

Nozione di errore scusabile “ammessa l’esonazione da colpa solo in presenza di un quadro normativo confuso e privo di chiarezza;”: l’ emendamento al decreto-legge 12 maggio 2006, n. 173 votato positivamente al Senato (ora deve, ovviamente andare alla Camera) in data 28 giugno 2006 fa (ulteriormente) slittare alcuni istituti del codice degli appalti (dal 1 gennaio 2007 al 1 febbraio 2007), i quali, tra l’altro, fino all’entrata in vigore delle modifiche restano disciplinate dalle disposizioni alle stesse applicabili alla data di pubblicazione dei relativi bandi o avvisi ovvero a quella di invio degli inviti: resta da capire se queste ultime norme sono quelle del nuovo codice degli appalti (che ufficialmente entra in vigore il 2 luglio 2006 e che spiega totalmente la propria efficacia fino a che non entrano in vigore le modifiche) oppure se, relativamente a questi istituti, restano in vigore le “resuscitate” Leggi, tra cui la Merloni?

di Sonia Lazzini

Sembra peraltro di capire che, se un’amministrazione subito dopo il 2 luglio 2006, volesse indire una gara, ad esempio, per un appalto integrato, lo possa fare, solo motivando tale scelta; dopo (?) e fino al 1 febbraio 2007 le norme ritornano quelle della Merloni che, è giusto ricordarlo, nel frattempo, per gli istituti “normali” è stata comunque mandata in soffitta.

Stesse considerazioni per l’avvalimento e tutte le altre modifiche.....

Sorge spontanea un’osservazione che forse farà tirare un sospiro di sollievo a tutti gli operatori della pubblica amministrazione: Il Consiglio di Stato (ma anche la Corte dei Conti), allineandosi alla giurisprudenza europea considerano ERRORE SCUSABILE il fatto che :

**gli estremi dell’errore scusabile li troviamo nella giurisprudenza europea (Corte Giustizia C.E., 5 marzo 1996, cause riunite nn.46 e 48 del 1993; 23 maggio 1996, causa C5 del 1994) che, pur assegnando valenza pressoché decisiva alla gravità della violazione, indica, quali parametri valutativi di quel carattere:**

- 1. il grado di chiarezza e precisione della norma violata;**
- 2. la presenza di una giurisprudenza consolidata sulla questione esaminata e definita dall’amministrazione,**
- 3. la novità di quest’ultima,(riconoscendo così portata esimente all’errore di diritto, in analogia all’elaborazione della giurisprudenza penale in tema di buona fede nelle contravvenzioni).**

Ci può intanto essere utile una prima, seppure breve, definizione che ci fornire il Supremo Organo Giudicante Amministrativo; leggiamo infatti nella decisione numero 948 dell’ 8 marzo 2005 emessa dal Consiglio di Stato che:

<Per costante giurisprudenza, l’applicazione dell’istituto dell’errore scusabile presuppone

- n una situazione normativa obiettivamente inconoscibile o confusa
- n uno stato di obiettiva incertezza, per le oggettive difficoltà di interpretazione di una norma,

- n per la particolare complessità di una fattispecie concreta,
- n per i contrasti giurisprudenziali esistenti o
- n per il comportamento dell'Amministrazione idoneo, perché equivoco, ad ingenerare convincimenti non esatti>

Ci sia di conforto quanto espresso da Cassazione – Sezione terza civile – sentenza 24 ottobre 2003-9 febbraio 2004, n. 2424

**3.2. Elemento essenziale per la sussistenza dell'errore scusabile è, quindi, l'inevitabilità dello stesso, determinata da cause oggettive, estranee all'agente, che finisce per escludere la colpevolezza, intesa quale forma di qualificazione dell'azione soggettiva nelle fattispecie di responsabilità**

Riportiamo quanto sancito da Consiglio di stato , con la decisione n.478 del 15 febbraio 2005  
 < La rilevata semplificazione dell'onere probatorio (a carico e a discarico) appena descritta ha imposto, quindi, di definire i caratteri che devono possedere gli elementi adottati a propria discolta dalla pubblica amministrazione, a fronte della produzione degli indizi a suo carico, perché la situazione allegata integri gli estremi dell'errore scusabile e consenta, perciò, di escludere la colpa dell'apparato amministrativo sul piano interno, esclusa la correttezza di ogni riferimento, pure in astratto invocabile, al livello culturale ed alle condizioni psicologiche soggettive del funzionario che ha adottato l'atto, risulta, in proposito, accettabile il criterio della comprensibilità della portata precettiva della disposizione inosservata e della univocità e chiarezza della sua interpretazione, **potendosi ammettere l'esenzione da colpa solo in presenza di un quadro normativo confuso e privo di chiarezza; restando, altrimenti, l'amministrazione soggetta all'inevitabile giudizio di colpevolezza nella violazione di un canone di condotta agevolmente percepibile nella sua portata vincolante**>

il Consiglio di Stato, con la decisione numero 386 dell' 11 febbraio 2005, dichiara che non esiste la colpa della pa qualora le interpretazioni giurisprudenziali su di una tale norma, siano molto difformi tra di loro

<il giudizio sulla scusabilità della violazione accertata, qui propugnato, pur presentando il vantaggio di una facile verificabilità alla stregua di parametri obiettivi (come, ad esempio, la chiarezza della legge o l'esistenza di indirizzi giurisprudenziali consolidati), al contempo introduce, nel ragionamento sillogistico di tipo giudiziario, **l'elemento nuovo rappresentato dal doveroso apprezzamento di un ridotto margine di fisiologica "inevitabilità" di talune illegittimità amministrative, specialmente qualora esse originino in conclamate difficoltà di ricostruire esattamente il quadro normativo o fattuale nel quale collocare la singola vicenda procedimentale.** >

^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^

Tabella di confronto tra i due atti, quello del Governo e quello del Parlamento

<p>BOZZA DI DECRETO LEGISLATIVO – ESAME PRELIMANARE – CONSIGLIO DEI MINISTRI DEL 23 GIUGNO 2006</p>	<p>EMENDAMENTO, AL DECRETO-LEGGE 12 MAGGIO 2006, N. 173 VOTATO POSITIVAMENTE AL SENATO IN DATA 28 GIUGNO 2006</p>
<p>Art. 1 Termini di efficacia</p> <p>1. L'articolo 253, comma 1, del decreto legislativo 12 aprile 2005, n. 163, è sostituito dal seguente: "Fermo quanto stabilito ai commi 1-bis e 1-ter, le disposizioni di cui al presente codice si applicano alle procedure e ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla sua entrata in vigore, nonché in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure e ai contratti in cui, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte".</p> <p>2. Dopo il comma 1 dell'articolo 253 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, sono inseriti i seguenti: 1-bis. Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, nei settori ordinari e speciali, le seguenti disposizioni si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi siano pubblicati successivamente <b>al 1° gennaio 2007</b>:</p> <p>1) articolo 33, commi 1 e 2, nonché comma 3 limitatamente alle parole "nonché a centrali di committenza";</p> <p>2) articolo 49, comma 10;</p> <p>3) articolo 58;</p> <p>4) articolo 59, limitatamente ai settori ordinari."</p>	<p>Art. 1- octies. - (Modifiche al decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163) – 1. Al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, sono apportate le seguenti modificazioni:</p> <p>a) all'articolo 177, comma 4, la lettera f) è abrogata;</p> <p>b) all'articolo 253, il comma 1 è sostituito dal seguente: "1. Fermo quanto stabilito ai commi 1-bis e 1-ter, le disposizioni di cui al presente codice si applicano alle procedure e ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure e ai contratti in cui, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.";</p> <p>c) all'articolo 253, dopo il comma 1 sono inseriti i seguenti: "1-bis. Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, nei settori ordinari e speciali, le seguenti disposizioni si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi siano pubblicati successivamente <b>al 1° febbraio 2007</b>:</p> <p>a) articolo 33, commi 1 e 2, nonché comma 3, secondo periodo, limitatamente alle sole centrali di committenza;</p> <p>b) articolo 49, comma 10;</p> <p>c) articolo 58;</p> <p>d) articolo 59, limitatamente ai settori ordinari.</p>

<p>1-ter. Per gli appalti di lavori pubblici di qualsiasi importo, nei settori ordinari, le disposizioni degli articoli 3 comma 7, 53 commi 2 e 3 e 56 si applicano alle procedure i cui bandi siano pubblicati successivamente <b>al 1° gennaio 2007.</b></p> <p>Le disposizioni dell'articolo 57 si applicano alle procedure per le quali l'invito a presentare l'offerta è inviato successivamente <b>al 1° gennaio 2007."</b></p> <p>(...)</p> <p>Art. 3</p> <p>1) Le disposizioni di cui al presente decreto legislativo entrano in vigore a decorrere dal giorno successivo alla loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.</p> <p>2. Le procedure di cui all'articolo 1 i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati tra il 1° luglio 2006 e il termine di cui al comma 1 nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, quelle i cui inviti a presentare le offerte siano stati inviati nello stesso termine, restano disciplinate dalle disposizioni alle stesse applicabili alla data di pubblicazione dei relativi bandi o avvisi ovvero a quella di invio degli inviti. A tal fine, le disposizioni di cui all'art. 256, comma 1, continuano ad applicarsi per il periodo transitorio di cui al comma 2.</p>	<p>1-ter. Per gli appalti di lavori pubblici di qualsiasi importo, nei settori ordinari, le disposizioni degli articoli 3, comma 7, 53 commi, 2 e 3, e 56 si applicano alle procedure i cui bandi siano pubblicati successivamente <b>al 1° febbraio 2007.</b></p> <p>Le disposizioni dell'articolo 57 si applicano alle procedure per le quali l'invito a presentare l'offerta sia inviato successivamente <b>al 1° febbraio 2007."</b></p> <p>d) all'articolo 257, dopo il comma 2 è inserito il seguente:  "2-bis. Le disposizioni di cui all'articolo 8, comma 6, hanno efficacia a decorrere dal 1° febbraio 2007".</p> <p><i>(NDR : Art. 8. (Disposizioni in materia di organizzazione e di personale dell'Autorità e norme finanziarie) (...))</i></p> <p><i>6. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta dell'Autorità, è istituito un apposito ruolo del personale dipendente dall'Autorità, determinato tenendo conto delle funzioni assegnate all'Autorità e delle risorse disponibili.)</i></p> <p>2. Le procedure di cui al comma 1, lettera c), del presente articolo i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati tra il 1° luglio 2006 e la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, quelle i cui inviti a presentare le offerte siano stati inviati nello stesso termine, restano disciplinate dalle disposizioni alle stesse applicabili alla data di pubblicazione dei relativi bandi o avvisi ovvero a quella di invio degli inviti. A tal fine, le disposizioni di cui all'articolo 256, comma 1, del citato codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, riferite alle fattispecie di cui al comma 1, lettera c), del presente articolo, continuano ad applicarsi per il periodo</p>
--	--

	<p>transitorio compreso tra la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e il 31 gennaio 2007».</p> <p>All'articolo 2 è inserita la seguente rubrica: «Entrata in vigore».</p> <p>Al titolo sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «e legislativa».</p>
--	--

^^

Testo dello schema di decreto legislativo correttivo del codice degli appalti, oggi all'esame del consiglio dei ministri

Art. 1

Termini di efficacia

1. L'articolo 253, comma 1, del decreto legislativo 12 aprile 2005, n. 163, è sostituito dal seguente: "Fermo quanto stabilito ai commi 1-bis e 1-ter, le disposizioni di cui al presente codice si applicano alle procedure e ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla sua entrata in vigore, nonché in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure e ai contratti in cui, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte".

2. Dopo il comma 1 dell'articolo 253 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, sono inseriti i seguenti:

1-bis. Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, nei settori ordinari e speciali, le seguenti disposizioni si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi siano pubblicati successivamente al 1° gennaio 2007:

- 1) articolo 33, commi 1 e 2, nonché comma 3 limitatamente alle parole "nonché a centrali di committenza";
- 2) articolo 49, comma 10;
- 3) articolo 58;
- 4) articolo 59, limitatamente ai settori ordinari."

1-ter. Per gli appalti di lavori pubblici di qualsiasi importo, nei settori ordinari, le disposizioni degli articoli 3 comma 7, 53 commi 2 e 3 e 56 si applicano alle procedure i cui bandi siano pubblicati successivamente al 1° gennaio 2007. Le disposizioni dell'articolo 57 si applicano alle procedure per le quali l'invito a presentare l'offerta è inviato successivamente al 1° gennaio 2007."

Art. 2

Disposizioni correttive

1. Al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, apportare le seguenti modificazioni:

- 1) all'articolo 3, comma 35, sopprimere le parole: "E del decreto legislativo 28 febbraio 2005, n. 42";
- 2) all'articolo 9, comma 2, le parole: "e del decreto legislativo 28 febbraio 2005, n. 42 (istituzione del sistema pubblico di connettività e della rete internazionale della pubblica amministrazione, a norma dell'articolo 10, della legge 29 luglio 2003, n. 229)" sono soppresse;
- 3) all'articolo 26, comma 1, le parole "requisiti soggettivi" sono sostituite con le parole "requisiti di qualificazione";
- 4) all'articolo 40, comma 4:

- a) alla lettera c) sostituire le parole "comma 3, lettera c) con le seguenti: "comma 3, lettera b)";
- b) dopo la lettera f) inserire la seguente: "f-bis) le modalità per l'esercizio della vigilanza da parte del ministero delle infrastrutture sull'attività degli organismi di attestazione";
- 5) all'art. 55, comma 5, secondo periodo, la parola "lavori" è sostituita con la parola "contratti";
- 6) all'articolo 66, comma 7, è aggiunto alla fine il seguente periodo: "la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana viene effettuata entro il sesto giorno feriale successivo a quello del ricevimento della documentazione da parte dell'ufficio Iscrizioni dell'Istituto poligrafico e zecca dello stato.";
- 7) all'articolo 77, comma 5, le parole: "e del decreto legislativo 28 febbraio 2005, n. 42 (istituzione del sistema pubblico di connettività e della rete internazionale della pubblica amministrazione, a norma dell'articolo 10, della legge 29 luglio 2003, n. 229) sono soppresse;
- 8) all'articolo 89, comma 2, le parole "26, comma 2" sono sostituite con le parole "26, comma 3";
- 9) all'art. 110, dopo la parola "proporzionalità", sono inserite le parole "con la procedura di cui all'articolo 91, comma 2";
- 10) all'articolo 122, comma 5:
- a) nel primo periodo, le parole "I bandi" sono sostituite dalle seguenti: "Gli avvisi di cui al comma 3 e i bandi";
- b) nel terzo periodo dopo le parole "I bandi" inserire le seguenti: "e gli avvisi di cui comma 3";
- c) nel quarto periodo, sono aggiunte alla fine le seguenti parole: "nonché comma 7, terzo periodo.";
- 12) all'articolo 124, comma 5, aggiungere alla fine le seguenti parole: "nonché comma 7, terzo periodo.";
- 13) all'art. 164, comma 1, il secondo periodo è soppresso;
- 14) all'art. 164, comma 4, ultimo periodo, la parola "integrato" è sostituita con le parole "di progettazione e esecuzione"; la parola "unico" è soppressa;
- 15) all'articolo 184 è aggiunto il seguente comma: "4. Le previsioni dei commi 2 e 3 si applicano fino all'entrata in vigore della parte II del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, recante norme in materia ambientale";
- 16) all'art. 189, comma 3, settimo periodo le parole "aggiudicata ai sensi della legge quadro e delle altre leggi regionali vigenti" sono sostituite dalle seguenti: "aggiudicate con procedura di gara".
- 17) all'articolo 194, comma 10, le parole "terminali di riclassificazione" sono sostituite dalle seguenti: "terminali di rigassificazione"
- 18) all'articolo 207, comma 1, lettera b) le parole "dall'autorità competente di uno stato membro" sono sostituite con le parole "dall'autorità competente";
- 19) all'articolo 216, dopo il comma 1, è aggiunto il seguente comma: "2. Il concessionario che non sia uno degli enti aggiudicatari che esercitando una o più attività di cui agli articoli da 207 a 213, scelte secondo il ricorso a una procedura di gara aperta o ristretta, è tenuto ad applicare le stesse disposizioni alle quali sono assoggettati i predetti enti";
- 20) all'art. 222, comma 2, le parole "dell'articolo 40" sono sostituite con le parole "dell'articolo 221";
- 21) all'articolo 242, comma 5, la parola "lavori" è sostituita con la parola "contratti";
- 22) all'articolo 252, comma 8, le parole: "il decreto legislativo 28 febbraio 2005, n. 42 e" sono soppresse;
- 23) all'articolo 253, comma 15, le parole "; per le società costituite fino a tre anni prima della data di entrata in vigore della citata legge 18 novembre 1998, n. 415, detta facoltà è esercitabile per un periodo massimo di tre anni da tale data" sono soppresse;
- 24) all'articolo 253, comma 21, le parole "di intesa" sono sostituite dalla seguente "sentita";
- 25) all'art. 253, comma 27, lettera f), penultimo periodo, dopo la parola "appalto" è soppressa la parola "integrato";
- 26) all'art. 28 dell'allegato XXI, le parole "art. 143, comma 11" sono sostituite con le parole "art. 33, comma 3";

27) la denominazione "Ministero delle infrastrutture e dei trasporti", ovunque presente, è sostituita dalla denominazione "Ministero delle infrastrutture".

### Art. 3

1) Le disposizioni di cui al presente decreto legislativo entrano in vigore a decorrere dal giorno successivo alla loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

2. Le procedure di cui all'articolo 1 i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati tra il 1° luglio 2006 e il termine di cui al comma 1 nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, quelle i cui inviti a presentare le offerte siano stati inviati nello stesso termine, restano disciplinate dalle disposizioni alle stesse applicabili alla data di pubblicazione dei relativi bandi o avvisi ovvero a quella di invio degli inviti. A tal fine, le disposizioni di cui all'art. 256, comma 1, continuano ad applicarsi per il periodo transitorio di cui al comma 2.

^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^

Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 maggio 2006, n. 173, recante proroga di termini per l'emanazione di atti di natura regolamentare. Ulteriori proroghe per l'esercizio di deleghe legislative e in materia di istruzione

### MODIFICAZIONI APPORTATE IN SEDE DI CONVERSIONE AL DECRETO-LEGGE 12 MAGGIO 2006, N. 173 (intanto votato al Senato in data 28 giugno 2006)

Art. 1- octies. - (Modifiche al decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163) – 1. Al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 177, comma 4, la lettera f) è abrogata;

b) all'articolo 253, il comma 1 è sostituito dal seguente:

“1. Fermo quanto stabilito ai commi 1-bis e 1-ter, le disposizioni di cui al presente codice si applicano alle procedure e ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure e ai contratti in cui, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.“;

c) all'articolo 253, dopo il comma 1 sono inseriti i seguenti:

“1-bis. Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, nei settori ordinari e speciali, le seguenti disposizioni si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi siano pubblicati successivamente al 1° febbraio 2007:

a) articolo 33, commi 1 e 2, nonché comma 3, secondo periodo, limitatamente alle sole centrali di committenza;

b) articolo 49, comma 10;

c) articolo 58;

d) articolo 59, limitatamente ai settori ordinari.

1-ter. Per gli appalti di lavori pubblici di qualsiasi importo, nei settori ordinari, le disposizioni degli articoli 3, comma 7, 53 commi, 2 e 3, e 56 si applicano alle procedure i cui bandi siano pubblicati successivamente al 1° febbraio 2007. Le disposizioni dell'articolo 57 si applicano alle procedure per le quali l'invito a presentare l'offerta sia inviato successivamente al 1° febbraio 2007.“;

d) all'articolo 257, dopo il comma 2 è inserito il seguente:

“2-bis. Le disposizioni di cui all'articolo 8, comma 6, hanno efficacia a decorrere dal 1° febbraio 2007“.

2. Le procedure di cui al comma 1, lettera c), del presente articolo i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati tra il 1° luglio 2006 e la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, quelle i cui inviti a presentare le offerte siano stati inviati nello stesso termine, restano disciplinate dalle disposizioni alle stesse applicabili alla data di pubblicazione dei relativi bandi o avvisi ovvero a quella di invio degli inviti. A tal fine, le disposizioni di cui all'articolo 256, comma 1, del citato codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, riferite alle fattispecie di cui al comma 1, lettera c), del presente articolo, continuano ad applicarsi per il periodo transitorio compreso tra la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e il 31 gennaio 2007».

All'articolo 2 è inserita la seguente rubrica: «Entrata in vigore».

Al titolo sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «e legislativa».