correggere errori formali delle proprie offerte. Ma nel momento in cui tale facoltà viene concessa anche solo ad uno dei concorrenti, allora, l'amministrazione deve concedere tale possibilità anche a tutti gli altri concorrenti che lo richiedano<sup>707</sup>.

In caso contrario vi sarebbe una chiara violazione del principio di concorrenza in quanto l'impresa che da sola avrebbe ricevuto tale possibilità di correggere errori materiali della propria offerta si troverebbe in una chiara situazione di vantaggio rispetto gli altri che, in teoria, in presenza degli stessi errori materiali, non avendo potuto usufruire della correzione, si troverebbero conseguentemente penalizzati in sede di valutazione dell'offerta.

---

<sup>704</sup> Cfr. GPA, art. 9, co. 3.

<sup>705</sup> Cfr. GPA, art. 15.

<sup>706</sup> Cfr. GPA, art. 11, co. 1.

<sup>707</sup> Cfr. GPA, art. 15, co. 3.

*Prima facie*, una delle deroghe più vistose al principio di concorrenza è rappresentata dal trattamento speciale e differenziato che può essere accordato ai Paesi in via di sviluppo: in virtù di questa disciplina di favore, infatti, possono essere derogate gran parte delle norme che tutelano l'equilibrio concorrenziale all'interno della gara.

In quest'ottica, pare che nel bilanciamento tra l'interesse a mantenere intatto il sinallagma concorrenziale durante lo svolgimento della gara pubblica e l'interesse allo sviluppo dei Paesi più arretrati, prevalga il secondo.

Ma in questo caso si tratta di una "prevalenza" per lo più formale, nel senso che non ci si trova di fronte ad un regime preferenziale assoluto ed immutabile, ciò per una serie di considerazioni: tutte le misure eventualmente adottate che compongono il regime speciale e differenziale di un determinato Paese in via di sviluppo, in primo luogo, hanno misura temporanea; in secondo luogo, tali misure mantengono comunque una natura pattizia in quanto devono essere negoziate insieme agli altri membri del GPA, non potendo essere unilateralmente imposte; in terzo luogo, se si guarda in maniera specifica alle misure protezionistiche che il Paese in via di sviluppo può adottare, quest'ultimo non ha carta bianca, ma può ricorrere solamente a quelle misure previste in un elenco tassativo fornito dal GPA; infine, non bisogna dimenticare lo scopo perseguito da questo particolare regime giuridico in quanto tali misure mirano, in ultima analisi, a ridurre il divario preesistente ed intercorrente tra il Paese in via di sviluppo e gli altri Paesi già membri del GPA, al fine di consentire a tutti i firmatari dell'accordo di competere tra di loro in condizioni di parità, eliminando quello svantaggio concorrenziale che, in assenza di tali misure, avrebbe reso del tutto controproducente il rispetto del principio di concorrenza la cui applicazione generalizzata avrebbe finito solamente per avvantaggiare le imprese degli Stati più avanzati a danno delle imprese del Paese in via di sviluppo, più in difficoltà a reggere la competizione estera.

#### *5.12.2 L'emersione del principio di trasparenza e di contrasto ai fenomeni corruttivi*

Uno degli aspetti su cui ha più inciso la nuova versione del GPA del 2014 è stato proprio il rafforzamento degli obblighi di trasparenza e l'adozione di una apposita finalità anticorruptiva. Come visto, la regolamentazione della corruzione e dei conflitti di interessi passa da essere un mero elemento accidentale all'accordo fino a divenire un vero e proprio obiettivo fondamentale del GPA nella sua versione attuale del 2014.

Le ragioni dell'adozione di questa nuova finalità, come sottolineato dalla dottrina, si possono cogliere facilmente dalla lettura del preambolo dell'accordo dove si evidenzia più volte che la regolamentazione di questi fenomeni assume una rilevanza fondamentale anche a livello del commercio internazionale.

Volendo schematizzare, la regolamentazione puntuale della corruzione e dei conflitti di interessi, infatti, comporta una serie di conseguenze estremamente positive in stretto rapporto tra di loro: in primo luogo, è chiaro, si tutelano le casse dell'amministrazione evitando illegittime distrazioni di denaro pubblico; in secondo luogo, se si guarda all'altro lato della medaglia, ciò costituisce un'ulteriore garanzia (necessaria) per raggiungere l'efficienza e l'efficacia della gara pubblica, ossia per ottenere il *best value for money*; sul piano del commercio internazionale, invece, è chiaro che l'adozione di procedure di selezione del contraente trasparenti e reattive alla prevenzione della corruzione è più in grado di attirare la competizione estera e quindi di agevolare lo svolgimento dei traffici commerciali tra gli Stati; infine, l'agevolazione del commercio internazionale e la presenza della competizione estera costituiscono altri tasselli importanti e fondamentali per l'amministrazione nel raggiungimento del *best value for money*, in quanto in questo modo è in grado di ricercare il contraente migliore all'interno di una platea più ampia di partecipanti.

Sulla scorta di queste considerazioni sancite nel preambolo, nel testo del GPA è stata inserita una norma apposita e deputata alla prevenzione dei conflitti di interesse e di contrasto alla corruzione.

Oltre ad essere giustamente considerata come un importante traguardo raggiunto all'interno della WTO law (che storicamente ha quasi sempre tralasciato la regolamentazione di questi fenomeni), tale disposizione può essere considerata anche come un altrettanto importante punto di partenza.

Essa infatti presenta anche importanti criticità che sono riassumibili nell'ampia discrezionalità lasciata agli Stati membri del GPA di prevedere, in via generale, un sistema di aggiudicazione dei contratti pubblici che presenti anche apposite misure di prevenzione e repressione di tali fenomeni.

Più in generale, o meglio, in via indiretta, il contrasto alla corruzione è perseguito anche tramite l'adozione di molteplici misure di trasparenza: più la gara è trasparente ed imparziale, più è difficile il sorgere di questi fenomeni.

Il principio di trasparenza, come il principio di concorrenza, trova applicazione durante tutto lo svolgimento della gara, fin dalle sue fasi iniziali.

Tra i primi atti che l'amministrazione deve emanare per bandire una gara vi è la *Notice of Intended Procurement* che oltre ad adempiere la funzione di comunicare all'esterno l'intenzione della PA di aggiudicare una commessa pubblica svolge anche un'altra funzione fondamentale<sup>708</sup>.

Con la *Notice of Intended Procurement*, infatti, l'amministrazione comunica ai futuri partecipanti anche quali saranno le regole che governeranno la gara: in questo modo, ogni concorrente viene reso edotto della *lex specialis* di gara e, contestualmente, gli vengono fornite tutte le informazioni necessarie per poter presentare un'offerta che risponda a quanto richiesto dall'amministrazione.

Per adempiere anche questo fine, si è visto, la *Notice of Intended Procurement* deve contenere un'ampia serie di informazioni che viene predeterminata a monte dal GPA.

Lo stesso discorso vale anche per le disposizioni del GPA che disciplinano la documentazione di gara.

La documentazione di gara, infatti, deve contenere in maniera chiara "*all information necessary to permit suppliers to prepare and submit responsive tender*" e, come avviene per la *Notice of Intended Procurement*, anche per quanto riguarda il contenuto sostanziale dei documenti di gara il GPA prevede che essi debbano contenere in maniera puntuale e specifica alcune informazioni<sup>709</sup>.

Tra le varie informazioni che devono essere riportate nei documenti di gara ai sensi del GPA, in particolare, è previsto che essi debbano contenere l'indicazione dei requisiti di qualificazione dei concorrenti: gli aspiranti partecipanti, al fine di valutare se partecipare o meno, devono essere in grado di conoscere con adeguato anticipo quali sono le condizioni di partecipazione alla gara (condizioni che, tra l'altro, come si è più volte sottolineato, vengono formulate anche in applicazione del principio di concorrenza per cui non devono avere alcuno scopo discriminatorio).

Inoltre, un'altra serie di informazioni necessarie che devono essere esplicitate, sempre in via preventiva, nei documenti di gara riguarda i criteri di valutazione delle offerte.

In questo caso il principio di trasparenza impone che l'amministrazione non solo indichi quali criteri di valutazione delle offerte ha intenzione di utilizzare, ma anche la loro importanza nel processo decisionale, ossia il loro peso ai fini della decisione.

---

<sup>708</sup> Cfr. GPA, art. 7.

<sup>709</sup> Cfr. GPA, art. 10, co. 7.

Anche i criteri di valutazione delle offerte, come i requisiti di partecipazione, devono poi essere formulati dall'amministrazione sulla base del principio di concorrenza e dunque in una maniera tale da non creare discriminazioni tra i partecipanti.

Sempre in applicazione del principio di trasparenza, quando la stazione appaltante decide di aggiudicare il contratto deve rendere nota a tutti gli altri partecipanti tale decisione.

Inoltre, su richiesta, è anche onerata di fornire adeguate e tempestive spiegazioni circa il rigetto delle offerte proposte dai concorrenti risultati non aggiudicatari.

Terminata la gara, l'amministrazione è anche tenuta a mantenere e conservare tutta la documentazione ad essa relativa per un periodo di tempo predeterminato, che il GPA stabilisce non debba essere inferiore a tre anni dalla data dell'aggiudicazione.

Non solo a livello delle singole commesse locali, ma anche gli Stati nei rapporti tra di loro devono avere un comportamento che si basi sulla trasparenza quando si verte in materia di *covered procurements*.

Il GPA, infatti, prevede anche che qualora vengano richieste informazioni circa lo svolgimento di un *covered procurement*, queste debbano essere immediatamente rilasciate dallo Stato che ha svolto la gara, a meno che ciò non pregiudichi la concorrenza all'interno della gara stessa, in questo caso per rilasciare tali informazioni è necessario il previo consenso dello Stato cui sono state richieste.

### 5.12.3 *L'emersione del principio di contabilità*

Infine, se si guarda in particolar modo alla disciplina in materia di criteri di selezione dell'offerta, si può facilmente notare che la struttura dell'evidenza pubblica prevista dal GPA si basa anche sul principio contabilistico ossia sulle necessarie esigenze di contenimento della spesa pubblica<sup>710</sup>.

In alcuni casi, infatti, la scelta del miglior contraente può basarsi esclusivamente sul fattore prezzo, o meglio, su chi offre il prezzo più basso<sup>711</sup>.

Tale ipotesi trova spazio anche nel GPA laddove è previsto che, quando il prezzo è l'unico criterio di valutazione delle offerte, allora, l'amministrazione può aggiudicare il contratto a favore dell'operatore che ha presentato l'offerta più bassa.

---

<sup>710</sup> Cfr. GPA, art. 15.

<sup>711</sup> Cfr. GPA, art. 15, co. 5.

In questo caso, dunque, l'azione dell'amministrazione risulta guidata essenzialmente dall'interesse di ridurre il più possibile la spesa pubblica.

Giunti a questo punto occorre fare una precisazione.

Anche quando il GPA prevede la possibilità di aggiudicare il contratto sulla sola base del prezzo più basso, la norma fa riferimento al “*supplier that the entity has determined to be capable of fulfilling the terms of the contract*”, ossia al concorrente che abbia dimostrato di possedere tutte le idoneità necessarie per svolgere il contratto e tale precisazione non è di poco conto.

*A contrario*, ciò significa che nella ricerca del miglior contraente l'amministrazione non può basarsi solo ed esclusivamente sul fattore prezzo ignorando al tempo stesso ogni altro fattore di valutazione dell'appaltatore: se così fosse, l'amministrazione potrebbe aggiudicare il contratto nei confronti di quell'operatore che abbia offerto il prezzo più basso, ma che magari non possiede alcuna delle idoneità necessarie per svolgere il contratto.

Secondo quanto previsto dal GPA, invece, solo tra chi ha dimostrato di essere affidabile (perché possiede tutti i requisiti di partecipazione previsti dal GPA e dalla *lex specialis* e perché non incorre in nessuna causa di esclusione, anche dal punto di vista morale) l'amministrazione potrà scegliere l'operatore che offra il prezzo più basso.

In questo senso, il principio di contabilità alla base del GPA non deve essere inteso in senso storico-ottocentesco in quanto vengono in rilievo anche altre considerazioni relative all'idoneità dell'offerente di adempiere efficientemente il contratto, infatti: in un primo momento l'amministrazione verifica che stiano partecipando esclusivamente i concorrenti che abbiano la capacità di eseguire il contratto e solamente in un secondo momento sceglierà tra questi chi ha proposto l'offerta con il prezzo più basso, se il prezzo è l'unico criterio di valutazione delle offerte.

Oltre al criterio del prezzo più basso, il GPA prevede che la stazione appaltante possa aggiudicare un contratto a favore della *most advantageous tender*, facendo così riferimento al criterio di aggiudicazione del miglior rapporto qualità prezzo o anche *Best Value for Money*.

In questo caso, come di consueto, l'amministrazione, nell'individuazione della migliore offerta, dovrà valutare, oltre al prezzo anche altri fattori ad esso complementari i quali vengono elencati in via esemplificativa nel testo del trattato, come “*quality, technical merit, environmental characteristics and terms of delivery*”,<sup>712</sup> e devono essere espressamente indicati nei documenti di gara insieme al loro peso.

---

<sup>712</sup> Cfr. Gpa, art. 10, co. 9.

Dunque, anche quando si utilizza il criterio di aggiudicazione della *most advantageous tender* si può notare che permangono sempre determinate ragioni di contabilità in quanto tra i vari parametri che la stazione appaltante decide di utilizzare viene pur sempre in rilievo (anche se non da solo) il prezzo, o meglio, il prezzo più basso.

## **SEZIONE III**

### **CONCLUSIONI**

**Analisi critica del sistema complesso costituito dalle fonti di diritto internazionale e di diritto nazionale in materia di contratti pubblici**

## PREMESSA

### *Il confronto tra i principi dell'evidenza pubblica nel diritto nazionale e internazionale*

Come si ha avuto modo di approfondire nella Sezione I, è noto che il procedimento di formazione della volontà e di scelta del contraente da parte dell'amministrazione, diversamente da quanto avviene nei rapporti commerciali tra privati, è regolato dalle regole e dai principi dell'evidenza pubblica.

Tale disciplina, lungi dall'essere un blocco normativo fisso e immutabile, e al fine di adattarsi alle diverse esigenze della comunità che sono venute in rilievo in determinati momenti storici, nel corso del tempo ha subito molteplici e diverse trasformazioni.

In particolare, al termine della ricostruzione in chiave storico-sistematica svolta nel capitolo 1, si può osservare che una delle innovazioni più importanti riguarda i principi fondamentali posti alla base del procedimento di scelta del contraente.

Infatti, affianco all'originario principio di contabilità (che impone all'amministrazione di contenere il più possibile la spesa pubblica) si sono aggiunti i principi di concorrenza e di anticorruzione (i quali, rispettivamente, e in via di estrema sintesi, garantiscono la più ampia apertura della gara pubblica, parità di trattamento tra i concorrenti e il contrasto ai fenomeni corruttivi e conflitti di interessi).

La triade di principi appena elencati è alla base della vigente normativa nazionale in materia di contratti pubblici di cui al D. Lgs. 50/2016, meglio noto come Codice dei Contratti Pubblici.

Il Codice dei Contratti Pubblici, tuttavia, presenta delle eccezioni: vi sono dei contratti che per espressa volontà del legislatore sono "esclusi" dall'ambito di applicazione del Codice e sono regolati da altre fonti.

Nello specifico, l'art. 16 del D. Lgs. 50/2016 prevede che le norme del Codice non si applichino agli appalti internazionali ossia quegli appalti che sono aggiudicati o organizzati secondo procedure previste da un accordo internazionale, da un'organizzazione internazionale o qualora siano finanziati per intero -o prevalentemente- con i fondi di una organizzazione internazionale o di una istituzione finanziaria internazionale.

Questa categoria di contratti pubblici, i c.d. appalti internazionali, come si è visto nella Sezione II, sono regolati principalmente da fonti sovranazionali.

Dunque, appurato che gli appalti internazionali sono soggetti a regole diverse da quelle previste dal D. Lgs. 50/2016, l'obiettivo ultimo della presente tesi è quello di verificare se, pur in

presenza di una diversa disciplina, le procedure che regolano l'aggiudicazione dei contratti pubblici a livello internazionale si basano o meno sugli stessi principi propri dell'ordinamento italiano, ossia i principi di contabilità, concorrenza e anticorruzione.

Per raggiungere tale scopo nella Sezione II si sono ricostruiti i tratti essenziali ed i principi alla base delle principali fonti internazionali in materia di aggiudicazione di contratti pubblici, ossia la UNCITRAL Model Law on Public Procurement, le World Bank Procurement Regulations ed il Government Procurement Agreement.

Infine, nella Sezione III, sulla base dei risultati raggiunti nei capitoli che precedono, si effettuerà un confronto tra il diritto nazionale dei contratti pubblici e il diritto internazionale dei contratti pubblici (quest'ultimo dato dall'insieme delle fonti sovranazionali sopra citate) per verificare se e in che grado vi sia corrispondenza di principi tra i due sistemi normativi.

A tal fine, nel capitolo 6 si procederà a identificare su quali principi si basano la UNCITRAL Model Law on Public Procurement, le World Bank Procurement Regulations ed il Government Procurement Agreement.

Nel capitolo 7, invece, si porranno a confronto i due ordinamenti, nazionale ed internazionale, e si sosterrà la tesi della sostanziale comunanza di principi.

## CAPITOLO 6

### **I principi fondamentali dell'evidenza pubblica nel diritto internazionale**

**Sommario:** 6.1 I principi dell'evidenza pubblica nel diritto internazionale; 6.2 Declinazioni del principio di concorrenza all'interno della disciplina internazionale in materia di contratti pubblici; 6.2.1 In particolare: la scelta della modalità di selezione del contraente; 6.2.2 I requisiti di partecipazione; 6.2.3 Il contenuto dei documenti di gara; 6.2.4 I criteri di valutazione delle offerte; 6.3 Declinazioni del principio di trasparenza e di anticorruzione all'interno della disciplina internazionale in materia di contratti pubblici; 6.4 Declinazioni del principio contabilistico all'interno della disciplina internazionale in materia di contratti pubblici.

#### **6.1 I principi dell'evidenza pubblica nel diritto internazionale**

Dall'analisi congiunta delle principali fonti internazionali in materia di contrattualistica pubblica (ossia la UNCITRAL Model Law on Public Procurement, le Regulations della Banca Mondiale ed il Government Procurement Agreement) si possono ricavare alcune importanti considerazioni.

In particolare, è possibile individuare con un buon grado di certezza quali sono i principi fondamentali che governano l'evidenza pubblica sul piano internazionale e che, come si è visto a partire dalle conclusioni di ciascuno dei capitoli precedenti, sono riassumibili nella triade di concorrenza, anticorruzione e contabilità.

In questo capitolo, dunque, si esamineranno in maniera sintetica, per categorie di singoli istituti, le declinazioni più importanti dei suindicati principi all'interno di tali fonti, al fine di confermare la tesi della coincidenza di principi tra le varie normative sovranazionali in esame.

## 6.2 Declinazioni del principio di concorrenza all'interno della disciplina internazionale in materia di contratti pubblici.

Sulla base dell'analisi finora condotta, alcune delle più importanti applicazioni del principio di concorrenza all'interno del diritto internazionale dei contratti pubblici si possono rinvenire nelle seguenti fasi dell'evidenza pubblica: nel momento di scelta della procedura di selezione del contraente da seguire, nella previsione dei requisiti di partecipazione, nel contenuto dei documenti di gara e nei criteri di valutazione delle offerte.

### 6.2.1 In particolare: la scelta della modalità di selezione del contraente

Sul punto, il GPA prevede un generale *favor* nei confronti della procedura di *open tendering* e limita il ricorso alle altre tipologie di gara solamente ai casi in cui sussistano determinati presupposti e solamente qualora ciò risponda ad esigenze concrete alla base della commessa pubblica<sup>713</sup>.

Lo stesso approccio a ben vedere è utilizzato anche dalle World Bank Procurement Regulations le quali, seppur impiegando una diversa terminologia (piuttosto che riferirsi alla modalità di gara, si riferiscono in maniera più specifica alle modalità di accesso al mercato), prevedono che “*an open competitive approach to market is the Bank's preferred approach*”, le altre modalità possono essere seguite solo se rispondono ad un bisogno effettivo dell'amministrazione e al ricorrere dei presupposti indicati dalla Banca Mondiale<sup>714</sup>.

Anche la UNCITRAL Model Law on Public Procurement del 2011 stabilisce come regola generale che le stazioni appaltanti debbano ricorrere ad una procedura di *open tendering* ossia ad una procedura aperta, mentre le altre e molteplici tipologie di gara ivi previste potranno

---

<sup>713</sup> Cfr. GPA, art. 4, co. 4, lett. a).

Cfr. S. ARROWSMITH, *The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions*, op. cit., p. 293 e ss.; S. ARROWSMITH e R. D. ANDERSON, *The WTO Regime on government procurement: past, present and future*, op. cit., p. 31 e ss.; M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM, P. C. MAVROIDIS, M. HAHN, *The World Trade Organization: law, practice and policy*, op. cit., p. 681; A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 125.

<sup>714</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.11.

essere usate solamente al ricorrere di determinati requisiti di fatto e di diritto che devono verificarsi nel caso concreto<sup>715</sup>.

Sotto questo profilo si può notare che le suddette fonti oltre a basarsi chiaramente su di un impianto pro concorrenziale in base al quale la preferenza deve essere data all'utilizzo della procedura che consenta la più ampia partecipazione possibile, seguono anche il medesimo schema: come regola generale, al fine di consentire a più operatori possibili di partecipare alla gara pubblica, le stazioni appaltanti devono utilizzare una procedura di *open tendering*.

Ciò non vuol dire, si badi, che le altre procedure di selezione del contraente siano del tutto vietate dal diritto internazionale, anzi, in alcuni casi l'amministrazione è addirittura incoraggiata ad usarle ma ciò, e questo rappresenta un altro importante punto di contatto tra le varie discipline, non deve essere utilizzato con il solo fine di alterare la concorrenza.

Infatti, solamente se la scelta dell'*open tendering* non risponda alle esigenze concrete della commessa pubblica e solamente al ricorrere di determinati presupposti (fissati essenzialmente al fine di garantire il rispetto del *favor* nei confronti dell'*open tendering*), la stazione appaltante potrà virare verso modelli procedurali diversi che prevedono una partecipazione più ristretta.

### 6.2.2 I requisiti di partecipazione

Il GPA prevede che per valutare l'idoneità dei concorrenti al fine di partecipare alla gara, l'amministrazione possa riferirsi esclusivamente ai seguenti requisiti oggettivi: ossia alla capacità legale, economica, commerciale e tecnica dell'impresa.

Inoltre, anche nei confronti dei requisiti di partecipazione trovano applicazione le regole generali alla base dell'intera disciplina prevista dal GPA della *NT rule* (in virtù della quale ai beni/servizi/operatori economici delle altre Parti del GPA deve essere concesso un trattamento non meno favorevole di quello che viene offerto ai beni/servizi/operatori economici nazionali) e della *MFN rule* (in virtù della quale ai beni/servizi/operatori economici provenienti, ad esempio, dallo Stato A membro del GPA deve essere concesso un trattamento non meno favorevole di quello che viene offerto ai beni/servizi/operatori economici provenienti dallo Stato B membro del GPA): in questo modo si evita che i requisiti di partecipazione siano

---

<sup>715</sup> Cfr. Model Law, art. 28, co. 1.

Cfr. R. R. HUNJA, *The UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services and its impact on Procurement Reform*, op. cit., p. 99; A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 180.

formulati dalle stazioni appaltanti in maniera discriminatoria o perché favoriscono solo le imprese domestiche o perché favoriscono solo alcuni dei Paesi membri del GPA.

Anche la disciplina dei requisiti di partecipazione contenuta nelle World Bank Procurement Regulations prevede che non debbano essere previsti requisiti di partecipazione con il solo effetto di effettuare discriminazioni tra i concorrenti che siano basate sul fattore della nazionalità.

Al contrario, le World Bank Procurement Regulations specificano espressamente che tutte le *“eligible firms and individuals from all countries [are entitled] to offer goods, works, non-consulting services, and consulting services for Bank-financed projects.”*

Nel valutare l'idoneità dei singoli partecipanti, poi, l'amministrazione dovrà riferirsi anche in questo caso a requisiti oggettivi come: la capacità dell'operatore economico di adempiere diligentemente il contratto, la disponibilità di risorse adeguate e l'assenza di situazioni di conflitto di interesse previste dalla normativa.

L'UNCITRAL Model Law, in maniera analoga, al fine di consentire la più ampia partecipazione a favore anche degli operatori economici stranieri, stabilisce che a tutte le imprese idonee *“shall be permitted to participate in procurement proceedings without regard to nationality”*<sup>716</sup> e che la stazione appaltante non possa prevedere requisiti di partecipazione discriminatori<sup>717</sup>.

Per quanto riguarda la specificazione concreta delle idoneità che devono essere possedute dagli appaltatori al fine di partecipare la gara la Model Law fa riferimento, in sintesi, alla capacità legale, tecnica, finanziaria e morale dell'appaltatore.

Tralasciando le varie differenze terminologiche presenti all'interno delle fonti sopra esaminate, giova sottolineare che ad ogni modo ci si riferisce sempre a requisiti di partecipazione oggettivi che mirano a valutare in ultima analisi l'idoneità dell'appaltatore di eseguire il contratto facendo riferimento a parametri ricollegabili alla capacità, legale, tecnica, finanziaria e morale.

Inoltre, ciò che accomuna ciascuna delle fonti analizzate è il fatto che tali requisiti devono essere formulati in maniera tale da garantire la massima partecipazione alla gara anche e soprattutto da parte di imprese appartenenti ad altre giurisdizioni.

---

<sup>716</sup> Cfr. Model Law, art. 8, co. 1.

<sup>717</sup> Cfr. Model Law, art. 8, co. 2 ed anche la Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, p. 76, n. 1.

Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 185.

In questo caso, l'impianto pro concorrenziale seguito dal diritto internazionale è palese e non solo mira a tutelare la concorrenza tra le imprese di un determinato Paese, ma tende specialmente a garantire che la concorrenza sia rispettata anche tra le imprese domestiche e le imprese straniere.

Queste ultime, infatti, devono poter partecipare agli appalti pubblici banditi da un Paese estero in condizioni di parità con gli operatori locali, senza che siano danneggiate per il mero fatto di appartenere ad una diversa giurisdizione.

### 6.2.3 *Il contenuto dei documenti di gara*

Nel momento in cui l'amministrazione si appresta a bandire una gara, ai sensi del GPA, una delle prime operazioni fondamentali consiste nella redazione della Notice of Intended Procurement la quale oltre a costituire anche una declinazione del principio di trasparenza in quanto rende visibile l'operato della PA, risponde anche a logiche concorrenziali: con tale atto, infatti, la PA rende nota a tutti gli operatori economici la sua intenzione di aggiudicare una commessa pubblica<sup>718</sup>.

La Notice of Intended Procurement, proprio per raggiungere lo scopo di raggiungere il maggior numero possibile di destinatari, deve essere "*widely disseminated*" e deve essere pubblicata anche nei principali bollettini e gazzette, telematici o cartacei, dello Stato banditore.

Oltre a ciò, il GPA impone anche che debba contenere alcune informazioni essenziali circa la commessa pubblica e ciò al fine di consentire a chi è interessato di partecipare di ponderare attentamente la possibilità di entrare in gara e, in caso positivo, di essere in grado di presentare la migliore offerta<sup>719</sup>.

Lo stesso scopo è perseguito anche dalle norme del GPA che disciplinano il contenuto dei documenti di gara<sup>720</sup>: questi devono contenere tutte le informazioni essenziali dell'appalto, devono essere formulati in maniera neutra, non devono riferirsi a parametri soggettivi come potrebbe essere l'indicazione di uno specifico marchio o copyright (ciò infatti potrebbe costituire un "*unnecessary [and invisible] obstacles to international trade*"), ma al contrario

---

<sup>718</sup> Cfr. GPA, art. 7.

<sup>719</sup> Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 137 e ss; P. C. MAVROIDIS, *Trade in Goods*, op. cit., p. 807.

<sup>720</sup> Cfr. GPA, art. 10.

devono far riferimento il più possibile a parametri oggettivi in questo modo permettendo ad una platea più ampia di soggetti di presentare un'offerta<sup>721</sup>.

Sul punto le World Bank Procurement Regulations presentano un iter burocraticamente più complesso, ma che risponde alle stesse finalità concorrenziali.

Dopo aver redatto una lunga serie di documenti con la collaborazione della stessa World Bank, lo Stato banditore deve rendere nota la propria intenzione di aggiudicare un appalto e a tal fine pubblicherà due importanti atti, ossia la General Procurement Notice (GPN) e, successivamente, la Specific Procurement Notice (SPN)<sup>722</sup>.

La GPN e la SPN possono essere inquadrati, all'interno della procedura prevista dalla WB, come inviti ad offrire e, in maniera speculare con la disciplina prevista dal GPA, devono contenere le informazioni essenziali dell'appalto e devono essere anche adeguatamente ed ampiamente pubblicizzati non solo all'interno dello Stato banditore, ma anche sul sito ufficiale della World Bank e su una apposita sezione della UN Department of Public Information in modo da raggiungere più operatori economici possibili, nazionali ma anche e soprattutto internazionali<sup>723</sup>.

Per quanto riguarda la disciplina dei documenti di gara contenuta nelle WB Procurement Regulations queste impongono che le amministrazioni come regola generale debbano ricorrere agli "standard procurement documents" ossia a documenti di gara predefiniti e formulati dalla World Bank in una maniera tale da consentire la più ampia partecipazione possibile<sup>724</sup>.

Allo Stato che svolge la gara con i fondi della World Bank è anche concesso di ricorrere ai documenti di gara che normalmente utilizza nello svolgimento dell'evidenza pubblica domestica, ma questi documenti devono comunque essere approvati dalla World Bank la quale verificherà in primo luogo il loro carattere non discriminatorio<sup>725</sup>.

---

<sup>721</sup> Cfr. M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM, P. C. MAVROIDIS, M. HAHN, *The World Trade Organization: law, practice and policy*, op. cit., p. 683; R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., p. 83 e ss.; Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p.128 e ss.

<sup>722</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, artt. 5.22-5.24.

<sup>723</sup> Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 87; T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 143.

<sup>724</sup> F. BORSON, *Reforms under the World Bank Procurement and the Policy implications for Developing Countries*, op. cit., p. 149; W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 72

<sup>725</sup> Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 72.

Infine, anche la UNCITRAL Model Law on Public Procurement prevede che i “*solicitation documents*”, ossia i primissimi atti con cui gli operatori economici vengono invitati a presentare un’offerta, siano adeguatamente pubblicizzati e debbano essere resi immediatamente noti a tutti gli operatori economici e debbano contenere tutte le informazioni fondamentali della commessa pubblica<sup>726</sup>.

In particolare, la descrizione delle informazioni fondamentali dell’appalto, ai sensi della Model Law, non deve avere carattere discriminatorio e deve essere effettuata in modo tale da garantire la più ampia partecipazione possibile alla gara<sup>727</sup>.

Da quanto esposto si può osservare che le discipline sovranazionali ora esaminate in tema di preparazione dei documenti di gara, sebbene contengano sempre differenze terminologiche relative ai vari istituti che vengono in rilievo, si ispirano allo stesso schema e perseguono le stesse finalità.

In applicazione del principio di concorrenza, già nei primi atti di gara, ossia negli atti qualificabili come inviti ad offrire, il diritto internazionale vieta all’amministrazione di tenere un comportamento discriminatorio tra i concorrenti.

Come prima cosa, gli inviti ad offrire, al fine di essere conosciuti dalla maggioranza degli operatori economici sono sottoposti a puntuali obblighi di pubblicazione: la stazione appaltante per sollecitare la concorrenza a partecipare deve pubblicare tali inviti secondo quelle modalità che ne garantiscano la più ampia conoscibilità tra gli operatori nazionali ed internazionali.

In secondo luogo è anche previsto che debbano avere un contenuto predeterminato: tramite la loro predisposizione la stazione appaltante deve fornire ai concorrenti non solo la notizia dello svolgimento della gara ma anche tutte le informazioni e gli elementi essenziali relativi alla commessa pubblica per consentire a questi ultimi di valutare la convenienza di una eventuale partecipazione alla gara.

Tali elementi, nello specifico, non devono avere natura discriminatoria.

Lo stesso principio si applica, *mutatis mutandis*, anche alla disciplina dei documenti di gara il cui contenuto deve essere predisposto dalla stazione appaltante senza creare discriminazione tra i concorrenti: ad esempio, in punto di descrizione delle specifiche tecniche dell’oggetto

---

<sup>726</sup> Cfr. Model Law, art. 13.

Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 191.

<sup>727</sup> Cfr. Model Law, art. 10.

Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 186.

sostanziale dell'appalto le normative sopra analizzate in maniera univoca vietano che siano formulate in maniera "soggettiva", dunque facendo riferimento ad uno specifico marchio, brevetto o simili, ma devono essere formulate nella maniera più oggettiva possibile consentendo in questo modo di estendere la partecipazione alla maggioranza delle imprese.

In questo modo si evita che tramite la predisposizione di questi atti la stazione appaltante introduca le c.d. barriere invisibili ossia limitazioni alla partecipazione alla gara con scopo discriminatorio, espressamente vietate dal diritto internazionale.

#### 6.2.4 I criteri di valutazione delle offerte

Nel momento di presentazione delle offerte, secondo quanto previsto dal GPA, a tutti gli operatori economici, indipendentemente dalla loro nazionalità, deve essere assegnato lo stesso tempo per la loro preparazione e presentazione alla stazione appaltante e tale arco temporale, inoltre, deve essere adeguato (a vari fattori, tra cui la natura e complessità dell'appalto) per presentare una "*responsive tender*."

In aggiunta, come regola generale, è previsto espressamente che in sede di valutazione delle offerte la stazione appaltante riceva, apra e tratti tutte le offerte secondo procedure eque e imparziali, utilizzando solamente le regole previamente indicate nei documenti di gara e negli inviti ad offrire<sup>728</sup>. In altre parole, in modo da non creare favoritismi o vantaggi ingiustificati nei confronti di una o più imprese a discapito della restante concorrenza.<sup>729</sup>

In maniera speculare, anche le World Bank Procurement Regulations prevedono che tutti gli operatori economici, a prescindere dalla loro nazionalità, debbano poter usufruire di un tempo adeguato (rispetto la natura e complessità dell'appalto) per la presentazione delle offerte<sup>730</sup>.

Nella loro valutazione, la stazione appaltante deve riferirsi solo ed esclusivamente ai criteri precedentemente elencati negli inviti ad offrire e nei documenti di gara e deve trattare tutte le offerte presentate in maniera equa, imparziale e senza favoritismi<sup>731</sup>.

---

<sup>728</sup> Cfr. GPA, art. 15.

<sup>729</sup> Cfr. A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 130

<sup>730</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.50 e Allegato X.

<sup>731</sup> Cfr. T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 147 e ss.

Anche l'UNCITRAL Model Law on Public Procurement, a ben vedere, si pone sullo stesso piano delle World Bank Procurement Regulations e del GPA: i criteri di valutazione delle offerte, in generale, devono essere proporzionati alla natura e complessità dell'appalto e nel momento valutativo delle offerte la PA non può discostarsi da quei criteri che ha già elencato nei documenti di gara ed è altresì vincolata a trattare tutte le offerte senza effettuare discriminazioni<sup>732</sup>.

Complessivamente, dunque, anche sotto questo aspetto il principio di concorrenza trova uniforme applicazione all'interno del diritto internazionale sopra analizzato.

Nello specifico, l'applicazione di tale principio, in primo luogo impone che a monte quando l'amministrazione predispone i vari documenti di gara debba indicare quali criteri di valutazione delle offerte intenda utilizzare.

Trovando in questo caso applicazione anche la disciplina dettata in tema di documenti di gara (in quanto i criteri di valutazione delle offerte costituiscono elementi essenziali dell'appalto che devono essere specificati anche nei documenti di gara), nella formulazione di tali criteri la stazione appaltante non deve effettuare discriminazioni tra i concorrenti.

Inoltre, una volta fissati, è anche precluso alla stazione appaltante di ricorrere ad ulteriori e nuovi criteri di valutazione in un momento successivo o in corso di gara: in questo caso risulterebbe violato il principio della *par condicio* tra i concorrenti, in quanto ben potrebbe trovare applicazione una serie di criteri che favoriscano solo una o alcune imprese a danno delle altre.

### **6.3 Declinazioni del principio di trasparenza e di anticorruzione all'interno della disciplina internazionale in materia di contratti pubblici**

La procedura di evidenza pubblica prevista dal GPA, oltre ad essere improntata al principio di concorrenza, risulta ispirata anche al principio di trasparenza<sup>733</sup>.

Ciò si nota in quelle molteplici disposizioni che, ad esempio, impongono all'amministrazione di rendere noto, in anticipo, quali saranno le regole della gara.

---

<sup>732</sup> Cfr. Model Law, art. 11 e ss.

<sup>733</sup> Cfr. GPA, preambolo, considerando n. 6.

Cfr. S. ARROWSMITH, *The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions*, op. cit., p. 289; S. ARROWSMITH e R. D. ANDERSON, *The WTO Regime on government procurement: past, present and future*, op. cit.

Tali regole, oltre a dover essere formulate in maniera non discriminatoria e con lo scopo di favorire il più possibile la concorrenza, devono anche essere trasparenti, nel senso che devono essere conosciute anticipatamente dai concorrenti, non possono essere cambiate in corso di gara (salvo casi particolari e comunque nel rispetto di determinate garanzie a tutela dei principi sopra elencati), devono essere immediatamente accessibili ai concorrenti i quali, in caso di dubbio, possono rivolgersi all'amministrazione per chiedere chiarimenti.

Allo stesso modo, tra le altre, costituiscono applicazione del principio di trasparenza quelle norme che impongono alla stazione appaltante di comunicare ai partecipanti la propria intenzione di aggiudicare il contratto e di mantenere e conservare i documenti di gara per un determinato periodo di tempo dopo la conclusione della gara.

Come è stato evidenziato, le varie disposizioni sulla trasparenza giocano anche un altro ruolo fondamentale all'interno del GPA in quanto hanno un forte impatto nella prevenzione e nel contrasto ai fenomeni corruttivi ed alle situazioni di conflitto di interesse<sup>734</sup>.

Il GPA, infatti, risulta essere ispirato anche al principio del contrasto di tali ultimi due fenomeni laddove, in maniera specifica, si stabilisce che le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di condurre i *covered procurement* in una maniera trasparente ed imparziale, in modo tale da evitare il sorgere di conflitti di interesse e prevenire fenomeni di corruzione<sup>735</sup>.

Nel senso appena descritto, il principio di trasparenza trova applicazione anche all'interno delle WB Procurement Regulations in cui, oltre a rendere chiaro e conoscibile l'operato della pubblica amministrazione, le varie fasi dell'evidenza pubblica e le regole della gara, contribuisce in maniera sensibile alla riduzione e prevenzione della corruzione e dei conflitti di interesse.

Diversamente dal GPA, le WB Procurement Regulations per quanto riguarda il tema della corruzione e dei conflitti di interesse adottano un approccio meno generalista e più incisivo<sup>736</sup>.

Ad esempio, per quanto riguarda i conflitti di interesse, è previsto che, come regola generale, gli operatori economici che vogliono partecipare ad una gara finanziata con i fondi elargiti dalla World Bank non si debbano trovare in tale situazione<sup>737</sup>.

---

<sup>734</sup> Cfr. S. ARROWSMITH, *The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions*, op. cit., p. 289; S. ARROWSMITH e R. D. ANDERSON, *The WTO Regime on government procurement: past, present and future*, op. cit.

<sup>735</sup> Cfr. GPA, art. 4.

<sup>736</sup> Cfr. F. BORSON, *Reforms under the World Bank Procurement and the Policy implications for Developing Countries*, op. cit.

<sup>737</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 3.14.

Nel dettaglio, poi, le WB Procurement Regulations offrono anche una elencazione non tassativa delle ipotesi di conflitto di interesse: oltre a poter essere stabilite gara per gara dallo Stato Borrower, è da ritenersi in conflitto di interesse quell'operatore economico che si trovi in una delle fattispecie già previamente indicate dalla World Bank, e in entrambi questi casi l'amministrazione è tendenzialmente tenuta ad escludere tale partecipante.

Anche per quanto riguarda il contrasto ai fenomeni corruttivi l'approccio seguito dalle WB Procurement Regulations è molto più incisivo del GPA.

Come regola generale si stabilisce che ogni soggetto in gara, quindi sia l'amministrazione che i partecipanti, è tenuto ad osservare i più alti standard etici durante tutta la procedura.

In aggiunta, sono anche descritte nel dettaglio alcune fattispecie tipiche di corruzione al ricorrere delle quali il concorrente deve essere escluso dalla gara o, se aggiudicatario, il contratto deve essere annullato, con ulteriore possibilità per la World Bank di irrogare anche sanzioni accessorie<sup>738</sup>.

Anche la UNCITRAL Model Law on Public Procurement, come si ha avuto modo di approfondire, si basa sugli stessi principi di trasparenza e di contrasto ai fenomeni corruttivi.

Gli episodi di corruzione e conflitti di interesse oltre a trovare un primo argine tramite la previsione di procedure chiare e trasparenti, sono affrontati in maniera specifica dalla Model Law in cui si stabilisce, come regola generale, che l'amministrazione debba avere un proprio codice di condotta e che tutto il personale sia tenuto all'osservanza dei più alti standard etici e morali durante tutta la procedura di gara<sup>739</sup>.

Inoltre, con particolare riferimento ai concorrenti, è presente anche una norma che tipizza alcune cause di esclusione con riferimento a ipotesi rientranti nella più ampia fattispecie della corruzione, ad esempio: è prevista l'esclusione per quel concorrente che, direttamente o indirettamente, con qualsiasi mezzo tenti o corrompa un membro dell'amministrazione al fine di influenzare il comportamento della stazione appaltante<sup>740</sup>.

Conclusivamente, quindi, è ragionevole affermare che nelle normative sovranazionali in analisi sia presente anche una chiara finalità anticorruptiva.

In primo luogo, il diritto internazionale si preoccupa di impedire il sorgere o eliminare ex post il verificarsi di episodi di corruzione o di conflitto di interessi tramite un rafforzamento degli obblighi di trasparenza.

---

<sup>738</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, Annex IV.

<sup>739</sup> Cfr. Model Law, art. 26.

<sup>740</sup> Cfr. Model Law, art. 21.

In questo senso la trasparenza viene utilizzata come una potente risorsa per prevenire tali fenomeni, partendo da una semplice e basilare considerazione: infatti, se la gara pubblica -tra le altre cose- si svolge in maniera chiara, con regole certe e con procedure trasparenti, risulta molto più difficile che al suo interno si verifichino episodi di corruzione o di conflitto di interessi; mentre, al contrario, tali fattispecie trovano terreno fertile nel momento in cui la gara si svolge in maniera opaca e senza regole certe.

A ben vedere, tale *modus operandi* è presente in maniera pressoché identica in tutte e tre le fonti sovranazionali.

Nel momento in cui si tratta di affrontare in maniera specifica la prevenzione, eliminazione e soluzione della corruzione e dei conflitti di interesse, si può notare che le fonti in esame adottano un approccio parzialmente diverso, seppure siano comunque sempre tendenti verso lo stesso fine.

Si è visto che il GPA utilizza un approccio molto elastico in quanto vieta in via generale tali fenomeni, non fornisce parametri dettagliati per individuare tali fattispecie e delega agli Stati il compito di prevedere una disciplina efficiente e specifica a riguardo; la UNCITRAL Model Law on Public Procurement adotta invece un approccio intermedio poiché al suo interno, oltre ad essere presente il generale divieto di compiere tali atti, sono presenti anche ulteriori disposizioni che tipizzano varie ipotesi di esclusione dei concorrenti; l'approccio più rigido e incisivo è seguito dalle World Bank Procurement Regulations laddove, in aggiunta a previsione di carattere generale che vietano tali pratiche, sono presenti anche numerose disposizioni che forniscono la descrizione delle varie fattispecie, alle quali si accompagnano altrettante numerose disposizioni che prevedono ipotesi tipizzate di casi in cui l'operatore economico deve essere escluso per aver commesso tali attività (inoltre, bisogna anche ricordare, che questi ultimi elenchi di fattispecie tipizzate dalla World Bank non hanno valore tassativo, e dunque, lasciano comunque agli Stati borrower la facoltà di implementarli sulla base del diritto nazionale e nel rispetto dei principi stabiliti nelle World Bank Procurement Regulations).

#### **6.4 Declinazioni del principio contabilistico all'interno della disciplina internazionale in materia di contratti pubblici**

Come si ha avuto modo di osservare, per indagare meglio circa la presenza o meno del principio di contabilità nel diritto internazionale dei contratti pubblici è opportuno esaminare più da vicino la disciplina ivi prevista in punto di criteri di valutazione delle offerte.

Il GPA a proposito prevede che l'amministrazione possa aggiudicare il contratto a favore di chi ha presentato l'offerta più bassa, qualora l'unico criterio di valutazione prescelto sia stato appunto quello del prezzo.

In alternativa, non essendo vincolata a seguire unicamente il criterio del prezzo più basso, è anche previsto che l'amministrazione possa aggiudicare il contratto anche a favore dell'offerta più vantaggiosa, e per determinare complessivamente la maggiore vantaggiosità dell'offerta il GPA stesso offre in via esemplificativa alcuni parametri di riferimento<sup>741</sup>.

In maniera analoga le World Bank Procurement Regulations prevedono che l'amministrazione possa prevedere, a sua discrezione, come criteri di valutazione il prezzo ed altri fattori non ricollegati al prezzo<sup>742</sup>.

La UNCITRAL Model Law on Public Procurement, in maniera altrettanto flessibile, prevede che nel momento valutativo delle offerte la stazione appaltante possa riferirsi ad una serie di parametri come il prezzo o anche altri fattori non ricollegati al prezzo<sup>743</sup>.

Tali altri fattori sono indicati in via esemplificativa dalla Model Law la quale lascia ulteriore margine di scelta agli Stati che la recepiscono i quali sono liberi di introdurne anche di nuovi. Dall'analisi della disciplina in materia di criteri di selezione dell'offerta, come si ha anche avuto modo di vedere precedentemente nel dettaglio, è ragionevole ritenere che le suindicate fonti sovranazionali siano ispirate anche al principio di contabilità.

Infatti, come regola generale, tutte e tre le fonti analizzate prevedono che nella determinazione dei criteri di selezione dell'offerta l'amministrazione sia libera di selezionare quelli che ritiene più opportuni purché vengano rispettate determinate garanzie, tra le quali si rinviene -in

---

<sup>741</sup> Cfr. GPA, art. 9.

Cfr. S. ARROWSMITH, *The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions*, op. cit., p. 315; A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, op. cit., p. 130; R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, op. cit., p. 94.

<sup>742</sup> Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.50 e Allegato X.

<sup>743</sup> Cfr. Model Law, art. 11.

particolare- l'obbligo di prevedere che tali criteri siano appropriati e conferenti alla natura dell'appalto.

Le varie disposizioni in materia, seppur contenute in diversi testi, sembrano partire da un postulato comune in base al quale l'amministrazione può aggiudicare il contratto, in primo luogo, sulla base del criterio del prezzo più basso, e, in secondo luogo, anche sulla base di altri fattori non ricollegati al prezzo.

Ciò significa che in alcuni casi, quando al ricorrere di determinate circostanze la PA prevede come unico criterio di selezione dell'offerta il criterio del prezzo più basso, l'azione dell'amministrazione sia finalizzata essenzialmente al contenimento della spesa pubblica: l'offerta migliore, in queste ipotesi, è quella che comporta la minor spendita di denaro pubblico. Negli altri casi, anche essi espressamente menzionati dal diritto internazionale, quando la natura dell'appalto lo richieda, l'amministrazione può decidere di aggiudicare la commessa pubblica non solo in base al criterio del prezzo, ma anche in base ad altri e diversi criteri.

Spesso questi parametri diversi dal prezzo sono anche indicati dal diritto internazionale a titolo esemplificativo lasciando in questo modo spazio al diritto nazionale di prevederne - eventualmente- anche altri ulteriori (tra questi ritroviamo, ad esempio, l'impatto ambientale, i termini di consegna, la qualità, il merito tecnico ed altri).

In quest'ultimo scenario, quando i criteri di selezione dell'offerta si basano sul prezzo e contemporaneamente anche su altri fattori, le ragioni di contabilità pubblica permangono sempre ma vanno bilanciate anche con altri interessi.

In questo senso, dunque, il principio di contabilità non deve essere inteso solamente nella sua eccezione storico-ottocentesca di mero ed esclusivo contenimento della spesa pubblica in quanto l'amministrazione non si trova più a dover prendere una decisione basandosi sul solo fattore del costo più basso: entrando in gioco anche altri interessi pare che il principio di contabilità debba essere inteso in una diversa accezione, più moderna e accuratamente sintetizzata nella formula di *Best Value for Money* (VfM) o miglior rapporto qualità-prezzo.

## CAPITOLO 7

### I PRINCIPI DELL'EVIDENZA PUBBLICA NEL DIRITTO INTERNAZIONALE E NEL DIRITTO NAZIONALE: CONFRONTO E CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

**Sommario:** 7.1 Convergenza dei principi tra la disciplina internazionale e la disciplina nazionale; 7.1.1 In particolare: declinazioni del principio di concorrenza; 7.1.2 In particolare: declinazioni del principio di anticorruzione; 7.1.3 In particolare: declinazioni del principio di contabilità; 7.2 Osservazioni conclusive circa la natura ed il modus operandi delle regole internazionali che disciplinano l'affidamento dei contratti pubblici sovranazionali

#### **7.1 Convergenza dei principi tra la disciplina internazionale e la disciplina nazionale**

Inoltre, al termine della ricerca svolta, si può sostenere che il diritto internazionale dei contratti pubblici (dato dall'insieme delle principali normative sovranazionali in materia quali, appunto, l'UNCITRAL Model Law on Public Procurement, le World Bank Procurement Regulations ed il Government Procurement Agreement) si basi su principi non dissimili da quelli presenti nel D. Lgs. 50/2016.

Entrambi i due sistemi di norme, si ha avuto modo di vedere, si basano in maniera speculare sugli stessi principi fondamentali di concorrenza, anticorruzione e contabilità.

Nei paragrafi che seguono, dunque, al fine di confermare questa tesi, si esamineranno in maniera comparata le principali declinazioni di tali principi all'interno della gara pubblica così come disciplinata dal diritto internazionale e dal diritto nazionale.

##### *7.1.1 In particolare: declinazioni del principio di concorrenza*

Il principio di concorrenza trova molteplici declinazioni all'interno del diritto internazionale e del diritto nazionale dei contratti pubblici, ispira tutte le fasi della gara pubblica e si può notare

in particolar modo se si guarda al momento di scelta della procedura da seguire, alla redazione e pubblicazione del bando e dei documenti di gara ed alla formulazione ed applicazione dei requisiti di partecipazione e dei criteri di aggiudicazione.

Ebbene, iniziando dal momento di scelta della procedura di evidenza pubblica da seguire, si può immediatamente notare che nel diritto internazionale, in maniera pressoché uniforme, al dichiarato fine di consentire a più operatori economici possibili di contrattare con la pubblica amministrazione, si predilige l'utilizzo delle procedure di *open tendering*, ossia di quelle procedure in base alle quali qualsiasi concorrente che abbia determinate idoneità può presentare un'offerta.

Come regola generale, infatti, anche a livello sovranazionale, si prevede che in primo luogo le stazioni appaltanti debbano procedere tramite la procedura di *open tendering* e solamente in alcuni casi specifici ed al ricorrere di determinate circostanze in base alle quali la modalità di *open tendering* potrebbe risultare in un'efficienza del sistema è consentito il ricorso a procedure ristrette e/o su invito.

Lo stesso avviene all'interno dell'ordinamento italiano: in applicazione del principio del *favor participationis*, il Codice dei Contratti Pubblici prevede che, di regola, l'amministrazione debba ricorrere alla procedura aperta o ristretta, previa pubblicazione di un bando di gara, in modo tale da consentire alla maggioranza degli operatori economici di partecipare.

Le altre procedure, c.d. straordinarie, che sono più limitative della concorrenza, possono essere utilizzate solamente se ricorrono tutti i presupposti indicati dalla legge e previa puntuale motivazione da parte dell'amministrazione.

Sempre nelle fasi iniziali della gara, un'altra chiara declinazione del principio di concorrenza comune ad entrambi i sistemi normativi, nazionale ed internazionale, come si è detto, si rinviene nella disciplina del bando di gara.

Il bando di gara è considerato (anche) dal diritto internazionale dei contratti pubblici come lo strumento principale con cui l'amministrazione rende nota all'esterno la propria volontà di aggiudicare una commessa pubblica e proprio perché è indirizzato a tal fine, il bando deve essere portato a conoscenza di più operatori economici possibili.

Per realizzare ciò il diritto internazionale, in generale e con qualche minore differenza tra le varie fonti, prevede che l'amministrazione sia tenuta a pubblicarlo a livello nazionale (presso la Gazzetta Ufficiale Nazionale) ed a livello internazionale (principalmente, nel sito ufficiale dell'organizzazione internazionale di riferimento per quella determinata commessa pubblica) e che debba essere redatto in più lingue oltre quella locale (generalmente si fa riferimento o alle lingue più comunemente usate nel commercio internazionale).

Solamente quando si ritiene che la gara non possa attirare l'attenzione di operatori economici stranieri allora è possibile seguire un obbligo di pubblicazione del bando "depotenziato" e quindi è concesso alle stazioni appaltanti di pubblicarlo solamente a livello locale, sempre previa puntuale motivazione a riguardo.

Inoltre, per quanto riguarda il contenuto del bando, così come dei documenti di gara, è presente nelle varie fonti internazionali una norma, sempre di carattere generale, che impone all'amministrazione di non inserire requisiti ed elementi discriminatori che limitino ingiustamente la concorrenza.

Ciò si osserva in particolar modo nelle regole che governano la materia dei requisiti di partecipazione e dei criteri di aggiudicazione.

Per quanto riguarda i requisiti di partecipazione il diritto internazionale dei contratti pubblici propende verso l'utilizzo di requisiti oggettivi piuttosto che soggettivi, in quanto questi ultimi, si ritiene, possano essere più facilmente utilizzati per creare le c.d. barriere invisibili alla partecipazione alla gara.

Pertanto, seppure la terminologia usata dalle varie fonti internazionali vari leggermente, a livello sovranazionale ci si riferisce pur sempre alla necessità di accertare l'affidabilità dei concorrenti tramite l'accertamento della loro idoneità tecnica, economica e morale.

Inoltre, in tutte le fonti analizzate si rinviene una clausola generale che in maniera espressa impone alle stazioni appaltanti di formulare tali requisiti di partecipazione in modo tale che siano proporzionati all'entità ed alla natura dell'appalto, in maniera non discriminatoria e con il fine di permettere alla maggioranza delle imprese, indipendentemente dalla loro nazionalità, di partecipare alla gara pubblica.

Infine, se si guarda alla disciplina prevista dal diritto internazionale in materia di criteri di aggiudicazione, si può notare che essa sia pressoché speculare nelle fonti previamente esaminate.

Sul punto, infatti, in primo luogo è previsto che l'amministrazione debba fissare un termine congruo e appropriato in relazione alla natura e complessità dell'appalto proprio al fine di consentire a tutti gli operatori economici, nazionali e stranieri, di presentare *responsive tenders*. Presentate le offerte, i criteri di aggiudicazione (che vengono solitamente ricondotti al criterio del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa), in applicazione del principio di concorrenza e di parità di trattamento tra gli offerenti, non solo devono essere formulati in modo non discriminatorio, ma debbono anche essere applicati senza creare favoritismi a favore di alcuni concorrenti a danno di altri.

Alla luce di quanto esposto, a ben vedere, si può notare che, sul piano internazionale, il principio di concorrenza si applichi in maniera non dissimile da quanto avviene all'interno dell'ordinamento nazionale.

Infatti, anche nell'ordinamento italiano, il D. Lgs. 50/2016 prevede che il bando o gli avvisi di indizione di gara, al fine di consentire la più ampia partecipazione, siano soggetti ad un doppio obbligo di pubblicazione.

In primo luogo, infatti, il bando deve essere pubblicato a livello europeo, sul sito di una apposita istituzione la quale, valutate le circostanze del caso e la natura dell'appalto, può anche provvedere alla sua diffusione in altre lingue.

Nello specifico, si è visto, la pubblicazione a livello europeo persegue esplicitamente il fine di evitare che si creino asimmetrie informative tra operatori economici nazionali e comunitari.

Successivamente, una volta che è stato pubblicato a livello europeo, il bando viene pubblicato anche a livello nazionale secondo le modalità previste dal Codice dei Contratti Pubblici (per cui deve essere pubblicato oltre che sul sito del committente della stazione appaltante anche su apposita piattaforma tenuta dall'ANAC) e dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Per quanto riguarda il suo contenuto, in generale, come avviene a livello sovranazionale, al fine di non alterare la concorrenza, il Codice dei Contratti Pubblici vieta in linea di principio l'inserimento di requisiti di partecipazione, criteri di aggiudicazione ed elementi discriminatori tra i concorrenti.

Iniziando dai requisiti di partecipazione, in maniera analoga con quanto avviene sul versante internazionale, il D. Lgs. 50/2016 si riferisce principalmente a requisiti oggettivi che sono divisi in requisiti generali (in base ai quali si valuta l'idoneità morale dell'appaltatore) e requisiti speciali (in base ai quali si può valutare l'idoneità professionale, la capacità economica e finanziaria e la capacità tecnica e professionale).

Quando poi si tratta di specificare all'interno della singola gara quali requisiti di partecipazione devono essere posseduti dai concorrenti, il Codice dei Contratti Pubblici, per tutelare l'equilibrio concorrenziale all'interno della gara, in primo luogo, prevede che tali requisiti siano tassativi, di fatto impedendo all'amministrazione di prevederne ulteriori; in secondo luogo, analogamente al diritto internazionale, come regola generale prevede espressamente che essi siano *“attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti.”*

Infine, anche per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione, il D. Lgs. 50/2016, in maniera simile con il diritto internazionale, mantiene un impianto tipicamente pro concorrenziale.

Non solo la disciplina in materia di formulazione dell'offerta evita che si creino ingiustificate discriminazioni tra i concorrenti, ma anche in punto di applicazione dei criteri di aggiudicazione è espressamente previsto che le stazioni appaltanti, utilizzando il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, procedano all'aggiudicazione degli appalti nel rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento.

#### *7.1.2 In particolare: declinazioni del principio di trasparenza e di anticorruzione*

Oltre a basarsi su logiche concorrenziali, dall'analisi fin qui svolta emerge anche che sia per il diritto internazionale che per il diritto nazionale è fondamentale garantire che l'agere dell'amministrazione sia chiaro e trasparente.

Una delle declinazioni più importanti degli obblighi di trasparenza si rinviene in quelle norme che impongono alla PA di rendere immediatamente conoscibili, a tutti i concorrenti, le regole della gara, le quali solo in casi eccezionali possono essere modificate *ex post*, vigendo nella maggioranza dei casi un generale divieto di modificazione di tali regole in corso di gara.

Norme di questo genere, come si è visto, sono presenti in entrambi i sistemi.

Nel diritto internazionale (seppure cambi molto la terminologia in punto di bandi e documenti di gara) la regola generale vuole che l'amministrazione, già con il primo atto con cui rende nota all'esterno la volontà di aggiudicare una commessa pubblica e per quanto sia possibile, descriva in maniera accurata tutti gli elementi essenziali della gara e del contratto, ad esempio, rendendo conoscibili immediatamente tutti i requisiti di partecipazione ed i criteri di aggiudicazione.

Anche il diritto nazionale, effettivamente, segue lo stesso schema.

Il Codice dei Contratti Pubblici, infatti, prevede che il bando, che è l'atto che normalmente deve precedere l'indizione di una gara pubblica, debba contenere una serie di elementi specifici e predeterminati dalla legge, come il luogo principale per l'esecuzione dei lavori o di consegna dei beni e servizi; la descrizione dell'oggetto dell'appalto; le condizioni di partecipazione; il tipo di procedura di selezione del contraente che si utilizzerà; i criteri di aggiudicazione; il termine ultimo per la presentazione per le offerte ed altre.

In questo modo, in entrambi i sistemi, si garantisce un alto livello di certezza all'interno della gara e gli operatori economici che intendono prendervi parte, conoscendo in anticipo il contenuto delle regole che saranno utilizzate, riescono a valutare meglio la convenienza di una eventuale partecipazione.

Qualora decidano di partecipare, inoltre, ciò rende anche più facile preparare e presentare successivamente un'offerta che sia “responsive” e che contenga tutti gli elementi necessari richiesti dall'amministrazione.

Le varie disposizioni sulla trasparenza, tanto per il diritto internazionale, che per il diritto nazionale, sono indirizzate anche al raggiungimento di un altro scopo: esse sono volte anche a contrastare il sorgere di conflitti di interesse e di fenomeni corruttivi.

L'idea di base comune ad entrambi i sistemi, si è visto, è che tramite la rigida implementazione di procedure che siano trasparenti si riesca, in via indiretta, a prevenire ed anticipare tali fenomeni, tutelando, in ultima analisi, il buon andamento della gara.

Oltre a prevenire tali fenomeni in via indiretta, il diritto internazionale ed il diritto nazionale contengono anche norme che sono direttamente rivolte a contrastare il sorgere di episodi di conflitti di interessi e di corruzione.

Il diritto internazionale dei contratti pubblici affronta il tema in maniera molto eterogenea, in quanto l'approccio seguito dalle fonti analizzate varia molto tra di loro. Si passa da un approccio estremamente generalista adottato in sede di GPA in base al quale si stabilisce solamente che gli appalti pubblici “debbono essere condotti in maniera trasparente ed imparziale, in modo tale da evitare il sorgere di conflitti di interesse e prevenire fenomeni di corruzione” ad un approccio, pur sempre di ampio respiro, ma leggermente più specifico, condiviso dalle WB Procurement Regulations e dalla UNCITRAL Model Law on Public Procurement dove, oltre al divieto generale formulato sulla scorta di quanto stabilito nel GPA, si specificano anche alcune ipotesi, esemplificative e principalmente rivolte verso la figura del contraente privato, di conflitto di interessi e di corruzione al ricorrere delle quali consegue, tendenzialmente, l'obbligo della PA di esclusione del concorrente che verta in tale fattispecie.

Al contrario, il diritto nazionale presenta un approccio decisamente più incisivo e specifico.

In primo luogo, non si può non notare come il D. Lgs. 50/2016, diversamente dal diritto internazionale, offra una chiara definizione di conflitto di interessi, in tal modo facilitando il compito dell'interprete e aumentando il grado di certezza e trasparenza complessivi nella procedura di evidenza pubblica.

Successivamente, è da notare che il Codice dei Contratti Pubblici nella prevenzione di tali fenomeni si allinea per lo più sullo schema seguito dalle WB Procurement Regulations e dalla UNCITRAL Model Law on Public Procurement.

La repressione di tali fattispecie, dunque, si basa sul combinato disposto di una norma di carattere generale, in base alla quale vige un generale divieto di compiere atti di corruzione e

di trovarsi in situazioni di conflitto di interessi, la quale viene affiancata anche da varie previsioni più specifiche e riferite ad ipotesi tipizzate dal legislatore.

Infatti, come visto, il Codice dei Contratti Pubblici contiene al suo interno una norma generale in base alla quale si prescrive alle stazioni appaltanti l'obbligo di adottare "*misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni conflitto di interessi*" ed anche altre e diverse norme che si riferiscono a specifiche ipotesi che possono verificarsi in corso di gara.

### *7.1.3 In particolare: declinazioni del principio di contabilità*

Infine, dall'analisi fin qui svolta, si può notare che il diritto internazionale dei contratti pubblici ed il diritto nazionale si basano anche sul principio di contabilità.

Ciò si evince in particolar modo se si guarda alla disciplina prevista in materia dei criteri di aggiudicazione, la quale è pressoché identica in entrambi gli ordinamenti.

In entrambi gli ordinamenti, infatti, è previsto che l'amministrazione possa aggiudicare una commessa pubblica in base a due criteri di aggiudicazione che sono: il criterio del prezzo più basso ed il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Quest'ultimo è il criterio preferito sia dal diritto nazionale che dal diritto internazionale, in quanto si ritiene che tramite la sua applicazione l'amministrazione possa raggiungere con più facilità un risultato ottimale.

Il criterio del prezzo più basso che quindi costituisce più l'eccezione che la regola, può essere usato in determinate circostanze e dietro puntuale motivazione della stazione appaltante.

In entrambi i casi, qualora l'amministrazione decida di ricorrere all'uno piuttosto che all'altro criterio, le sue scelte saranno comunque guidate da ragioni di contabilità.

Certamente, ciò si può cogliere più facilmente se si guarda al caso in cui un appalto sia aggiudicato in base al solo criterio del prezzo più basso: in questo caso, infatti, dove la migliore offerta è quella che presenta il prezzo più basso, l'azione dell'amministrazione è orientata principalmente a ridurre il più possibile la spesa di denaro pubblico.

Ma a ben vedere, anche se si utilizza il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'azione dell'amministrazione risulta guidata -seppure in misura minore- da ragioni di contabilità.

In questo caso, quando si decide di aggiudicare un contratto pubblico sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, le offerte saranno valutate in base a molteplici e diversi parametri, i

quali ricomprendono oltre che il prezzo anche altri elementi non ricollegati al prezzo e nei documenti di gara deve anche essere indicato in maniera chiara il relativo peso e la modalità di valutazione di ciascuno di questi parametri.

Dunque, l'offerta migliore sarà quella che avrà ottenuto il punteggio più alto dato dalla somma dei punteggi attribuiti in ciascuna delle categorie specificate nel bando.

In altre parole, per entrambi gli ordinamenti, ciò significa che, quando si ricorre al criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, la scelta dell'amministrazione rimane pur sempre condizionata da ragioni di contabilità (il prezzo rimane comunque un elemento di valutazione delle offerte), ma in questo caso l'esigenza di contenimento della spesa pubblica non costituisce l'unico parametro con cui valutare la convenienza delle offerte, a tale esigenza, infatti, vengono affiancati anche altri e diversi parametri selezionati dall'amministrazione gara per gara.

## **7.2 Osservazioni conclusive circa la natura ed il modus operandi delle regole internazionali che disciplinano l'affidamento dei contratti pubblici sovranazionali**

Giunti al termine dell'analisi del sistema complesso costituito da norme nazionali ed internazionali in materia di appalti pubblici, è opportuno soffermarsi su alcuni tratti ed elementi caratteristici di queste ultime norme che riguardano la loro natura, la loro formulazione e alcune logiche commerciali ad esse sottese.

Si è visto che il vigente Codice dei Contratti Pubblici nazionale, di cui al D. Lgs. 50/2016, prevede espressamente che gli appalti pubblici internazionali non siano disciplinati dalle regole dell'evidenza pubblica nazionali ma siano governati, al loro posto, da varie fonti internazionali. Tale formulazione, *prima facie*, potrebbe destare qualche perplessità in quanto potrebbe indurre a ritenere che tramite questa esclusione, i contratti conclusi dalla pubblica amministrazione, qualora presentino elementi di internazionalità, non siano più regolati da norme pubblicistiche. A ben vedere, dall'analisi svolta, non pare errato sostenere che l'esclusione del Codice dei Contratti Pubblici non implica l'abbandono della materia al diritto comune ma, al contrario, l'aggiudicazione degli appalti pubblici a livello internazionale sembra rimanere comunque ancorata a regole di natura prettamente pubblicistica.

Volendo utilizzare le preziose nozioni offerte da M. S. Giannini, si potrebbe affermare che le norme che vengono in rilievo sul piano internazionale sono pur sempre norme che appartengono comunque al genere dell'evidenza pubblica, e non al diritto privato, in quanto sono

esplicitamente volte a regolare un *“procedimento amministrativo che accompagna la conclusione dei contratti della pubblica amministrazione.”*

E ciò non viene smentito dall'esame delle fonti sovranazionali prese in considerazione nei capitoli precedenti. L'UNCITRAL Model Law on Public Procurement, le World Bank Procurement Regulations ed il Government Procurement Agreement sono tutte quante finalizzate a disciplinare un procedimento amministrativo che, essendo regolato dal diritto internazionale, dalle leggi nazionali che ne costituiscono applicazione, da regolamenti e da atti della stessa amministrazione ed articolandosi nelle due macro-fasi di ricerca del miglior offerente e di selezione della migliore offerta, non rende l'amministrazione libera nella conclusione dei contratti.

In secondo luogo, appurata la natura pubblicistica delle regole che a livello sovranazionale governano gli appalti pubblici internazionali esclusi dall'ambito di applicazione del D. Lgs. 50/2016 ai sensi dell'art. 16, è interessante osservare che tali regole sono caratterizzate da un più alto grado di genericità rispetto quelle presenti nell'ordinamento nazionale.

Nel diritto internazionale dei contratti pubblici analizzato non vi sono regole minuziose e dettagliate, ma solo regole generali e di principio che vengono meglio specificate caso per caso dall'amministrazione stessa nel momento della gara.

Per fare un esempio, tra le varie fonti sovranazionali analizzate l'UNCITRAL Model Law on Public Procurement è la più specifica e ciò non sorprende in quanto, essendo una Legge modello, deve essere il più specifica possibile al fine di suggerire ai legislatori nazionali eventuali spunti per modificare ed implementare il proprio sistema interno.

Infatti, soprattutto se si osservano le disposizioni in punto di requisiti di partecipazione dei concorrenti si vede come la Legge modello si riferisca, in via comunque esemplificativa, a un ventaglio molto ampio di idoneità che possono essere possedute dai concorrenti per partecipare ad una gara pubblica, e stabilisce altresì che tali idoneità non devono essere formulate in modo discriminatorio.

Del pari, anche le altre fonti internazionali, ossia le WB Procurement Regulations ed il GPA, sul punto, fanno riferimento innanzitutto al fatto che i requisiti di partecipazione non debbano essere formulati col fine di alterare la concorrenza ma, diversamente dall'UNCITRAL, in via ancora più generale, quando si tratta di fissare tali requisiti, stabiliscono solamente che ciascun concorrente che intenda partecipare debba possedere tutte le abilità necessarie per eseguire il contratto.

In tutti e tre i casi, dunque, in maniera diametralmente opposta a quanto previsto nell'ordinamento nazionale, si può notare un forte grado di astrazione della normativa

sovranazionale: manca un elenco tassativo di idoneità che devono essere possedute dai concorrenti; non vengono specificate le modalità di accertamento di tali idoneità; all'amministrazione vengono forniti in via esemplificativa solamente alcuni parametri cui potersi attenere nel momento di accertamento delle idoneità dei partecipanti; nella formulazione dei requisiti di partecipazione, i quali, pertanto, devono essere specificati gara per gara, il diritto internazionale prevede essenzialmente che, tra le altre cose, come regola generale, questi non siano formulati in maniera tale da creare discriminazioni tra i concorrenti.

## Bibliografia

- C. ACOCELLA, *Art. 42 – Conflitto di interesse*, in *Codice dei Contratti Pubblici Commentato*, a cura di L. R. PERFETTI, II edizione, Milano, Wolters Kluwer, 2017;
- N. ACOCELLA, *La globalizzazione e l'equilibrio economico mondiale*, Roma, Carocci Editore, 2020;
- M. ALACEVICH, *The Political Economy of the World Bank: The Early Years*, Stanford University Press, Stanford, 2009, 2;
- W. ALSCHNER, *Amicable settlements of WTO disputes: bilateral solution in a multilateral system*, *World Trade Review*, 2014, 13;
- M. AMBROSELLI e C. SERSALE, *Qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, II, 2019;
- R. D. ANDERSON e K. OSEI-LAH, *The coverage negotiation under the Agreement on Government Procurement: context, mandate, process and prospects*, in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, editori S. ARROWSMITH e R. D. ANDERSON, Cambridge University Press, Cambridge, 2012;
- S. ARROWSMITH e A. DAVIES, *Public Procurement: Global Revolution*, Londra, Kluwer Law International, 1998;
- S. ARROWSMITH, *National and International Perspectives on the Regulation of Public Procurement: Harmony or Conflict?*, in *Public Procurement: Global Revolution*, editori S. ARROWSMITH e A. DAVIES, Londra, Kluwer Law International, 1998;
- S. ARROWSMITH, *Towards a Multilateral Agreement on Transparency in Government Procurement*, in *International & Comparative Law Quarterly*, Cambridge, Cambridge University Press, 47, 4, 1998;
- S. ARROWSMITH, J. LINARELLI e D. WALLACE, *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Londra, Kluwer Law International, 2000;
- S. ARROWSMITH, *Government Procurement in the WTO*, Kluwer Law International, The Hague, 2003;

- S. ARROWSMITH, *Public Procurement: An Appraisal of the UNCITRAL Model Law as a global standard*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, Cambridge University Press, 53, I, 2004;
- S. ARROWSMITH, *Reform of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement: Public Procurement Regulation for the 21st Century*, Toronto, Thomson Reuters, 2009;
- S. ARROWSMITH, *The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions*, in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, editori S. ARROWSMITH e R. D. ANDERSON, Cambridge University Press, Cambridge, 2012;
- S. ARROWSMITH e R. D. ANDERSON, *The WTO Regime on government procurement: past, present and future*, in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, editori S. ARROWSMITH e R. D. ANDERSON, Cambridge University Press, Cambridge, 2012;
- L. BARTELS, *Jurisdiction and applicable law in the WTO*, University of Cambridge Faculty of law, Research Paper No. 59/2014, 1 ottobre 2014;
- C. BASTASIN e G. TONIOLO, *La strada smarrita – breve storia dell’economia italiana*, Bari, Laterza, 2020;
- P. BATTILANI e F. FAURI, *L’economia italiana dal 1945 ad oggi*, Bologna, Il Mulino, 2019;
- A.M. BOCCHI e M. PIAZZA, *La Banca Mondiale*, Il mulino, Bologna, 2007;
- F. BORSON, *Reforms under the World Bank Procurement and the Policy implications for Developing Countries*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, 12, n. 2, 2017;
- D. BORTOLOTTI, *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV, Torino, 1989, 37;
- L. BELLAGAMBA, *La qualificazione nell’appalto di lavori*, Milano, Giuffrè, 2000;
- F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike, 2017;
- F. CARDARELLI, *Criteri di Aggiudicazione*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, 2019, III;
- H.C. CASAVOLA, *La Globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 2012;

- S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2-3, 2002;
- P.M. CHITI, *Principi*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, I, 2019;
- A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, XIV ed., Milano, Giuffrè, 2021;
- A. CIOFFI, *Moralità amministrativa e conflitto di interessi*, in *Dir. Amm.*, 4, 2017;
- M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2013;
- M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Concorrenza e mercato*, Milano, Giuffrè, 1, 2015;
- M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. Amm.*, Milano, Giuffrè, 1-2, 2016, p. 71 e ss;
- A.A.N. COMAS e N.F. MENDES DOS SANTOS, *Measuring Public Procurement Rules and Practices - Benchmarking a recurrent infrastructure contract*, editore WORLD BANK GROUP, Policy Research Working Paper n. 9651, 2021;
- C. CONTESSA, *Gli atti di regolazione subprimaria nel nuovo codice degli appalti*, in *Lib. Dir. Treccani*, 2017;
- M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, Milano, Giuffrè, 2, 2008;
- R. DALOISO, *La nuova disciplina sulla qualificazione degli appaltatori*, in *Urbanistica e Appalti*, 8, 2004;
- R. DAMONTE, *Al via il nuovo sistema di qualificazione*, in *Urbanistica e Appalti*, 5, 2000;
- J. W. DAVEY, *The WTO and rules-based dispute settlement: historical evolution, operational success and future challenges*, in *Journal of International Economic Law*, 2014, 17;
- G. DE GRAAF e P. TREPTE, *The Revised GATT Procurement Agreement*, in *Public Procurement Law Review*, 1994, 3, CS70;

- G. DE GRAAF e M. KING, *Towards a More Global Government Procurement Market: the Expansion of the GATT Government Procurement Agreement in the Context of the Uruguay Round*, *International Lawyer*, 1995, 29;
- R. DE NICTOLIS, *I termini per le domande di partecipazione e per le offerte*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS e R. GAROFOLI, Milano, Giuffrè, III, 2008;
- R. DE NICTOLIS, “*Forcella*”, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, 2019, III;
- R. DE NICTOLIS, *Procedure negoziate con e senza bando*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, III, 2019;
- P. DELIMATSI, *Transparency in the WTO’s decision-making*, in *Leiden Journal of International Law*, Leiden, 2014, 27;
- R. DIPACE, *Termini per le domande e le offerte*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, III, 2019;
- R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli Editore, 2021;
- A. DO AMARAL JUNIOR, L. M. DE OLIVEIRA SÁ PIRES, C. L. CARNEIRO, *The WTO Dispute Settlement Mechanism – A developing country perspective*, Springer, Berlino, 2019;
- U. DRAETTA, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, Giuffrè, Milano, 2020;
- C. FA LO, *The benefits for developing countries of accession to the Agreement on Government Procurement: the case of Chinese Taipei*, in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, editori S. ARROWSMITH e R. D. ANDERSON, Cambridge University Press, Cambridge, 2012;
- S. FANTINI e H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2017,
- A. FARI, *I “contratti attivi” – L’evidenza pubblica tra regole di contabilità e di mercato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018;
- M. FAZEKAS e J.R. BLUM, *Improving Public Procurement Outcomes – Review of Tools and the State of the Evidence Base*, editore WORLD BANK GROUP, Policy Research Working Paper n. 9690, giugno 2021;

- G. FIDONE, *Dalla rigidità della Legge Merloni al recepimento del dialogo competitivo: il difficile equilibrio tra rigore e discrezionalità*, in *Foro Amm. TAR*, 2007, 12;
- G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2015;
- L. FIORENTINO, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016;
- F. FRACCHIA, *Fonti Internazionali*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, I, 2019;
- F. FRANCIOSI, *Requisiti speciali di capacità dei concorrenti*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, II, 2019;
- C. FRANCHINI, *Organizzazione amministrativa europea*, in *Diritto amministrativo europeo*, a cura di E. CHITI, Milano, Giuffrè, 2018;
- M. GALLO, *Contratti di diritto privato degli enti pubblici*, in *Nov. Dig. It.*, IV, Torino, 1968;
- H. GARUZZO, *Articolo 40 – Qualificazione per eseguire lavori pubblici*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, diretto da G. FRANCO e G. MORBIDELLI, Milano, Egea, 2013,
- C. GENOVESE, *Le novità in tema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici*, in *Il correttivo al codice dei contratti pubblici. Guida alle modifiche introdotte dal d. lgs. 19 aprile 2017, n. 56*, a cura di M.A. SANDULLI, M. LIPARI, e F. CARDARELLI, Milano, Giuffrè, 2017;
- A. GEORGOPOULOS e B. HOEKMAN, *The internationalization of Government Procurement Regulations*, Oxford, Oxford University Press, 2017;
- P. GIAMMARRIA, *Art. 80 – Motivi di esclusione*, in *Codice dei Contratti Pubblici Commentato*, a cura di L. R. PERFETTI, II edizione, Milano, Wolters Kluwer, 2017;
- P. GIAMMARRIA, *Commento all'art. 83. Criteri di selezione e soccorso istruttorio*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. PERFETTI, Milano, Ipsoa, 2017;
- A. GIANNELLI, P. PROVENZANO e A. GIUSTI, *Commento all'art. 83. Criteri di selezione e soccorso istruttorio*, in *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, a cura di G.M. ESPOSITO, I, Milano, Utet, 2017;
- M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1933;

A. GIUFFRIDA, *Articolo 41 – Capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, diretto da G. FRANCO e G. MORBIDELLI, Milano, Egea, 2013;

A. GIUNTINI e C. PAVESE (a cura di), *Reti, mobilità, trasporti. Il sistema italiano tra prospettiva e innovazione*, Milano, Angeli, 2004;

J. GORSKI, *The World Bank's New Procurement Regulations*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, 11, n. 4, 2016;

G. GRECO, *I rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M. P. CHITI e G. GRECO, parte generale, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2007;

M. GRECO, *La legge 'merloni-ter' e il nuovo sistema di qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici (dpr 34/2000)*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 3, 2000

N. E. HANNAH, *The quest for accountable governance: embedded NGOs and demand driven advocacy in the international trade regime*, *Journal of World Trade*, 2014, 48 (3);

A. HEIMLER, *Appalti pubblici, prassi applicative e controlli: quale spazio per gli aspetti sostanziali?*, in *Merc., Conc. Reg.*, 2015;

B. HOEKMAN e P. C. MAVROIDIS, *The WTO's Agreement on Government Procurement: Expanding Disciplines, Declining Membership?*, *Public Procurement Law Review*, 1995, 4;

B. H. HOEKMAN e M. M. KISTECKI, *The Political Economy of the World Trading System*, Oxford University Press, Oxford, 2001;

B.M. HOEKAMN e P.C. MAVROIDIS, *World Trade Organization – Law, Economics and politics*, Routledge, New York, 2016;

R. R. HUNJA, *The UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services and its impact on Procurement Reform*, in *Public Procurement: Global Revolution*, editori S. ARROWSMITH e A. DAVIES, Londra, Kluwer Law International, 1998;

R. INVERNIZZI, *Dialogo competitivo*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, 2019, III;

J. JACKSON, *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, Mit Press, Cambridge, 1997;

- D. KAPUR, J. P. LEWIS e R. C. WEBB, *The World Bank: History*, Brookings Institutions Press, Washington, 1997;
- R. KOCH, *Green Public Procurement under WTO Law – evidence of the EU and Prospects for Switzerland*, Springer, Berlino, 2020;
- A. LA CHIMIA, *Untying aid through the Agreement on Government Procurement: a means to encourage developing countries' accession to the Agreement and to improve aid effectiveness?*, in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, editori S. ARROWSMITH e R. D. ANDERSON, Cambridge University Press, Cambridge, 2012;
- A. LALLI, *Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico. Una rassegna*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1, 2016;
- A. LIROSI e R. DE ROSE, *Pubblicità degli atti di gara*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, 2019, III;
- G. MARGIOTTA, *Scelta delle procedure, procedura aperta e ristretta*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, 2019, III;
- K. MARSHALL, *The world bank from reconstruction to development to equity*, Routledge, Oxon, 2008;
- M. MARTINELLI, *I requisiti di carattere economico-finanziario*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS e R. GAROFOLI, Milano, Giuffrè, 2008;
- E. S. MASON e R. E. ASHER, *The World Bank since Bretton Woods*, Brookings Institutions, Washington, 1973;
- M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM, P. C. MAVROIDIS, M. HAHN, *The World Trade Organization: law, practice and policy*, Oxford University Press, Oxford, 2015;
- P. C. MAVROIDIS, *Trade in Goods*, Oxford University Press, Oxford, 2012;
- A. MAZZONI e M.C. MALAGUTI, *Diritto del Commercio Internazionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2019;
- G. MORBIDELLI, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *Dir. Amm.*, 2016;
- L.V. MOSCARDINI, *L'appalto*, in *Trattato di diritto Privato*, diretto da P. RESCIGNO, XI, Torino, Utet, 1984;

- A. C. MÜLLER, *Special and differential treatment and other measures for developing countries under the Agreement on Government Procurement: the current text and new provisions*, in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, editori S. ARROWSMITH e R. D. ANDERSON, Cambridge University Press, Cambridge, 2012,
- K.V.S.K. NATHAN, *World Bank Procurement Sacred Cow or Case of Mad Cow Disease*, in *Journal of World Investment*, vo. 2, n. 4, dicembre 2001;
- C. NICHOLAS, *A critical Evaluation of the revised UNCITRAL Model Law provisions on regulating framework agreements*, *Public Procurement Law Review*, 21, 2, 2012;
- C. NICHOLAS, *UNCITRAL and the internationalization of Government Procurement Regulation*, in *The internationalization of Government Procurement Regulations*, editori A. GEORGOPOULOS e B. HOEKMAN, Oxford, Oxford University Press, 2017;
- A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, Nomos, Baden, 2017;
- W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, Bloomsbury Publishing Plc, 2017;
- D. SORACE e S. TORRICELLI, *Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, X. Ed., Bologna, Il Mulino, 2021;
- H. PAEMEN e A. BENSCH, *Du Gatt à l'Omc. La Communauté européenne dans l'Uruguay Round*, Leuven University Press, Leuven, 1995;
- A. PARENTI, *Il Wto – tra l'ingresso della Cina e la crisi economica*, Il Mulino, Bologna, 2011;
- A. POLICE, *Contratti pubblici: tra ultime novità legislative ed esigenze di semplificazione*, in *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, a cura di C. FRANCHINI e F. SCIAUDONE, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015;
- N. POSTERARO, *Il divieto di commistione tra i criteri di valutazione delle offerte e gli elementi attinenti alla capacità tecnica dell'impresa*, in *L'Amministravista.it*, 1° marzo 2018;
- L.G. RADICATI DI BROZOLO, M. GUSTAFSSON, *Partecipazione alle gare e regole di concorrenza*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2002;

M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Il governo dell'economia. In ricordo di Vittorio Ottaviano nel centenario della nascita*, a cura di L. LICCIARDELLO, Torino, Giappichelli, 2018;

A. REICH, *The new GATT Agreement on government procurement: the pitfalls of plurilateralism and strict reciprocity*, in *Journal of world trade: law, economic policy, public policy*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 1997, 31, 2;

A. REICH, *International Public Procurement Law: the evolution of international regimes on public purchasing*, Kluwer Law International, Londra, 1999;

M. ROTONDI, *L'appalto di opere pubbliche i soggetti: dall'ANC ai nuovi sistemi di qualificazione delle imprese*, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. VILLATA, Padova, Cedam, II ed., 2004;

A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene Editore, 1982, XIII ed., I;

A. SCHMIDT, *Public Procurement Law and Reform in Developing Countries: International Best Practices and Lessons Learned*, Nomos, Baden, 2017;

F.G. SCOCA, *Gli appalti pubblici. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012;

O. SEPE, *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961;

I. SOFFIATI, *Commento all'art. 42*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Guida operativa al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e alle Linee guida ANAC*, a cura di F. CARINGELLA e M. PROTTO, Roma, Dike, 2016;

W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, Bloomsbury Publishing Plc, 2017;

E. SOPRANO e P. VOSA, *Profili Formali e Sostanziali delle Offerte. Varianti in Sede di Offerta*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, 2019, III;

D. SORACE e S. TORRICELLI, *Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, X. Ed., Bologna, Il Mulino, 2021;

M.R. SPASIANO, *I requisiti di idoneità professionale*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, e R. GAROFOLI, II, Milano, Giuffrè, 2019;

- L. TARANTINO, *Conflitti di Interesse*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, II, 2019;
- E. TERRACCIANO e L. MARRACCINI, *Partenariato per l'innovazione*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, 2019, III;
- K. V. THAI, *International Handbook of Public Procurement*, Routledge, Londra, 2009;
- R. TITOMANILIO, *L. 11 febbraio 1994 N. 109*, in *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, a cura di A. CARULLO e A. CLARIZIA, Padova, Cedam, 1994;
- A. TOMASSETTI, *Appalto nel codice civile e nel codice dei contratti pubblici*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, 2019, I;
- G. TONIOLO, *Europe's Golden Age, 1950-1973: Speculations from a Long-Run Perspective*, in "The Economic History Review", 51, n. 2, 1998;
- L. TOOHEY, *Accession as dialogue: epistemic communities and the World Trade Organization*, in *Leiden Journal of International Law*, Leiden, 27(2), 2014;
- L. TORCHIA, *Diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario: sviluppi recenti del processo di ibridazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5, 1997;
- D.F.G. TREBASTONI, *Commento all'art. 40*, in *Codice dell'appalto pubblico*, a cura di S. BACCARINI, G. CHINÈ e R. PROIETTI, Milano, Giuffrè, 2015;
- P. TREPTE, *Regulating Procurement: Understanding the ends and means of public procurement regulations*, Oxford University Press, Oxford, 2004;
- P. TREPTE, *All change at the World Bank? The new procurement framework*, in *Public Procurement Law Review*, 4, 2016;
- T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, in *Public Procurement: Global Revolution*, editori S. ARROWSMITH e A. DAVIES, Kluwer Law International, Londra, 1998;
- P. VAN DE BOSSCHE e D. PRÉVOST, *Essentials of WTO Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016;
- S. VINTI, *L'eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo e l'oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici*, in *Federalismi*, 12, 2020;

D. WALLACE e S. SAHAYADACHNY, *Opening Government Procurement Markets*, in *Trade Rules in the Making*, editori M. MENDOZA, P. LOW, B. KOTSCHWAR, Brookings Institution Press, Washington, 1999;

S. WILLIAMS-ELEGBE, *Beyond Uncitral: the challenges of Procurement Reform Implementation in Africa*, *Stellenbosch Law Review*, 25, n. 1, 2014;

S. WILLIAMS-ELEGBE, *The Changes to the World Bank's Procurement Policy and the implications for African Borrowers*, in *African Public Procurement Law Journal*, 29, 2014;

WORLD BANK GROUP, *The World Bank Group A to Z*, World Bank Publications, Washington, 2016;

WORLD BANK GROUP, *Benchmarking Public Procurement 2016 – assessing public procurement systems in 77 economies*, World Bank Publications, Washington, 2016;

WORLD BANK GROUP, *Benchmarking Public Procurement 2017 – assessing public procurement systems in 180 economies*, World Bank Publications, Washington, 2017;

WORLD BANK GROUP, *Green Public procurement: an overview of green reforms in country procurement systems*, World Bank Publications, Washington, 2021;

WORLD BANK STAFF, *Guide to the World Bank*, World Bank Publications, Washington, 2003;

WTO SECRETARIAT, *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017;

## INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

TAR Lazio, Roma, Sez. I-bis, 5 luglio 2006, n. 5418;

Cons. Stato, Sez. V, 15 febbraio 2007, n. 647;

Cons. Stato, Sez. IV, 12 giugno 2007, n. 3103;

TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 18 giugno 2007, n. 5259;

Corte Costituzionale, 23 novembre 2007, n. 401;

Cons. Stato, Ad. Plen, 30 luglio 2014, n. 16;

TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 11 gennaio 2017, n. 12;

TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 12 dicembre 2017, n. 2363;

TAR Lazio, Roma, Sez. II, 2 marzo 2018, n. 2394;

TAR Lazio, Roma, Sez. II, 6 marzo 2018, n. 2555;

TAR Campania, Napoli, Sez. II, 27 marzo 2018, n. 1949;

TAR Lazio, Roma, Sez. II, 23 luglio 2018, n. 8288;

TAR Lazio, Roma, Sez. III-quater, 1 agosto 2018, n. 8588;

Cons. St., Sez. V, 24 gennaio 2019, n. 598;

## INDICE DELLE FONTI

### **Normativa nazionale:**

Legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. F (Legge sui lavori pubblici);

Regio Decreto 23 maggio 1924, n. 827 (Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato);

Decreto Ministeriale 28 maggio 1895 (Capitolato generale per gli appalti delle opere dipendenti dal Ministero dei lavori pubblici);

Legge 10 febbraio 1962, n. 57 (Istituzione dell'Albo Nazionale Costruttori);

Legge 15 novembre 1986, n. 768 (Ulteriori norme per l'aggiornamento dell'albo nazionale dei costruttori);

D del Ministero dei Lavori Pubblici del 9 marzo 1989, n. 172 (Approvazione del regolamento per l'attuazione della normativa in materia di Albo Nazionale dei Costruttori);

Legge 9 agosto 1977, n. 584 (Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità Economica Europea);

Legge 10 dicembre 1981, n. 741 (Ulteriori norme per l'accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche);

Legge 8 ottobre 1984, n. 687 (Modifiche delle leggi 10 dicembre 1981, n. 741, 8 agosto 1977, n. 584, 2 febbraio 1973, n. 14, e di norme in materia di cauzione provvisoria e di pubblicità);

Decreto Legislativo del 24 luglio 1992, n. 358 (Testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE);

D. Lgs. del 17 marzo 1995, n. 157 (Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi);

Decreto Legislativo del 17 marzo 1995, n. 158 (Attuazione delle direttive 90/531/CEE e 93/38/CEE relative alle procedure di appalti nei settori esclusi.);

Decreto Legislativo del 20 agosto 2002, n. 190 (Attuazione della legge 21 dicembre 2001, n. 443, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale);

Legge 11 febbraio 1994, n. 109 (La nuova legge quadro in materia di lavori pubblici);

Decreto del Presidente della Repubblica del 25 gennaio 2000, n. 34 (Regolamento per l'istituzione di un sistema di qualificazione unico dei soggetti esecutori di lavori pubblici, a norma dell'articolo 8, comma 2, della legge 11 febbraio 1994, n. 109);

Decreto Legislativo del 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE);

Decreto del Presidente della Repubblica del 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»);

Decreto Legislativo del 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici);

Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 2 dicembre 2016 (Definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, di cui agli articoli 70, 71 e 98 del d.lgs. n. 50 del 2016);

### **Normativa europea:**

Direttiva 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici;

Direttiva 72/277/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1972, relativa alle modalità e condizioni di pubblicazione nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee dei bandi di gara per appalti e concessioni di lavori pubblici;

Direttiva 77/62/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1976, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture;

Direttiva 80/767/CEE del Consiglio, del 22 luglio 1980, che adatta e completa, per quanto riguarda alcune amministrazioni aggiudicatrici, la direttiva 77/62/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture;

Direttiva 88/295/CEE del Consiglio del 22 marzo 1988 che modifica la direttiva 77/62/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e che abroga talune disposizioni della direttiva 80/767/CEE;

Direttiva 89/440/CEE del Consiglio del 18 luglio 1989 che modifica la direttiva 71/305/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici;

Direttiva 90/531/CEE del Consiglio, del 17 settembre 1990, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni;

Direttiva 92/50/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi;

Direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori;

Direttiva 93/38/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni;

Direttiva 2004/17/CE del 31 marzo 2004 che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, ed anche degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali;

Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi;

Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione;

Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE;

Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE;

### **Normativa internazionale:**

Final Act of the United Nations Conference on Trade and Employment – Havana Charter for an International Trade Organization, L'Avana (Cuba), 21 novembre 1947 – 24 marzo 1948;

General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), Ginevra (Svizzera), 30 ottobre 1947;

General Agreement on Trade in Services (GATS), Marrakesh (Marocco), 15 aprile 1994;

Trattato istitutivo della World Trade Organization (WTO)/Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), Marrakech (Marocco), 15 aprile 1994;

Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 2205 (XXI) del 17 Dicembre 1966, istitutiva dell'UNCITRAL;

UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services, del 15 giugno 1994;

UNCITRAL Model Law on Public Procurement, del 9 Dicembre 2011;

Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement del 9 dicembre 2011;

Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 66/95 del 9 Dicembre 2011;

World Bank Guidelines on Procurement under IBRD Loans and IBRD Credit, del 1995;

Guidelines on the Use of Consultants by World Bank Borrowers and by the World Bank as Executing Agency, del 1997;

World Bank Procurement Regulation for IPF Borrowers, Luglio 2016;

Government Procurement Agreement (GPA), Marrakesh (Marocco), 15 aprile 1994;

Government Procurement Agreement (GPA), 30 marzo 2012