



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO
**DIPARTIMENTO DI DIRITTO DEI RAPPORTI CIVILI
ED ECONOMICI NEI SISTEMI GIURIDICI CONTEMPORANEI**

DOTTORATO DI RICERCA

**Comparazione e diritti della persona
VIII ciclo nuova serie**

TESI DI DOTTORATO

***PROFILI DELLA CONTRATTAZIONE PUBBLICO-PRIVATO IN
MATERIA DI APPALTI PUBBLICI E SCELTA DEL CONTRAENTE IN
DIRITTO ITALIANO E COMPARATO.***

(ABSTRACT)

**Coordinatore
Ch.mo Prof. Pasquale Stanzone**

**Tutor
Prof. Angelo Saturno**

**Dottoranda
Barbara Auriemma**

Anno accademico 2008-2009



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO
**DIPARTIMENTO DI DIRITTO DEI RAPPORTI CIVILI
ED ECONOMICI NEI SISTEMI GIURIDICI CONTEMPORANEI**

DOTTORATO DI RICERCA

**Comparazione e diritti della persona
VIII ciclo nuova serie**

TESI DI DOTTORATO

***PROFILI DELLA CONTRATTAZIONE PUBBLICO-PRIVATO IN
MATERIA DI APPALTI PUBBLICI E SCELTA DEL CONTRAENTE IN
DIRITTO ITALIANO E COMPARATO.***

(ABSTRACT)

**Coordinatore
Ch.mo Prof. Pasquale Stanzone**

**Tutor
Prof. Angelo Saturno**

**Dottoranda
Barbara Auriemma**

Anno accademico 2008-2009

Una profonda trasformazione ha consentito alla pubblica amministrazione di passare da una posizione di originaria supremazia e di potere a quella di soggetto prevalentemente al servizio della collettività.

Il nuovo modo di operare della p.a. ha avuto come conseguenze inevitabili sia il mutamento delle funzioni esercitate dal potere pubblico sia il mutamento degli strumenti di esercizio di tali funzioni.

Alcuni compiti istituzionali sono stati devoluti a soggetti privati, in altri casi amministrazioni e privati concorrono alla realizzazione di obiettivi di interesse generale, attraverso il ricorso agli istituti di diritto comune e a nuove forme organizzative.

Il settore delle opere pubbliche, in particolare, ha visto lo sviluppo di forme di azione concordata nelle quali, pur sussistendo una forte componente pubblicistica dal punto di vista gestionale ed organizzativo, è divenuta fondamentale la partecipazione degli interessati, ricorrendo all'organizzazione imprenditoriale e finanziaria dei privati per i procedimenti di scelta.

Vengono utilizzati istituti tipici del diritto civile per regolare settori di competenza della pubblica amministrazione; regole pubblicistiche e regole privatistiche sono in continua e reciproca interazione.

Nella contrattazione pubblico-privato si assiste alla compresenza, quindi, di due momenti fondamentali:

1. il soddisfacimento dell'interesse pubblico (fase pubblicistica);
2. la utilizzazione degli strumenti di diritto privato (fase privatistica).

Il primo, si realizza attraverso la previsione dell'obbligo di rispettare i canoni fondamentali di trasparenza, efficienza, efficacia, parità di condizioni nell'accesso al mercato, economicità, ragionevolezza, ecc..

Il secondo, consente la stipulazione dei contratti mediante la utilizzazione di tutti gli strumenti del diritto civile, nel rispetto dell'autonomia contrattuale in base alla quale le parti sono libere di determinarne il contenuto, ovviamente nei limiti imposti dalla legge e sempre che si realizzino interessi meritevoli di tutela.

I modelli privatistici utilizzati dall'amministrazione a volte presentano alterazioni, limiti, prescrizioni integrative e derogatorie.

Le restrizioni più significative nella disciplina della formazione del contratto e nell'esecuzione del rapporto gravano innanzitutto sull'autonomia delle stazioni

appaltanti le quali nel perseguire il pubblico interesse non possono affermare la propria libertà di scelta del contraente, fissare l'oggetto del contratto o, più in generale, utilizzare il negozio per finalità estranee al perseguimento di interessi pubblici.

Con il progressivo processo di adeguamento all'ordinamento comunitario si sono profondamente modificate le modalità dell'esercizio dell'autonomia negoziale da parte della p.a., se solo si considera che espressione dell'autonomia negoziale tipica del diritto civile è anche la libertà di autodeterminazione nella scelta dell'altro contraente e che dal momento in cui tale autodeterminazione viene limitata, o comunque regolata da stringenti ed inderogabili norme pubblicistiche, risulta chiaro che si assiste a un fenomeno di condizionamento non solo dell'esercizio dei poteri discrezionali, tipici del soggetto pubblico e regolati dal diritto amministrativo, ma anche dell'autonomia negoziale di cui questo è portatore, vincolata com'è alla stretta osservanza delle disposizioni pubblicistiche sin dalle prime fasi in cui si esprime, quali, ad esempio, proprio la ricerca del contraente.

L'obbligo sostanzialmente generalizzato di esperire vere e proprie procedure concorsuali può incidere poi non unicamente sull'individuazione del soggetto concretamente chiamato a svolgere la prestazione, ma anche sui tempi di esecuzione di quest'ultima, sul prezzo offerto e sulle intrinseche caratteristiche tecniche dell'offerta e in definitiva sugli stessi contenuti contrattuali.

Quando le pubbliche amministrazioni stipulano il contratto dopo aver esperito una procedura concorsuale, sono obbligate a utilizzare lo stesso schema negoziale elaborato al momento dell'indizione della gara, unitamente agli altri documenti ed elaborati dell'appalto messi a disposizione dei concorrenti e ciò a prescindere dall'identità del contraente o dalle caratteristiche dell'offerta risultata vincitrice.

La comparazione con l'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni e con le normative di settore di altri Paesi ci consente di capire meglio il funzionamento dei meccanismi della normativa italiana e, quindi, comunitaria.

Comparare la nostra normativa con quelle dei due fra i più importanti paesi del bacino Euro-Mediterraneo, la Turchia e la Libia, ha consentito il confronto con realtà diverse, peculiari ed interessanti.

La Turchia ha come obiettivo l'ingresso in Europa ed ha calibrato gran parte

della propria attività legislativa sulle direttive europee.

La Libia è sicuramente, un Paese con tantissime contraddizioni, soprattutto per quanto riguarda il rispetto dei diritti umani, crocevia di culture ed interessi diversissimi fra di loro, con una forte ambizione di sviluppo, consapevole delle proprie potenzialità, ancora tutte da sfruttare.

Per quanto riguarda la Libia, l'art. 645 del Codice Civile libico stabilisce la natura dell'appalto definendolo: quel contratto in forza del quale una delle parti contraenti si impegna a realizzare un lavoro o a prestare un servizio, a fronte della retribuzione che l'altra parte contraente si obbliga a corrispondere.

Assi portanti della normativa libica degli appalti pubblici sono la decisione del Comitato Generale del Popolo n. 263 del 2000 e la decisione del Comitato Popolare Generale 29 del 2001.

In Turchia la materia degli appalti pubblici è disciplinata da due principali leggi: la legge n. 4734 sugli appalti pubblici, la Public Procurement Law - PPL e la legge n. 4735 sui contratti di appalto la Public Procurement Contract Law - PPCL.

La legge sugli appalti pubblici è composta da 70 articoli e regola dettagliatamente tutte le fasi della procedura di aggiudicazione, ad eccezione della conclusione e della risoluzione dei contratti di appalto, materia questa disciplinata dalla PPCL.

La PPL si applica agli appalti di lavori e di fornitura di beni e di servizi.

Le concessioni sono invece escluse dall'ambito di applicazione.

La legge sugli appalti disciplina i diversi tipi di procedure di scelta del contraente, sono infatti previsti:

- la procedura aperta;
- la procedura ristretta;
- la procedura negoziata;
- la negoziazione privata;
- la procedura speciale per l'affidamento dei servizi di consulenza.